



Recurso nº 1389/2019

Resolución nº 17/2020

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

En Madrid, a 9 de enero de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D.A.Z.N., en representación de LOGICALIS SPAINS, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se selecciona a los candidatos que van a participar en la siguiente fase de la licitación convocada por el Banco de España para contratar el servicio de *“adquisición, implantación, soporte y mantenimiento de una solución de gestión de identidades y accesos privilegiados”*, con expediente 18/03965-INF-0069, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 15 de mayo de 2019, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Anuncio de licitación del contrato de servicios para la adquisición, implantación, soporte y mantenimiento de una solución de gestión de identidades y accesos privilegiados en el Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato es de 1.255.500 euros.

Segundo. El procedimiento de contratación es el negociado, de conformidad con la cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La cláusula 15 establece los criterios de selección de candidatos en los siguientes términos:

«Los criterios que han de servir de base para la selección de los candidatos a los que se invitará a presentar oferta, así como la ponderación atribuida a cada uno de ellos son los siguientes:



· *Referencias que sean de naturaleza igual o similar a la que constituye el objeto del contrato, de los últimos tres años, con una ponderación del 80%.*

Para la valoración de este criterio se atenderá al importe acumulado de aquellas referencias válidas en los últimos tres años. Se asignará la puntuación más alta a aquel licitador que presente un mayor importe acumulado, valorándose el resto de candidaturas de forma proporcional.

A estos efectos, se entenderán por similares aquellas referencias de proyectos que al menos incluyan el suministro y la implantación de herramientas informáticas para la gestión de identidades electrónicas privilegiadas o para la gestión de acceso a sistemas informáticos con identidades electrónicas privilegiadas. Se deberá entregar por cada referencia presentada la información que se detalla en el Anejo 8. El importe a computar de la referencia será exclusivamente el que corresponda a la parte correspondiente al suministro y la implantación de herramientas informáticas para la gestión de identidades electrónicas privilegiadas o para la gestión de acceso a sistemas informáticos con identidades electrónicas privilegiadas.

· *Plantilla media anual de la empresa y del número de directivos durante los tres últimos años, con una ponderación del 20%.*

Para la valoración de este criterio se atenderá a la plantilla media anual declarada, obteniendo la máxima puntuación quien presente un número mayor de personas, puntuándose el resto de candidaturas de forma proporcional».

Por su parte, el apartado 4º de la cláusula 20 del PCAP establece lo siguiente:

«4. Las solicitudes de participación que, de acuerdo con la información aportada, acrediten el cumplimiento de los requisitos de aptitud exigidos, serán objeto de valoración de cara a su selección, de acuerdo con la documentación aportada. Para ello, se procederá a la clasificación ordenada de las candidatas no rechazadas, atendiendo a los criterios y ponderaciones indicados en la cláusula “Criterios de selección de candidatos”.

De la relación resultante ordenada se seleccionarán cinco empresas para participar en la licitación. No obstante, si el número de proveedores que cumplen los criterios de



selección fuese inferior al número indicado, el Banco de España podrá acordar seguir adelante con el proceso invitando a un número menor.

A las empresas seleccionadas se les enviará el Pliego de Prescripciones Técnicas y la carta de invitación para presentar su oferta dentro del plazo que se señale en la misma y atendiendo a los requerimientos especificados en el presente Pliego de Cláusulas Particulares».

Tercero. En fecha 4 de octubre de 2019, la Mesa de Contratación, de conformidad con el informe técnico elaborado por la Comisión Evaluadora, procedió a clasificar las ofertas admitidas en virtud de los criterios expresados en la cláusula 15, antes reproducida.

«Empresa	Puntuación criterio 1	Puntuación criterio 2	Puntuación total (sobre 100 %)
FACTUM	80,00	0,67	80,67
EY	27,17	14,35	41,52
ATOS	20,82	20,00	40,82
SIA	9,77	4,26	14,03
BT	5,18	8,29	13,47
LOGICALIS	6,66	2,99	9,65
DELOITTE	1,37	6,78	8,15
IBM	1,00	6,68	7,68
GMV	1,40	2,71	4,11
DXC	1,83	0,85	2,68»

A continuación, acordó proponer al órgano de contratación la aprobación de la selección de los 5 primeros candidatos con mayor puntuación.

Obra en el expediente (documento 13.4) acuerdo del órgano de contratación (Director General de Servicios) en que se indica lo siguiente:



«Vista el acta de la Mesa de Contratación, se aprueba la selección de candidatos para la contratación de la adquisición, implantación, soporte y mantenimiento de una solución de gestión de identidades y accesos privilegiados (GCS 18/03965-INF-0069) en los términos previstos».

La recurrente no resultó seleccionada para continuar el procedimiento al haber sido clasificada en 6º lugar.

Cuarto. La no selección de la recurrente fue comunicada mediante notificación cursada electrónicamente el día 14 de octubre de 2019, constando el expediente su recepción el mismo día (documento 14.1.2).

La recurrente solicitó entonces el acceso al expediente de contratación, de manera previa a la interposición del recurso especial en materia de contratación, que le fue otorgada mediante notificación electrónica cursada el 29 de octubre de 2019, fijando el día 31 de octubre para su vista, que tuvo efectivamente lugar el día previsto.

Quinto. En fecha 5 de noviembre de 2019, tiene entrada en el Registro Electrónico de este Ministerio recurso especial en materia de contratación interpuesto por LOGICALIS contra *«el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 4 de octubre de 2019»*.

En el recurso se justifica que se trata de un acto de trámite que impide la continuación del procedimiento. Alega, en síntesis, que la primera clasificada y, por tanto, seleccionada para continuar el procedimiento, ha acudido para integrar su solvencia a medios ajenos, sin ni siquiera acreditar una solvencia propia mínima.

Así mismo, aduce la existencia de un error a la hora de valorar su solvencia, consistente en tomar en consideración trabajos aun no ejecutados completamente.

Sexto. Mediante resolución de este Tribunal de fecha 20 de noviembre de 2019, se acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



Séptimo. El órgano de contratación ha presentado informe interesando la desestimación del recurso. También ha presentado alegaciones la mercantil FACTUM INFORMATION TECHNOLOGIES, S.L., interesando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación del recurso.

A los anteriores HECHOS son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con el artículo 45.1 de la LCSP, que establece que *«1. En el ámbito de los poderes adjudicadores del sector público estatal, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias»*. Siendo que el Banco de España tiene la condición de poder adjudicador de conformidad con el artículo 3.3.d) de la misma norma legal.

Segundo. El acto de exclusión de un recurrente es, en principio, susceptible de recurso.

Así, el mismo se ha dictado en el seno de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros (artículo 44.1.c).

Por otra parte, el artículo 44.2.b configura como recurribles *«b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149»*.

En este punto, hay que indicar que el recurrente interpone el recurso contra el acuerdo de la mesa de contratación (acuerdo que únicamente constituye una propuesta de



resolución), y no frente a la decisión del órgano de contratación que hace suya la propuesta de la mesa.

No obstante lo anterior, en este concreto caso el recurso va a ser admitido a trámite, por la concurrencia conjunta de las siguientes circunstancias:

- La propuesta de la Mesa y la decisión del órgano de contratación se dictan el mismo día, siendo esta última una mera confirmación de la propuesta, que no se ha visto alterada.
- El recurrente interpone el recurso -luego lo veremos- dentro del plazo para recurrir ambos actos, alegando expresamente en su escrito que no existe un acto formal, dictado por el órgano de contratación, que haga suya la propuesta de la mesa. Dicha alegación solo puede obedecer a un error por parte del recurrente, toda vez que -como se indicó en el relato fáctico- sí consta dicho acuerdo del órgano.
- No consta en el expediente la publicación o comunicación del referido acuerdo del órgano de contratación y, sin embargo, si fue notificada el acta de la mesa.
- El propio órgano considera en su informe que pudo haber inducido a error al recurrente al facilitarle una copia del acta de la mesa de contratación en lugar del acuerdo del órgano de contratación que hacía suya la propuesta, e interesa que, en virtud del principio *pro actione*, el recurso sea admitido a trámite y se entienda interpuesto frente al acuerdo del órgano de contratación.

Tercero. El artículo 50.1 establece un plazo de 15 días hábiles para la interposición del recurso, computándose el mismo, cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

Consta en el expediente comunicación cursada el día 14 de octubre de 2019 en la que se indica a la recurrente que no ha resultado seleccionada, cuáles son las empresas que sí han resultado seleccionadas, así como los criterios de selección evaluados y su ponderación.



En dicha comunicación se especifica que la misma agota la vía administrativa, cabiendo interponer frente a ella recurso especial en materia de contratación a que se refiere el artículo 44, letra e, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el plazo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a su notificación.

Entendemos, por tanto, que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, pues este expiraba precisamente el día en que ha tenido entrada en el Registro Electrónico del Ministerio.

Cuarto. La mercantil recurrente se encuentra legitimada para la interposición del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP. Así, de su eventual estimación redundarían evidentes ventajas para ella, ya que pasaría a estar clasificada entre las 5 primeras empresas y, por tanto, tendría derecho a continuar en el procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo de la cuestión debatida, el recurrente, esgrimiendo doctrina pretérita de este Tribunal, recaída bajo legislación ya no vigente y, por tanto, ya superada, indica que no resulta jurídicamente admisible la acreditación de la solvencia técnica exclusivamente con medios externos, sin perjuicio de que estos puedan servir para complementar una solvencia con la que ya se cuenta.

Interpreta, además (y sin que esto se desprenda de la doctrina invocada), que es necesario que cada licitador cuente con la totalidad de la solvencia exigida en los pliegos, pudiendo únicamente acudir a solvencia de terceros para complementar la que ya se tiene. Esta última interpretación carece de todo sustento normativo o doctrinal, incluso lógico, toda vez que de sostenerse la misma resultaría innecesario acudir a la solvencia ajena.

En todo caso, no resulta actualmente posible acoger una interpretación de la integración de la solvencia con medios ajenos como la impetrada en el recurso. Así, el artículo 75 de la LCSP es del siguiente tenor literal:



«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.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a



su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera».

De una simple lectura del precepto se desprende que el licitador tiene un derecho subjetivo a acudir a la solvencia de otras entidades para acreditar la suya propia, siempre que justifique debidamente que va a disponer efectivamente de dicha solvencia y medios. Se establece como única excepción la relativa a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales o a la experiencia profesional pertinente. Por último, se habilita al órgano de contratación a exigir *«que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador»*, lo que evidentemente deberá constar en los Pliegos.

En nuestro caso, la cláusula 12 del PCAP, que lleva por rúbrica *«Integración de la solvencia con medios externos»*, no contempla ninguna excepción al régimen general aludido. Establece lo siguiente:

*«1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar el contrato, **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 la cláusula relativa a “Uniones temporales de empresas”, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

2. La empresa que desee recurrir a las capacidades de otras entidades deberá demostrar que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación del compromiso por escrito de dichas entidades, que se deberá presentar por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta, previo requerimiento, de conformidad con lo señalado en la



cláusula relativa a la “Negociación y examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación”.

3. Cuando el licitador recurra a las capacidades de otra entidad o entidades para acreditar la solvencia económica y financiera, el adjudicatario y la entidad cuyos medios han servido para la acreditación de la solvencia económica y financiera del primero responderán de forma solidaria de la correcta ejecución del contrato».

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 nº1090, de 17 de noviembre de 2017 (Recurso 810), que reproducimos a continuación (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.

En nuestro caso, el licitador ha actuado correctamente con sujeción plena a la normativa aplicable al caso. (...) En fin, ha aportado compromiso de las entidades que integran su solvencia que acreditan que ponen efectivamente a su disposición los medios de las mismas para la ejecución del contrato”.

(...))».



Aplicada la anterior doctrina al caso que nos concierne, resulta claro que no existe en nuestro caso ninguna limitación al derecho del licitador a integrar su solvencia con la facilitada por terceros, no previendo el Pliego limitación alguna al mismo.

Sexto. Lo anterior sería suficiente para proceder a la desestimación del recurso, habida cuenta de que la solvencia aportada por terceros a FACTUM es claramente superior a la exigida en el Pliego.

No obstante, el recurrente alega que la solvencia propia de FACTUM no debió ser valorada, pues se refiere a un proyecto que no ha sido objeto de completa ejecución. Sostiene que se ha tomado en consideración un contrato celebrado por FACTUM para desarrollarse en 3 años y que, a fecha de valoración de las ofertas, lleva ejecutándose un mes, por lo que no puede considerarse que se haya producido una correcta ejecución de la prestación.

Sin embargo, el órgano de contratación únicamente ha considerado la parte proporcional del contrato que había sido objeto de ejecución al tiempo de publicarse la licitación, criterio que –afirma– ha sido el aplicado para todos los licitadores. Así, los tres primeros meses de ejecución del contrato indicado, esto es, desde la fecha de inicio (mayo de 2019) y la fecha de puesta en producción (agosto de 2019), se adjudicó por un valor de 108.045 euros, habiéndose computado únicamente 1/3 de dicho importe, esto es, 36.015 euros, correspondientes al mes de mayo.

Tomando en consideración que el PCAP no exige que los proyectos estén ejecutados completamente, ni en un porcentaje determinado, el criterio adoptado por el órgano de contratación no puede considerarse arbitrario ni irrazonable y, por tanto, va a ser respetado por este Tribunal.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.A.Z.N., en representación de LOGICALIS SPAINS, S.L.U., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se selecciona a los candidatos que van a participar en la siguiente fase de la licitación convocada por el Banco de España para contratar el servicio de *“adquisición, implantación, soporte y mantenimiento de una solución de gestión de identidades y accesos privilegiados”*, con expediente 18/03965-INF-0069.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 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 al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.