

**RECURSO 163/2022
RESOLUCIÓN 190/2022**

Resolución 190/2022, de 1 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Tableros y Puentes, S.A. frente a la Resolución del Presidente de la Diputación de Burgos de 8 de noviembre de 2022, por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de contratación de las obras de ejecución de tres nuevos puentes en la Red de Carreteras de la Diputación Provincial de Burgos, en San Millán de Juarros, Tordómar y Quintanar de la Sierra (EXP 24E_22 PTS 2022/00043652Y).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- El 14 de septiembre de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de la licitación del contrato de obras para la "Ejecución de tres nuevos puentes en la Red de Carreteras de la Diputación Provincial de Burgos en San Millán de Juarros, Tordómar y Quintanar de la Sierra", por un valor estimado de 3.886.197,68 euros.

Segundo.- A propuesta de la Mesa de contratación (acordada en la reunión celebrada el 20 de octubre de 2022), la Resolución del Presidente de la Diputación de Burgos de 8 de noviembre de 2022, acuerda la exclusión de Tableros y Puentes, S.A. del procedimiento de contratación, al carecer de la adecuada clasificación para el lote 2.

Se indica que la falta o insuficiencia de la clasificación no puede ser suplido por una licitadora, mediante la integración de la solvencia con medios externos.

Tercero.- El 31 de octubre de 2022 D. yyy, en nombre y representación de Tableros y Puentes, S.A., presenta un recurso especial en materia de contratación contra el acta de la Mesa de contratación de 20 de octubre de 2022, por considerar que “ha sido excluida de forma errónea de la presente licitación al tratarse la integración de la solvencia con medios externos de una posibilidad reconocida en los Pliegos que rigen la licitación no solo porque así lo reconoce el propio PCAP sino que, el propio Modelo facilitado por el Órgano de Contratación, recoge dicha posibilidad, de forma que, la negativa con posterioridad a que tal posibilidad pudiese realizarse en la licitación supondría que la Administración actúa contra sus propios actos al desdecirse de lo ya estipulado”.

Cuarto.- Incorporado el recurso al registro de expedientes, con el número 163/2022, el 2 de noviembre se requiere al órgano de contratación para que remita el expediente y el informe al recurso.

Quinto.- Se han recibido en el Tribunal el expediente y un informe del órgano de contratación, fechado el 13 de noviembre, que se opone a la estimación del recurso.

Sexto.- Mediante Acuerdo 57/2022, de 15 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, se desestima la solicitud de suspensión realizada.

Séptimo.- El 15 de noviembre se dio traslado del recurso a los licitadores a fin de que pudieran formular las alegaciones que estimasen convenientes a su derecho. No se han realizado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto frente al acta de la Mesa de contratación, correspondiente a la reunión celebrada el 20 de octubre de 2022, que según la recurrente conlleva su exclusión. No obstante, tanto el órgano de contratación como este Tribunal consideran que el acto recurrido es la Resolución del Presidente de la Diputación de Burgos de 8 de noviembre de 2022, que efectivamente sí acuerda la exclusión de Tableros y Puentes, S.A.

En todo caso, se trata de una exclusión de un contrato de obras cuyo valor estimado (3.886.197,68 euros) es superior a 3.000.000 euros, susceptible, por tanto, de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

El recurso contra la adjudicación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50.1.d) de la LCSP.

3º.- A la vista de la pretensión articulada, la solución del recurso exige determinar si la mercantil recurrente ha sido correctamente excluida.

Consta en el expediente que la recurrente, que concurre únicamente al lote nº 2, fue excluida porque aporta un compromiso por el que la empresa Ecoasfalt, S.A. pone a disposición de la primera la clasificación empresarial G-4-3 (Viales y Pistas - Con firmes de mezclas bituminosas), en el que se declara expresamente que durante toda la ejecución del contrato dispondrá de la solvencia o medios que se describen en ese compromiso.

No obstante, tal decisión no parece que fuera evidente para el órgano de contratación. Así, la Mesa en una primera reunión celebrada el 13 de octubre de 2022, decidió no calificar la oferta de esta empresa "ante las dudas que le generó la puesta a disposición por un tercero ajeno al contrato de su clasificación empresarial al licitador concurrente".

Por ello, para dar solución a esta cuestión se elevó una consulta a la Sección de Clasificaciones de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a través del buzón de consultas. Consta en el expediente que se preguntó: "Me gustaría saber, ya que no encuentro jurisprudencia sobre ello, ni informes de la Junta Consultiva, si en una licitación de un contrato de obras, se puede ceder la clasificación una empresa licitadora, para completar la que tiene, por parte de otra que no concurre a la licitación, ni como UTE ni como empresa filial."

La contestación fue que "No es posible ceder la clasificación a otro sujeto, sea persona física o jurídica".

Ante ello, el 20 de octubre de 2022 se lleva a cabo una nueva reunión de la Mesa de contratación, en la que se acuerda proponer la exclusión de la recurrente por no disponer de la clasificación empresarial exigida en el PCAP y no estar admitida que se supla la falta o insuficiencia de la clasificación mediante la integración de la solvencia con medios externos.

Por Resolución del Presidente de la Diputación de Burgos de 8 de noviembre de 2022, se resuelve la exclusión del licitador recurrente, de conformidad con la propuesta de la Mesa de contratación.

La recurrente considera en su recurso que tal decisión es errónea. Mantiene que el apartado c) de la cláusula 9 del PCAP, permite expresamente que los licitadores puedan "complementar su solvencia con medios de otras empresas que no estén incursas en prohibición para contratar con el sector público". Añade que el Anexo II-A "Modelo Declaración Responsable", da la posibilidad de marcar en sentido afirmativo o negativo la integración de solvencia por medios externos.

Añade que "cumplió con el requisito recogido en el apartado 2 del artículo 75 de la LCSP al aportar el Compromiso para la Acreditación de la Capacidad con Medios Externos debidamente firmado por Ecoasfalt, S.A. y Tableros y Puentes, S.A".

A la vista de lo expuesto, concluye que ha sido excluida de forma errónea. La integración de la solvencia con medios externos es una

posibilidad reconocida en los pliegos que rigen la licitación no solo porque así lo reconoce el propio PCAP, sino que, el propio modelo facilitado por el órgano de contratación, recoge dicha posibilidad, de forma que, la negativa con posterioridad a que tal posibilidad pudiese realizarse en la licitación supondría que la Administración actúa contra sus propios actos al desdecirse de lo ya estipulado.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe mantiene que fue correcta la exclusión. Indica que es conocedora del informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado número 35/21, "que en un supuesto similar al que ahora se nos plantea, se dictaminó a favor de la admisión del licitador concurrente al que un tercero ajeno al contrato le había cedido la clasificación empresarial que el empresario necesitaba para licitar en ese contrato". No obstante, mantiene que la Mesa de contratación, ha dado prevalencia al PCAP que rige este contrato porque "su claridad en la redacción del controvertido aspecto no admite interpretaciones, en cuanto a que determinaba la imposibilidad de suplir la insuficiencia de clasificación mediante la integración de la solvencia con medios externos".

Por último, puntualiza el referido informe que "en aquel momento, no resultaba posible requerir al licitador afectado para subsanar la presentación de la oferta, puesto que para solventar la cuestión de insuficiencia de clasificación era necesario a nuestro juicio, que se hubiera constituido en UTE con la empresa que le cedía la solvencia, y esa circunstancia no se podía subsanar después de que ya hubiera concurrido de forma individual a la licitación, porque ello hubiera supuesto una modificación de la oferta que ya no correspondería a la a la empresa concurrente sino a una UTE".

4º.- A juicio de este Tribunal, la Mesa de contratación ha actuado de forma diligente y transparente, adoptando una decisión ajustada a Derecho.

Este Tribunal constata que la cláusula 9 a) 5 del PCAP, dedicado a la clasificación exigible, efectivamente establece que "La falta o insuficiencia de la clasificación no podrá suplirse mediante la integración de la solvencia con medios externos" (página 54 del PCAP), para indicarse a continuación en la letra c) -con la rúbrica "integración de la solvencia con medios externos"-, que "Los licitadores podrán complementar su solvencia con medios de otras

empresas que no estén incursas en prohibición para contratar con el sector público” (página 55 del PCAP). Por ello, al margen de debates doctrinales, del PCAP se desprende que sí permite la integración de la solvencia con medios externos siempre que no sea para suplir la clasificación de la licitadora, lo que podría considerarse equívoco, pero no incongruente, porque el propio PCAP establece para algunos casos modos alternativos a la clasificación para la acreditación de la solvencia.

El artículo 139.1 de la LCSP dispone que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones (...)”.

Este Tribunal debe puntualizar que los pliegos no fueron impugnados en el momento procedimentalmente oportuno. Como consecuencia de ello, los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación.

Por ello, puede concluirse que la Mesa actuó correctamente. Debe tenerse presente, como así subraya el informe del órgano de contratación, que en el caso de que se admitiera la opción alternativa propuesta por la recurrente, se estaría excepcionando con este licitador la aplicación de la cláusula 9 a) 5 del PCAP, con el consiguiente perjuicio para el resto de licitadores, los cuales, en cumplimiento tanto de la LCSP como del PCAP que rige esta licitación, se han constituido temporalmente en UTE para conseguir el objetivo que el licitador ahora excluido pretendía obtener mediante la integración de la solvencia con medios externos, con la pretensión de así cumplir el requisito de clasificación establecido.

Por consiguiente, la decisión del órgano de contratación impugnada no puede reputarse contraria a Derecho.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 59 LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Tableros y Puentes, S.A., frente a la Resolución del Presidente de la Diputación de Burgos de 8 de noviembre de 2022, por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de contratación de las obras de ejecución de tres nuevos puentes en la Red de Carreteras de la Diputación Provincial de Burgos, en San Millán de Juarros, Tordómar y Quintanar de la Sierra. (EXP 24E_22 PTS 2022/00043652Y).

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).