



Recurso nº 1664/2022

Resolución nº 66/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 2 de febrero de 2023

VISTO el recurso interpuesto por D. C.V.C., en representación de REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L., contra el acuerdo de 29 de noviembre de 2022 de exclusión de la licitación convocada por el Consejo de Seguridad Nuclear para contratar los “*Servicios de seguimiento de noticias de prensa, radio, televisión y medios digitales*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El día 22 de octubre de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y el 25 de octubre de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) –el anuncio fue remitido el 20 de octubre–, el anuncio de licitación para la contratación de los “*Servicios de seguimiento de noticias de prensa, radio, televisión y medios digitales*”.

Segundo. Se presentaron al procedimiento abierto las empresas:

- GRANT THORNTON ADVISORY
- HALLON INTELLIGENCE, S.L.,
- REBOLD MARKETING AND COMUNICATION, S.L.
- SEGUIMEDIA, S.L.
- REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L. (la recurrente)



Tercero. Realizada la apertura de ofertas, el licitador recurrente fue admitida provisionalmente por la Mesa de Contratación por considerar que no acreditaba su solvencia económico financiera ya que se trataba de una empresa de nueva creación, dándosele la posibilidad de acreditarla recurriendo a la correspondiente a un tercero de acuerdo con los artículos 74.2 y 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Se le requirió, específicamente.

“(...) acreditar que la empresa licitadora es una rama de negocio escindida de KANTAR MEDIA)”.

Cuarto. La recurrente fue requerida para que subsanara dicho defecto presentando declaración acreditativa de su solvencia económica, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, pero no atendió a los términos del requerimiento, sino que se reiteró en el contenido de la documentación ya presentada.

El requerimiento fue contestado por la recurrente mediante escrito en el que manifiesta:

“I. Que la Licitadora, REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L.U., posee la solvencia necesaria para celebrar el contrato objeto del Expediente, sin tener que acudir a medios externos ni a la solvencia de otras entidades.

II. Que, si bien en la documentación presentada inicialmente en el Expediente se hizo constar que la Licitadora se acogía a la solvencia de Kantar Media, S.A. (NIF...), ello se refería única y exclusivamente a la acreditación de la experiencia de años anteriores, pero en ningún caso a la solvencia para la realización del servicio.

A modo aclaratorio y dada la confusión de la Licitadora al referirse a la “solvencia” de Kantar Media, S.A. en los documentos presentados, nos permitimos aclarar los antecedentes que justifican la presente declaración:

1º) La Licitadora se constituyó como sociedad en el año 2021 y permaneció inactiva hasta 31 de diciembre de 2021.



2º) El 1 de enero de 2022 la Licitadora adquirió en bloque el negocio de “reputational intelligence” que hasta 31 de diciembre de 2021 era titularidad de Kantar Media, S.A. Dicha transmisión se produjo a título universal, esto es, cediéndose en bloque por Kantar Media, S.A., a la Licitadora la totalidad de los activos, pasivos y recursos humanos que constituían el negocio o rama de actividad transmitido, quedando por tanto subrogada la Licitadora en todos los derechos, bienes y obligaciones de la sociedad transmitente respecto de dicho negocio o rama de actividad.

3º) Habida cuenta de la transmisión universal operada, la Licitadora posee en la actualidad la solvencia necesaria para llevar a cabo los servicios objeto del presente Expediente de licitación, sin limitación.

4º) Dado que, como se ha dicho, la cesión del negocio y el inicio de la actividad a nombre de la Licitadora fueron efectivos el 1 de enero de 2022, la Licitadora no puede acreditar experiencia de los ejercicios anteriores, la cual sólo puede ser acreditada mediante la aportación de las cifras de negocio de Kantar Media, S.A., sociedad titular de la rama de actividad hasta 31 de diciembre de 2021. En este sentido, en nuestra Declaración responsable mencionamos en su momento el Informe 48/99 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 21 de diciembre de 1999, que hace referencia a los supuestos, entre otros, de transmisión de rama de actividad, señalando que la experiencia de la sociedad adquirente de una rama de actividad (en este caso, la Licitadora) se acreditará mediante los certificados de referencias expedidos a nombre de la sociedad transmitente de la rama (Kantar Media, S.A.).

III.- Que se acompaña a la presente, a los efectos oportunos, como Anexo 1, declaración del representante de Kantar Media, S.A., en relación con la cifra global de negocios de los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

IV.- Que asimismo se hace constar, a los efectos oportunos, que la cifra de negocios de la Licitadora desde el inicio de sus operaciones (1 de enero de 2022) hasta 31 de octubre de 2022 asciende a 6.971.510 euros.

V.- Que, en conclusión, la Licitadora dispone de la solvencia suficiente para realizar por ella misma el servicio sin precisar la integración de solvencia ni recursos de terceros, precisamente por haber adquirido en bloque la totalidad de la rama de actividad (incluyendo todos los medios y recursos necesarios para su ejercicio) que en su momento pertenecía a Kantar Media, S.A.”

Quinto. Por acuerdo de 29 de noviembre, notificado al recurrente a través de la PLACSP, se le excluye del procedimiento en tanto:

“(...) el licitador no ha respondido adecuadamente al requerimiento formulado por la Mesa de Contratación de declarar que dispone de la solvencia económica y financiera de un tercero de acuerdo con los artículos 74.2 y 75 LCSP”.

Sexto. Por escrito fechado el 15 de diciembre de 2022 la recurrente presentó escrito dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que califica como Recurso especial en materia de Contratación, contra el mencionado acuerdo de exclusión.

Al escrito de recurso une el recurrente diversa documentación no contenida en el expediente administrativo, que ha sido tomada en consideración por este Tribunal en la presente Resolución.

- Documento de formalización del contrato para la realización de un servicio de seguimiento de noticias de prensa, radio, televisión y medios digitales para el CSN, suscrito el 18 de marzo de 2019 con la mercantil KANTAR MEDIA, S.A.U.
- Prórroga del contrato referido anteriormente, por un periodo de dos años, entre el 19 de marzo de 2021 y el 18 de marzo de 2023.
- Correo remitido el 5 de agosto de 2022 a una dirección “.csn.es” en el que se comunica la venta del negocio de *Reputation Intelligence* de KANTAR MEDIA, S.A.U. a SYMPHONY TECHNOLOGY GROUP (STG).
- Correo remitido el 24 de enero de 2022 a una dirección “.csn.es” en el que, se indica, en respuesta a una solicitud de documentación por la transmisión del negocio de *Reputation*, que se aporta la escritura de compraventa del negocio y el NIF de la nueva sociedad. Se acompaña al correo la “*escritura de elevación a*



público de contrato de compraventa de negocio (business transfer agreement) otorgada por KANTAR MEDIA S.A. Unipersonal a favor de REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L. UNIPERSONAL”.

- Una serie de correos, incluidos en el mismo fichero denominado “correos electrónicos del 24 y 25 de enero” (documento 10 de los aportados por el recurrente), que incluye:
 - o Correo remitido desde una dirección “.csn.es” el 24 de enero de 2022 en el que se manifiesta que *“recibida la escritura de transmisión del negocio, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, la sociedad adquirente deberá reunir la misma capacidad, ausencia de prohibición para contratar y solvencia técnica y económica que el adjudicatario inicial (...). Informa sobre la solvencia exigida en el contrato y concluye “deberá aportar además el DEUC debidamente cumplimentado y firmado electrónicamente por representante legal de la empresa. El plazo para su presentación es de 10 días hábiles a partir del siguiente al envío de esta comunicación. En cuanto a la garantía definitiva constituida podrá renovarse o mantenerse la existente”.*
 - o Correo de contestación, remitido el mismo día 24 de enero de 2022, a la dirección “.csn.es”, en el que se manifiesta *“en relación a lo que nos solicitan, la operación de Reputational es una compraventa de negocio, por lo que equivaldría a la aportación de rama de actividad a que se refiere el Informe 48/99 de la Junta de Contratación de 21 de diciembre de 1999, donde dice: (...). Por lo tanto, nos acogemos a la solvencia de KANTAR MEDIA. La empresa REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L.U. inicia su actividad el 1/1/2022, por lo que no podemos aportar cuentas anuales ni cifras de negocios, ni experiencia en la prestación de servicios con ese nombre”.*
 - o Correo de la dirección “.csn.es”, remitido el 25 de enero de 2022, en la que se manifiesta que *“(…) vista la cláusula 3.5 del agreement, estoy de acuerdo con la calificación jurídica que hacen (...)”.*



- o Correo remitido por la dirección “csn.es” el 25 de enero de 2022, en el que se informa sobre la incorporación de la empresa a la base de datos del órgano de contratación.
- Una serie de correos, incluidos en un fichero “*últimos correos del formulario*” (documento 11) que reproduce en lo sustancial la documentación aportada en el documento 10 e incluye dos correos, ambos del día 25 de enero. En el primero desde una dirección “*.kantar.com*” (desde la que se habían emitido los correos presentados en el documento 10) se indica “*disculpen, no les entendí bien. ¿Ahora está ok*”. Pregunta a la que unos minutos después la dirección “csn.es” contesta “*de acuerdo*”.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal, por delegación de este dictó resolución de 28 de diciembre de 2022 acordando 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 del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente Tribunal es competente para conocer de este recurso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Segundo. Se trata de un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un contrato de servicios que supera el umbral cuantitativo señalado en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Igualmente se trata de un acto recurrible al tratarse de la impugnación de la exclusión del contrato, con arreglo al artículo 44.2.b) LCSP.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legalmente establecido de conformidad con el artículo 50 LCSP.

Cuarto. El recurrente está legitimado para la interposición del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP. En efecto, la eventual estimación del recurso determinaría la reintegración del recurrente al procedimiento, manteniendo por tanto sus expectativas de resultar adjudicatario del contrato.

Quinto. El recurrente se opone al acto recurrido manifestando que, contra lo que se deduce del mismo, esto es, que no respondió al requerimiento de subsanación formulado, lo hizo adecuadamente.

Justifica su postura señalando que, pese a lo argumentado por el órgano de contratación, no ha pretendido en ningún momento acreditar su solvencia recurriendo a la solvencia y medios de otras entidades, en los términos del artículo 75 de la LCSP. Relata, con el apoyo documental relacionado en los Antecedentes, el proceso de sucesión de la recurrente en el contrato de realización de un servicio de seguimiento de noticias de prensa, radio, televisión y medios digitales para el CSN, suscrito el 18 de marzo de 2019 con la mercantil KANTAR MEDIA, S.A.U.

Por su parte el órgano de contratación entiende que, siendo el recurrente una sociedad independiente de KANTAR MEDIA, S.A.U., no puede entenderse acreditada la cifra de negocio exigida por el PCAP con la de esta última si no existe un compromiso formulado en los términos del artículo 75 del LCSP. Entiende que la referencia al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –IJCCPE en adelante- 48/99 de 21 de diciembre de 1999 porque se refiere a la acreditación de la solvencia técnica en los supuestos de aportación de rama de actividad, pero no a la solvencia económica. Señala, por último, que no debe confundirse el régimen de sucesión del contratista que regula el artículo 98 de la LCSP con la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la adjudicación de un nuevo contrato, que en ningún caso puede eximir a los licitadores del cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia que la LCSP y el PCAP exige para todos ellos en condiciones de igualdad, por lo que el incumplimiento de los mismos debe dar lugar a su exclusión.

Sexto. Planteados así los términos del debate, es preciso señalar, en primer lugar, que la recurrente se ha configurado a partir de la adquisición del negocio de *“reputational intelligence”* de KANTAR MEDIA, S.A.U. De acuerdo con lo establecido en el punto 3.5 del contrato de compraventa de negocio aportado por el recurrente,

“The business constitutes an independent production unit (unidad económica autonoma, as defined by the Article 7 section 1 of Law 37/1992 of 28 December, on Value Added Tax), within the business organization of de Business Seller with its own employees and assets, and the human and material resources required to operate such business and is organized in a manner that is functionally independent from the rest of its activities”.

Invoca el recurrente, como hemos señalado, el IJCCPE 48/99 de 21 de diciembre, que concluye que:

“(…) en los supuestos de aportación de rama de actividad o de empresa deberá ser reconocida la experiencia correspondiente exclusivamente a la actividad transferida ejecutada por las sociedades que aportan tal rama de actividad o empresa a la sociedad receptora de la misma”.

Entiende que la misma conclusión debe alcanzarse en lo referido a la solvencia económica y financiera.

La solvencia técnica y profesional y la económica y financiera atienden a dos realidades diferentes del licitador. Mientras la primera expresa la capacidad de aquel de ejecutar el contrato, en definitiva, de desarrollar las prestaciones objeto del contrato en los términos establecidos por el órgano de contratación, la solvencia económica y financiera expresa la capacidad del licitador de hacer frente a los compromisos financieros derivados de la ejecución del contrato.

La solvencia técnica y profesional presupone una organización de factores de producción (incluidos los intangibles como la experiencia) determinada. Esta afirmación nos permite concluir, con la JCCPE, que transmitida una rama de actividad (en definitiva, un conjunto

de elementos patrimoniales –bienes, derechos y obligaciones- que conforman una unidad económica) se transmite, igualmente, su solvencia técnica y profesional.

No ocurre lo mismo en el caso de la solvencia económica y financiera. La capacidad de atender las obligaciones financieras derivadas de la ejecución del contrato no se transfiere con la rama de actividad, en tanto que no deriva los elementos patrimoniales (tangibles e intangibles) que la conforman, sino de la capacidad financiera del licitador, expresada indiciariamente por los medios que, contemplados en la LCSP (artículo 87) determine el órgano de contratación.

Por lo señalado, no cabe entender justificada la solvencia económica y financiera del recurrente con la de la empresa originaria, salvo que se produjera el supuesto de integración regulado en el artículo 75 de la LCSP.

En consecuencia de lo anterior, el presente recurso ha de ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C.V.C., en representación de REPUTATIONAL INTELLIGENCE SPAIN, S.L., contra el acuerdo de 29 de noviembre de 2022 de exclusión de la licitación convocada por el Consejo de Seguridad Nuclear para contratar los “*Servicios de seguimiento de noticias de prensa, radio, televisión y medios digitales*”.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.



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

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES