

Recurso nº 131/2023
Resolución nº 148/2023

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

En Madrid, a 13 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Acaya Naturaleza y Vida S.L. (en adelante ACAYA), contra la resolución de la Concejala del Distrito de Moratalaz de 8 de marzo de 2023, por la que acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de mediación social comunitaria en el Distrito de Moratalaz, lote 1: Intervención socio-comunitaria para la cohesión social y mejora de la convivencia intercultural” (expediente: 300/2022/00632), este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE con fechas, respectivamente, de 29 y 30 de diciembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en dos lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 801.444,92 euros y su duración es de 24 meses.

Segundo.- A la presente licitación, se presentaron siete ofertas, entre ellas la de la recurrente.

Con fecha 22 de febrero de 2023, ACAYA, al haber presentado la mejor oferta y ser propuesta para la adjudicación del Lote I, fue requerida para aportar la documentación acreditativa de la solvencia económico-financiera y técnico-profesional, comprendiendo la correspondiente a FACTORÍA GESTIÓN Y CONSULTORÍA S.L., empresa cuya solvencia se utilizaba en la oferta para la integración de la misma con medios externos.

A la vista de la documentación aportada, la mesa de contratación en la sesión celebrada el 6 de marzo de 2023, propone la exclusión de ACAYA por no cumplir con la solvencia técnica.

Asumiendo la propuesta de la mesa de contratación, la Concejala del Distrito de Moratalaz, mediante Resolución de 8 de marzo de 2023 acuerda la exclusión de ACAYA en el procedimiento de licitación del contrato de servicios de mediación social comunitaria en el Distrito de Moratalaz lote 1.

La exclusión fue notificada a la recurrente el día 10 de marzo de 2023.

Tercero.- El 30 de marzo de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión citado anteriormente.

Cuarto.- Con fecha 5 de abril de 2023 se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 LCSP.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por la recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa licitadora excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes de los recursos.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de exclusión fue notificado el 10 de marzo de 2023, presentándose el recurso el día 30 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto acuerdo marco por lo que el acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar en el fondo del asunto resulta de interés transcribir el PCAP en lo concerniente a la resolución del presente recurso:

Anexo I (Lote I) apartado 8 -*Acreditación de la solvencia técnica o profesional: Artículo 90 apartado a): Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes. Cuando le sea requerido por los servicios dependientes del órgano de contratación los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; 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; en su caso, estos certificados serán comunicado directamente al órgano de contratación por la autoridad competente. Cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, su solvencia técnica se acreditará por uno o varios de los medios a que se refieren las letras b) a i) del artículo 90.*

*Requisitos mínimos de solvencia: -Se entenderá acreditada la solvencia por las empresas que dentro del período de los tres últimos años, este plazo se contará hacia atrás dependiendo de la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas acrediten un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución igual o **superior a 160.000 euros**, aportándose para su acreditación certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario en los que conste la realización de servicios o prestaciones de igual o*

similar naturaleza a las del objeto del contrato. Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV.

*Cláusula 15. “**Integración de la solvencia con medios externos.** Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69 LCSP, podrán recurrir a las capacidades ajenas a la unión temporal. Por tanto, los licitadores podrán integrar la clasificación o, en su caso, los requisitos específicos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional recogidos en el apartado 8 del Anexo I al pliego referido a cada lote basándose en la clasificación, solvencia y medios de otras entidades”.*

El acta de la mesa de contratación celebrada el 6 de marzo de 2023, hacía constar:

“Respecto de la documentación tendente a justificar la solvencia técnica y profesional, la mesa por unanimidad acuerda tener por no subsanado ni acreditado el cumplimiento de este requisito.

Alega la mercantil propuesta para la adjudicación, que participa valiéndose de la acreditación de la solvencia con medios externos, que para cumplir con el mencionado requisito es suficiente el sumatorio de los certificados de ambas empresas, alegando que en 2021 la suma supera los 160.000 euros requeridos en el apartado 8 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La mesa de contratación entiende que la interpretación que la interesada hace de la norma aplicable no se ajusta a Derecho, no pudiendo considerarse suficiente el sumatorio de los certificados de las dos empresas para acreditar la solvencia técnica

y profesional todo ello en tanto en cuanto no actúan como Unión Temporal de Empresas (UTE) sino como empresas perfectamente diferenciadas. Podría estimarse suficiente en el caso de que las empresas se hubieran presentado a la licitación bajo la figura de la UTE, que opera como un único licitador.

La mesa por unanimidad de sus miembros, propone la exclusión de la mercantil ACAYA NATURALEZA Y VIDA, S.L. CIF B81748808 (LA FACTORIA, GESTION CONSULTORIA, S.L., solvencia medios externos CIF B-85802312), asumiendo la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 34/2021, dictada el 8 de enero de 2021, por no cumplir con los requisitos de solvencia técnica o profesional del apartado 8 del Anexo I del PCAP”.

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de su oferta.

Considera que dado que manifestaron en el momento de la licitación la integración de la solvencia técnica con medios externos presentando el correspondiente anexo, de acuerdo con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y que dicha solvencia técnica completa la propia del licitador, entienden que el sumatorio de importes correspondiente al año 2021 de su empresa y de La Factoría Gestión y Consultoría, S.L., que complementa su solvencia, supera los 160.000€ establecidos. En concreto realiza el siguiente desglose: 39.269,08 (anualidad 2021 de FACTORÍA) + 74.238,96 (anualidad 2021 Lote I de ACAYA) + 74.238,96 (anualidad 2021 Lote III de ACAYA) = 187.747 € IVA INCLUIDO. Importe total SIN IVA: 168.972,30 euros.

A su juicio justificación de la mesa de contratación es, en sí misma, una verdadera carencia de motivación dado que la cuestión que se debate en el recurso resuelto por la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales número 34/2021, trata sobre la solvencia de una UTE que, como en la

propia resolución se indica, se somete a criterios distintos de los establecidos para la integración de la solvencia mediante medios externos que es, precisamente la cuestión debatida en el recurso que ahora se presenta. Pero no solo es eso, sino que además, en la resolución que se intenta utilizar como fundamento de la que ahora se recurre dicta precisamente lo contrario.

Continúa su argumentación apelando al artículo 75 de la LCSP y a criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos a la integración de la solvencia por medios externos en defensa de sus posiciones.

Por su parte, el órgano de contratación fundamenta su acuerdo en base a la doctrina mantenida por el TACRC en su Resolución 34/2021, de 8 de enero de 2021, en la que se resuelve sobre la posible acumulación de solvencias y la diferencia entre las empresas que participan en la licitación con una Unidad Temporal de Empresas (UTE) y las que participan con la integración de la solvencia por medios externos.

De la citada la resolución extrae la conclusión de que el sumatorio de la solvencia de las empresas para alcanzar en mínimo establecido en el PCAP respecto de la solvencia técnica o profesional podría estimarse suficiente en el caso de que las empresas concurrieran en la licitación bajo la figura de la UTE, lo que las conformaría en un único licitador. Sin embargo, en el caso de las empresas que participan con la integración de la solvencia por medios externos de otra empresa, no se constituyen como único licitador y, por tanto, siendo que el objeto de ésta figura es garantizar el cumplimiento del contrato en los términos establecidos en los pliegos, considera que la finalidad normativa radica en garantizar que la empresa que participa como garante de la solvencia cumpla individualmente con los mínimos exigidos en el PCAP.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la recurrente

cumplía con las exigencias contenidas en el PCAP en relación a la solvencia técnica.

La integración de la solvencia por medios externos viene regulada en el artículo 75 de la LCSP: *“Integración de la solvencia con medios externos.*

1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que 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.

No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades.

El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

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

las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera”.

La resolución del TACRC a que hace referencia el órgano de contratación establece la doctrina sobre la acumulación de la solvencia técnica de las UTEs, señalando *“Pues bien, este Tribunal ha entendido, como así se manifestó en la Resolución 205/2012, de 20 de septiembre, que uno de los motivos principales para que las empresas se agrupen en UTE es sumar capacidades, sean éstas económicas, técnicas o profesionales.*

Por tanto, el criterio general es el de la acumulación. Así lo establece el artículo 24 del RGLCAP relativo a las uniones temporales de empresarios (...) la norma general es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma.

(...) En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas que integran la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, (...) deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego (...).

Por tanto, lo correcto, de acuerdo con la LCSP y las Directivas comunitarias que transpone y el RGLCAP, es acumular a los efectos de la determinación de la

solvencia técnica de la UTE exigida a los licitadores en el PCAP, la acreditada por cada uno de los integrantes de la misma, aun cuando alguna de las empresas que la integran no alcance las condiciones mínimas de solvencia exigidas en el pliego a todos y cada uno de los licitadores, pues, en definitiva, la que han de poseer es la correspondiente a su participación en la UTE, de manera que si acumulada la solvencia de las empresas su sumatorio alcanza los niveles requeridos en el PCP, la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego. Ahora bien, como prius lógico necesario a esa acumulación es preciso que todas y cada una de las empresas que conforman la UTE ostenten alguna solvencia mínima vinculada al objeto del contrato, ya que, en otro caso, su participación en la UTE no estaría justificada conforme a su razón de ser, y obedecería a fines en fraude de ley.”

Ahora bien, como señala el órgano de contratación, este criterio acumulativo de la solvencia de las empresas que concurren en compromiso de UTE no es predicable para el caso de la integración de la solvencia por medios externos de empresas independientes que no concurren en tal condición, como pretende la recurrente. No debe olvidarse que la responsabilidad de los componentes de la UTE es solidaria e ilimitada, a diferencia del supuesto de integración de solvencia con una empresa externa.

En el supuesto en el que nos encontramos de integración de la solvencia por una empresa externa, es necesario que la empresa que integra la solvencia disponga de ella, ya que una empresa que carece de la solvencia exigida en los Pliegos para contratar no puede integrar la de otra empresa. No es suficiente, como pretende la recurrente, proceder al sumatorio de los importes acreditados por cada empresa en un año determinado para concluir que el importe resultante es superior al exigido por el pliego, a diferencia de lo que ocurriría en el caso de concurrir en compromiso de UTE.

La LCSP establece en su artículo 65.1: *“Condiciones de aptitud.*

1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.

Por todo lo anterior, la exclusión de la recurrente fue conforme a derecho, procediendo la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ACAYA NATURALEZA Y VIDA S.L., contra la resolución de la concejal del Distrito de Moratalaz de 8 de marzo de 2023 por la que acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “Servicios de mediación social comunitaria en el Distrito de Moratalaz, lote 1: Intervención socio-comunitaria para la cohesión social y mejora de la convivencia intercultural” (expediente: 300/2022/00632).

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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 59 de la LCSP.