



Expediente: 70/2023

ACUERDO 76/2023, de 2 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de “*Ampliación de las instalaciones deportivas de Cabanillas. Fase I*”, de 9 de agosto de 2023, licitado por el Ayuntamiento de Cabanillas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Cabanillas publicó en el Portal de Contratación de Navarra con fecha 30 de junio el anuncio de licitación del contrato de obras de “*Ampliación de las instalaciones deportivas de Cabanillas. Fase I*”.

A la licitación de dicho contrato concurren las siguientes empresas:

- ACONTEBRO, S.L.
- CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L.
- LACUNZA HERMANOS, S.L.
- OBRA PÚBLICA DE LA RIBERA, S.L.
- IDOI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L.
- ERKI CONSTRUCCIÓN SOSTENIBLE, S.L.

SEGUNDO.- Con fecha 3 de agosto la Mesa de Contratación procedió a la apertura del sobre A “Documentación administrativa”, constatando que la presentada por todos los licitadores era la exigida en el pliego, con la salvedad de la de CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L., respecto de la que se señala lo siguiente: “*No presenta la documentación acreditativa de a solvencia económica y*

financiera, así como técnica y profesional en los términos exigidos en la LFCP y en el presente pliego, no presenta la relación de subcontratistas, y sin embargo la que aporta es en nombre de otra empresa, denominada AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L.”; acordando concederle un plazo de 5 días naturales al objeto de que procediera a su subsanación.

El 3 de agosto se notificó a dicho licitador un requerimiento de subsanación señalándose que *“Revisada la documentación, se advierte que la empresa LÓPEZ LOSTALÉ, S.L. no ha presentado la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional, sino que ha presentado la de otra empresa, denominada AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L.”*, solicitándose por ello la aportación de dicha documentación en los términos exigidos en el pliego.

Asimismo, la Secretaria de la Mesa de Contratación remitió a dicho licitador el 4 de agosto un correo electrónico con una explicación relativa a la documentación requerida.

Contestado el citado requerimiento, la Mesa de Contratación acordó el 9 de agosto su exclusión por no acreditar su solvencia técnica y profesional.

La notificación de la exclusión se produjo el 11 de agosto, produciéndose esta en los siguientes términos:

“RESULTANDO, que con fecha 3 de agosto de 2023, se remitió requerimiento al licitador Construcciones López Lostalé, SL. para subsanación del sobre A sobre acreditación de solvencia

RESULTANDO que la empresa, dentro del plazo concedido, presenta escrito por el que responde que cumple y ha presentado la justificación completa y correcta relativa a la solvencia económica y financiera y por otra parte, argumenta que la documentación técnica y profesional presentada es completa y acorde con las

exigencias del pliego de cláusulas particulares de la obra, sin aportar documentación alguna salvo la citada declaración.

CONSIDERANDO que la cláusula sexta del pliego regulador de las condiciones de la contratación establece, en el apartado b), de manera expresa y clara que la solvencia técnica se justificará mediante la presentación de la siguiente documentación:

“Relación de obras de similares características ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, avaladas por certificados de buena ejecución (donde conste el importe, el lugar de ejecución de la obra, así como las fechas de replanteo y recepción de la misma), expedidos por el promotor (no serán válidos aquellos referentes a obras en las que el promotor haya sido el propio licitador) con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término. El requisito mínimo considerado será la aportación de al menos un certificado correspondiente a la ejecución de una obra similar de un importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido, ejecutada en cualquiera de los cinco últimos años”.

Y que añade en el párrafo siguiente: “Si la solvencia se acredita mediante la subcontratación, quien licita deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todas ellas; así como acreditar que las personas subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato”.

CONSIDERANDO que, independientemente de que no se ha justificado que se presente la empresa de suministro como subcontrata, y aún salvando el defecto formal, lo que es irrefutable es que la justificación de la solvencia técnica de la empresa Agapito Urban Industries SL, lo es para garantizar el cumplimiento del contrato en relación al suministro e instalación de éste, parte del contrato específicamente detallada en el proyecto, pero no la solvencia para la contratación y ejecución de la obra en licitación.

CONSIDERANDO que el objeto de la licitación recogida en el proyecto y objeto del contrato es la “ampliación de las instalaciones deportivas municipales de Cabanillas”, con la nomenclatura 452122008, trabajos de construcción e instalaciones deportivas”, de naturaleza jurídica contrato de obras, que no de suministros, y que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 107 de la Ley Foral de Contratos 2/2018, la solvencia técnica debe acreditarse y se exige sea presentada por todas y cada una de las personas licitadoras y/o afectas a la ejecución del contrato, es decir, tanto el licitador como la subcontrata, sumándose ambas.

Resultando que solo se ha presentado la solvencia técnica para la ejecución del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, es decir una parte y la más pequeña del contrato, pero no así en la parte principal del proyecto, la ejecución de las obras de ampliación de las instalaciones, que no se ha documentado por la licitadora y siendo ello requisito esencial para ser admitido a la licitación, o causa de exclusión de la misma si no se justificase.

SE ACUERDA

PRIMERO.- EXCLUIR a la empresa CONSTRUCCIONES LOPEZ LOSTLE SL de la licitación de las obras de ampliación de las instalaciones deportiva de Cabanillas, por no acreditar, de conformidad con lo exigido en el pliego regulador y normativa foral de contratos, la solvencia técnica y profesional necesaria para la licitación y ejecución del contrato.”

TERCERO.- Con fecha 18 de agosto, CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la exclusión de su oferta.

También con fecha 18 de agosto se requirió al reclamante que procediera a subsanar la reclamación especial interpuesta, lo cual hizo el mismo día.

Formula el reclamante las siguientes alegaciones:

1ª. Que la cláusula 6 del pliego dice que el licitador justificará la solvencia económica y financiera para la realización del contrato mediante la presentación de una declaración formulada por entidad financiera, siendo así que presentaron declaración responsable de la entidad financiera Ibercaja, acreditando dicha solvencia conforme a lo exigido en el pliego.

2ª. Que, respecto a la solvencia técnica y profesional, la misma cláusula establece que para su justificación el requisito mínimo considerado será la aportación de al menos un certificado correspondiente a la ejecución de una obra similar de un importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido, ejecutada en cualquiera de los cinco últimos años.

Alega que se ha cumplido con el requisito mínimo al aportar en la licitación un certificado de buena ejecución que acredita que la empresa subcontratista AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. ha realizado el suministro e instalación en una obra similar de importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido, ejecutada en los cinco últimos años.

Señala, respecto a la relación de obras de similares características ejecutadas en los últimos cinco años, que sólo cuentan con una obra que cumpla con los requisitos exigidos, de la que se aporta el certificado de buena ejecución, por lo que no procede la relación o enumeración de obras cuando solo hay una obra, porque no aporta información adicional alguna.

Manifiesta que, al acreditar la solvencia mediante la subcontratación, tal y como exige el pliego, se aportó compromiso formal emitido por la apoderada de la empresa subcontratista AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. en el que se compromete a suministrar e instalar con sus medios propios los equipamientos necesarios en la ejecución de las obras en caso de ser la empresa licitadora Construcciones López Lostalé, S.L. adjudicataria del contrato, cumpliendo de este modo con lo dispuesto en el artículo 18 de la LFCP.

Señala que en la notificación de exclusión se dice que no se ha justificado que se presente a la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES como subcontratista, alegando que la subcontratación es un acuerdo por el que una empresa contrata a otra para la ejecución de una parte del contrato, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. El compromiso aportado en la licitación de AGAPITO URBAN INDUSTRIES es una subcontratación ya que declara que se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, con sus propios medios, por un precio determinado en una oferta previa 23O2125-v1 y es obvio que esto es por definición una subcontratación.

Alega que para garantizar el cumplimiento del contrato su empresa tiene solvencia técnica y profesional suficiente para la contratación y ejecución de la obra en licitación como acredita su expediente de clasificación, que puede consultarse en el Certificado de inscripción en el ROLECE que adjuntan, que no se aportó previamente porque no se solicitaba en la licitación, y que les cualifica para hacer obras de hasta 5 millones de euros en algunos subgrupos y de más de 840.000 euros en otros. Señala que su empresa dispone de medios humanos y maquinaria suficientemente amplia para la buena ejecución de las obras.

Manifiesta que la ley, como recoge el pliego, permite que un licitador que no cumple por sí mismo los requisitos mínimos necesarios para participar en el procedimiento de adjudicación de un contrato puede invocar ante la entidad adjudicadora las capacidades de terceros a los que proyecta recurrir si se le adjudica el contrato.

Señala que el artículo 63 del TRLCSP traspuso el artículo 47.2 de la Directiva 2004/18 bajo la rúbrica “integración de la solvencia con medios externos” estableciendo 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”.

Alega que en su caso esta solvencia técnica se completa con medios de un tercero, AGAPITO URBAN INDUSTRIES, que pone a disposición del licitador Construcciones López Lostalé sus medios propios necesarios para la realización de la obra, estando esta puesta a disposición articulada mediante un compromiso formal que acredita y asegura la disponibilidad de los medios para su ejecución. Señala que ni la ley ni el pliego especifican qué porcentaje del contrato debe realizar la empresa subcontratista que completa la solvencia técnica para que ésta sea válida, siendo por tanto correcta la documentación presentada al cumplir con lo exigido en el pliego, que es únicamente presentar un certificado de buena ejecución (requisito mínimo) y un compromiso formal con el subcontratista que acredita la disposición de medios.

Señala que en la notificación de la exclusión se menciona que falta presentar una declaración responsable del subcontratista que establece el artículo 107 de la LFCP (“Subcontratación”), alegando que dicho artículo aparece recogido en la cláusula 28 del pliego “Cesión y subcontratación del contrato” y no dentro de la cláusula 9 que recoge los documentos que deben incluirse en la licitación. Alega que para garantizar el principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores no puede exigirse en esta fase de la licitación documentación adicional a la presentada por los demás licitadores y que es la detallada en la citada cláusula 9 del pliego “Forma y contenido de las proposiciones”: *“Contenido del SOBRE A “Documentación administrativa” que incluye los siguientes documentos:*

- Identificación del licitador, conforme Anexo I*
- Declaración responsable del licitador, conforme Anexo II*
- Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional en los términos exigidos en el presente pliego, conforme a la cláusula 6”.*

Concluye que ha presentado de forma correcta la documentación administrativa correspondiente a esta licitación, cumpliendo con todos los requisitos establecidos en el pliego, por lo que solicita su admisión.

CUARTO.- Con fecha 18 de agosto se requirió al órgano de contratación la aportación del correspondiente expediente así como, en su caso, de las alegaciones que estimase convenientes, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Transcurrido el plazo de dos días hábiles legalmente previsto, se reiteró la solicitud con fecha 23 de agosto, advirtiéndose que el plazo de resolución de la reclamación quedaba en suspenso hasta la aportación completa del expediente durante un plazo máximo de cinco días naturales contados desde el mismo día de la notificación del requerimiento, así como que, transcurrido dicho plazo sin que se hubiera aportado aquel, se continuaría con la tramitación de la reclamación, y que las alegaciones que pudieran formularse extemporáneamente no serían tenidas en cuenta para la adopción del acuerdo correspondiente.

Finalmente, el 24 de agosto el órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones donde señala lo siguiente:

1ª. Que la cláusula 6.b) del pliego regulador establece de manera expresa y clara que la solvencia técnica se justificará mediante la presentación de la siguiente documentación:

“Relación de obras de similares características ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, avaladas por certificados de buena ejecución (donde conste el importe, el lugar de ejecución de la obra, así como las fechas de replanteo y recepción de la misma), expedidos por el promotor (no serán válidos aquellos referentes a obras en las que el promotor haya sido el propio licitador) con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término. El requisito mínimo considerado será la aportación de al menos un certificado

correspondiente a la ejecución de una obra similar de un importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido, ejecutada en cualquiera de los cinco últimos años”.

Añadiendo en el párrafo siguiente:

“Si la solvencia se acredita mediante la subcontratación, quien licita deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todas ellas; así como acreditar que las personas subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato”.

Siendo así que, en este caso, como se puede comprobar en el expediente administrativo, la licitadora no anunció ni introdujo la relación de subcontratistas.

2ª. Que, independientemente de que no se ha justificado que se presente la empresa de suministro como subcontrata, y aun salvando el defecto formal, lo que es irrefutable es que la justificación de la solvencia técnica de la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L., lo es para garantizar el cumplimiento del contrato en relación al suministro e instalación de éste, parte del contrato específicamente detallada en el proyecto, pero no la solvencia para la contratación y ejecución de la obra en licitación.

3ª. Que el objeto de la licitación recogida en el proyecto y objeto del contrato es la *“ampliación de las instalaciones deportivas municipales de Cabanillas”*, con la *“nomenclatura 452122008, trabajos de construcción e instalaciones deportivas”*, de naturaleza jurídica contrato de obras, que no de suministros, y que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 107 de la LFCP, la solvencia técnica debe acreditarse y se exige sea presentada por todas y cada una de las personas licitadoras y/o afectas a la ejecución del contrato, es decir, tanto el licitador como la subcontrata, sumándose ambas.

Resultando que sólo se ha presentado la solvencia técnica para la ejecución del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, es decir una parte y la más pequeña del contrato, pero no así en la parte principal del proyecto, la ejecución de las obras de ampliación de las instalaciones, que no se ha documentado por la licitadora y siendo ello requisito esencial para ser admitido a la licitación, o causa de exclusión de la misma si no se justificase.

Concluye señalando que el certificado de ROLECE es un hecho nuevo que no consta en el expediente administrativo.

QUINTO.- El 24 de agosto se dio traslado de la reclamación a las demás personas interesadas al objeto de que pudieran alegar lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, no habiéndose formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra, siendo susceptibles de impugnación los actos de trámite o definitivos que excluyan a los licitadores o perjudiquen sus expectativas, conforme al artículo 122.2 de dicha ley foral.

SEGUNDO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de una mercantil interesada en la licitación y adjudicación del contrato, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y,

en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) de la LFCP.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación el acuerdo de la Mesa de Contratación de 9 de agosto de 2023 por el que se excluye a la reclamante del procedimiento de licitación por no acreditar la solvencia técnica y profesional necesaria para la ejecución del contrato en los términos exigidos en el pliego regulador de la contratación.

Debemos comenzar, a este respecto, por recordar que la solvencia técnica o profesional constituye uno de los requisitos exigidos en el artículo 12.1 de la LFCP que integran la capacidad para contratar, entendida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.1 de dicha norma, como *“la capacitación técnica o profesional para la adecuada ejecución del mismo, bien por disponer de experiencia anterior en contratos similares o por disponer del personal y medios técnicos suficientes. El nivel de solvencia técnica o profesional será específico para cada contrato y su exigencia será adecuada y proporcionada a las características de la prestación contratada.”*

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la importancia y finalidad que cumple la exigencia de solvencia en materia de contratación pública, entre otros, en el Acuerdo 13/2022, de 1 de febrero, conforme al cual *“la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos, constituye el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende garantizar, tanto desde el punto de vista financiero y económico como técnico o profesional, que los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato a cuya adjudicación concurren; finalidad que la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 5 marzo 2014 concreta en los siguientes términos: “Dado que los contratos de las administraciones públicas guarda relación con los intereses públicos, el legislador ha establecido una serie de controles previos que tratan de garantizar que los agentes económicos que operan en el sector reúnan las condiciones de solvencia precisas que hagan previsible la normal ejecución de los contratos que celebren con Administración. El contratista debe acreditar, por lo tanto, su solvencia económica y financiera, y además la solvencia técnica o profesional que*

prevé su capacidad técnica expresada en medios materiales (maquinaria y tecnología) y humanos (titulación académica y profesional de sus cuadros técnicos, promedio de plantilla de personal en los tres años anteriores) y experiencia profesional (trabajos anteriores realizados) en relación con el tipo de contrato cuya adjudicación pretende”. Este Tribunal en diversos Acuerdos – por todos, Acuerdo 86/2020, 29 de septiembre - ha tenido ocasión de señalar que para participar en una licitación las empresas y profesionales interesados deben acreditar que disponen de la suficiente capacidad y solvencia, así como que la entidad adjudicadora deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación, de forma clara, precisa e inequívoca, los niveles mínimos de capacidad y solvencia que los candidatos y licitadores deben reunir, y estos niveles mínimos deberán estar vinculados y ser proporcionales al objeto del contrato. Para la acreditación de este cumplimiento, la entidad adjudicadora también deberá fijar en los pliegos de condiciones o en el anuncio de licitación los medios, de entre los recogidos en la norma (artículos 16 y 17 de la LFCP), que mejor sirvan para acreditar la solvencia de los licitadores, pudiendo escoger uno o más de ellos. Estos medios, en el caso de la solvencia técnica deberán tener, además, directa relación con la cantidad o envergadura y la utilización de las obras, de los suministros o de los servicios que se pretenda contratar. Por tanto, corresponde al órgano de contratación la determinación de los medios y documentos a través de los cuales deben los licitadores acreditar que cuentan con la solvencia suficiente para concurrir a la licitación de referencia, correspondiendo también a aquél establecer los valores mínimos a partir de los cuales se entiende acreditada la solvencia y ello porque, en el caso de no fijar tales valores mínimos, la acreditación de la solvencia se convertiría en un mero formalismo que no garantizaría la correcta ejecución del contrato. Siendo preciso tener en cuenta que en este apartado de la licitación rige la máxima de abrir ésta al mayor número de licitadores posible, evitando, en todo caso, exigencias que puedan resultar restrictivas de la libre concurrencia o discriminatorias.

De este modo, la concreción de los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional es una decisión que corresponde al órgano de contratación, en el ejercicio de su discrecionalidad técnica; sin que, como expone el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 984/2020, de 11 de septiembre,

constituya discriminación la circunstancia de que unos licitadores puedan cumplir las exigencias a tales efectos establecidas en los pliegos y otros no.”

Además, a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la LFCP, es posible la acreditación de la solvencia por referencia a otras personas, de manera que *“Para acreditar su solvencia, quien licite podrá basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas.*

En el supuesto de personas jurídicas dominantes de un grupo de sociedades se podrán tener en cuenta las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando aquellas acrediten que tienen efectivamente a su disposición los medios, pertenecientes a dichas sociedades, necesarios para la ejecución de los contratos.

En el caso de que la solvencia se acredite mediante la subcontratación, quien licita deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todos ellos. Asimismo deberá acreditar, en la forma y condiciones establecidas en los artículos 16 y 17, que los subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato”.

Regulación que ha de ser completada con las previsiones contenidas en el artículo 107.1 de la referida ley foral, en cuya virtud *“Las prestaciones del contrato podrán ser objeto de subcontratación, salvo aquellas de carácter personalísimo, cuando quien licite, en el momento de acreditar su solvencia haya presentado una relación exhaustiva de los subcontratistas en los términos establecidos en el artículo 18 de esta ley foral. Dicha relación vendrá acompañada de una declaración responsable del subcontratista de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22”.*

De este modo, los preceptos transcritos permiten a los licitadores acreditar su solvencia basándose en la de otras empresas, contemplándose específicamente la posibilidad de hacerlo mediante la subcontratación. Regulación que trae causa de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, cuyo artículo 63.1 establece que *“ Con respecto a los*

critérios 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.”

Expuesto el marco normativo general de aplicación, hemos de acudir a las previsiones específicas del pliego regulador de la contratación sobre esta cuestión de la solvencia técnica, habida cuenta de la consideración de los pliegos como ley del contrato que deriva del artículo 53.1 de la LFCP, conforme al cual “*Las proposiciones, que comprenden tanto la oferta técnica, si la hubiera, como la oferta económica, deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna*” y respecto de la que este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente, entre otros, en el Acuerdo 46/2021, de 11 de mayo, donde apuntamos el valor vinculante del pliego aprobado por el órgano de

contratación, que constituye auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, aceptando su contenido, y la imposibilidad de apartarse de éste o proceder a su modificación si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello. Así, de no haber sido impugnado en tiempo y forma y anulada alguna de sus cláusulas, deben ser aplicadas todas ellas en su integridad, sin perjuicio de la facultad que cabe a este Tribunal de dejar sin efecto las que sean nulas de pleno derecho. Carácter vinculante al que alude la cláusula 8 del pliego del presente contrato, y que determina, en lo que ahora interesa, la obligación tanto de las personas licitadoras como del órgano de contratación de respetar las exigencias del citado documento contractual en relación con la acreditación de la solvencia técnica o profesional.

De este modo, tal y como recoge la cláusula 1 del mismo, su objeto viene constituido por *“el establecimiento de las condiciones definidoras de los derechos y obligaciones de las partes que han de regir en sus aspectos jurídicos, administrativos y económicos la contratación de las obras contenidas en el proyecto de “AMPLIACIÓN DE LAS INSTALACIONES DEPORTIVAS MUNICIPALES DE CABANILLAS. FASE I”.”*

La cláusula 6, por su parte, regula la solvencia exigida a la empresa que resulte adjudicataria, disponiendo, en su apartado b), respecto a la solvencia técnica y profesional que: *“Se justificará la solvencia técnica mediante la presentación de la siguiente documentación:*

- ***Relación de obras*** de similares características ejecutadas en el curso de los últimos cinco años, avaladas por certificados de buena ejecución (donde conste el importe, el lugar de ejecución de la obra, así como las fechas de replanteo y recepción de la misma), expedidos por el promotor (no serán válidos aquellos referentes a obras en las que el promotor haya sido el propio licitador) con indicación de si se realizaron según las reglas por las que se rige la profesión y si se llevaron normalmente a buen término. El requisito mínimo considerado será la aportación de al menos un certificado correspondiente a la ejecución de

una obra similar de un importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido, ejecutada en cualquiera de los cinco últimos años.

Si la solvencia se acredita mediante la subcontratación, quien licita deberá aportar un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, sumándose en este caso la solvencia de todas ellas; así como acreditar que las personas subcontratistas disponen de los medios necesarios para la ejecución del contrato.”

A tenor de lo exigido en la cláusula 9 del citado pliego, la documentación acreditativa de la solvencia debía incluirse en el Sobre A “*Documentación administrativa*”, comprensiva de “*3. Documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional en los términos exigidos en el presente pliego.*”, disponiendo su cláusula 11 que “*En acto interno, la Mesa de Contratación o el personal técnico y/o jurídico comprobará que se ha presentado firmada y completa la “documentación administrativa” contenida en el **Sobre A**. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.2 LFCP, si la documentación aportada fuera incompleta u ofreciese alguna duda, la Mesa de contratación siempre respetando el principio de igualdad de trato, concederá un plazo mínimo de cinco naturales para su posible subsanación, debiendo presentarse la documentación electrónicamente. En ningún caso esta documentación podrá modificar los términos de la oferta.*”

Finalmente, la cláusula 28 del pliego contempla la cesión y subcontratación del contrato, de manera que “*Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero u objeto de subcontratación de acuerdo con lo establecido en los artículos 108 y 107, respectivamente, de la LFCP*”.

SEXTO.- Antes de entrar en el análisis de las cuestiones planteadas con el fin de determinar la adecuación o no a derecho de la exclusión acordada por la Mesa de Contratación, se hace preciso detenernos brevemente en el iter procedimental que ha culminado en la adopción de dicha decisión.

A este respecto, como permite constatar el expediente administrativo remitido a este Tribunal, la reclamante incluyó en su oferta los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Ayuntamiento de Móstoles donde se certifica que la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. ha realizado de forma satisfactoria el contrato de “Renovación de espacios recreativos en zonas verdes y espacios públicos del municipio de Móstoles, por lotes (Fase I)”, concretamente su lote 4: Suministro e instalación de 13 espacios recreativos de diferentes tipologías, por importe de 400.454,55 euros en el año 2022.

b) Declaración responsable del cumplimiento de las condiciones exigidas para contratar conforme al modelo del Anexo II del pliego, así como el Anexo I “Identificación del licitador y dirección de correo electrónico a efectos de notificaciones contratación”.

c) Carta de compromiso expedida por la apoderada de la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L., donde esta se compromete a suministrar e instalar con medios propios los equipamientos incluidos en la oferta 2302125-v1 al licitador en caso de que este resulte adjudicatario de las obras, acompañada de una suerte de carta de presentación de aquella empresa.

d) Informe de Ibercaja en relación con la solvencia económica del licitador, de 24 de julio de 2023.

La Mesa de Contratación, tras examinar dicha oferta, acordó requerir su subsanación, advirtiéndole que la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera, así como técnica y profesional, hacía referencia a otra empresa denominada AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. y no a la empresa licitadora. El requerimiento de subsanación se notificó el 3 de agosto, siendo el plazo concedido de 5 días naturales.

Además, el día 4 de agosto la secretaria de la Mesa de Contratación remitió un correo electrónico a la empresa licitadora con el asunto “*Subsanación SOBRE A obras*”

del polideportivo (instrucciones)” donde se señala lo siguiente: “Te envío por aquí una breve explicación de cómo debéis aportar la documentación para cumplir con el requerimiento:

- ***Solvencia económica** de la empresa subcontratista, AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L.*

- *Una **declaración responsable** del subcontratista, AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (prohibiciones de contratar).*

- *Y por último, vosotros, CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L. tenéis que presentar un **compromiso formal** con los subcontratistas para la ejecución del contrato. Es decir, un compromiso formal con la futura empresa subcontratista sobre la parte de la prestación que se pretende subcontratar, en el que se indique, además, que la empresa subcontratista se compromete a adscribir los medios técnicos y humanos para la ejecución de esa parte del contrato. Este documento tiene que ir firmado por vosotros y por AGAPITO.”*

En el correo electrónico se hacía referencia, asimismo, al contenido de los artículos 107 y 18 de la LFCP, como preceptos que amparaban la solicitud de documentación realizada.

Como respuesta a dicho requerimiento, la empresa licitadora presentó la siguiente documentación:

a) Nuevo informe de Ibercaja relativo a su solvencia económica, de 4 de agosto de 2023.

b) Escrito donde se indica que la solvencia económica y financiera se ha justificado conforme a lo exigido en el pliego, no procediendo la presentación de la correspondiente declaración por el subcontratista, pues no viene previsto en aquel. Igualmente, que la documentación técnica y profesional también es completa y acorde

con el pliego, habiéndose presentado la carta de compromiso del subcontratista, así como un certificado de buena ejecución que acredita la solvencia exigida.

Finalmente, a la vista de la documentación presentada ante el requerimiento de subsanación, la Mesa de Contratación acuerda, el 9 de agosto de 2023, la exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación, con base en las siguientes consideraciones:

*“**CONSIDERANDO** que, independientemente de que no se ha justificado que se presente la empresa de suministro como subcontrata, y aún salvando el defecto formal, lo que es irrefutable es que la justificación de la solvencia técnica de la empresa Agapito Urban Industries SL, lo es para garantizar el cumplimiento del contrato en relación al suministro e instalación de éste, parte del contrato específicamente detallada en el proyecto, pero no la solvencia para la contratación y ejecución de la obra en licitación.*

***CONSIDERANDO** que el objeto de la licitación recogida en el proyecto y objeto del contrato es la “ampliación de las instalaciones deportivas municipales de Cabanillas”, con la nomenclatura 452122008, trabajos de construcción e instalaciones deportivas”, de naturaleza jurídica contrato de obras, que no de suministros, y que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 17, 18 y 107 de la Ley Foral de Contratos 2/2018, la solvencia técnica debe acreditarse y se exige sea presentada por todas y cada una de las personas licitadoras y/o afectas a la ejecución del contrato, es decir, tanto el licitador como la subcontrata, sumándose ambas.*

Resultando que solo se ha presentado la solvencia técnica para la ejecución del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, es decir una parte y la más pequeña del contrato, pero no así en la parte principal del proyecto, la ejecución de las obras de ampliación de las instalaciones, que no se ha documentado por la licitadora y siendo ello requisito esencial para ser admitido a la licitación, o causa de exclusión de la misma si no se justificase.”

SÉPTIMO.- Una vez expuesto lo anterior, procede entrar en el examen de las alegaciones en las que la reclamante sustenta su impugnación y el órgano de contratación su oposición a la misma, partiendo de los motivos que fundamentan la

exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación y que vienen referidos a la falta de justificación de que la empresa con la que pretende acreditar su solvencia técnica sea una subcontrata, así como, al margen de ello, su eficacia limitada a garantizar el cumplimiento del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, pero no en la de mayor importancia referida a la ejecución de la obra, no habiéndose acreditado la solvencia técnica de licitador y subcontratista.

Y, ya desde ahora, hemos de rechazar la documentación aportada por la reclamante en este procedimiento para justificar su solvencia técnica, relativa al certificado de su inscripción en el ROLECE, toda vez que, como este Tribunal viene sosteniendo, por todos, en el Acuerdo 75/2021, de 9 de agosto, el examen de la legalidad de la actuación de la entidad contratante debe realizarse atendiendo a la documentación de la que esta dispuso en el trámite correspondiente, a lo que se añade que dicha documentación no era la requerida en la licitación, debiendo acreditarse la solvencia técnica y profesional de los licitadores con arreglo a los medios dispuestos por el órgano de contratación, y no por otros.

En este sentido, la documentación requerida en la cláusula 6.b) del pliego para justificar la solvencia técnica venía constituida por la relación de obras de similares características ejecutadas en el curso de los últimos 5 años, avaladas por certificados de buena ejecución, siendo exigible al menos la aportación de un certificado correspondiente a la ejecución de una obra similar de un importe igual o superior a 400.000 euros, IVA excluido. Igualmente, en caso de que se acreditase la solvencia mediante subcontratación, debía incluirse un compromiso formal con los subcontratistas para la ejecución del contrato, así como la acreditación de que las personas subcontratistas disponían de los medios necesarios para la ejecución del contrato.

De este modo, al objeto de justificar su solvencia, la reclamante aportó, tal y como se ha dicho, un certificado de buena ejecución relativo a la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. y una carta de dicha mercantil en la que se compromete a suministrar e instalar con medios propios los equipamientos a la reclamante en caso de que ésta resultase adjudicataria del contrato.

La primera de las objeciones planteadas por el órgano de contratación y que motivan la exclusión de la reclamante, es la falta de justificación de que la referida empresa, AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L, con la que la reclamante pretende acreditar su solvencia, se haya presentado por el licitador como una subcontrata, toda vez que no anunció, ni aportó, con su oferta la relación de subcontratistas, a lo que opone la reclamante que cumplió con la documentación requerida en la cláusula 6.b) del pliego, no pudiéndosele exigir otra no prevista en el mismo para esa fase de la licitación.

Hemos de señalar al respecto que, en relación con la acreditación de la solvencia mediante subcontratistas, este Tribunal, en su Acuerdo 52/2021, de 8 de junio, apreció la suficiencia de la presentación del compromiso de otros empresarios de poner a disposición del licitador los medios necesarios para la ejecución del contrato, razonando que *“Efectivamente, dispone el precepto citado que “Para acreditar su solvencia, quien licite podrá basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas”. Previsión sobre la que, en nuestro Acuerdo 51/2017, de 1 de septiembre, señalamos que “A esto se debe añadir que en el caso de que el licitador no pueda acreditar la solvencia exigida por sus propios medios, esto no quiere decir que no pueda participar en el procedimiento de licitación ya que, conforme al artículo 15 de la LFCP, para acreditar su solvencia los licitadores podrán basarse en la solvencia de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas. No obstante, en estos casos, como señala reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE- (Sentencias de 14 de abril de 1994, asunto C-389/92; de 18 de diciembre de 1997, asunto C-5/97; de 2 de diciembre de 1999, asunto C-176/98 y de 18 de marzo de 2004, asunto C-314/01), corresponde al poder adjudicador comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado y esa disponibilidad no se presume, por lo que el poder adjudicador debe examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador. Al respecto es bien clara la doctrina expresada en la última de las sentencias citadas cuando señala que “corresponde al prestador que pretenda referirse a las capacidades de organismos o empresas a los que esté unido por vínculos directos o indirectos, con*

el fin de que se admita su participación en un procedimiento de licitación, acreditar que dispone efectivamente de los medios de tales organismos o empresas que no son de su propiedad y que son necesarios para la ejecución del contrato. (...) En efecto, una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades”.

Como ya dijimos en nuestros Acuerdos 41/2015, de 3 de junio, y 40/2016, de 26 de julio, en definitiva lo que se exige es que exista una puesta a disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato y no la simple presentación de un documento donde se señale que su emisor cumple o no los requisitos de solvencia.

En este sentido, el artículo 63, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE establece: “...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..., 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.” Dicho párrafo finaliza señalando: “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.”

(...).

En conclusión, para poder basarse en la solvencia y medios de otras entidades, el licitador debe demostrar que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”

De igual modo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2016 (Asunto C-234/14), comienza por recordar que las Directivas reconocen a los operadores económicos el derecho a basarse, para un contrato determinado, en las capacidades de otras entidades, “independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas”, siempre que demuestren ante

la entidad adjudicadora que dispondrán de los medios necesarios para ejecutar dicho contrato; de forma que no es tanto la naturaleza o el grado de vinculación entre entidades, sino la demostración de que el licitador que lo propone acredite que, en el caso de resultar adjudicatario, dispondrá de los medios necesarios, propios y ajenos, para la ejecución del contrato. Añadiendo que “A este respecto, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 no permiten ni presumir que ese licitador dispone o no de los medios necesarios para la ejecución del contrato ni, menos aún, excluir a priori determinados medios de prueba. Por consiguiente, el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica”.

La presentación del compromiso de otros empresarios de poner a disposición del licitador los medios necesarios para la ejecución del contrato es sólo un ejemplo de prueba aceptable de que efectivamente va a disponer de esos medios, de manera que las citadas disposiciones no se oponen en absoluto a que el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la correcta ejecución del contrato que ha ofertado se sirva de otras pruebas para demostrar la relación jurídica que le une a ellos.

En consecuencia, “procede responder a la cuestión planteada que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un poder adjudicador pueda, mediante el pliego de condiciones de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, imponer a un licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios la obligación de suscribir con éstos un convenio de colaboración o bien de constituir con ellos una sociedad colectiva, con carácter previo a la adjudicación del contrato”.

En el mismo sentido, cabe citar la Resolución 143/2018, de 22 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, conforme a la cual “Comenzando por el compromiso entre las partes del artículo 75 del LCSP (considerando sin duda este texto legal de aplicación y no la anterior, ya que las publicaciones de esta licitación lo son de marzo del año 2018) puede comprobarse en el

documento 19.2.2 del Expediente, y en el mismo en el desglose número 2 “Declaración integración solvencia” como en fecha 16 de octubre de 2018 se declara por el licitador que “Steelco España Soluciones Integrales en Esterilización S.L. se basa en la solvencia técnica y económica de la empresa matriz Steelco SPA”

Sin duda cabe plantearse si esta declaración es suficiente para entender cumplido el requisito del compromiso suscrito entre las partes por escrito del artículo 75, debe completarse con el desglose número 3 de ese mismo documento 19.2.2. del expediente y que se nombra “Declaración de integración solvencia económica y técnica empresa matriz” En dicho documento, con fecha 7 de mayo de 2018 el representante de la empresa matriz que va a prestar la solvencia al licitador declara por escrito la cesión de la solvencia. Por ello, en interpretación conjunta de ambos documentos, debe considerarse que está cumplido el requisito del artículo 75 de la LCSP ya que existe un compromiso por escrito entre ambas empresas”.

De este modo, y en aplicación de dicha doctrina, podría concluirse que, en principio, la documentación aportada por la reclamante, esto es, el compromiso de la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. de suministrar e instalar con medios propios los equipamientos a la reclamante en caso de que ésta resultase adjudicataria del contrato, acredita la disposición de los medios necesarios para la ejecución del contrato, conforme a lo dispuesto en el pliego.

Sin embargo, pretendiendo acreditar la reclamante su solvencia mediante dicho subcontratista, lo cierto es que omite en su oferta, y tampoco se aporta en fase de subsanación, pese a haber sido requerida, la declaración responsable de dicha empresa de que está de acuerdo en cumplir las condiciones del contrato y que no concurre en ninguna de las circunstancias del artículo 22 de dicha norma, es decir, en ninguna prohibición de contratar, tal y como requiere el artículo 107.1 de la LFCP.

Así las cosas, y frente a lo sostenido por la reclamante, la presentación de dicha declaración responsable del subcontratista sí resulta exigible con la documentación administrativa, por un lado, por venir impuesta por la propia LFCP, en el referido artículo 107, al que expresamente se remite la cláusula 28 del pliego, que determina su

presentación “*en el momento de acreditar su solvencia*” y, por otro, porque, de acuerdo con la cláusula 9 del pliego, la documentación acreditativa de la solvencia debe incluirse en la documentación administrativa contenida en el sobre A, de todo lo cual sólo se puede colegir que la declaración responsable del subcontratista que va a integrar la solvencia del licitador debe aportarse en el sobre A de documentación administrativa.

De lo anterior se concluye que, pretendiendo la reclamante acreditar su solvencia mediante la de su subcontratista, no ha aportado toda la documentación necesaria para ello, constando el compromiso formal de éste para la ejecución del contrato, pero no su declaración responsable en la forma exigida por el artículo 107.1 de la LFCP, de manera que asiste la razón al órgano de contratación en este aspecto, debiendo desestimarse las alegaciones de la reclamante.

El segundo motivo de exclusión de la reclamante del procedimiento de licitación viene referido a que la solvencia técnica de AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. garantiza el cumplimiento del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, pero no para la ejecución de la obra, siendo esta la parte principal del proyecto, así como que, en aplicación de los artículos 17, 18 y 107 de la LFCP, la solvencia técnica debe acreditarse por todos y cada uno de los licitadores o personas afectas a la ejecución del contrato, es decir, tanto por el licitador como por la subcontrata, sumándose ambas.

Procede comenzar por rechazar la segunda de las objeciones, con base en el criterio ya expresado por este Tribunal, en el Acuerdo 80/2020, de 18 de septiembre, relativo a la acumulación de solvencia entre licitadores, conforme al cual no resulta imprescindible que todos los licitadores que concurren de forma conjunta dispongan de un mínimo de solvencia dado que, precisamente, la decisión de concurrir conjuntamente puede venir motivada en muchos casos, precisamente, por el interés en reunir la solvencia exigida para poder concurrir al contrato, criterio que también podría aplicarse en este caso. En el citado acuerdo se razonó lo siguiente: “*Sobre este particular, cabe citar el Informe 3/2019, de 3 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía que señala que “Resulta de interés la Resolución 120/2018, de 4 de mayo de 2018, del Tribunal Administrativo de Recursos*

Contractuales de la Junta de Andalucía por tratarse de un caso similar al que se consulta a este órgano puesto que una de las empresas que concurren en la UTE no acredita una de las dos solvencias, según el criterio de la mesa de contratación. En la misma se indica lo siguiente: “(...) por todo ello, sigue señalando el órgano de contratación, la mesa se ratifica en mantener la exclusión de la UTE ya que uno de los miembros de la misma no cumple, a su juicio, con los requisitos exigidos en el PCAP, ya que, según señala, de la documentación aportada no se puede deducir que cumpla con el requisito de alcanzar la solvencia exigida pues de los certificados de trabajos realizados no queda claro para la mesa de contratación que los trabajos por los importes realizados sean relativos a suministros (...) A este respecto, como ya señalaba este Tribunal en su Resolución 96/2015, de 11 de marzo “es doctrina reiterada que, en los supuestos de concurrir empresas agrupadas en UTE, procede la acumulación de sus capacidades para la integración de la solvencia exigida. Así, el Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales en resoluciones 556/2013, 557/2013 y 558/2013, entre otras, recoge este criterio indicando 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 (...) En consecuencia, de acuerdo con el criterio expuesto, aunque alguna de las empresas integrantes de 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” (...).

Conviene recordar ahora que la Secretaria General Técnica de la Consejería de Educación y Deporte se interesa sobre si, a la vista de la actual normativa, “sería posible acumular las solvencias técnicas y económicas acreditadas por cada una de las empresas que componen una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma alguna de las solvencias, económica o técnica, exigidas en el PCAP y además, alguna de ellas no acredita un mínimo de alguna de las dos solvencias (económica o técnica)”.

Entiende este órgano consultivo teniendo en cuenta las diferentes interpretaciones existentes en los órganos jurisdiccionales, en los Tribunales Administrativos Contractuales y en la propia doctrina, que la finalidad última que se

pretende con la regla de la acumulación es sumar la capacidad y la solvencia de todos y cada uno de los integrantes de una UTE y que cada uno de los integrantes debe acreditar su capacidad y solvencia, la que tenga, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el propio RGCAP.

Si de esa suma, de la acumulación de las mismas, resultase que la UTE cumple con la capacidad y solvencia exigida en el pliego podrá quedar garantizado que la empresa adjudicataria puede cumplir el objeto del contrato.

Por tanto, puede deducirse de todo lo anterior que sería posible acumular la solvencia técnica o profesional y económica y financiera acreditadas por cada una de las empresas integrantes de una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma la exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares pero sí entre todas ellas, y además alguna de ellas no acredita un mínimo de solvencia sea esta técnica o profesional o económica y financiera”.

Conoce este Tribunal la disparidad de criterio existente en los distintos órganos jurisdiccionales y en los Tribunales Administrativos de Contratos, exigiendo algunos de ellos, de cara a la acumulación, como requisito indispensable que todos los integrantes de las UTEs acrediten, algún grado siquiera mínimo de solvencia técnica. No obstante, tales posiciones, que concluyen que si una de las empresas que se integraría en la UTE carece de la más mínima solvencia no puede suplirse con la del otro operador que si la tiene, parten de la aplicación de artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas según el cual "en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento"; precepto que, en nuestro caso, no tiene fuerza vinculante en atención a la competencia legislativa exclusiva de la Comunidad Foral en materia de contratación pública recogida en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

En consecuencia, siendo, como hemos dicho, la suma de capacidades económicas o técnicas, uno de los motivos principales para que las empresas liciten conjuntamente, aunque alguna de ellas no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego o, en su caso, no la acredite – como sucede en nuestro caso con la solvencia técnica de Arpa A&C, S.L. –, deberá aplicarse tal acumulación en orden a verificar si, de este modo, la agrupación de licitadores alcanza los requisitos mínimos de solvencia exigidos. Dicho de otro modo, en supuestos como el indicado, si ninguna de las otras licitadoras acredita que reúne por sí misma la solvencia mínima exigida debe procederse a la acumulación de la solvencia de todas las licitadoras que concurren en participación, de forma que si el sumatorio alcanza los niveles requeridos en el pliego regulador deberá entenderse que la agrupación – que, no olvidemos, es la entidad que ostenta la condición de licitador - alcanza la solvencia exigida y, por tanto, deberá ser admitida a la licitación; admisión que todavía resulta más evidente cuando ni siquiera se precisa acudir a tal acumulación por haber acreditado una de las licitadoras el cumplimiento de tales requisitos.”

En el mismo sentido, la Resolución 230/2021, de 27 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, apunta que *“La jurisprudencia europea y las directivas vienen manteniendo una interpretación amplia respecto a la facultad que tienen los operadores económicos de utilizar, para la ejecución de un contrato, medios que pertenecen a una o varias otras entidades, eventualmente junto con sus propios medios, así la sentencia de la sala quinta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de octubre de 2013 indica: “Por tanto, procede considerar que la Directiva 2004/18 permite acumular capacidades de varios operadores económicos para cumplir las exigencias mínimas de capacidad establecidas por la entidad adjudicadora siempre que se acredite ante ésta que el candidato o el licitador que invoca capacidades de una o más entidades tendrá efectivamente a su disposición los medios de esas últimas que resulten necesarios para la ejecución del contrato. 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... igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, (...). Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate. No obstante, dado que dicho supuesto constituye una situación excepcional, la Directiva 2004/18 se opone a que el Derecho nacional eleve dicha exigencia a la categoría de regla general, (...).”

El Tribunal de Justicia declaró que ningún licitador puede ser excluido de un procedimiento por el mero hecho de que proyecte emplear medios que no le pertenecen, sino que son propiedad de «una o varias entidades distintas de él». De ello se desprende que una normativa nacional que excluya de un procedimiento de licitación a operadores económicos que invoquen las capacidades de más de una entidad vulnera el derecho de los operadores económicos a elegir este método de cumplimiento de los criterios de selección y, por tanto, es incompatible con la Directiva 2004/18. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que una persona que invoque las capacidades técnicas y económicas de terceros a los que se proponga recurrir si se le adjudica el contrato sólo puede ser excluida en el caso de que no demuestre que, efectivamente, dispone de tales capacidades.

Este Tribunal comparte el criterio amplio en la interpretación de la integración de la solvencia por medios externos prevista en el artículo 75 de la LCSP, considerándolo como un auténtico derecho, que solo puede ser limitado de manera excepcional, situación que no se da en el presente caso.”

De este modo, atendiendo a dicha interpretación amplia de la posibilidad de integrar la solvencia con la de otras empresas, en este caso con un subcontratista, permitida por el artículo 18 de la LFCP y prevista, además, expresamente en la cláusula 6.b) del pliego regulador de la licitación, no resulta exigible la acreditación de un

minimo de solvencia técnica o profesional por medios propios cuando se ha optado por su justificación por referencia a otras empresas.

Cuestión distinta es la efectiva acreditación de la solvencia del tercero y aquí entramos en el análisis del cuestionamiento realizado por el órgano de contratación respecto a que la solvencia técnica de la empresa subcontratista garantiza el cumplimiento del contrato en la parte relativa al suministro e instalación, pero no para la ejecución de la obra, siendo esta la parte principal del proyecto, dado que nos encontramos ante un contrato de obras con CPV 452122008 “Trabajos de construcción e instalaciones deportivas”, y no ante uno de suministros.

Recordaremos, en este punto, que el medio de acreditación de la solvencia técnica contemplado en el pliego es la “*relación de obras de similares características*”, exigiéndose la aportación de al menos “*un certificado correspondiente a la ejecución de una obra similar*” a la que se licita, debiendo determinarse, por lo tanto, si la obra que ha ejecutado la subcontratista reúne la necesaria similitud con la que es objeto de licitación para considerarse acreditativa de la solvencia requerida.

Cabe indicar, en este sentido, respecto a la referencia que hace el órgano de contratación al CPV que, si bien puede servir de parámetro comparativo, no constituye un criterio definitivo, tal y como se advierte en el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo, de este Tribunal, donde se señala que “*Igual suerte desestimatoria debe correr la alegación relativa a que los servicios aportados por la reclamante merecen la calificación de similares en atención al CPV exigido en la contratación, pues si bien es cierto que tal código, como indicamos en nuestro Acuerdo 17/2021, de 17 de febrero, puede servir de parámetro para definir qué se debe entender en cada caso como contrato similar a efectos de la previsión de la experiencia como medio de acreditación de la solvencia técnica o profesional, también lo es que no siempre resulta adecuado o suficiente a tales efectos, siendo necesario analizar el conjunto de prestaciones que son objeto de licitación, según las prescripciones técnicas, comparándolas con la descripción del objeto del contrato que en su caso se contenga en los certificados aportados como medio de acreditación del requisito.*”

De hecho, en el precitado Acuerdo concluimos que “De igual modo, este Tribunal, en su Acuerdo 29/2015, de 14 de mayo, puso de relieve que “Por ello, expresados estos criterios en el PCAP que rige la licitación indicándose en el mismo que los trabajos realizados deben implicar “prestaciones iguales o semejantes” a las previstas en el contrato, corresponde a la Mesa de Contratación (artículo 61.1.c) de la LFCP) apreciar el cumplimiento del requisito, lo que en el caso que nos ocupa supone, como significa el TACRC en su Resolución 696/2014, de 23 de septiembre, referida a un supuesto similar, que “ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación”.

Efectivamente, la razón de ser de la exigencia legal de solvencia técnica o profesional no es otra que intentar garantizar una adecuada ejecución del contrato; de ahí que, a juicio de este Tribunal, el criterio fundamental para concretar el concepto jurídico indeterminado que nos ocupa sea atender a la concreta definición del objeto del contrato realizada en el pliego, pues tomar en consideración exclusivamente el código CPV identificado puede llevar, en ocasiones, a admitir servicios que no guardan relación con el concreto objeto del contrato que se licita; obteniéndose así un resultado contrario a la finalidad perseguida mediante la imposición de tal requisito legal y, por tanto, alejado de la intención del legislador al preverlo”.

De este modo, la decisión acerca de la solvencia de la subcontratista resultará de la comparación entre las obras que ha ejecutado y las que constituyen el objeto del presente contrato y para ello no bastará con la referencia al CPV, sino que habrá de atenderse al contenido del proyecto de obras.

Así, en la Memoria del proyecto de obras se señala que la fase 1, que es la que constituye el objeto del contrato, incluye las siguientes actuaciones:

“Ampliación del recinto de las instalaciones.

Demolición del cerramiento actual afectado por la ampliación.

Ejecución de la cimentación de la futura estructura cubierta donde se ubicarán la pista de tenis, pista de padel y rocódromo.

Ejecución de la red de saneamiento de aguas pluviales.

Ejecución de las canalizaciones eléctricas de alumbrado y red de tierras.

Ejecución de solera de hormigón.

Ejecución del nuevo cerramiento del recinto ampliado.

Instalación de la pista multideporte.

Ejecución del alumbrado de las zonas de paso y de la pista multideporte”.

En cuanto al presupuesto, el mismo asciende a un total de 395.823,94 euros, siendo el Capítulo 08, referido al Equipamiento, de 29.120 euros, de donde cabe deducir la mayor importancia cuantitativa de la ejecución de las obras respecto de la parte relativa al suministro de los equipamientos.

Por su parte, el certificado de buena ejecución aportado como justificación de la solvencia de AGAPITO URBAN INDUSTRIES, S.L. indica que ha realizado de forma satisfactoria el contrato de *“Renovación de espacios recreativos en zonas verdes y espacios públicos del municipio de Móstoles, por lotes (Fase I)”*, concretamente su *“lote 4: Suministro e instalación de 13 espacios recreativos de diferentes tipologías”*, por importe de 400.454,55 euros en el año 2022. La carta de compromiso también aportada alude al suministro e instalación de equipamientos, y la que hemos denominado anteriormente carta de presentación señala que *“tiene una dilatada experiencia como diseñadores, fabricantes e instaladores lo que permite realizar la ejecución de la instalación de equipamientos deportivos con el mejor conocimiento del producto y de las normativas aplicables”*.

Llegados a este punto, debemos traer a colación la doctrina de este Tribunal, contenida en el Acuerdo 49/2021, de 28 de mayo, referida a que la comparación entre el objeto de los contratos para apreciar su similitud en orden a la acreditación de la solvencia técnica reviste un juicio técnico de limitado control, habiéndonos pronunciado en los siguientes términos *“Como punto de partida del análisis del motivo de impugnación alegado, cabe recordar que, como apuntamos en nuestro Acuerdo 17/2021, de 17 de febrero, la determinación de qué ha de considerarse “similar”, por tratarse de un juicio técnico, corresponde efectuarla a la Mesa de Contratación; motivo*

por el cual este Tribunal no puede revisar la valoración efectuada por ésta salvo en el caso de que fuera contraria a lo expresamente dispuesto en el pliego, fuera discriminatoria o se produjeran errores materiales patentes.

Así lo pone de relieve la Resolución 25/2016, de 15 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, referida en el citado Acuerdo, cuando razona lo siguiente: “Para apreciar la similitud entre el objeto de los servicios o contratos realizados y los que son objeto del contrato, toda vez que se trata de acreditar la solvencia técnica de la empresa, ha de atenderse a una valoración de las condiciones técnicas exigidas a aquellos trabajos comparándolos con las exigidas en el contrato objeto de licitación, atendiendo para ello a los pliegos de prescripciones técnicas toda vez que a ellos está reservado especificar las características técnicas que haya de reunir la realización de las prestaciones del contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 116.1 del TRLCSP y 68.1.a) del RLCAP.” Se trata, por tanto, de una evaluación técnica del contenido de las prestaciones de los contratos para cuyo examen es indiferente, y, por tanto, no ha de tenerse en cuenta el ámbito material de competencias de las administraciones, organismos, órganos de contratación u órganos proponentes de aquellos contratos y del licitado. De otra parte, semejanza o similitud no es identidad, de modo que las prestaciones de unos y otros contratos comparados no han de identificarse completamente, sino que el examen ha de dirigirse a determinar si entre las prestaciones ya realizadas y las que son objeto de licitación existe el grado de semejanza necesario para concluir que la empresa que llevó a cabo aquellos trabajos tiene capacidad técnica suficiente para ejecutar las prestaciones del contrato licitado.

En fin, el examen de la solvencia ha de realizarse por la mesa de contratación de acuerdo con aquellos criterios, de modo que es a ella a la que corresponde resolver sobre la suficiencia o insuficiencia de la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica (...).”

Partiendo de la anterior premisa y avanzando en la definición de qué se entiende por servicios similares en lo que a la acreditación de la solvencia técnica se refiere, cabe traer a colación la doctrina contenida en la reciente Resolución 99/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que en relación con un contrato cuyo objeto es la prestación del servicio de apoyo y asistencia escolar para alumnado con necesidades educativas especiales en los

centros docentes públicos de la provincia de Cádiz dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía - donde como solvencia técnica se exigía la aportación de 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 -, estima que los servicios de gestión de unidades de día de menores en distintas zonas de trabajo social, de diseño, apoyo, seguimiento y evaluación de actuaciones preventivas de carácter social dirigidas a la población malagueña, y de desarrollo y ejecución de acciones socioeducativas para menores en riesgo de exclusión social de 13 a 16 años, no son similares al objeto del contrato licitado; y ello argumentando lo siguiente: (...)”.

En el supuesto examinado, la Mesa de Contratación ha estimado que sólo existe una similitud parcial entre el objeto de la presente licitación, que viene constituido fundamentalmente por un contrato de obras, y el aportado por la subcontratista, de suministro e instalación, de manera que solamente se ha justificado la solvencia técnica de la empresa AGAPITO URBAN INDUSTRIES SL, para garantizar el cumplimiento del contrato en relación al suministro e instalación de éste, pero no la solvencia para la ejecución de la obra en licitación, aspecto respecto del que la reclamante guarda absoluto silencio.

Habida cuenta del criterio técnico de la Mesa de Contratación y de la falta de contradicción por parte del reclamante, no se aprecia en dicha valoración arbitrariedad, discriminación o error manifiesto que permitan a este Tribunal su revisión, siendo así que no se evidencia la similitud exigida entre el contrato que se licita y el utilizado para justificar la solvencia técnica o profesional, por cuanto el presente contrato constituye un contrato de obras, siendo la parte referida al equipamiento, residual, como resulta de su proyecto, mientras que el alegado responde básicamente a esto segundo, a un contrato de suministro e instalación de equipamientos, insuficiente para acreditar la solvencia requerida.

Terminaremos aludiendo a que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en la Resolución 39/2023, de 26 de enero, ha

resuelto un supuesto similar al que nos ocupa, de la siguiente manera: *“El servicio que pretende contratar la administración a través de este Acuerdo Marco no es sino el servicio de atención a personas mayores dependientes en centro de día. Catering o alimentación de los usuarios y disponibilidad el espacio físico son servicios componentes integrados en la prestación, pero no son el servicio objetivo y, por tanto, tener experiencia en una parte no justifica una solvencia técnica o profesional de un todo. La prestación del servicio a contratar va mucho más allá de la prestación del servicio de catering y de la puesta a disposición del local como puede deducirse de la lectura del Apartado IV del PPT. (...).*

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la recurrente acreditó la solvencia técnica conforme a lo exigido en los pliegos.

Respecto a la integración de su solvencia, consta en el expediente (DEUC) que la recurrente acudió a la integración de la solvencia técnica por medios externos con la empresa GNR. La recurrente reconoce que la solvencia que aporta esta empresa (la puesta a disposición de servicios de catering para usuarios personas mayores dependientes y de espacios físicos para usuarios personas mayores dependientes) no coincide plenamente con la del objeto del contrato, lo que no quiere decir que no guarde relación alguna con el mismo como afirma la mesa de contratación.

El artículo 75.1 de la LCSP establece “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”.

La cláusula 1.7 del PCAP citada establece que la solvencia técnica se acreditará mediante “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”.

Por consiguiente, resulta necesario dilucidar si los servicios o trabajos que realiza la empresa que va a integrar su solvencia a la de la licitadora son de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del acuerdo marco.

Procede, por tanto, analizar el objeto del acuerdo marco. (...).

Si bien es cierto que el criterio doctrinal generalmente admitido no exige identidad absoluta con objeto del contrato, debe exigirse la acreditación de la prestación de servicios de evidente similitud al licitado. Esta circunstancia no se da en el caso que nos ocupa, ya que el objeto del acuerdo marco incluye la prestación integral de diversos servicios, de las que la empresa integradora de la solvencia solo acredita una parte muy limitada, sin que puede entenderse, a juicio de este Tribunal, que exista una evidente similitud al objeto del acuerdo marco, al no incluir aspectos esenciales de la prestación exigida, incluyendo únicamente el apartado de manutención y estancia diurna.

Por todo lo anterior, dado que las prestaciones realizadas por la empresa que pretende integrar la solvencia técnica no son de evidente similitud al objeto del acuerdo marco, no puede admitirse a efectos de la pretendida integración.”

Al amparo de lo razonado, cabe concluir la falta de acreditación por la reclamante de la solvencia técnica y profesional exigida para la ejecución del contrato, lo que hace de la exclusión acordada por la Mesa de Contratación una decisión plenamente ajustada a derecho, lo que determina la procedencia de desestimar la presente reclamación especial.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L. frente al acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de obras de “*Ampliación de las instalaciones deportivas de Cabanillas. Fase I*”, de 9 de agosto de 2023, licitado por el Ayuntamiento de Cabanillas.

2º. Notificar este acuerdo a CONSTRUCCIONES LÓPEZ LOSTALÉ, S.L., al Ayuntamiento de Cabanillas, así como al resto de interesados que figuren en el expediente, y acordar su publicación en la página del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 2 de octubre de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.