

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 29 de enero de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don R.P.V., en representación de Fomento de Construcciones y Contratas S.A., contra la Resolución de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se adjudica el lote 1 y se declara desierto el lote 2 del procedimiento abierto relativo al expediente de contratación del “Servicio de retirada y eliminación de residuos químicos peligrosos, biosanitarios especiales y citotóxicos (Clase IV) generados en los centros de la Universidad Complutense”, nº expte. 2013/000127, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 7 de octubre de 2013 el órgano de contratación de la Universidad Complutense de Madrid (UCM) resuelve aprobar el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), el de Prescripciones Técnicas, y el expediente de contratación relativo a la licitación para la contratación del Servicio de retirada y eliminación de residuos químicos peligrosos, biosanitarios especiales y citotóxicos (Clase IV), dividido en dos lotes, siendo el primero el correspondiente a la gestión de los residuos químicos peligrosos, mientras que el lote 2 corresponde a los residuos

biosanitarios especiales y citotóxicos. La licitación se publicó en el DOUE el 10 de octubre de 2013, en el perfil de contratante el 11 de octubre y en el BOE de 15 de octubre. El valor estimado del contrato asciende a 467.404 euros.

Segundo.- El apartado 5 de la carátula del PCAP que rige la licitación exigía a las empresas licitadoras la clasificación en los subgrupos R5A, S3A y S4A, tanto para el lote 1 como para el lote 2.

Asimismo el apartado 20 de la citada carátula establece que *“no procede la subcontratación conforme a lo dispuesto en el artículo 227.1 del TRLCSP”*.

Tercero.- Fomento de Contracciones y contratatas (FCC) presentó oferta al lote 2.

La calificación de la documentación administrativa de las ofertas presentadas tiene lugar el día 20 de noviembre de 2013.

FCC aporta la siguiente documentación:

- Certificado de su clasificación que entre otros comprende el grupo R5A.
- Para acreditar la clasificación S3A aporta certificación de FCC Ámbito S.A.
- Para acreditar la clasificación S4A aporta certificación de Consenur S.L.

La Mesa de contratación acuerda solicitar subsanación a FCC, *“considerando que este contrato no permite la subcontratación se requiere a esa empresa la siguiente clasificación: Grupo S subgrupo 3 categoría A y Grupo S subgrupo 4 categoría A”*. En respuesta a tal requerimiento presentó escrito en el que manifiesta que FCC no ha propuesto subcontratación alguna en la licitación por lo que la aportación de la clasificación como contratista de servicios de FCC Ámbito y de la mercantil Consenur no debe entenderse como subcontratación, pues la primera es una empresa de su mismo grupo empresarial, de la cual es empresa matriz y respecto de la segunda, que no pertenece al grupo de empresas, señala que a tenor

de lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP la solvencia puede ser acreditada por medios externos.

La Mesa de contratación de la UCM, reunida el día 25 de noviembre de 2013, con carácter previo a la apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas, examina la documentación de las empresas a las que se les ha requerido subsanación y acuerda excluir de la licitación a la empresa FCC por no aportar la clasificación requerida.

Con fecha 13 de diciembre de 2013, mediante Resolución del Órgano de Contratación de la UCM se acuerda la adjudicación del lote 1 y declarar desierto el lote 2. Esta resolución se notifica a las empresas licitadoras, mediante fax, el día 17 de diciembre de 2013.

La Resolución frente a la que se interpone el recurso afirma que *“Se han excluido de la licitación las siguientes empresas, al no haber sido admitidas sus ofertas por los motivos que se detallan en el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 25 de noviembre de 2013, que expresa literalmente:*

Previamente al acto público la Mesa de Contratación comprueba la documentación de las empresas a las que se les ha solicitado subsanación de la documentación. Vistas las mismas acuerda excluir del procedimiento a la empresa FCC FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. por no aportar la clasificación requerida...”

Cuarto.- Con fecha 26 de diciembre de 2013, la empresa FCC al encontrarse cerrado el Registro de la Universidad entre los días 23 de diciembre de 2013 y 7 de enero de 2014, presenta mediante correo certificado y con entrada en el Registro General de la Universidad, con fecha 9 de enero de 2014, escrito anunciando la interposición de recurso especial.

El 27 de diciembre de 2013 tuvo entrada, en el Tribunal, el recurso especial

en materia de contratación, interpuesto por FCC, contra la resolución de 13 de diciembre de 2013, por la que se excluye a la mercantil del procedimiento de contratación por el motivo ya indicado.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

Que a Empresa FCC ha aportado la solvencia requerida en el Pliego de la siguiente manera:

- FCC aporta la clasificación R5A.
- FCC Ámbito S.A., aporta la clasificación. S3A (como empresa del grupo).
- Consenur S.L. aporta la clasificación S4A (mediante cesión de clasificación a favor de FCC Fomento de Construcciones y Contratas S.A.) en virtud del artículo 63 del TRLCSP.

Solicita que se proceda a anular la exclusión de la oferta y se proceda a realizar la valoración de la oferta presentada por FCC.

Quinto.- El 20 de enero de 2014 la UCM remite una copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

El informe alega que es palmario que en aquel procedimiento no resultaba admisible la integración o sustitución de la clasificación de Consenur S.L. como empresa subcontratista, en tanto en cuanto la prohibición de subcontratación recogida en la carátula del PCAP es una clara manifestación de la exigencia de que el contrato se ejecute por la propia contratista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de FCC., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 13 de diciembre de 2013, practicada la notificación el 17 de diciembre, e interpuesto el recurso ante este Tribunal el 27 de diciembre de 2013, dentro del plazo de quince días hábiles.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar la suficiencia de la documentación presentada para acreditar la clasificación requerida en el PCAP.

Tal como consta en los antecedentes de hecho, FCC aportó la clasificación R5A, y las otras dos clasificaciones requeridas con certificados expedidos a nombre de terceros. Así, la clasificación S3A a través de certificación de su filial, FCC Ámbito

S.A., mientras que para la clasificación S4A aportó escrito de cesión de clasificación que realizó la compañía Consenur S.L. a su favor.

La posibilidad de referirse a capacidades de otras sociedades fue reconocida por la jurisprudencia europea. Así la Sentencia del TJCE, de 2 de diciembre de 1999 (C-176/1998), Holst Italia SpA, manifiesta que: *“Procede señalar que el objetivo de las Directivas consiste en evitar las trabas a la libre circulación de servicios en la adjudicación de contratos públicos. Tanto del objeto como del tenor de dichas disposiciones, se deduce que ningún prestador de servicio puede ser excluido de un procedimiento de adjudicación de un contrato público por el mero hecho de que para la ejecución del contrato, proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de una o varias entidades distintas a él. Por consiguiente, un prestador que no cumple, por sí mismo, los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato”*.

Esta circunstancia fue recogida en las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

El artículo 47.2 de la Directiva 2004/18, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, establece en cuanto a la capacidad económica y financiera de los operadores económicos la posibilidad de que la misma se integre con medios externos, en los siguientes términos: *“En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas*

entidades a tal efecto". En el mismo sentido el artículo 48.3 para la capacidad técnica o profesional.

Por su parte el artículo 63 del TRLCSP transpone el precepto anteriormente citado, bajo la rúbrica "*Integración de la solvencia con medios externos*", y establece que "*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*".

La actual legislación de contratos del sector público, debe interpretarse a la luz de Directiva 2004/18. Esta, en su considerando 45, prevé que los operadores económicos que formen parte de un grupo empresarial, puedan utilizar la capacidad económica, financiera y técnica de otras sociedades del mismo grupo. Corresponde en este caso al operador económico probar que dispondrá efectivamente de estos medios durante toda la duración de ocupación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP es posible que los licitadores puedan acreditar con medios externos su solvencia sin que sea necesaria su pertenencia a ningún grupo empresarial e independientemente del vínculo jurídico existente entre las distintas entidades. La vinculación puede ser indirecta a través de agrupaciones de empresarios, subcontratación, etc.

En este sentido cabe completar la regulación con lo dispuesto en el artículo 65.2 del TRLCSP "*En el caso de que una parte de la prestación objeto del contrato tenga que ser realizada por empresas especializadas que cuenten con una determinada habilitación o autorización profesional, la clasificación en el subgrupo correspondiente a esa especialización, en caso de ser exigida, podrá suplirse por el compromiso del empresario de subcontratar la ejecución de esta porción con otros empresarios que dispongan de la habilitación y, en su caso, clasificación necesarias,*

siempre que el importe de la parte que debe ser ejecutada por éstos no exceda del 50 por ciento del precio del contrato”.

Resulta evidente la vinculación del artículo 63 con el 65.2 del TRLCSP, y de este último parece desprenderse que para acreditar su clasificación los licitadores pueden recurrir a la de los empresarios con los que pretenden subcontratar la prestación. El licitador debe indicar a quién desea encargar la ejecución de la prestación para la cual no dispone de clasificación y debe demostrar que posee los medios de la otra entidad mediante un compromiso o contrato, sometido hasta que se produzca la adjudicación a la condición de que el licitador resulte adjudicatario, por eso no es suficiente una declaración unilateral del licitador y por eso cualquier otra manera de ejecución con medios ajenos ha de considerarse subcontratación.

El citado artículo 63 debe ponerse en relación con el artículo 227.1 del propio TRLCSP al establecer que: *“el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquel ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario”.*

El apartado 20 de la carátula del PCAP que rige el contrato establece de manera expresa la no procedencia de la subcontratación, estando sometidas las licitadoras a lo establecido en los pliegos porque la mera presentación de la proposición supone su aceptación incondicionada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP.

Admitida la posibilidad de acreditar la clasificación del licitador con medios externos debemos concretar lo argumentado a la documentación aportada por FCC.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite tanto la acreditación de los requisitos de solvencia basándose en la solvencia y medios de una o varias entidades de forma acumulativa en la Sentencia de 10 de octubre de

2013, Swm Construzioni y Mannocchi Luigino (asunto C-94/12). Así en el supuesto que nos ocupa FCC integra su propia clasificación en el subgrupo R5A con la de una empresa de su mismo grupo empresarial y con una empresa ajena.

En primer lugar, respecto de la clasificación en el subgrupo S3A a través del certificado de FCC Ámbito, FCC declaró que esta última es propietaria del 100% del capital social de la citada FCC Ámbito S.A., siendo en este caso una empresa filial de la propia licitadora.

Cabe recordar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha dedicado varios informes a estudiar la incidencia de los grupos de empresas en la solvencia exigible en los contratos públicos, pudiendo resumir por todos ellos el contenido del Informe 45/02, de 28 de febrero de 2013, que, recogiendo la doctrina jurisprudencial del TJCE, entiende que pueden tenerse en cuenta a las sociedades pertenecientes a un grupo de empresas a efectos de acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de la persona jurídica predominante.

Asimismo el informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación de la habilitación empresarial o profesional con medios externos, concluye que el empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas e interpreta que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación por no tener la consideración de tercero.

A pesar de la prohibición de subcontratar que figura en el PCAP cabe recordar que el artículo 227.2.e) del TRLCSP establece que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el PCAP, en este caso 0%, aunque para el cómputo de

este porcentaje no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas con el contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. En consecuencia la clasificación aportada por FCC Ámbito acredita la clasificación de FCC en el subgrupo S3A para celebración del contrato a que licita.

En segundo lugar, en cuanto a la clasificación aportada por parte de la compañía Consenur S.L. y siendo que esta última no pertenece al grupo empresarial de FCC, hemos de estar, de nuevo, al tenor de lo establecido en el citado artículo 63 del TRLCSP, que permite al empresario basarse en la solvencia y medios de otras entidades ajenas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellos, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. Por lo tanto, este artículo amplía la posibilidad de utilizar o integrar la solvencia más allá del concepto de grupo empresarial al que nos hemos referido anteriormente.

Corresponde por tanto a cada licitador en caso de que se pretenda integrar tal solvencia aportar los documentos acreditativos de los contratos, acuerdos, convenios o cualquier otra operación que permita la comprobación de que dispone de los medios de otra empresa y por ende tener por suficiente la clasificación exigida. Dicho requisito no fue probado con la presentación de la documentación oportuna, no siendo suficiente una mera declaración de cesión de la clasificación si además no se concreta cómo se realizará el compromiso de puesta a disposición efectiva de los medios con que cuenta la empresa. Por otro lado, tampoco se comprende cómo se pueden utilizar los medios de una empresa ajena cuyos medios se dicen poner a disposición sin que esa ejecución con medios ajenos constituya un supuesto de subcontratación no permitida en el PCAP, cuando se trata de empresas que no pertenecen al mismo grupo.

Si bien es posible integrar la clasificación con medios externos, debe asimismo tenerse en cuenta que la valoración como suficiente de esta fórmula de

integración de solvencia queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, correspondiendo a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 29/2008, de 10 de diciembre señala que la *“Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados”*.

Por tanto, no es aceptable la cesión la clasificación de Consenur con puesta a disposición de los medios con que cuenta la empresa clasificada y ello a su vez suponga subcontratación expresamente prohibida en el PCAP, como pretende argumentar la recurrente, en consecuencia la actuación de la Mesa de contratación de la Universidad Complutense de Madrid se ajusta a Derecho.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don R.P.V., en representación de Fomento de Construcciones y Contratas S.A., contra la Resolución de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se adjudica el lote 1 y se declara desierto el lote 2 del procedimiento abierto relativo al expediente de contratación nº 2013/000127, “Servicio de retirada y eliminación de Residuos Químicos Peligrosos, Biosanitarios Especiales y Citotóxicos (Clase IV) generados en los centros de la Universidad Complutense”.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.