

Recurso nº 171/2017
Resolución nº 186/2017

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

En Madrid, a 21 de junio de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC OUTSOURCING, S.L., (en adelante SBC) contra la adjudicación del lote 3 del contrato “Servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Retiro”, número de expediente: 300/2016/01577, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN
ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Concejal Presidente del Distrito de Retiro del Ayuntamiento de Madrid convocó el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios mencionado, siendo su tramitación ordinaria y el procedimiento de adjudicación abierto, divido en lotes y con pluralidad de criterios. La publicación de la licitación tuvo lugar el 29 de diciembre de 2016 en el DOUE y en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid y el día 31 de diciembre en el BOE. El valor estimado del contrato asciende a 11.236.317 euros.

Interesa destacar por su relación con el objeto del recurso que la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) permite la subcontratación según lo previsto en el apartado 17 del Anexo I al mismo, que a su vez fija como porcentaje máximo de subcontratación el 30%, para el lote 3, “Conserjería, Atención al público y control de entradas (edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritas al Distrito)”, objeto de este recurso y añade: “*Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su importe y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas: SI.*

En el supuesto de subcontratar alguna o algunas de las prestaciones incluidas en el objeto del contrato, deberá incluir en el sobre C, de criterios valorables en cifras o porcentajes, el importe de cada una de las prestaciones subcontratadas y el nombre del subcontratista.

Subcontratación con empresas que cuentan con una determinada habilitación:
SI.

En el supuesto de subcontratar las prestaciones que se detallan en el apartado de “habilitación empresarial” del punto 12 del presente Anexo para el lote 1, Mantenimiento, relativo a las solvencias, deberá incluir en el sobre A, de documentación administrativa, la documentación que acredite la habilitación empresarial de la entidad que prestará el servicio por subcontratación.”

Además en el apartado 20 del Anexo I del PCAP se establecen los criterios de adjudicación. Para el lote 3 todos los criterios son valorables en cifras o porcentajes de acuerdo con la siguiente ponderación: por subcontratación a favor de empresas de inserción social y centros especiales de empleo hasta 10 puntos; por mantenimiento del empleo hasta 30 puntos y por oferta económica hasta 60 puntos, indicando, en relación con el criterio de subcontratación con un Centro especial de empleo que “*Se valorará hasta un máximo de 10 puntos las ofertas que superen el porcentaje obligatorio de subcontratación (20%), asignándose 1 punto por cada punto porcentual de exceso ofertado.*

Se deberá especificar el porcentaje total ofertado de subcontratación, constituido por la suma del porcentaje obligatorio mínimo más el exceso ofertado.

El cumplimiento de esta obligación tiene la condición de obligación contractual esencial.”

Por último, el apartado 12 del Anexo I del PCAP en relación con la solvencia exigida para el lote 3 permite que se acredite mediante la clasificación L.6. 3 o bien:

- Acreditación de la solvencia económica y financiera:
- Artículo 75.1 apartado a) (...).

Requisitos mínimos de solvencia: El volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos de 734.851,08 euros, equivalente al presupuesto de licitación del lote. (...).

- Artículo 78.1 apartado a) (...).

Requisitos mínimos de solvencia: Se entenderá acreditada la solvencia por las empresas que en el año de mayor ejecución de los últimos cinco (2012, 2013, 2014, 2015 y 2016) hayan realizado trabajos de igual o similar naturaleza que los constituyen el objeto del lote, por un importe anual acumulado que sea igual o superior al 70% de la anualidad media del lote, 257.197,88 euros. A efectos de determinar la correspondencia entre los trabajos acreditados y los que constituyen el objeto del contrato, se atenderá al grupo y subgrupo de clasificación al que pertenecen unos y otros.”

Segundo.- A la licitación han concurrido en total 26 licitadoras, resultando admitidas en el lote 3, 13 licitadoras siendo una de ellas la recurrente, que al igual que la adjudicataria ha presentado justificación de la viabilidad de su oferta presuntamente incursa en baja temeraria.

Tercero.- El 29 de mayo de 2017 tuvo entrada en el Tribunal el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SBC por el que solicita se acuerde la nulidad de la adjudicación del lote 3 por incumplimiento de régimen de subcontratación previsto en el Pliego por los motivos que se analizarán al resolver el recurso. Solicita además la suspensión de la adjudicación en tanto se resuelve el recurso.

Cuarto.- El 5 de junio de 2017, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el que afirma que VALORIZA ha acreditado todas y cada una de las condiciones establecidas en materia de subcontratación, por lo que solicita su desestimación.

Quinto.- Con fecha 5 de junio de 2017 por la Secretaría del Tribunal se concede a la adjudicataria propuesta, trámite de alegaciones, habiendo comparecido ante este Tribunal el día 9 para tomar vista del expediente y presentado escrito de alegaciones el día 14 de junio de cuyo contenido se dará cuenta al conocer del fondo del recurso.

Sexto.- Con fecha 7 de junio de 2017 el Tribunal acuerda mantener la suspensión automática de la adjudicación del lote 3 del referido expediente de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso se interpone por un licitador que ostenta la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse de una persona jurídica “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo resulta acreditada la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c).

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues la resolución de adjudicación se adoptó el 9 de mayo de 2017, notificándose el 10 de mayo, interponiéndose el recurso el 29 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente esgrime la existencia de diversos motivos de nulidad de la adjudicación, todos ellos en relación con la subcontratación de las prestaciones objeto del contrato.

Debemos comenzar recordando que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Por otro lado a tenor del artículo 227.2 del TRLCSP es requisito para poder subcontratar que: “*a) Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización (...)*”.

Sostiene la recurrente en primer lugar que, según ha podido comprobar en la toma de vista del expediente que se hizo ante el órgano de contratación el día 16 de mayo de 2017, VALORIZA no indicó en su oferta la parte del contrato que tenía previsto subcontratar- señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que vaya encomendar su realización- tal y como exigía el PCAP, hasta el momento en que presentó la justificación de la baja temeraria de su oferta, lo cual realizó el 1 de marzo de 2017.

El órgano de contratación en su informe afirma que dicha información “*figura el documento denominado “documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”, página 4, en el que se encuentra el apartado relativo a la subcontratación donde se indica: la parte del contrato a subcontratar, Conserjería, atención al público y control de entradas en los edificios del Distrito; el importe a subcontratar, 394.102,88 euros; y el nombre de la empresa que se va a subcontratar, Valoriza Centro Especial de Empleo*”, haciendo constar que la citada cifra de 394.102,88 euros se corresponde con la que figura como oferta económica (página 3 del documento denominado “Documentación relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes”).

En su escrito de alegaciones la adjudicataria sostiene que además de informar de las condiciones de subcontratación conforme al modelo de proposición económica establecido en el Anexo II del PCAP, se acompañó a su oferta una declaración responsable -que ahora adjunta a este escrito- y en la que se declaraba su pertenencia al mismo grupo empresarial, Grupo SACYR, S.A., a efectos de la excepción al límite de la subcontratación permitido.

Indica que dicha cuestión fue objeto consulta al órgano de contratación que fue resuelta mediante correo electrónico de fecha 12 de enero de 2017 por el secretario del Distrito de Retiro que transcribe a continuación “*De conformidad con la cláusula 13 del PCAP: No podrá exceder del porcentaje previsto en el apartado 17*

del Anexo I al presente pliego las prestaciones parciales que le adjudicatario subcontrate con terceros, sin que a estos efectos se tengan en cuenta los subcontratos con empresas vinculadas al contratista principal. Por tanto, los porcentajes máximos de subcontratación del apartado 17 del Anexo I no son de aplicación a las empresas vinculadas. Este extremo se deberá justificar en la licitación”.

En dicha declaración fechada el 26 de enero de 2017 se indica: “*Que para el concurso de Servicios complementarios (Mantenimiento, limpieza y conserjería) de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al distrito de Retiro. Lote 3, Expte.: 300/2016/01577 la empresa VALORIZA FACILITIES, S.A.U. tiene previsto subcontratar los trabajos de auxiliares más del máximo permitido en el punto 17 del anexo I del PCAP con la empresa VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.U. y que, puesto que ambas pertenecen al Grupo SACYR, S.A., y según lo dispuesto en la cláusula 13 del PCAP que rige el concurso, dicha subcontratación no computa como tal.”*

Debemos partir del propio PCAP que exige que entre la documentación acreditativa de los requisitos que deben estar presentes en la subcontratación se aporte, aquélla que acredite la habilitación empresarial de la entidad que prestará el servicio por subcontratación y la parte del contrato a subcontratar, su importe y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas.

Comprueba el Tribunal que efectivamente consta en el expediente remitido la propuesta presentada el 26 de enero de 2017 por Valoriza a los lotes 2 y 3, y en concreto para el lote 3 junto a la declaración responsable del mantenimiento de las condiciones laborales presenta oferta económica según modelo aprobado en el Anexo II del PCAP en la que se indica el precio (394.102,88 euros), el IVA correspondiente (82.761,60) y el importe total de su oferta (476.864,48 euros) la parte del contrato a subcontratar y el nombre del subcontratista (Valoriza Centro Especial de Empleo), en la cual no se recoge el perfil empresarial, definido por

referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas, tal y como se establece en el PCAP.

Esto no obstante, esta falta de indicación de las condiciones de solvencia de la subcontratista no justificarían sin más la nulidad de la adjudicación pretendida por la recurrente puesto que de acuerdo con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), “*Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los Interesados. Sin perjuicio de lo anterior las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación*”. Esta posibilidad como en varias ocasiones ha señalado este Tribunal constituye no una facultad sino una obligación en aras del principio de concurrencia y del carácter antiformalista que debe presidir la contratación pública, como entre otras señalábamos en nuestra Resolución 135/2014, de 23 de julio. Debe entenderse siguiendo el criterio de la Junta Consultiva en sus informes 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; Informe 6/00, de 11 de abril de 2000; Informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros, que “*puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación*”.

Pero es que además en el caso que nos ocupa, el órgano de contratación requirió la documentación acreditativa de la solvencia únicamente a la adjudicataria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 146.4 del TRLCSP, el 3 de abril de 2017, con el resultado que examinaremos más adelante.

Queda por tanto acreditado, frente a lo aducido por la recurrente, que la oferta de Valoriza, sí contenía una mención específica a la subcontratación, procediendo por tanto desestimar el recurso por este motivo.

Sexto.- Afirma en segundo lugar la recurrente que no resulta acreditada ni la solvencia del CEE subcontratado según establece el PCAP, apartado 12 del Anexo I, dada la fecha de su reciente creación (17 de febrero de 2016), ni que su objeto social se corresponda con el del contrato ya que su actividad es la limpieza de edificios, ni su vinculación con la empresa principal, según información obrante en su propia web y en el registro mercantil.

Conviene advertir que los Centros Especiales de Empleo son Empresas cuyo objetivo es proporcionar a las personas con discapacidad la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite su integración en el mercado laboral sujetos a una regulación especial que establece, entre otros requisitos, la necesaria la calificación del mismo por la Administración y su posterior inscripción en un registro de naturaleza administrativa “ad hoc”, por tanto una especial habilitación, de la que dispone Valoriza CEE –como ha quedado demostrado en el recurso- y que es pública.

Respecto a la falta de coincidencia del objeto social de Valoriza Centro Especial de Empleo con el objeto del contrato, afirma la recurrente que según el Registro Mercantil su objeto social es la limpieza, afirmación que no acompaña con medio de prueba alguno. Por su parte el órgano de contratación opone que según sus estatutos apartado 4 del artículo 2, que obran en el expediente administrativo, “*la sociedad tendrá por objeto...la prestación de servicios auxiliares en todo tipo de edificios... por medio de conserjes*”.

Por su parte Valoriza en fase de alegaciones aporta la escritura pública de constitución de Valoriza CEE a la que se incorporan sus Estatutos en cuyo artículo

2.4 consta entre otras actividades de su objeto social, la prestación de servicios auxiliares en todo tipo de edificios por medio de conserjes, ordenanzas, bedeles (...), además Valoriza confirma tales extremos advirtiendo que las actividades propias de su CEE son las mismas que ella presta desde el año 2003 y aporta ahora la calificación e inscripción de Valoriza CEE en el Registro de la Comunidad otorgada el 8 de septiembre de 2016.

Por lo tanto debe desestimarse el recurso en cuanto a este motivo.

Resta por tanto analizar la solvencia de Valoriza CEE en tanto que subcontratada por el adjudicatario para la ejecución de la totalidad de la prestación y la acreditación de la vinculación entre ambos.

En primer lugar y dado su carácter de presupuesto del resto de argumentos debe examinarse si Valoriza CEE, tiene respecto de Valoriza Facilites, S.A., la relación de vinculación necesaria:

Debe destacarse en primer lugar que la recurrente se limita a afirmar en este punto que dicha vinculación no consta en el expediente administrativo, si bien en este punto la facilidad de la carga de la prueba y su carácter negativo permite considerar que es al órgano de contratación y a la adjudicataria a quienes corresponde acreditar el extremo controvertido.

Afirma el órgano de contratación que en este caso existe una vinculación jurídica entre la empresa contratada y la subcontratada, lo que ha comprobado con la escritura de constitución de la empresa subcontratista, Valoriza Centro Especial de Empleo, en la que figura:

- Que Valoriza Facilities desembolsa la totalidad de las participaciones sociales.
- Que Valoriza Facilities asume la totalidad de las participaciones sociales en que está dividido el capital social de Valoriza Centro Especial de Empleo.

• Que el administrador único de Valoriza Centro Especial de Empleo es Valoriza Facilities.

• Que las funciones propias de administrador único de la sociedad constituida, Valoriza Centro Especial de Empleo, como representante persona física, las asume don J.A.L., que es la misma persona que comparece y otorga la escritura notarial de constitución de Valoriza Centro Especial de Empleo, como representante persona física de la mercantil Valoriza Gestión, administrador único, a su vez, de Valoriza Facilities.

Por su parte Valoriza señala que se cumplen las condiciones del artículo 42 del Código de Comercio, ya que tal y como se hace constar en la Escritura de constitución de Valoriza CEE, ésta está constituida en su totalidad por la aportación de Valoriza Facilities, titular del 100% de sus participaciones sociales, y tiene como administrador único a Valoriza Facilities, S.A., y siendo designada como persona física que ostenta este cargo la misma en ambas entidades.

Comprueba el Tribunal, como hemos indicado más arriba, que es con posterioridad a la valoración de la oferta y con vista a justificar la baja incursa en presunción de temeridad cuando fue requerida Valoriza para justificar además de la viabilidad económica de su propuesta, la vinculación entre Valoriza Facilities, S.A.U. y Valoriza CEE, en cuyo cumplimiento el 1 de marzo de 2017 aporta determinada documentación para acreditar lo requerido, en concreto aporta la escritura de constitución y los estatutos del CEE, y explica que Valoriza CEE, S.L. es una sociedad filial de Valoriza Facilities, S.A. que es titular del 100% de sus participaciones en total 3000, con un valor de 3.000 euros, según escritura de constitución.

De acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio “*existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad,*

que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

- a) *Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) *Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) *Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) *Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración (...)".*

Por su parte el artículo 18 de Ley de Sociedades de Capital, (LSC) aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, establece que “*A los efectos de esta ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurre alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”.

De esta forma se considera que existe la vinculación necesaria cuando una empresa ostente control sobre otra lo que se presumirá mediante una serie de indicadores, lo que exige un examen al caso concreto.

En el presente caso Valoriza CEE es constituida por Valoriza Facilities, que suscribe el 100% del capital y de las participaciones sociales en que está dividido, - que llevan aparejado el derecho de voto conforme al artículo 93 de la LSC,- nombrando en el acto de constitución un administrador único persona jurídica que es la propia Valoriza Facilities, además corresponde al socio único (según el 148 de sus estatutos) en este caso Valoriza Facilities ejercer las funciones de la Junta General, entre otras impartir instrucciones al órgano de administración.

Por lo tanto a juicio de este Tribunal y a los efectos de la licitación objeto del presente recurso, debe considerarse que Valoriza Facilities, S.A. y Valoriza CEE, son

empresas vinculadas que forman un grupo empresarial conforme a los artículos 42 del Código de Comercio y 18 LSC, por lo que debe desestimarse el recurso en cuanto a la alegación de falta de acreditación de la vinculación entre ambas, al constar todos los documentos que permiten llegar a esta conclusión en el expediente administrativo.

Por último, lo que respecta a la posibilidad de subcontratación en este caso del 100% y la necesidad de acreditación de la solvencia de la subcontratista, ambas cuestiones deben examinarse de forma conjunta, por la relación de dependencia en las conclusiones del análisis.

Este análisis se realizará teniendo en cuenta que conforme señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de febrero de 2015, dictada en el recurso 463/2013, “*lo esencial es que el operador económico con sus propios recursos o a través de la subcontratación -siempre que presente las garantías adecuadas al efecto- sea capaz de realizar en forma adecuada el conjunto de prestaciones que integran el contrato*”, pues no es otra la finalidad de la acreditación de la solvencia que no puede ser considerada como una mera formalidad de aportación documental.

En el informe técnico de valoración de criterios para el lote 3 de fecha 22 de marzo de 2017 se indica lo siguiente: “1.- *subcontratación empresas de inserción social y centros especiales de empleo (hasta 10 p.)*

Todas las ofertas presentadas recogen el compromiso de subcontratación en los términos recogidos en el epígrafe correspondiente del artículo 20 del Anexo I del Pliego de Condiciones, excepto IMESAPI, S.A. que ofrece un compromiso de subcontratación del 40%, superando el límite del 30% para el lote 3 recogido en el artículo 17 del Anexo I del PCAP, por lo que de acuerdo a lo dictaminado por la Mesa de Contratación ha sido excluida del procedimiento.” Habiendo por tanto obtenido Valoriza los 10 puntos que correspondían a este criterio conforme consta en el acta de la mesa de contratación correspondiente a la sesión celebrada el 10 de

febrero de 2017 para la apertura de los sobres que contienen los criterios valorables en cifras o porcentajes de los lotes 2 y 3.

En este caso el órgano de contratación admite la subcontratación del 100% de las prestaciones objeto del contrato por la especial vinculación que se da entre la sociedad principal VALORIZA FACILITIES, y su CEE, necesaria para integrar la solvencia, de que carece el mismo constituido el 17 de febrero de 2016 imprescindible además para obtener la máxima puntuación en todos los criterios de adjudicación previstos para el lote 3. De tal forma que la estructura de la oferta implica una empresa que realiza la oferta y aporta toda la solvencia pero que no va a realizar ninguna de las prestaciones que integran el objeto del contrato que realizará a su vez otra carente de solvencia, por cuya participación además obtiene 10 puntos.

En línea con lo anterior el órgano de contratación en su informe opone en cuanto a la falta de acreditación de la solvencia exigida, que la misma se refiere al contratista principal, y que en este caso ha quedado debidamente acreditada, y que además cabe la posibilidad de acreditar la solvencia con medios de terceros de acuerdo con lo prevenido en el artículo 63 del TRLCSP. En cuanto a la posibilidad de subcontratación del 100% indica que el PCAP señala que a los efectos de comprobar si se cumple el límite del 30% en la subcontratación no se tendrán en cuenta los subcontratos con empresas vinculadas, respondiendo en este mismo sentido a una consulta de Valoriza.

En los mismos términos se pronuncia Valoriza que además alega que en fase de adjudicación ha aportado su certificado de clasificación empresarial en el grupo L, subgrupo 6, categoría 3 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En primer lugar cabe señalar que efectivamente la literalidad de los pliegos por lo que se refiere a la acreditación de la solvencia exigida se refiere a la contratista principal, ahora bien, no cabe desconocer que de acuerdo con lo

establecido en el artículo 227 del TRLCSP, la celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de una serie de requisitos, entre otros que los licitadores indiquen “*el perfil empresarial del subcontratista definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización*”.

En este caso la adjudicataria declara que subcontratará el 100% de la prestación a un CEE de reciente creación, 17 de febrero de 2016, por lo que en buena lógica el mismo carece de la solvencia exigida a los licitadores, no siendo Valoriza en este caso más que una empresa “interpuesta” que en realidad “presta” su solvencia a la empresa que desempeñará la totalidad de los trabajos (el 100%) como centro especial de empleo.

En principio y en buena lógica la subcontratación implica la realización por un tercero de parte de las prestaciones objeto del contrato, así resulta no solo de la lógica de la propia categoría jurídica, sino del tenor literal del artículo 227 que se refiere a “la realización parcial de la prestación”, realizando continuas referencias a la parte del contrato o a las prestaciones parciales. Así mismo el artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE, relaciona el subcontrato con la prestación de parte del contrato.

Sin embargo no cabe desconocer el artículo 227 señala que para el cómputo del porcentaje máximo permitido de subcontratación, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. Esta previsión puede ser analizada desde dos ópticas, o bien considerando que se las empresas vinculadas o holdings pueden en todo caso subcontratar entre ellas el 100 de las prestaciones objeto del contrato actuando unas respecto de otras como meras intermediarias y utilizando indistintamente los recursos y la experiencia unas de otras, o bien entendiendo que tal previsión impide considerar los negocios jurídicos entre dichas

empresas como una subcontratación propiamente dicha, no teniendo a tales efectos las empresas vinculadas la condición de “terceros”. Si bien de *lege lata*, y a la vista de la literalidad del precepto cabría considerar que son posibles los subcontratos con empresas del grupo al 100% dado que el propio artículo utiliza la expresión “subcontratos concluidos con empresas vinculadas”, no es menos cierto que como señala el informe de la Junta consultiva de Contratación Administrativa de Madrid 6/2010, de 21 de diciembre “(...) permite interpretar que entre empresas pertenecientes al mismo grupo de sociedades no es exigible la subcontratación por no tener la consideración de tercero, conforme al sentido de interpretación de las normas en relación entre otros conceptos, con el contexto, y los antecedentes legislativos, establecido en el artículo 3 del Código Civil”. Así se desprende asimismo de lo dispuesto en el apartado 7 de artículo 227 del TRLCSP, que identifica la subcontratación con terceros no vinculados la contratista: “Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo, de determinadas partes de la prestación”.

Así se desprende también del informe de la Junta consultiva de Contratación de Aragón 1/2010, de 17 de febrero, cuando afirma: “(...) ello para evitar crear situaciones de práctica “novación” o sustitución del contratista desvirtuarían la regla de que la subcontratación se instrumentaliza para la ejecución “parcial” del contrato administrativo” y especialmente cuando contrapone a efectos de acreditar la solvencia con medios de terceros, la subcontratación y la pertenencia a un grupo de empresas “La vinculación puede ser directa, como la que conforman los grupos de sociedades o indirecta, a través de la subcontratación”.

Esta interpretación además se releva acorde con la finalidad de potenciación de la subcontratación como mecanismo de integración de las PYMES de acuerdo con la Comunicación de 5 de junio de 2008, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas

empresas. La «Small Business Act para Europa» y el Código Europeo de Buenas Prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, presentado el 25 de junio de 2008.

De esta forma cabe concluir que los negocios jurídicos con empresas del grupo no pertenecen a la categoría jurídica de los subcontratos. Desde esta perspectiva, la adjudicataria no podría obtener los 10 puntos que le han sido asignados por realizar parte de las prestaciones a través de su Centro especial de empleo.

La otra vertiente de la cuestión es la posibilidad de que el CCE carezca totalmente de solvencia al no ser el contratista principal y la consiguiente posibilidad de entender que aporta medios de terceros, en este caso la contratista principal.

Tanto las Juntas Consultivas de contratación, como el Tribunal Central de Recursos contractuales, han venido considerando la existencia de límites en relación con la acreditación de la solvencia con medios de terceros prevista en el artículo 63 del TRLCSP. Así por ejemplo tanto el TCRC, Resolución 607/2014, de 1 de septiembre, como la JCCA Madrid, Informe 6/2010, de 21 de diciembre y Acuerdo 8/2009, de 10 de junio, consideran que debe exigir a los licitadores un mínimo de solvencia. Tal y como manifestara este tribunal en su resolución 234/2016 de 2 de noviembre , *“Conviene señalar que aun siendo posible complementar la acreditación de la habilitación empresarial o la solvencia profesional que se precisa para ejecutar un contrato basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas como se afirma en el Informe 6/2010, de 21 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre acreditación de la habilitación empresarial o profesional con medios externos, no es menos cierto que complementar supone añadir a la solvencia propia la de otras empresas para mejorarla, lo cual es muy distinto a acreditar este requisito mediante trabajos que en su totalidad corresponden a los realizados por otras empresas”*.

De la interpretación conjunta de los artículos 63 y 54 del TRLCSP se ha de considerar que, aunque el empresario puede acogerse a lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP para acreditar su solvencia, ha de cumplir asimismo lo previsto en el artículo 54.1 del TRLCSP, por lo que será requisito indispensable para contratar con el sector público que acredite un mínimo de solvencia mediante medios propios, con independencia de que el resto lo pueda acreditar con medios ajenos.

No desconoce este Tribunal la doctrina de la Audiencia Nacional establecida entre otras en la sentencia de 25 de febrero de 2015, pero entiende que esta doctrina se refiera a la posibilidad de que quepa integrar cualquier medio de solvencia, sea o no de carácter personalísimo y no a la “cantidad” de solvencia que se pretende integrar. No en vano el artículo 63 comentado y la doctrina del TSJUE utilizan la expresión “integración”.

En todo caso, como en el presente, la empresa licitadora es la que pone sus medios a disposición de la subcontratista, esta última debería acreditar la efectiva posibilidad de disponer de aquellos, puesto que “la ingeniería jurídica”, que permite optimizar las opciones de las licitadoras legítimamente, no autoriza a considerar que no es exigible la acreditación de los requisitos mínimos que tienden a garantizar la ejecución contractual. Cabe traer a colación lo establecido en la STJUE de 2 de diciembre de 1999, C-176/98. Holts Italia, cuando afirma en su considerando 22 que *“La posibilidad de que el licitador disponga efectivamente de los medios necesarios para la ejecución del contrato no puede presumirse y deber ser objeto de un examen de las pruebas y ningún licitador puede ser excluido por el mero hecho de que para la ejecución del contrato proyecte emplear medios que no le pertenece”*, no siendo suficiente una declaración unilateral del licitador, cuando el que utilizará los medios de terceros es precisamente el subcontratista. En este caso además no parece posible la efectiva puesta a disposición de medios, al menos los personales y la experiencia exigida, de Valoriza a su CEE que por su especial naturaleza tiene un perfil de personal propio de un Centro especial de empleo, incompatibles con la

puesta a disposición de los medios personales que llevan consigo la experiencia de Valoriza.

Los medios en este caso son la experiencia en la ejecución de contratos anteriores y la cifra de negocios cuya puesta a disposición en ningún modo queda probada.

El artículo 62 del TRLCSP dispone que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determine por el órgano de contratación y los medios para su acreditación deberán especificarse en el Pliego.

En este caso el PCAP (en su apartado 12 del Anexo I) recoge expresamente los requisitos de solvencia descritos en los antecedentes de hechos, cuyo cumplimiento sí acredita Valoriza Facilities, no así Valoriza CEE.

No habiéndose aportado ningún certificado de servicios realizados directamente por Valoriza CEE ni haberse acreditado la puesta a disposición de medios para completar su solvencia se considera que no ha acreditado que posee una solvencia propia mínima para la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, y no siendo tampoco conforme a derecho considerar se estuviera ante un supuesto de subcontratación de terceros por tratarse de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial, debe estimarse el recurso.

No cabe ahora considerar que el contrato se realizará por la contratista principal no obteniendo los puntos de la subcontratación, puesto que la justificación de la viabilidad de su oferta se basa en las ventajas económicas del CEE, por lo que cualquier actuación en este sentido salvo la modificación de la oferta, no permitida, supondría su falta de viabilidad al no poder mantener las condiciones que justifican la baja efectuada.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.P.M., en nombre y representación de SBC OUTSOURCING, S.L., contra la adjudicación del lote 3 del contrato “Servicios complementarios, mantenimiento, limpieza y conserjería de los edificios, colegios e instalaciones deportivas adscritos al Distrito de Retiro” número de expediente: 300/2016/01577, debiendo anularse la adjudicación efectuada a favor de la empresa Valoriza, S.A., por falta de acreditación de la solvencia requerida.

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

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.