



Recurso nº 725/2020

Resolución nº 1045/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 5 de octubre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. F.S.G., en nombre y representación de la UTE FRELOGÍSTICA, contra el acuerdo de exclusión del lote 10 dictado en el procedimiento de licitación convocado por FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, para la contratación del servicio de *“transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP”*, expediente LICT/99/029/2019/0097, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Director Gerente de FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, ha tramitado el procedimiento para la contratación del servicio de *“transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP”*, expediente LICT/99/029/2019/0097.

El contrato se divide en 11 lotes, habiendo concurrido la recurrente a los lotes 10 y 11, y siendo excluida del lote 10. El valor estimado del contrato es de 11.183.979,26 €, IVA excluido.

Segundo. Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) y en la plataforma de contratación del sector público el 18 de diciembre de 2019.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y



2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Cuarto. Según documento incorporado al expediente, han presentado ofertas a la licitación en lote 10 las siguientes empresas:

- TELETAXI CALLCENTER, S.A.U.
- INDIVIDUAL VISUALTHINK LABS, S.L.
- LUIS ALFONSO GONZALEZ FERNANDEZ.
- RADIO TAXI DE MADRID, S.C.M.
- FRELOGISTICA UTE.
- UTE AUTOS RENT YEPES.
- JOINUP GREEN INTELLIGENCE, S.L.
- UTE GRUPO TMS ADECAR.
- VICTORIA HERNAN PORTAL.
- ARES CAPITAL, S.A.

Quinto. En la presente licitación es objeto de recurso el acuerdo de exclusión de la recurrente adoptado por el órgano de contratación el día 8 de julio de 2020, por los motivos que más adelante se dirán.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal ha conferido traslado del recurso interpuesto a los licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Ha formulado alegaciones la UTE RENT A VAN MB IBÉRICA, S.L.- AUTOS NOROESTE ALQUILER DE COCHES CON CONDUCTOR DAVID YEPES, que solicita la desestimación del recurso presentado.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1.f) y 45 de la LCSP.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, es objeto de recurso el acuerdo de exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación, por lo que se trataría de un objeto susceptible de impugnación conforme al apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, interesado por tanto en el resultado del mismo, satisfaciendo en consecuencia el requisito previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. Respecto al fondo del recurso, se acordó la exclusión de la recurrente mediante resolución de 8 de julio de 2020, en la que se justificaba la decisión del siguiente modo:

“El licitador no ha acreditado la solvencia técnica profesional, que se le requirió, previo a adjudicar tal y como señala la legislación vigente, en el plazo legalmente establecido al efecto, ni en el plazo de subsanación que se le concedió posteriormente para ello.



Se debía acreditar un importe de 2.581.865,79 €, y no ha presentado certificados ni documentación que acrediten que el licitador tiene esa solvencia técnica o profesional requerida.”

Frente a ello, el recurrente opone que ese acuerdo no está motivado, generando indefensión porque no le permite alcanzar un cabal conocimiento sobre cuál es el exacto motivo de la exclusión, pudiendo deberse a una falta de aportación de los documentos o a una insuficiencia de los presentados. Y, por otro lado, también cuestiona la calificación de la documentación admitida por FREMAP para computar la solvencia técnica de la UTE, pues según la misma sí se alcanzó de manera suficiente la cifra exigida en los pliegos.

Pues bien, lo cierto es que la recurrente fue requerida inicialmente el 16 de junio de 2020 para que aportara la documentación que como empresa propuesta como adjudicataria le correspondía.

Una vez evacuado el trámite, el órgano de contratación, que no consideraba completa la documentación presentada, le requirió la subsanación el 1 de julio de 2020, en los siguientes términos:

“Que procedan a subsanar la documentación que se señala a continuación, en orden a poder realizarse a su favor la adjudicación del lote 10 del expediente LICT/99/029/2019/0097.

■ ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA

En relación con la solvencia técnica presentada:

- Deben presentar los certificados que acrediten las cuantías económicas que indican. Dado que con las cantidades facturadas a FREMAP no se cumple la solvencia requerida deben aportar la justificación de otros servicios hasta llegar a las ratios económicas requeridos.

-En relación con la adscripción de medios, únicamente presentan la relación de vehículos, pero esta debe ir acompañada tal y como se refleja en el Pliego Técnico de lo siguiente:



Captura de pantalla de la página web: www.fomento.gob.es – Consulta al registro de empresas y actividades de transporte de cada uno de los vehículos adscritos al contrato.

En la captura de pantalla deberá apreciarse la siguiente información:

- o Datos del vehículo: Matrícula, fecha de matriculación y tipo de vehículo.*
- o Datos de autorizaciones de transporte: Tipo de autorización, domicilio del establecimiento y fecha de validez.*
- o Datos del titular: NIF, nombre, tipo de empresa, localidad y provincia*

La documentación deberá aportarse dentro del plazo de 3 días hábiles desde la puesta a su disposición de esta notificación, con los efectos que se derivan de la no presentación de la misma en plazo.”

Y finalmente, el 8 de julio se acordó la exclusión por los motivos expuestos con anterioridad.

Sexto. Planteados los términos de debate, respecto a la indefensión invocada, no consideramos que exista la misma ni que pueda apreciarse un vicio de nulidad del acuerdo impugnado por tal motivo. Siendo cierto que la motivación podría ser más detallada y pormenorizada, examinadas las razones que generaron la exclusión se aprecia que se incorpora una motivación suficiente para una potencial impugnación del acuerdo por la entidad excluida.

En concreto, el acuerdo de exclusión señala: “*Se debía acreditar un importe de 2.581.865,79 €, y no ha presentado certificados ni documentación que acrediten que el licitador tiene esa solvencia técnica o profesional requerida.*” Por tanto, parece claro que el problema es la falta de presentación de documentos adecuados para justificar una facturación de 2.581.865,79 euros; ya sea porque no se aportaron documentos suficientes o porque los presentados no fueron admitidos al no cumplir con los requisitos del pliego y la normativa de aplicación.

Por tanto, el motivo de la exclusión es claro, la solvencia técnica exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) del siguiente modo: “**SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL:** *Se acreditará mediante la exigencia de los*



siguientes parámetros: [...] Lote 10: Criterio de solvencia El licitador deberá acreditar un volumen de negocio de actuaciones análogas al objeto de la presente licitación, acumulado durante los últimos 3 años, igual o superior al importe del presupuesto anual, impuesto/s indirecto/s no incluido/s multiplicado por 3. Forma de acreditación: Declaración responsable, con firma de la empresa, conforme al modelo "Declaración responsable en materia de solvencia técnica o profesional", que se acompaña en el pliego de cláusulas administrativas de la presente licitación, así como copia de los certificados solicitados o equivalentes"; no fue acreditada suficientemente al no justificar la documentación presentada la realización de trabajos previos y equivalentes por el importe del presupuesto anual, 2.581.865,79 euros, volumen de actuaciones exigido como condición de solvencia técnica.

Como se verá en el fundamento siguiente, el quid de la exclusión no se encuentra en que el recurrente no conozca si el problema es la invalidez de los documentos, siendo estos suficientes para justificar la solvencia; o en la insuficiencia de los trabajos, siendo los documentos justificativos válidos; sino en la puesta en cuestión de unos concretos trabajos.

Así pues, el Tribunal Supremo ha definido la exigencia de motivación como el deber de identificar las razones que apoyan la correspondiente decisión administrativa de tal modo que el interesado pueda recurrirlo. Así, la Sentencia de 15 de octubre de 1981 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Alto Tribunal indicaba: *"el requisito de motivación; que sencillamente es la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión ínsita en el acto como necesaria para conocer la voluntad de la Administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o al menos restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriere contra el acto"*.

En el presente caso existe la exteriorización del motivo que produce la exclusión de la recurrente, motivo por el cual no se aprecia ineficacia del acto por este motivo.

Séptimo. A continuación, se analiza el nudo gordiano de la exclusión, la suficiencia de la justificación de las condiciones de solvencia exigidas.



La cuestión es sencilla de dirimir, pues se limita a la admisibilidad de una certificación correspondiente a los trabajos realizados por RADIO TAXI LAS ROZAS MAJADAHONDA-S.C.M., por importe de 4.101.485,80 euros. El total de los trabajos acreditados por la recurrente, según la misma pone de manifiesto en su recurso, es de 5.183.918,56 euros, por lo que si no se admite el certificado indicado no se alcanza la cifra de solvencia técnica exigida, la cual se eleva a 2.581.865,79 euros.

Sobre la admisibilidad de esos trabajos señala FREMAP en su informe al recurso de contratación:

“El cuadro adjunto muestra las cantidades que los técnicos de FREMAP validaron como acordes con las exigencias del pliego y la LCSP, dichas cantidades son coincidentes con las señaladas por la recurrente, restándose únicamente los correspondientes a RADIO TAXI MAJADAHODA, cuya particularidad exponemos a continuación.

En su escrito de recurso, la recurrente señala aportar una declaración responsable por importe de 4.101.145,80 €, de RADIO TAXI LAS ROZAS-MAJADAHONDA. No obstante, no puede tenerse en cuenta la mencionada declaración, pues no se acredita la relación entre la entidad a la que se refiere el documento y los integrantes de la UTE. Añadido a lo anterior, se adjunta a continuación la mencionada declaración, en la que se aprecia que carece de firma o sello alguno, lo que hace que no sea posible otorgarle validez...”

Bien, examinado el documento 15.a del expediente administrativo, en el que figura la documentación administrativa de la recurrente, se comprueba efectivamente que la entidad RADIO TAXI LAS ROZAS MAJADAHONDA - S.C.M., no forma parte de la UTE licitadora y recurrente. Ello supone que, en el caso de que se quisiera justificar la solvencia mediante los trabajos realizados por tal entidad, se debería acudir a la figura de la integración de la solvencia regulada en el artículo 75 de la LCSP. Este precepto señala en sus apartados 1 y 2:

“1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre



que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.”

La recurrente no explica en su recurso, ni justifica en modo alguno, por qué cuenta con la solvencia de la entidad RADIO TAXI LAS ROZAS MAJADAHONDA, haciendo válido el acuerdo de exclusión. Tampoco se refiere a este hecho en la documentación presentada tras ser propuesto como adjudicatario, lo que generó su exclusión.

En el expediente no se encuentra ninguna documentación que justifique el vínculo existente entre la UTE licitadora y la entidad que les presta su solvencia para la integración.

Dejando a un lado que el documento aportado por RADIO TAXI LAS ROZAS MAJADAHONDA en el que detalla el volumen de trabajos realizados no está firmado, que no aparece ninguna persona identificándose en representación de la entidad, y que no se identifican el tipo de trabajos realizados de modo que pueda comprobarse la identidad de



los mismos con el objeto del contrato -contratación del servicio de transporte de pacientes en otros medios de los centros asistenciales de FREMAP-; el principal problema se encuentra en que no se da cumplimiento a las exigencias del artículo 75 de la LCSP, en concreto, que FRELOGÍSTICA no ha demostrado a FREMAP que va a disponer de los recursos de RADIOS TAXI LAS ROZAS mediante la presentación del compromiso por escrito de ambas entidades.

La cuestión relativa a la integración de la solvencia del contratista con medios ajenos ha sido abundantemente tratada por este Tribunal, destacando el minucioso estudio realizado en el fundamento de derecho 7º de la Resolución nº 1090, de 17 de noviembre de 2017 (Recurso 810), que reproducimos a continuación por su interés (el subrayado es nuestro):

“«Séptimo. Integración de condiciones de solvencia económica y financiera y técnica o profesional con medios externos. Por lo que se refiere a la integración de las condiciones de solvencia económica y financiera y técnica o profesional con medios externos, debe recordarse inicialmente lo dispuesto en el artículo 63 TRLCSP:

Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.

*Como puede observarse, **el citado precepto permite que la solvencia sea acreditada por cualquier medio, pudiendo a estos efectos utilizar la otorgada por otras entidades, con independencia del vínculo que se tenga, siempre y cuando se acredite la disposición efectiva de tales medios.** En relación con esta cuestión, la doctrina reiterada de este Tribunal puede resumirse en los siguientes puntos:*

a) La posibilidad de integrar la solvencia con medios externos es válida, tanto para la solvencia técnica o profesional, como en relación con la solvencia económica y financiera, A este respecto, este Tribunal ha señalado, en su Resolución 11/2012, que, a la vista del tenor literal del artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) es que el mismo permite la



acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el artículo 64 de la LCSP (art. 75 TRLCSP) en el sentido de que no existe limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo (Resolución nº4/2015).

b) La cuestión relativa al recurso por un licitador a las capacidades de otras entidades venía regulado en la Directiva 2004/18, artículo 47.2 para la capacidad económica y financiera, y en el artículo 48.3 para la capacidad técnica y profesional. Por su parte, la actual Directiva 2014/24 regula esa materia en su artículo 63. Este último precepto, en lo que aquí interesa dice:

*“Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. **Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.** El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria...”*

De ese texto este Tribunal no deduce restricción alguna, sin perjuicio de que, lo que no ocurre en nuestro caso, en ciertos casos cabe que el órgano de contratación establezca ciertas restricciones en los Pliegos. Por el contrario, sí apreciamos que la norma faculta a que el Poder adjudicador, antes de la adjudicación, compruebe las capacidades de dichas entidades a las que acude el licitador, al que puede exigir que sustituya a alguna de dichas entidades, y que distingue entre el deseo presente del licitador de acudir a las capacidades de terceros y su obligación futura anterior a la adjudicación de demostrar que dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato.

c) Ese precepto y, en especial, sus precedentes en la Directiva 2004/18 han sido interpretados por el TJUE en su sentencia en el asunto C-324/14, de 7 de abril de 2016, que, a su vez, cita su jurisprudencia al respecto, en concreto, la contenida en su Sentencia de 10 de octubre de 2013, asunto C-84/12. De ellas resulta que:

*33. Según jurisprudencia reiterada, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, **siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato** (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33).*

34. Dicha interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de las entidades adjudicadoras. Además, igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 34 y jurisprudencia citada).

35. De las consideraciones anteriores resulta que, dada la importancia que reviste en el marco de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, el derecho

consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la citada Directiva constituye una regla general que los poderes adjudicadores deben tener en cuenta cuando ejercen sus competencias de verificación de la aptitud del licitador para ejecutar un determinado contrato.

36. En este contexto, la circunstancia de que, con arreglo al artículo 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, un operador económico pueda basarse en las capacidades de otras entidades «en su caso», no puede interpretarse, como parece sugerir en particular el órgano jurisdiccional remitente, en el sentido de que ese operador sólo puede recurrir con carácter excepcional a las capacidades de entidades terceras.

37. Siendo ello así, es necesario precisar, en primer lugar, que, si bien es libre para establecer vínculos con las entidades cuyas capacidades invoca y para elegir la naturaleza jurídica de esos vínculos, el licitador debe aportar, no obstante, la prueba de que efectivamente dispone de los medios de tales entidades que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución de un determinado contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, apartado 29 y jurisprudencia citada)”.

Más adelante concluye lo siguiente:

“49. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera, quinta y sexta que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que:

– reconocen el derecho de todo operador económico a basarse, en relación con un determinado contrato, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre al poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución de dicho contrato;



– no se excluye que el ejercicio del citado derecho pueda ser limitado, en circunstancias particulares, habida cuenta del objeto del contrato de que se trate y de la finalidad perseguida por éste. Así sucede en particular cuando las capacidades de que dispone una entidad tercera, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato”.

Finalmente, afirma que:

“52. A tal fin, si bien el licitador debe probar que dispone efectivamente de los medios de éstas, que no le pertenecen en sentido propio y que son necesarios para la ejecución de un determinado contrato, sin embargo es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos (sentencia de 14 de enero de 2016, Ostas celtnieks, C-234/14, EU:C:2016:6, apartado 28).

53. Así pues, el poder adjudicador no puede, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades. Esta apreciación es tanto más pertinente cuanto que, en la práctica, como señala acertadamente la Comisión Europea, parece difícil, incluso imposible, que el operador económico pueda prever, a priori, todos los escenarios de utilización de las capacidades de otras entidades que pueden producirse”.

d). El criterio indicado ha sido aplicado por la Audiencia Nacional en su Sentencia 4164/2012, de 10 de octubre de 2012, recaída en el recurso nº 32/2010.

e). Aquel criterio también ha sido aplicado por este TACRC en su Resolución 1157/2015 (Rec. Nº 1198/205,), de 18 de diciembre de 2015, para lo que se basó en esencia en las conclusiones del Abogado General en el citado Asunto C-324/14. En dicha Resolución se dijo lo siguiente:



“Ahora bien, se dan diversas circunstancias que deben llevarnos a una solución distinta en nuestro caso: Por una parte, la Resolución de 2013 antes reseñada fue revocada judicialmente, si bien ello no resulta concluyente, pues no existe Jurisprudencia en sentido propio. Por otra parte, desde su dictado se ha planteado un asunto muy similar ante el TJUE, aún no fallado (ASUNTO C-324/14), pero en cuyas conclusiones el Abogado General interpreta que el art. 48.3 de la Directiva 2004/18, que regula esta materia, no limita de forma sustancial las circunstancias en las que un operador económico puede basarse en las capacidades de otras entidades para probar ante el poder adjudicador que cuenta con la capacidad tecnológica y/o profesional necesaria para ejecutar un contrato público determinado; añadiendo que la naturaleza jurídica de los vínculos entre el operador económico y la tercera entidad es irrelevante, pero el operador económico deberá poder probar ante el poder adjudicador que tiene efectivamente a su disposición todos los medios para dar cumplimiento al contrato; todo ello sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la naturaleza y del objeto del contrato cuya ejecución se requiere. Y considera que no se pueden establecer, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, normas o requisitos específicos referentes a si los licitadores pueden basarse en las capacidades de otras entidades y, en su caso, sobre cómo hacerlo.

El Abogado General también admite que se utilice como criterio interpretativo la Directiva 24/2014, aún no traspuesta, si no contradice la traspuesta; el art. 63 de la Directiva 24/2014 (más restrictivo que la traspuesta por el Derecho español vigente, y, por tanto, no aplicable sino como guía interpretativa) señala: “Artículo 63. Recurso a las capacidades de otras entidades:

1. Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos

únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria”.

Pues bien, partiendo de lo expuesto, en nuestro caso observamos que la licitadora presenta la experiencia de una empresa participada íntegramente por ella, lo que, por una parte, permite “levantar el velo” de sus diversas personalidades jurídicas. Pero, además, se observa que no se trata de que la empresa a cuya capacidad se acude vaya a prestar el servicio, sino que pone sus medios a disposición de la licitadora, mediante un compromiso al efecto (como permite el art. 63 transcrito), y de modo que, según resulta del expediente, el personal técnico que ofrece la licitadora acredita su experiencia precisamente en trabajos realizados para tal empresa a cuya solvencia se acude. Lo que entendemos cumplimenta la finalidad perseguida por la norma aplicable (la Directiva de 2004, menos explícitamente restrictiva que la de 2014, y nuestro art. 63 TRLCSP) de garantizar que la capacidad acreditada por la experiencia se va a poner al servicio de la ejecución del concreto contrato al que se licita. Por lo que entendemos que, en el caso que nos ocupa, y por las circunstancias reseñadas, la solvencia de la adjudicataria está debidamente integrada con medios ajenos”.

f). Los criterios expuestos son los que recoge la nueva Ley de Contratos del Sector Público, cuyo texto ha sido recientemente aprobado por el Parlamento, cuyo artículo 75.2 determina: “2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades,

demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades. El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 148, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140...”

Por otra parte, prevé en su artículo 140.1, c) y 3, párrafo primero, lo siguiente: “c) En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente. La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo. (...) 3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”.

Y su artículo 148.2 determina lo siguiente: “2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo;...”

f). Por las razones y criterios expuestos, concluimos que:

- Todo licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios de otras entidades.



- *Corresponde al licitador que acude a los medios de terceros para integrar su solvencia la libertad de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos, uno de los cuales es el compromiso suscrito por los terceros titulares de los medios.*

- *Los poderes adjudicadores no pueden, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades.*

- *No se establece en ningún sitio que el licitador deba ejecutar necesariamente una parte de la prestación del contrato con medios propios que no sean de tercero, entre otras razones, porque para el órgano de contratación, los medios de terceros a disposición del licitador son medios propios del mismo. En su caso, tal exigencia debe establecerse previamente en los Pliegos del contrato.*

- ***Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de los terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario.***

g). Todo lo anterior se corresponde con lo determinado en el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos Públicos, de 25 de junio de 2008, facilidad de acceso que, a su vez, se pretende en la nueva Ley de Contratos del Sector Público."

Ante la absoluta falta de justificación de las condiciones en las que la UTE adjudicataria pudiera disponer de los medios de RADIO TAXI LAS ROZAS-MAJADAHONDA, no procedía sino la exclusión de la recurrente.



La misma señala en su recurso que debería haberse dado un plazo adicional de subsanación; sin embargo, como hemos dejado transcrito en los antecedentes, el órgano de contratación procedió conforme a Derecho pues le requirió la documentación como entidad adjudicataria propuesta, concediéndole un plazo de diez días hábiles conforme al artículo 150.2 de la LCSP; y posteriormente le otorgó un plazo adicional de tres días hábiles para subsanar los defectos, conforme al artículo 141.2 de la LCSP. Como este Tribunal ha reiterado en diferentes ocasiones, no es razonable invocar un plazo para llevar a cabo la subsanación de la subsanación, pues no está así previsto en la normativa de contratación.

Aunque la recurrente invoca las perturbaciones generadas por la pandemia producida por el COVID-19 y el estado de alarma decretado en el mes de marzo, lo cierto es que la misma dispuso de plazo desde el 16 de junio y hasta el 6 de julio para aportar al órgano de contratación la documentación exigida, y que debía haber estado a su alcance desde el momento en el que presentó su oferta comprometiéndose a aportar toda la documentación necesaria.

Por tanto, se estima conforme a Derecho la decisión impugnada, debiendo desestimarse el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.S.G., en nombre y representación de la UTE FRELOGÍSTICA, contra el acuerdo de exclusión del lote 10 dictado en el procedimiento de licitación convocado por FREMAP, Mutua colaboradora con la Seguridad Social nº 61, para la contratación del servicio de *“transporte de pacientes de los centros asistenciales de FREMAP”*, expediente LICT/99/029/2019/0097, confirmando el acto impugnado.



Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.