



Recurso 322/2022 C.A. Principado de Asturias 19/2022

Resolución nº 454/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 21 de abril de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.G.T., en representación de la entidad 3MDOG contra su exclusión de la licitación del contrato de “*servicio de recogida, atención veterinaria y guardería de animales domésticos errantes, mantenimiento de las instalaciones del centro de animales de Oviedo, y recogida, esterilización y posterior puesta en libertad de los gatos ferales formando colonias*”, con expediente referencia CC2021/252, convocada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 22 de diciembre de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación convocada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo para la adjudicación del contrato de “servicio de recogida, atención veterinaria y guardería de animales domésticos errantes, mantenimiento de las instalaciones del centro de animales de Oviedo y recogida, esterilización y posterior puesta en libertad de gatos ferales formando colonias. Contrato reservado a entidades que cumplan requisitos de la disposición adicional 48 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) del Ayuntamiento de Oviedo, con CPV: 852000000 “*Servicios de veterinaria*” y 85210000-3 “*Guarderías para animales de compañía*”, con un valor estimado de 1.394.069,69 euros.

Segundo. Vencido el plazo para la presentación de ofertas, se recibieron las de los siguientes licitadores:

- 3MDOG.



- FUNDACIÓN PROTECTORA DE ANIMALES DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

Tercero. El 14 de enero de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso interpuesto por D. L.G.A., en representación de 3MDOG contra los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas que rigen la licitación. El recurso fue inadmitido mediante resolución 326/2022, de 10 de marzo por no haber acreditado debidamente la presentante la representación en que actuaba y por falta de legitimación de la asociación recurrente.

Cuarto. El 24 de enero de 2022 la mesa de contratación se reunió para proceder a la apertura del sobre A presentado por las licitadoras —comprensivo de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de capacidad y de solvencia exigidos en los pliegos— y acordó requerir a ambas licitadoras para que procedieran a la subsanación de la documentación presentada.

Quinto. El 25 de enero de 2022 3MDOG presentó un escrito ante el órgano de contratación, en el que solicitaba que se excluyera de la licitación a la Fundación Protectora de Animales del Principado de Asturias por haber participado, a juicio de 3MDOG, en la elaboración de los pliegos que rigen la licitación y por ser la adjudicataria del contrato que tiene por objeto la ejecución de las labores de responsable del contrato vigente.

Sexto. El 21 de febrero de 2022 la mesa de contratación volvió a reunirse para examinar la documentación presentada por las licitadoras en cumplimiento del requerimiento anterior y acordó, por una parte, excluir a 3MDOG y, por otra parte, admitir la oferta presentada por Fundación Protectora de Animales del Principado de Asturias procediendo a la apertura del sobre C presentado por esta última, comprensivo de la documentación relativa a la parte de la oferta evaluable mediante criterios dependientes de un juicio de valor.

El acta de la mesa de contratación en la que se acordó la exclusión de 3MDOG fue publicada en la plataforma de contratación del sector público al día siguiente y fue notificada individualmente a 3MDOG el 23 de febrero de 2022.

Séptimo. El 15 de marzo de 2022, D. A.G.T., en su condición de presidenta de la asociación 3MDOG, interpuso recurso especial en materia de contratación contra el



acuerdo de la mesa de contratación por el que se decidía su exclusión del procedimiento de licitación.

Octavo. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.2 de la LCSP, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal informe en el que defiende la falta de legitimación de la recurrente y, en cuanto al fondo, la conformidad a Derecho de los pliegos impugnados.

Noveno. El 21 de marzo de 2022, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al restante licitador para que pudiera formular alegaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, trámite que no ha evacuado.

Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución el 23 de marzo de 2022 por la que concedía la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato instada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 8 de octubre de 2021 (BOE de fecha 29/10/2021).

Segundo. Se recurre un acto dictado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios que, en atención a su valor estimado (1.394.069,69 euros), es susceptible de recurso especial de acuerdo con el artículo 44.1.a) de la LCSP. El acto de exclusión de la licitación es un acto impugnabile según el artículo 44.2.b) del mismo texto legal.

No es, sin embargo, susceptible de recurso el acto por el que se admite la oferta presentada por la Fundación Protectora de Animales del Principado de Asturias por no tratarse de un acto de trámite cualificado en la medida en que ni ha decidido directa o indirectamente sobre la adjudicación, ni determinado para la recurrente la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni le ha producido indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. No puede pensarse, en este sentido, que la admisión de la oferta de la Fundación



Protectora de Animales del Principado de Asturias haya decidido indirectamente sobre la adjudicación del contrato por el hecho de que solamente se hayan presentado dos licitadoras, puesto que, por un lado, la posible incidencia en la adjudicación ha venido dada por la exclusión de la recurrente (acto objeto del recurso) y, por otro lado, la futura adjudicación, en su caso, del contrato a dicha licitadora dependerá de que su oferta cumpla el resto de criterios establecidos en el PCAP.

Por tanto, este Tribunal no entrará en el análisis de los motivos del recurso dirigidos a combatir la admisión de la citada oferta contenidos en el fundamento jurídico séptimo del recurso, al quedar limitado el objeto de dicho recurso al acto de exclusión de la recurrente.

Tercero. El recurso se ha interpuesto el 15 de marzo de 2022 y, por tanto, dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde la notificación del acuerdo de exclusión a la recurrente, conforme dispone el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto por persona con poder bastante para actuar en representación de la entidad recurrente, en atención a las facultades que el artículo 12 de los Estatutos de 3MDOG atribuye a la presidenta de la asociación.

Debe reconocerse a la recurrente legitimación para recurrir al amparo del artículo 48 de la LCSP, cuyo primer párrafo concede legitimación para recurrir *“a cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. En este sentido, es doctrina constante y consolidada de este Tribunal la que propugna que *“solo cabe predicar legitimación para la impugnación del acuerdo de adjudicación a aquellos licitadores que pudieran obtener un beneficio concreto en caso de una eventual estimación del recurso”*, beneficio que no puede ser *“meramente hipotético o potencial”* (Resolución nº 150/2020 y las que en ella se citan).

Procede, por tanto, examinar si la asociación recurrente obtendría un beneficio concreto, y no meramente hipotético o potencial, de la eventual estimación del presente recurso. La respuesta es positiva, pues lo que la recurrente está cuestionando en su recurso es su exclusión del procedimiento de licitación. Por ello y, contrariamente a lo señalado por el órgano de contratación en su informe, ha de reconocerse a 3MDOG legitimación para



interponer el presente recurso especial, pues, de prosperar éste por los motivos por ella invocados, no sólo podría continuar participando en el procedimiento de licitación, sino que también podría resultar adjudicataria del contrato.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, la recurrente considera que fue indebidamente excluida porque el órgano de contratación no admitió la integración de su solvencia con medios externos (a través del “*Centro Canino La Ería*”, actual prestador del servicio), contraviniendo con ello lo preceptuado en el artículo 75 de la LCSP (que la cláusula 15ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares —PCAP— reproduce) y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que invoca. En este sentido, considera que el PCAP no establece ninguna limitación a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos y que, por ello, el acuerdo de la mesa de contratación es contrario a Derecho.

Añade la recurrente que, si bien olvidó aportar la documentación acreditativa de que “*Centro Canino La Ería*” cumplía los requisitos de solvencia exigidos en el PCAP y no estaba incurso en prohibición de contratar, el órgano de contratación no debería haberla excluido directamente, sino requerirle de subsanación al efecto. Es más, entiende la recurrente que, si el órgano de contratación consideraba que no podía integrar su solvencia a través del “*Centro Canino La Ería*”, debió haberle concedido la posibilidad de sustituir a dicha entidad.

Frente a estas alegaciones, el órgano de contratación sostiene en su informe, con remisión a otro anterior emitido por la Sección de Contratación, que: a) cuando una licitadora acude a otra entidad para integrar su solvencia, esta última entidad forma parte del “operador económico” y, por tanto, ha de cumplir los mismos requisitos de aptitud para contratar que el licitador por lo que, tratándose de contratos reservados al amparo de la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, la empresa externa a la que se acude para integrar la solvencia, ha de reunir los requisitos que, para ser adjudicatario del contrato, se establecen en dicha disposición adicional; b) en todo caso, el órgano de contratación puede establecer limitaciones a la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos, posibilidad que fue ejercida por el órgano de contratación, según puede constatarse en las cláusulas 25ª y 26ª del anexo I al PCAP; y c) que para integrar la solvencia se debe



disponer de un mínimo, algo de lo que carece la recurrente, por tratarse de una entidad de nueva creación.

Este Tribunal considera que el recurso debe ser desestimado y ello en atención a las consideraciones que seguidamente se exponen ponderadas en su conjunto.

El artículo 75 de la LCSP dispone, a efectos de lo que aquí interesa, lo siguiente:

“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.

(...)

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”.

En relación con la facultad del licitador de integrar su solvencia con medios externos hemos reiterado, entre otras, en nuestra Resolución nº 668/2018, de 12 de julio (recurso nº505/2018), con cita de otras anteriores, lo siguiente:

“es creación jurisprudencial del TJUE, [la] que configura la facultad de los operadores económicos de integrar su solvencia acudiendo a las capacidades y medios de terceros como un auténtico derecho, que se consagró normativamente en los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18. Esa doctrina se concretó en las sentencias de 14 de abril de 1994 y



18 de diciembre de 1997 (Asuntos C-389/92 y C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV*) y otras posteriores.

Esa doctrina se recoge en nuestra Resolución 525/2016, de 1 de julio de 2016 (Rec. nº 448/2016) en la se determina lo siguiente:

*‘Tal y como indicábamos en nuestra Resolución nº 152/2013, de 18 de abril: “La posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades es una posibilidad resultante de una novedosa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, elaborada a través de las sentencias de 14 de abril de 1994 y 18 de diciembre de 1997 (asuntos C-389/92 y C-5/97, *Ballast Nedam Groep NV*), sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-176/98, *Holst Italia*) y 18 de marzo de 2004 (*Siemens AG*). Esta doctrina jurisprudencial ha sido recogida en la Directiva 2004/18/CE, cuyo artículo 47.2 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia económica y financiera por medios externos y cuyo artículo 48.3 recoge la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional por estos medios. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que las directivas obligan al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. En el caso de la Directiva 2004/18/CE, la transposición se lleva a cabo mediante la promulgación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.*

El artículo 63 TRLCSP recoge el principio general establecido en los artículos mencionados más arriba, desarrollándose en los artículos 76 y siguientes del TRLCSP para cada modalidad contractual. Por ello, a la vista de lo expuesto y del tenor literal del artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 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 75 TRLCSP en el sentido de que no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador. Ahora bien, la correcta interpretación del artículo 63 exige reconocer que es imprescindible para acreditar



la solvencia económica la existencia de una prueba efectiva de que se dispone de esos medios’.

Y en esa Resolución se añadía lo siguiente:

‘Este Tribunal entiende que la interpretación que ha de darse al artículo 63 del TRLCSP es que el mismo permite la acreditación de la solvencia de la licitadora mediante medios externos, y que no existe una limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo, siempre de conformidad con lo que el órgano de contratación haya establecido en los pliegos aceptados por el licitador, y siempre que éste demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. En el presente caso, el órgano de contratación estableció en la cláusula 2.2.4 del PCAP que la solvencia económica, financiera, técnica o profesional podía acreditarse mediante los específicos criterios previstos en él (volumen anual de negocio en el ámbito al que se refiere el contrato y relación de los principales servicios o trabajos realizados del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato), o, en sustitución de los mismos, mediante la aportación del certificado de clasificación (Grupo U, Subgrupo 1, Categoría 1), así como una declaración responsable del licitador en la que manifieste que las circunstancias que sirvieron de base para su otorgamiento, reflejadas en el correspondiente certificado de clasificación, no han experimentado variación.

Pues bien, como dijimos en nuestras resoluciones 196/2013 y 273/2013, para acreditar la solvencia de la licitadora debería admitirse el certificado de clasificación de la empresa matriz del grupo, junto con la declaración de ésta poniendo a disposición de la licitadora los medios que necesite para la ejecución del contrato si resulta adjudicataria. Si trasladamos esta doctrina a las circunstancias de nuestro caso, nos encontramos con que la documentación acreditativa de la solvencia de la recurrente comprende la clasificación requerida en el PCAP de la sociedad matriz del grupo-SERVICIOS OSGA, S.L.-, así como una declaración del representante de esta entidad en la que afirma que pone a disposición de la entidad recurrente todos los medios materiales y personales necesarios para la ejecución del contrato, que dispone de una oficina a 16.1 km del centro de acogida de refugiados de Mislata, y que responderá solidariamente de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.



Así las cosas, partiendo de la premisa antes señalada -que para acreditar la solvencia de la licitadora debería admitirse el certificado de clasificación de la empresa matriz, junto con la declaración de esta empresa poniendo a disposición de la licitadora los medios que necesite para la ejecución del contrato si resulta adjudicataria-, el órgano de contratación debería haber admitido la documentación presentada por la entidad recurrente, razón por lo que procede la estimación del recurso’.

El caso resuelto en dicha resolución es análogo al que es objeto del presente recurso, pues en él que se requirió al propuesto como adjudicatario la documentación acreditativa de los requisitos previos que no se aportó correctamente, por lo que se concedió subsanación, trámite en que el recurrente aportó los medios del tercero. Se estimó el recurso.

Dicha doctrina jurisprudencial sobre la integración de la solvencia con medios ajenos se reproduce y se aplica en nuestra Resolución nº 1090/2017, de 17 de noviembre de 2017, Rec. nº 810/2017, en la que se recoge lo siguiente:

‘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, Oostas 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 nº 1090/2017 concluíamos lo siguiente:

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.

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.

OSVENTOS, que es la licitadora cuya cifra de volumen de negocio apenas alcanza el 10% de la requerida en el pliego, ha acudido a la cifra de volumen de negocio presentada por otra empresa, AXIÑA, en virtud de un contrato que fue firmado una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas.

Pues bien, resulta evidente que, a la vista de la doctrina expuesta, ha de afirmarse que OSVENTOS ha acreditado mediante el empleo de sus propios medios y los invocados de terceros la solvencia económica y financiera requerida mediante la acreditación de un volumen de negocio suficiente acorde con lo requerido en el PCAP. Por su parte, el compromiso de disponibilidad de los medios de terceros para integrar su solvencia con la de aquéllos es suficiente y además en relación con obligaciones que son reconocibles también por esos terceros, y en particular el órgano de contratación y que en este caso existen desde que se firma el contrato que fue aportado y cuya fecha es posterior al plazo de finalización de las ofertas, pero anterior a la adjudicación, y han sido aportados en el plazo exigido por el artículo 151.2 del TRLCSP”.



Conforme a la doctrina expuesta, el licitador puede acudir para integrar su solvencia a medios externos, sin que el poder adjudicador pueda condicionar la forma en que lo hará. Ahora bien, lo que sí puede hacer el poder adjudicador es establecer limitaciones a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos en atención a la naturaleza y objeto del contrato.

Pues bien, en el supuesto examinado, resulta que el poder adjudicador exigió que determinadas partes o trabajos, en atención al carácter reservado del contrato, tuvieran que ser directamente ejecutadas por el licitador adjudicatario, sin que fuera posible, por tanto, que tales partes de la prestación contractual pudieran ser desarrolladas por medios externos.

Así, la cláusula 15ª del PCAP, que la recurrente invoca, reproduce el contenido del artículo 75 de la LCSP y remite, en cuanto a la facultad del poder adjudicador de limitar la posibilidad de integración de la solvencia con medios externos, a lo establecido en su anexo I. Pues bien, el citado anexo I, establece en su apartado 25º, bajo la rúbrica “Ejecución del contrato. (Cláusula 15)”, lo siguiente:

“Posibilidad de ejecutar determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, directamente por el propio licitador o, por un participante en la UTE: SÍ, atendiendo a la naturaleza del contrato a celebrar y la reserva a organizaciones con las características fijadas en la Disposición Adicional 48ª de la LCSP, se consideran tareas críticas, a ejecutar por la adjudicataria, las siguientes:

- *Gestión continuada y presencial materializada a través del responsable del contrato.*
- *Labores veterinarias y de supervisión sanitaria que deban realizarse en el propio centro.*
- *Labores específicas de cuidado, mantenimiento y todas aquellas vinculadas al desarrollo y bienestar animal, sin perjuicio, de los acuerdos de colaboración con entidades o asociaciones de protección animal, o labor desarrollada por voluntarios”.*

Estas limitaciones vuelven a introducirse en el anexo I del PCAP (apartado 26º) cuando regula las actividades que no pueden ser objeto de subcontratación.



Por tanto, y contrariamente a lo sostenido por la recurrente, el órgano de contratación sí estableció limitaciones a la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos. Las actividades enumeradas en ese apartado 25º han de ser ejecutadas directamente por el licitador adjudicatario del contrato, algo que la recurrente no ha acreditado que pueda realizar por sí misma y que tampoco parece probable que pueda hacer, dado que se constituyó el 27 de diciembre de 2021.

Sexto. A la anterior consideración ha de añadirse otra, que resulta del principio del Derecho que proscribire el fraude de ley, sancionado en el artículo 6.4 del Código Civil, según el cual *“los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”*

Como es sabido, el fraude de ley se caracteriza (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2006), por la presencia de dos normas: la conocida y denominada de *“cobertura”*, que es a la que se acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir, designada como *“norma ineludible”*.

En este caso, la *“norma ineludible”* es la contenida en la disposición cuadragésima octava de la LCSP, que permite al órgano de contratación del poder adjudicador reservar a determinadas organizaciones que cumplan los criterios establecidos en el apartado segundo de dicha disposición adicional, el derecho a participar en los procedimientos de licitación de los contratos de servicios de carácter social, cultural y de salud que enumera el Anexo IV bajo los códigos CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, desde 85000000-9 hasta 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 y 98133110-8.

En el supuesto examinado, el contrato tiene por objeto *“servicios de veterinaria”* (CPV: 852000000) y servicios de *“guarderías para animales de compañía”* (CPV: 85210000-3). Ambos servicios están incluidos en el ámbito de aplicación de la citada disposición adicional. El órgano de contratación decidió reservar al amparo de esta norma el objeto del



contrato a entidades que cumplieran los requisitos del apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima octava y así lo hizo constar en los pliegos.

La disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP se configura, de este modo, como norma de carácter prohibitivo a *sensu contrario*, en el sentido de que prohíbe participar en las licitaciones celebradas a su amparo a entidades que no reúnan los requisitos dispuestos en su apartado segundo. Es el caso de “Centro Canino La Ería”, actual prestador del servicio, que no cumple los requisitos mencionados en la citada disposición adicional.

Si los cumple, por el contrario, la entidad recurrente, constituida, según se ha dicho, el 27 de diciembre de 2021, por tratarse de una asociación sin ánimo de lucro que tiene entre sus objetivos la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios de veterinaria y guardería de animales de compañía antes indicados. Por ello, la recurrente sí puede participar en la licitación, si bien, dada su reciente creación, carece por completo de la solvencia económica, financiera y técnica exigidas en el PCAP para ejecutar las prestaciones objeto del contrato.

Así, el apartado 11 del Anexo I del PCAP exige, para acreditar la solvencia económica y financiera que se justifique que el patrimonio neto de la entidad al cierre del último ejercicio económico, *“ha sido igual o superior al valor de la anualidad media del contrato. A estos efectos, el importe del patrimonio neto deberá ser igual o superior a 387.241,58 €”*.

Por lo que respecta a la solvencia técnica, el mismo apartado 11 del Anexo I del PCAP dispone que:

“Los licitadores deberán haber asumido la gestión durante, al menos, los tres últimos años de algún núcleo zoológico, centro de depósito de animales o refugio, según la terminología del artículo 3.2 de la Ley 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales, inscrito en el correspondiente registro (en el caso de Asturias, registro de núcleos zoológicos regulado por Decreto 73/1998, de 3 de diciembre, de la Consejería de agricultura, por el que se regula la actividad de los núcleos zoológicos en el principado de Asturias) con capacidad superior a 30 animales.



La acreditación de este requisito se realizará mediante la aportación de una relación de los servicios o trabajos realizados en la que se indique la capacidad de las instalaciones, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos, junto con un certificado expedido o visado por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público, o cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación”.

Es notorio que la recurrente, dada su reciente creación, no puede cumplir por sí misma ni los requisitos de solvencia económica y financiera, ni los de solvencia técnica que el PCAP establece.

La “*norma de cobertura*” es el artículo 75 de la LCSP, que permite a los operadores económicos basarse en la solvencia de otras entidades. La recurrente pretende acudir a la solvencia de “*Centro Canino La Ería*” (actual prestador del servicio que no puede acceder a la licitación reservada), para acreditar íntegramente su solvencia. Empleando esta norma de cobertura, “*Centro Canino La Ería*” consigue acceder a una licitación a la que tenía vedado el acceso, en plena contravención de la disposición adicional cuadragésima cuarta de la LCSP.

Este Tribunal considera, habida cuenta de todas las circunstancias concurrentes, que esta conducta constituye un claro fraude de ley, pues el “*Centro Canino La Ería*” se está sirviendo de una entidad de reciente creación (3MDOG, cuya presidenta y administrador son administradores de Centro Canino La Ería, actual prestador del servicio), para acceder a una licitación a la que tiene prohibido el acceso.

Por ello, debe aplicarse la sanción prevista en el artículo 6.4 del Código Civil para estos supuestos: “*la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”, que no es otra que la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, impidiendo a “*Centro Canino La Ería*” participar en la licitación.

Séptimo. Coincide, además, este Tribunal con los razonamientos vertidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 2/2018, en el que, con



cita de otro anterior, distingue entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos en los siguientes términos:

“Así, en el Informe 23/2013 se abordó precisamente la diferencia conceptual entre subcontratación e integración de solvencia con medios externos, señalando que cuando se habla de subcontratación nos situamos siempre en fase de ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; siendo diferente la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “suerte de subcontratación en fase de solvencia”, sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituyen junto al licitador, el contratista de la Administración.”

Por eso para dar respuesta a la cuestión planteada debemos reiterar expresamente el siguiente contenido del mencionado informe 23/2013: ‘La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque si no la Administración contrataría con un operador económico no solvente. Y de ahí que en este caso a diferencia de lo expuesto sobre la subcontratación en fase de ejecución- la Administración pueda exigir, para garantizar esa disponibilidad durante la ejecución, que el tercero que completa la solvencia se incorpore como parte del contrato.’

De modo que es precisamente esta proyección que debe de tener la integración de la solvencia en la configuración del elemento subjetivo del contrato, uno de los elementos que permiten separar y distinguir las figuras de la integración de la solvencia con medios externos de la subcontratación en la ejecución”.

En efecto, cuando el licitador acude para integrar su solvencia a medios externos, estos últimos se integran con él para formar parte del “operador económico” que contrate con el poder adjudicador. Por ello, en contratos reservados como el que nos ocupa, el operador económico al que el licitador acude para acreditar su solvencia ha de reunir los requisitos establecidos en el apartado segundo de la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, máxime cuando el licitador pretende integrar toda su solvencia a través de los medios de dicho operador.



Octavo. Por último, cabe decir que no es posible en este caso que el órgano de contratación requiera a la recurrente para que sustituya al operador económico con el que pretendía integrar su solvencia, pues, como ya avanzamos en nuestra anterior resolución nº326/2022, de 10 de marzo, *“es notorio que la recurrente, dada su reciente creación, no puede cumplir ni los requisitos de solvencia económica y financiera, ni los de solvencia técnica que el PCAP establece, por lo que carecería de sentido, en virtud del principio de eficiencia y eficacia en la actuación de la Administración que rige toda contratación pública”*, de suerte que no está en condiciones de ejecutar por sí misma las prestaciones que el apartado 25º del anexo I del PCAP reservan al adjudicatario.

A mayor abundamiento y, como también hemos dicho en anteriores resoluciones, es *“requisito indispensable para contratar con el sector público que [el licitador] acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios”*, (resolución nº 531/2013 y las que en ella se citan), circunstancia que no concurre en el supuesto examinado.

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.G.T., en representación de la entidad 3MDOG contra su exclusión de la licitación del contrato de *“servicio de recogida, atención veterinaria y guardería de animales domésticos errantes, mantenimiento de las instalaciones del centro de animales de Oviedo, y recogida, esterilización y posterior puesta en libertad de los gatos ferales formando colonias”*, con expediente referencia CC2021/252, convocada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no se aprecia mala fe ni temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede imponer 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 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 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.