



Recurso nº 1456/2019 C.A. Castilla-La Mancha 111/2019

Resolución nº 215/2020

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

En Madrid a 13 de febrero de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D.P.M.F.A., en representación de la UTE ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y ACCIONA ESCO, S.L., contra la resolución de 25 de octubre de 2019, dictada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca, de adjudicación del contrato *“suministro y servicio de instalación para la renovación y mejora de la eficiencia energética del alumbrado público de la ciudad de Cuenca (fase 1)”*. Expediente 3/2019, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 8 de febrero de 2019 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE la licitación del contrato *“suministro y servicio de instalación para la renovación y mejora de la eficiencia energética del alumbrado público de la ciudad de Cuenca (fase 1)”*.

El presupuesto (sic) estimado es de 618.813,31 euros.

Segundo. La licitación que se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en LCSP, se concluyó con resolución por la que se excluía a la oferta clasificada en primer lugar (la presentada por las recurrentes), al no acreditar la solvencia económica requerida y se adjudicaba el contrato a FERROVIAL SERVICIOS, S.A.

Tercero. Disconforme con dicha resolución, ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y ACCIONA ESCO, S.L., formularon recurso especial en materia de contratación.

El órgano de contratación ha emitido informe solicitando la desestimación del recurso. La adjudicataria ha presentado escrito en idéntico sentido.



Cuarto. En fecha 28 de noviembre de 2019, la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 4 de diciembre de 2019, se presentan alegaciones por la entidad FERROVIAL SERVICIOS, S.A.

Quinto. El 3 de diciembre de 2019, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la 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 el convenio de colaboración de fecha 2 de noviembre de 2012, suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre atribución de competencia de recursos contractuales.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la 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.

Tercero. El recurrente está legitimado, pues impugna una resolución que afecta a sus derechos e intereses legítimos, dado que su oferta quedó clasificada en primer lugar y, de no haber sido excluida, le hubiera sido adjudicado el contrato.

Cuarto. La recurrente indica que en la cláusula 14 de pliego de cláusulas administrativas se establecían dos posibles medios de acreditar la solvencia económico-financiera. En lo que aquí interesa, se podía acreditar mediante la aportación de las cuentas anuales presentadas en el registro mercantil, así como de una declaración donde se haga constar tanto el fondo de



maniobra de la empresa que deberá ser positivo, así como el coeficiente de solvencia de la misma, superior a 1.

Para acreditar dicho extremo se presentaron las cuentas anuales consolidadas de ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y sociedades dependientes, declarando responsablemente que *“siendo ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. la matriz y formando parte del mismo grupo empresarial la sociedad ACCIONA ESCO, S.L., perteneciendo ambas sociedades en un 100% a dicho grupo, aportamos las cuentas anuales consolidadas correspondientes a ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y sociedades dependientes, cumpliendo el requisito de solvencia económico-financiera que rige el pliego arriba referenciado disponiendo de un fondo de maniobra positivo y un coeficiente de solvencia superior a 1”*.

Añade que la Intervención municipal valoró que *“las cuentas presentan un fondo de maniobra negativo teniendo en cuenta el porcentaje de participación de cada una de ellas (se refiere a las dos empresas licitadoras) por lo que de conformidad con el pliego esta U.T.E. no cumple con los criterios de solvencia. Solicitada aclaración a los responsables de la U.T.E. reconocen este hecho, pero remiten las cuentas de otras sociedades que pertenecen al mismo grupo de empresas (...) Consultada la memoria de las empresas ACCIONA ESCO, S.L. en la parte 12 “operaciones vinculadas” figuran operación con ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y con otras sociedades (...) pero tan sólo a esta licitación se presentaron en U.T.E. dos sociedades por lo que no las demás”*.

Con base en este informe la mesa propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta, lo que este órgano llevó a cabo en la resolución recurrida.

El informe de la Intervención y dicha resolución ignoran, a juicio de las recurrentes, las cuentas anuales consolidadas, lo que es completamente contrario a Derecho y carente de sentido. La solvencia es una condición de aptitud o idoneidad de los licitadores que trata de medir y valorar anticipadamente la capacidad de éstos para cumplir las obligaciones derivadas del contrato, en el caso de la solvencia económico-financiera, evalúa la capacidad económica del licitador para cumplir sus compromisos.

A la hora de evaluar el cumplimiento de las condiciones de solvencia debe efectuarse una interpretación sustantiva, material y no meramente formal, es decir, ha de comprobarse si las



empresas que formulan oferta disponen realmente de capacidad de pago. Por una parte, la LCSP permite integrar la solvencia con medios externos y, por otra, cuando se trata de ofertas formuladas por UTE, la solvencia de las distintas empresas debe sumarse a efectos de evaluar el cumplimiento de las condiciones establecidas en los pliegos.

En apoyo de su tesis, cita la resolución 167/2019 de este Tribunal que señala que *“si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social. Esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios (...)”*

Por todo ello, debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma.”.

Asimismo, invoca la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2012:

“En el caso de autos, la empresa recurrente se configura como una sociedad instrumental de la matriz, bajo la existencia de personalidades jurídicas distintas, se desprende de forma indubitada la existencia de unidad de negocio, y una unidad económica para actuar en el mercado.

En su consecuencia, la decisión administrativa sujeta a revisión jurisdiccional, se configura a juicio de este Tribunal como no conforme al ordenamiento jurídico.

Ello es así, por cuanto, que el acreditamiento de la disponibilidad de los medios de ejecución del objeto del contrato y su compromiso para llevarlo a cabo, dimana de la forma jurídica en que están constituidas, por cuanto de las formas jurídicas adoptadas se desprende de manera clara y meridiana en la existencia de una unidad económica de actuación en el mundo empresarial, que implica su actuación en el tráfico jurídico con una unidad de propósito a la cual se proyecta la totalidad de los recursos de toda naturaleza que el grupo empresarial detenta.(...)”



No es interpretación acorde a derecho, la denegación de la posibilidad de licitar a una sociedad mercantil por falta de solvencia técnica, cuando la Administración tiene constancia de su integración en un grupo empresarial con unidad de gestión y negocio, la tenencia acreditada de dicha solvencia técnica, declarada por el órgano competente, por otra de las sociedades integrantes del grupo empresarial con unidad de negocio, por cuanto independientemente de las formas jurídicas societarias adoptadas por el grupo empresarial, la realidad económica del objeto del contrato conlleva que la finalidad económica perseguida es unitaria y, por tanto, la aportación de los recursos a la obtención material del fin económico perseguido implica la actuación de todos los medios de que dispone dicho grupo empresarial, y por ello, la aportación de la total solvencia técnica que el grupo empresarial ostente”.

Añade que mediante una interpretación formalista, reduccionista y absurda se está descartando la oferta que ha recibido, con mucha diferencia, la mejor puntuación, esto es, que es la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico.

Quinto. El órgano de contratación discrepa del criterio de los recurrentes. Indica que en la declaración responsable reconocen que no cumplen con las condiciones de solvencia económico-financiera exigidas. Añade que a las cuentas anuales consolidadas, se adjunta informe de la auditora KPMG y en anexo enumerado como AFS18-1 y AFS18-2, aparecen enumeradas una serie de sociedades que parecen formar parte del grupo. La denominada como A ESCO, S.L. parece que es la que formaría la UTE con la entidad matriz, pero no las demás. Si se admitiera la participación de más empresas, por el simple hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial, fuera del plazo estipulado para ello en el pliego, se estaría desvirtuando todo el procedimiento de contratación, ya que supondría un aumento en los términos contemplados en el párrafo 9 del artículo 69. El párrafo 8 de dicho precepto establece que si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. Considera que si el contrato se firmara con la UTE, la relación jurídica con el Ayuntamiento se establecería exclusivamente con sus componentes y no con todo el grupo empresarial. En caso de incumplimiento contractual, el Ayuntamiento no podría exigir responsabilidad al grupo, sino sólo a las dos empresas que forman la UTE.



Sexto. La adjudicataria, señala que las recurrentes en su escrito obvian mencionar los detalles de este caso y hacen una transcripción parcial de las resoluciones de este Tribunal y de una sentencia de la Audiencia Nacional. Después de hacer una recapitulación de los hechos acontecidos, afirma que ni la resolución 167/2019 de este Tribunal ni la sentencia de 10 de octubre de 2012 de la Audiencia Nacional afirman, como sostienen los recurrentes, que a los efectos de acreditar la solvencia deben tenerse en cuenta los medios de las sociedades que se hallan en una relación de matriz-filial como si de medios propios se tratara, por el hecho de que la pertenencia a un grupo, cuando se trata de una sociedad matriz y su filial determine per se la disposición de medios y capacidades de las sociedades filiales por la dominante y a la inversa.

Lo que viene a afirmar la citada resolución del TACRC, es que no es conforme a Derecho la exclusión de un licitador que en el DEUC declaró que no acudía a la solvencia de ninguna entidad externa y luego, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP presentó para acreditar su solvencia, los medios de una sociedad filial participada al 100%, pues a tales efectos, los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora; y, en todo caso, tal omisión en el DEUC sería un error respecto al cual el órgano de contratación debe conceder trámite de subsanación al licitador en orden a permitir que éste pueda acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia con los medios de su filial, cuya disponibilidad deberá acreditar.

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Nacional mencionada, lo que afirma es que es preciso acreditar la disponibilidad de los medios de terceros para la ejecución del contrato. Esa prueba puede hacerse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho incluso la vía de la presunción y a través de la figura del hecho notorio. En el caso resuelto, era un hecho notorio que la sociedad filial era una sociedad instrumental de la matriz, dado que ésta era una sociedad que se dedicaba a la fabricación de mobiliario siendo la sociedad filial la que se dedicaba a vender en España dicho mobiliario; la totalidad de las acciones, la titularidad de la marca y la propia denominación social de la filial, son propiedad de la empresa matriz y sus administradores son comunes.

En conclusión, la solvencia puede integrarse recurriendo a medios de terceros, pero siempre deberá acreditarse. En este caso, las mercantiles que se han presentado a la licitación no



cumplen ni individual ni acumuladamente con ninguno de los criterios de solvencia económico-financiera requeridos por el pliego. Recuerdan la doctrina de la resolución 1105/2015 de este TACRC que indica que todo licitador, aunque se valga de medios externos ha de acreditar un mínimo de solvencia propia, pues en caso contrario se estaría privando a la Administración de poder dirigirse de manera indistinta (el licitador afectado era una UTE) a cualquiera de las partes, haciendo inoperante esa responsabilidad solidaria.

Lo que pretenden los recurrentes no es integrar su solvencia con medios de terceros de conformidad con la LCSP, sino acreditar toda la solvencia con dichos medios.

Las cuentas consolidadas no se aportaron tras el requerimiento de documentación inicial, sino como consecuencia de la concesión de un trámite de subsanación, trámite no se había concedido en el caso resuelto por la resolución 167/2019. Con la documentación presentada no acreditaron por ninguno de los medios admitidos en Derecho, la disponibilidad de los medios de dichas empresas del grupo. ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. ha procedido a consolidar empresas participadas al 100% (como es el caso de la otra integrante de la UTE), empresas en las que participa de forma mayoritaria en más del 51% del capital y empresas en las que participa en un porcentaje inferior al 51%. E igualmente sucede en el caso de las UTE cuyo resultado también incluye en las cuentas anuales consolidadas. Las diferentes sociedades tienen también un ámbito de actuación geográfico (España, México, Canadá...) y material (servicios de limpieza, mantenimiento, logística, jardinería y otros servicios) diferenciado. Los recurrentes tampoco presentaron una declaración de voluntad expresa de todas y cada una de las sociedades del grupo del que forman parte, acreditativa del compromiso de afectar los medios de éstas a la ejecución del contrato. No consta acreditada la existencia de administradores comunes en las diferentes sociedades del grupo, ni que los administradores que han presentado las cuentas consolidadas, sean, a su vez, administradores de otras empresas del grupo. No consta acreditado que las sociedades dependientes de ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. sean sociedades instrumentales de la matriz, ni tampoco la existencia de unidad de negocio ni una unidad económica para actuar en el mercado de todas las empresas del grupo.

Además de todas estas diferencias respecto del caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional, cabe señalar otra: se estaba ante un supuesto de un único licitador que integraba



su solvencia recurriendo a la de su accionista único. Respecto del caso de la resolución del TACRC se estaba ante un supuesto de un único licitador que integraba su solvencia recurriendo a la de su filial 100% participada. Aquí, por el contrario, estamos ante dos licitadores que concurren conjuntamente, ninguno de los cuales acredita el cumplimiento de al menos algún requisito mínimo de solvencia económico-financiera y pretenden acreditar toda ella, recurriendo no a la de una sociedad que controlan o que les controla totalmente, sino a la del grupo de empresas de las que ambos forman parte, sin acreditar la efectiva disposición de tales medios.

Séptimo. Expuestas las alegaciones de la recurrente, el órgano de contratación y el adjudicatario, procede examinar la cuestión de fondo planteada; no obstante, con carácter previo debemos referirnos a la alegación del órgano de contratación sobre que parece que la UTE licitadora está formada por la empresa A ESCO, S.L, con su entidad matriz, pero no por las demás empresas del grupo y que si se admitiera la participación de más empresas por el simple hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial fuera del plazo estipulado para ello en el pliego, se estaría desvirtuando todo el procedimiento de contratación, ya que supondría un aumento en los términos contemplados en el párrafo 9 del artículo 69. El párrafo 8 de dicho precepto establece que, si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento.

Es decir, parece que el órgano de contratación considera que si la solvencia de las empresas integrantes de la UTE, que pertenecen al mismo grupo empresarial del que es matriz o dominante la empresa miembro de la UTE ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., se integrase con la solvencia económica y financiera de las empresas del grupo incluidas en las cuentas consolidadas aportadas, dichas otras empresas del grupo se estarían integrando en la UTE fuera del plazo de presentación de proposiciones, modificando su composición, por lo que procedería ex artículo 69.8 de la LCSP excluir a la UTE.

No podemos compartir esa afirmación del órgano de contratación, ya que es totalmente ajena a la regulación en la legislación de contratos del sector público del régimen de las agrupaciones o uniones de empresarios, por una parte, y, de otra, de la integración de la solvencia de las empresas licitadoras con medios externos. Las agrupaciones empresariales



no son sino una forma de colaboración entre empresas para participar conjuntamente con una misma proposición en los procedimientos de adjudicación de contratos. Y la integración de la solvencia con medios externos es un derecho que corresponde a todas las empresas para completar su solvencia con externos a ellas, cualquiera que sea la naturaleza del vínculo por el que se produzca la puesta de esos medios a disposición del licitador, para cumplir los requisitos previos referidos a su solvencia y para ejecutar las prestaciones que asumirá en virtud del contrato.

Pues bien, todas las empresas licitadoras, incluso las que lo hacen agrupadas en uniones de empresas, tienen ese derecho a integrar su solvencia con medios externos. Así, el artículo 75.1, párrafo segundo, de la LCSP determina.

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

Por tanto, en las uniones de empresas, las partícipes se agrupan para licitar de forma que las capacidades y solvencia de cada una de ellas se acumulan para determinar si cumplen o no los requisitos previos exigidos, como determina el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) (*“art. 24: Uniones temporales de empresarios. 1. En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*). Pero también pueden y tienen derecho cada una de ellas a integrar sus capacidades y solvencia con medios externos a ella y a las demás integrantes de la unión de empresas.

Ahora bien, la integración de la solvencia de las empresas integrantes de la unión de empresas con medios externos a ellas simplemente implica que esos medios están a su disposición como si fuesen suyos propios a efectos de cumplimiento de requisitos previos, pero en modo alguno significa que los titulares formales de los medios se integren en la unión



licitadora, que de ninguna manera altera sus miembros ni su número. La integración lo es de medios en la solvencia de las licitadoras, solas o agrupadas, no de titulares formales de las capacidades y de los medios

Por tanto, la citada alegación del órgano de contratación referida a que la integración de las capacidades y solvencia de las empresas integrantes de la unión licitadora con los medios de las demás empresas del grupo empresarial al que aquéllas pertenecen modificaría a posteriori la composición de la unión de empresas licitadora, no implica ni puede implicar la integración de esas empresas en la UTE, por lo que no se altera su composición.

Octavo. Antes de entrar a examinar el fondo del asunto, que en esencia es la integración o no de la solvencia económica y financiera de las empresas de la unión licitadora, que son una empresa que es matriz de la otra integrante de la UTE, que le pertenece al 100%, con los medios de las empresas del grupo empresarial, que presenta cuentas consolidadas del grupo del que es matriz y dominante una de las integrantes de la unión licitadora, empresas del grupo que le pertenecen bien al 100%, o casi al 100%, según ANEXO I (“*SOCIEDADES DEL GRUPO*”) de dichas cuentas consolidadas, de forma que el conjunto determina que las integrantes de la UTE cumplan el requisito exigido de solvencia económica y financiera, debemos exponer el criterio de este Tribunal sobre la integración de la solvencia con medios externos; las particularidades del régimen de esa integración cuando los medios externos son medios de empresas de un grupo dominadas por una licitadora, en concreto, sobre si son medios externos o medios propios de la dominante o matriz, y si la sola manifestación y acreditación de esa posición de dominio de las empresas del grupo por la licitadora dominante equivale o implica que tiene efectivamente a su disposición esos medios de la dominadas por ella o si, por el contrario, es necesaria, en este caso, una manifestación expresa singular de las sociedades dependientes poniendo esos medios a disposición de la licitadora dominante para acreditar que ésta tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución del contrato.

-El criterio de este Tribunal sobre la integración de la solvencia de la licitadora con medios externos se contiene en esencia en nuestra Resolución nº 1090/2017 (Recurso nº 810/2017), de 17 de noviembre de 2017, en la que consta:

“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-84/12, 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-84/12, 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.

Se trata de una Pyme constituida en 2016. Las contrataciones que invoca para acreditar parcialmente su solvencia técnica no están concluidas, motivo por el que no puede aportar certificados de buena ejecución. Por ambos motivos manifiesta su deseo de integrar su solvencia con medios de otras entidades.

La licitadora presentó declaración responsable de cumplimiento de los requisitos previos, suyos y de los terceros cuyas capacidades integran la suya, existentes a la fecha límite de presentación de las proposiciones y manifestó su intención de emplear medios de terceros, lo que se ajusta a la normativa aplicable.



La licitadora, tras ser requerida al ser propuesta como adjudicataria del contrato, ha aportado los documentos que acreditan su solvencia a la fecha de presentación de ofertas y la de las entidades terceras a cuyas capacidades acude para integrar su solvencia, a igual fecha”

-Respecto del aspecto relativo a las particularidades del régimen de esa integración de la solvencia con medios externos cuando los medios externos son medios de empresas de un grupo dominadas por una licitadora, en concreto, sobre si son realmente medios externos o, más bien, medio propios de la dominante o matriz, este Tribunal ha expuesto su criterio en la Resolución nº 167/2019 (Recurso nº1211/2018), de 22 de febrero de 2019, en la que consta:

“...presentó para acreditar su solvencia los medios de otra sociedad que le pertenecía al 100%, lo que fue considerado como contradictorio con dicho DEUC y por ello inadmisibile. Por tanto, al no acreditar el cumplimiento de los requisitos de solvencia con sus propios medios (sino en todo caso con los de la otra mercantil, que no se admitieron), se acordó su exclusión.

El recurrente, por el contrario, considera que la otra mercantil no es un medio externo puesto que es dueño del 100% de su capital, razón por la cual no declaró que acudía a medios externos en el DEUC; y en todo caso, señala que, de no considerarse así, ello sería un error subsanable, por lo que debió concedérsele trámite de subsanación

Pues bien, asiste la razón al recurrente. En efecto, si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social. Esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios.

Puede encontrarse un paralelismo en la regulación de los medios propios personificados en la LCSP, cuyo artículo 32.2.a) exige, como requisito para considerar a una entidad medio propio de un poder adjudicador, que este último ejerza sobre aquélla un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios: es este control lo que (junto a otros requisitos) determina que una entidad sea considerada medio propio de otra.



Asimismo, cabe referirse a la regulación de la clasificación. Si bien el artículo 75 de la LCSP, al regular la solvencia, no tiene en cuenta específicamente la situación de los grupos empresariales, sí lo hace el artículo 79, relativo a la clasificación, que establece un régimen específico para las entidades pertenecientes a grupos, el cual permite a efectos de apreciar la solvencia de una de ellas, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de aquéllas para la ejecución de los contratos durante los plazos de vigencia de dicha clasificación que determina el artículo 82.2 de la LCSP, lo que es evidente e innegable en el caso de que la licitadora sea la dominante.

Por todo ello, debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma. Desde esta perspectiva, no habría error en el DEUC y la recurrente no lo estaría modificando en el trámite del art. 150.2 LCSP. Pero aun en el caso de considerarse que hay error, con los antecedentes expuestos, es claro que sería un error excusable y por ello subsanable.

A lo cual hay que añadir que, en todo caso, ante cualquier duda a este respecto lo procedente era otorgar trámite de subsanación, como pretende el recurrente. En efecto, es pacífico que se puede subsanar tanto el DEUC (art. 81.2 RGLCAP, 27.1 del RD 817/2009, de Desarrollo Parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la JCCA de 26 de noviembre de 2013 citada por el recurrente), como el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018, alegadas por el recurrente. Por tanto, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba suficientemente la solvencia, debió conceder dicho trámite, sin que a ello quepa oponer el principio de inmodificabilidad de la oferta porque, en sentido estricto, el DEUC no es propiamente parte de la oferta, sino un medio de simplificar la tramitación, aunque sí forma parte de la proposición ya que sólo tendrá que acreditar la solvencia (y demás requisitos de aptitud) el licitador propuesto como adjudicatario.

Así pues, aun en el caso de que se considerase que efectivamente hubo error en el DEUC, debió concederse trámite de subsanación y permitirse acreditar la solvencia por los medios de la filial.



En este sentido se manifiesta la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 octubre de 2012 (Roj: SAN 4164/2012): ...”

-Y respecto a la cuestión relativa a si la sola manifestación y acreditación de esa posición de dominio de las empresas del grupo por la licitadora dominante equivale o implica que tendrá efectivamente a su disposición esos medios de la dominadas por ella o si, por el contrario, es necesario, en este caso, una manifestación expresa singular de las empresas dominadas poniendo esos medios a disposición de la licitadora dominante para acreditar que ésta tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución del contrato, nos hemos pronunciado en nuestra resolución nº 1248/2019 (Rec. nº 1022/2019), de fecha 4 de noviembre de 2019, en la que dijimos:

“El recurrente, por el contrario, considera que la otra mercantil no es un medio externo puesto que es dueño del 100% de su capital, razón por la cual no declaró que acudía a medios externos en el DEUC; y en todo caso, señala que, de no considerarse así, ello sería un error subsanable, por lo que debió concedérsele trámite de subsanación

Pues bien, asiste la razón al recurrente. En efecto, si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social. Esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios.

Puede encontrarse un paralelismo en la regulación de los medios propios personificados en la LCSP, cuyo artículo 32.2.a) exige, como requisito para considerar a una entidad medio propio de un poder adjudicador, que este último ejerza sobre aquélla un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios: es este control lo que (junto a otros requisitos) determina que una entidad sea considerada medio propio de otra.

Asimismo, cabe referirse a la regulación de la clasificación. Si bien el artículo 75 de la LCSP, al regular la solvencia, no tiene en cuenta específicamente la situación de los grupos



empresariales, sí lo hace el artículo 79, relativo a la clasificación, que establece un régimen específico para las entidades pertenecientes a grupos, el cual permite a efectos de apreciar la solvencia de una de ellas, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de aquéllas para la ejecución de los contratos durante los plazos de vigencia de dicha clasificación que determina el artículo 82.2 de la LCSP, lo que es evidente e innegable en el caso de que la licitadora sea la dominante.

Por todo ello, debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma

Pues bien, tal criterio es aplicable al presente caso, pues si en la citada resolución se concluyó que, a efectos del artículo 75 de la LCSP, no se consideraba tercero respecto del licitador a una empresa con personalidad jurídica distinta cuya propiedad le pertenece al 100%, tampoco lo es la empresa perteneciente al 100% al tercero a la que acude la licitadora para integrar su solvencia con los medios y capacidades de la misma, y respecto de ese tercero, de forma que si la licitadora tiene a su disposición todos los medios y capacidades de dicho tercero, también tendrá a su disposición los de la otra empresa que pertenece totalmente a dicho tercero. Por ello, aunque se considerase que debió citarse en el DEUC a esa empresa como otro tercero a cuyas capacidades se acude para integrar la solvencia de la licitadora, esa omisión, al tratarse de una empresa del grupo controlada plenamente por el tercero a cuyos medios se acude para integrar la solvencia de la licitadora y se indica y cita en el DEUC, sería, en este caso, un mero defecto subsanable de forma exactamente igual a como se indicó en la citada Resolución 167/2019, y si alguna duda tiene el órgano de contratación sobre la disponibilidad de las capacidades de esa otra empresa tercera, puede despejarla por la vía y en la forma prevista en el artículo 95 de la LCSP

Todo ello, en cualquier caso, sin perjuicio de la posibilidad de requerir de subsanación al licitador caso de no considerarse en la nueva valoración que se haya presentado correctamente la documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, conforme a la doctrina de este Tribunal recogida en resoluciones como la nº 811/2019 y las que en ella se citan”



Por tanto, en lo relativo al cumplimiento de los requisitos exigidos sobre capacidades y solvencia de los licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato, y en concreto, de una agrupación o unión de empresas, la normativa de contratación del sector público establece que la solvencia de esas agrupaciones se determina mediante la acumulación de sus respectivas capacidades y solvencia; los partícipes en la unión de empresas pueden integrar, individual o conjuntamente, su solvencia con medios externos a ellos, sin que por ello los titulares de los medios humanos, materiales, técnicos y económicos y financieros se integren en la unión de empresas; las empresas integrantes de un grupo de empresas que participan individualmente o en unión con otras empresas, sea o no del grupo de empresas, pueden integrar su solvencia con medios de esas otras empresas, pero si la licitadora o una de las integrantes de la unión licitadora se sirve para integrar su solvencia de los medios de otras empresas del grupo al que pertenecen y de las que aquélla es matriz o dominante en su totalidad o casi totalidad, los medios de las dominadas o subordinadas, si bien son formalmente externos a la dominante, en realidad no son ajenos ni externos sino propios de ésta, pues al ser la titular de la empresa dominada o de la casi totalidad de sus acciones o participaciones sociales lo es de la propia empresa y de su medios, y, además, solo existe una voluntad social, que es la de la dominante, por lo que tiene pese a su disposición los medios de las dependientes; la empresa que pretenda servirse de medios externos a ella debe acreditar tener a su disposición esos medios, para lo que sirve un compromiso de la empresa titular de los mismos; no obstante, si la que pretende servirse de los medios de esas empresas es la matriz o dominante también debe acreditar que tiene a su disposición esos medios, pero su acreditación resulta del solo hecho de su titularidad de la empresa a la que pertenecen los medios de que se va a servir o que sea a su vez, titular de la empresa a la que pertenecen los medios (titularidad indirecta).

En el caso concreto de la integración de la solvencia de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades es evidente, por aplicación analógica de lo previsto en el artículo 79 de la LCSP para la clasificación de las pertenecientes a un grupo de sociedades, que para la valoración de la solvencia de cualquiera de las integrantes del grupo se puede tener en cuenta la solvencia de las pertenecientes al grupo siempre que la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo de ejecución del contrato, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución del mismo. Pues bien, esa prueba será estricta y plenamente necesaria mediante el compromiso de la persona jurídica



a la que pertenezcan los medios en el caso de que sean las sociedades no dominantes del grupo las que pretendan integrar su solvencia con los medios de las demás, pro no en el caso de la dominante, puesto que en este caso, la acreditación de la efectiva disposición de esos medios de las filiales o dominadas resulta del hecho mismo de la titularidad su titularidad del capital o participaciones de la o las dominadas.

Noveno. Consta en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de octubre de 2019, de adjudicación del contrato licitado, la exclusión de dos licitadoras, una de ellas la UTE recurrente, “*Acciona Facility Services, S.A.*” en los siguientes términos:

“... al ser rechazada por incumplir el requisito de solvencia económica conforme a lo informado por la Intervención General: “Tercero: Las cuentas anuales presentan un fondo de maniobra NEGATIVO teniendo en cuenta el porcentaje de participación de cada una de ellas por lo que de conformidad con el pliego esta U.T.E. no cumple con los criterios de solvencia. Solicitada aclaración los responsables de la U.T.E. reconocen este hecho, pero remiten las cuentas de otras sociedades que pertenecen al mismo grupo de empresas.

Cuarto: Consultada la Memoria de las empresas ACCIONA ESCO, S.L. en la parte 12 “operaciones vinculadas” figuran operación con ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y con otras sociedades HOSPITAL DEL NORTE, ACCIONA CONCESIONES, ... pero tan solo a esta licitación se presentaron en U.T.E. dos sociedades por lo que no las demás.

Por lo manifestado anteriormente esta Intervención informa desfavorablemente la solvencia económica.”

De ese texto del acuerdo impugnado y del texto del informe de la Intervención municipal que sirve de fundamento al acuerdo de exclusión, se deduce claramente que ésta se acuerda porque la UTE licitadora no acredita, y reconoce, que no reúne el requisito de solvencia económica y financiera exigido en el PCAP, y pedida aclaración, afirma el informe, que la UTE presenta las cuentas de otra sociedades pertenecientes al grupo, pero de ellas solo dos se presentaron a la licitación, pero no las demás, de lo que puede colegirse que dicho informe niega la acreditación de la solvencia de la UTE, no porque las cuentas consolidadas presentadas de Acciona Facility Services, SA, (La sociedad dominante) y sus sociedades dependientes (el Grupo) no acreditaran la solvencia económica y financiera exigida, sino



porque a la licitación solo se presentaron dos sociedades del Grupo, pero no las demás, por lo que no podía tenerse en cuenta la solvencia de las que no participaban en la UTE.

La apreciación anterior se confirma por el contenido de las alegaciones formuladas por el órgano de contratación en su informe a este recurso, en el que se afirma lo siguiente:

“TERCERO: Si se admitiera la participación de más empresas, por el simple hecho de pertenecer al mismo grupo empresarial, fuera del plazo estipulado en el pliego para ello, se estaría desvirtuando todo el procedimiento de contratación ya que supondría un aumento en los términos contemplados en el párrafo 9 del artículo 69, pero no una vez formalizado el contrato sino con efectos anteriores.

Se presentaron en UTE solo dos personas jurídicas, con su propio CIF cada una de ellas. No se presentó el grupo empresarial ACCIONA S.A., que podría haberlo hecho, pero decidió no hacerlo”.

Efectivamente, el órgano de contratación considera que la solvencia de las empresas del grupo dependientes de la dominante, distintas de Acciona Esco, S.L., que es la otra integrante de la UTE, no se consideran puesto que no participan en la UTE desde un principio, de forma que pudiendo hacerlo, no lo hicieron en su momento, y al no haberlo hecho no se les puede considerar partícipes en el procedimiento porque hacerlo extemporáneamente supondría una modificación de la composición de la UTE, que determinaría su exclusión. Además, parece que solo reconoce la condición de grupo a Acciona, S.A. y sus sociedades dependientes y no a Acciona Facility Services y, respecto de sus sociedades dependientes, que ha aportado sus cuentas consolidadas

En conclusión, el órgano de contratación no apreció que la UTE licitadora, en el cumplimiento del requerimiento de aportación documental en el que reconocían las integrantes de la UTE que no cumplían el requisito de solvencia económica y financiera, integraba en ese documento su solvencia con la de las sociedades del grupo dependientes de la partícipe en la UTE licitadora ACCIONA FACILITY SERVICES S.A (en lo sucesivo, AFS), y lo mismo hicieron en trámite de aclaración posterior conferido en el que también ejercía su derecho a integrar su solvencia con los medios del grupo y para ello *“adjuntaban las cuentas anuales consolidadas*

de dicha sociedad y sus sociedades dependientes, dado que las mercantiles participantes consolidan en estas cuentas y pertenecen al mismo grupo, cumpliendo así dicha condición”.

Por tanto, en consecuencia, tampoco apreciaron ni el órgano de contratación ni la Intervención municipal informante que la sociedad licitadora en UTE dominante del grupo de sociedades dependientes acreditaba esa dominación y por ello mismo el requisito de la efectiva disposición de los medios de las sociedades del grupo dependientes de la dominante durante el plazo de ejecución del contrato, que era de 45 días.

Décimo. Lo que parece que se debate en este caso, es si la UTE recurrente ha acreditado o no la solvencia económico-financiera requerida por el pliego que rige la licitación. Existe acuerdo en que, con la presentación inicial de la documentación requerida, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, no se acreditó tal solvencia e incluso así lo reconocía la UTE al manifestar “... *al no cumplir dicha condición, adjuntamos cuentas anuales consolidadas correspondientes a ACCIONA FACILITY SERVICES S.A. y sociedades dependientes, dado que las mercantiles participantes consolidan en estas cuentas y pertenecen al mismo grupo, cumpliendo así dicha condición*”, y que el órgano de contratación otorgó trámite de aclaración, no de subsanación, que no consta. Por otra parte, aunque de las alegaciones del órgano de contratación no resulta con claridad, también parece que no se niega que la solvencia puede integrarse con medios externos, de acuerdo con lo establecido en la LCSP, pero también parece que el órgano de contratación no contemplaba que la recurrente estaba integrada su solvencia con la sociedad del grupo

Pues bien, como se ha indicado en el Fundamento anterior, en realidad el órgano de contratación no niega, ni afirma, que la UTE recurrente cumpla el requisito exigido de solvencia económica y financiera integrando sus solvencias individuales con las de la sociedades del grupo integrado por AFS y sus sociedades dependientes, integración a la que para nada alude, sino que simplemente considera que para calificar la solvencia de la integrantes de la UTE junto con las del grupo de sociedades de AFS, debieron haber participado en UTE desde un principio, e incluso, afirma en sus alegaciones, que quien debió hacerlo, es decir, quien debió licitar, era el grupo ACCIONA, S:A .

Expuestos los términos en que el propio órgano de contratación fundamenta su acuerdo de exclusión la recurrente, es evidente que no se discute si la recurrente ha acreditado o no la solvencia exigida integrando la de una de las partícipes en la unión licitadora y, por tanto, la de la unión de empresas, sino si es o no conforme con el ordenamiento jurídico que las integrantes de la UTE, y en concreto, AFS, haya integrado su solvencia con la de las sociedades de grupo del que es dominante, para acreditar de esa forma la solvencia requerida, lo que es presupuesto previo para determinar si cumple o no la UTE citada el requisito de solvencia exigido en el PCAP.

Planteada en esos términos la cuestión de fondo, no cabe sino afirmar que el motivo alegado por la recurrente debe prosperar, con independencia de si se le ha requerido, pues no consta, por el órgano de contratación y acreditado por la recurrente que dispone efectivamente de los medios de las sociedades del grupo de las que se ha servido para integrar su solvencia, o que haya hecho declaración expresa de que tiene esa disposición para la correcta ejecución del contrato licitado y durante el plazo de su ejecución..

Como hemos expuesto más arriba, *todo* licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios externos y a él le corresponde la libertad de escoger qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos (Resolución TACRC nº 1090/2017 (Recurso nº 810/2017)). Y además, debe tenerse en cuenta que en el caso de acudir a integrar su solvencia con los medios de otras sociedades del mismo grupo, aunque se trataría de medios externos en cuanto pertenecen formalmente a otra entidad, ello no es así, en puridad, en el caso de la sociedad dominante si ésta es titular del 100% o de la casi totalidad del capital social de las sociedades dependientes a cuyos medios acude, pues ello determina la existencia de un control total sobre ellas y, en consecuencia, una única voluntad social, lo que permite afirmar que los medios de las dependientes no son realmente medios externos ajenos a la licitadora dominante, sino verdaderamente propios de la misma, aunque sea indirectamente, lo que es suficiente, al menos, para considerar acreditada la disponibilidad de los medios de dichas sociedades.

Por otra parte, por analogía con lo dispuesto en el artículo 79.3 de la LCSP que permite tener en cuenta los medios de la sociedades de un grupo para la clasificación de una persona

jurídica perteneciente al grupo, pero debe acreditar tener a su disposición los medios de las sociedades de que se trate, cabe entender aplicable esa exigencia de acreditación de la disposición efectiva de esos medios en el caso de integración de la solvencia con medios externos; no obstante, en tal caso, a efectos de la exigencia de efectuar esa acreditación, como ya hemos apuntado más arriba, debe distinguirse entre las sociedades del grupo y la dominante, pues mientras en el caso de aquéllas la sola pertenencia al grupo no implica la disposición de los medios de las demás sociedades del grupo, en el caso de la dominante puede afirmarse todo lo contrario, ya que ésta, por su sola condición de matriz o dominante, acreditaría suficientemente, en principio, aunque indirectamente, esa efectiva disposición de los medios de las dependientes.

No obstante lo anterior, aun cuando la integración de las capacidades económica y financiera y la técnica y profesional implica formas distintas de acreditación de la disposición, en un caso, de los recursos económicos o de las capacidades financieras y, en el otro, de los medios materiales, técnicos y personales, de manera que si respecto de éstos últimos, la forma normal de acreditación de su disposición es el compromiso por parte de la empresa titular, aunque no necesariamente si la integración es a favor de la dominante, en el caso de las capacidades económica y financiera, cuando se trata de integrar la solvencia del mismo tipo de la dominante, pues en tal caso la acreditación de esa efectiva disposición sí podría requerir una manifestación o declaración expresa de la dominante licitadora de que compromete o pone a disposición de la ejecución del contrato las capacidades económica y financiera de las sociedades del grupo, lo que, por una parte, prueba así el requisito de la acreditación de la disposición de esos medios o recursos para la ejecución del contrato y el compromiso de aportarlos, y, por otra, posibilita lo previsto en el artículo 75. 3 de la LCSP.

Por lo expuesto, en el caso que nos ocupa, la recurrente ha hecho uso de su derecho a integrar su solvencia, la de las integrantes de la UTE, con los medios de las sociedades del grupo de sociedades de la que es dominante AFS, lo que no implica alteración de la composición de la UTE, lo que priva de fundamento a la exclusión acordada. No constan en el expediente remitido los términos del requerimiento efectuado a la UTE licitadora que pudo determinar que la recurrente presentara la declaración responsable de 30 de septiembre de 2019, pero su contenido no difiere sustancialmente de la efectuada el 19 de septiembre de 2019, por lo que no consta que se hayan formulado otras objeciones o petición de aclaraciones por parte del



órgano de contratación a la integración de solvencia manifestada por la recurrente y al cumplimiento de lo previsto en el artículo 150 de la LCSP, por lo que nada impide que consideremos inadmisibile el fundamento alegado expuesto por el órgano de contratación en su acuerdo de exclusión de la recurrente, por lo que procede estimar el recurso en ese aspecto, anulando el acto recurrido y con retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión de la recurrente para que el órgano de contratación proceda a determinar si la UTE recurrente, integrada la solvencia económico-financiera de las partícipes con la de las sociedades dependientes de la dominante, AFS, cumple o no los requisitos de solvencia económica financiera determinados en el PCAP, y si alguna duda tiene el órgano de contratación puede despejarla recabando Documentación e información complementaria que autoriza el artículo 95 de la LCSP .

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D.P.M.F.A., en representación de la UTE ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. y ACCIONA ESCO, S.L., contra la resolución de adjudicación de 25 de octubre de 2019, dictada por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca, del contrato *“suministro y servicio de instalación para la renovación y mejora de la eficiencia energética del alumbrado público de la ciudad de Cuenca (fase 1)”*; Expediente 3/2019, anular el acto recurrido con retroacción del procedimiento al momento anterior a la exclusión de la recurrente para que se proceda a determinar si la UTE recurrente, integrada la solvencia económico-financiera de las partícipes con la de las sociedades dependientes de la dominante, AFS, cumple o no los requisitos de solvencia económica financiera determinados en el PCAP, y, a resultas, continúe el procedimiento con adjudicación del contrato a la empresa mejor clasificada.

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, de acuerdo con lo previsto en el artículo 58.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.