

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 3/2021

RESOLUCIÓN Nº.- 5/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 29 de enero de 2021.

Visto el escrito presentado por M.T.C., en nombre y representación de la mercantil SERVIPAQ SVO. S. L., mediante el que se interpone Recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación en el procedimiento de licitación para la contratación de **servicios de mantenimiento y reparación de mobiliario, trabajos auxiliares de traslados de enseres y tareas auxiliares de logística y apoyos a eventos institucionales de EMASESA**, Expte. 229/2019, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de enero, se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de servicios descrito en el encabezamiento, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, con un valor estimado de 365.772,9 €, tramitándose mediante procedimiento abierto, con múltiples criterios de adjudicación.

SEGUNDO.- Con fecha 28/10/2020 el Órgano de Contratación aceptó la propuesta de adjudicación contenida en el correspondiente documento de CLASIFICACIÓN DE OFERTAS Y PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN, en favor de la empresa UTREMULTIGESTION, S.L., por ser su oferta la que mayor puntuación obtuvo en los lotes 1 y 2 de la licitación.

Según consta en el expediente, tras la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos indicados en el apartado 26 del Anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares, y, como consecuencia del análisis correspondiente por parte del Departamento de Seguridad y Servicios, se requirió aclaración a dicha empresa, en cuanto a determinadas circunstancias relativas a la tarjeta de transporte

aportada, al observarse que “se ha presentado por UTREMULTIGESTION, S. L. una Tarjeta de Transporte validada por la Junta de Andalucía, en la que en el apartado de CLASE Y ÁMBITO aparece MPC/NACIONAL, que corresponde a MERCANCIAS PROPIAS COMPLEMENTARIAS/NACIONAL (SERVICIO PRIVADO), siendo preciso que esta autorización sea TRANSPORTE PUBLICO DE MERCANCIAS, debiendo de disponer del Certificado del personal HABILITADO.”

La licitadora responde al requerimiento manifestando que el PPT no precisaba que se tratara de autorización para transporte público de mercancías, por lo que entendió que con la tarjeta presentada cumplía el requisito, alegando literalmente:

Por lo que entendemos que la autorización de transporte público de mercancías no se especifica en dicho pliego.

Segundo; no obstante, lo anterior consideramos que con la tarjeta de transporte de la que disponemos podríamos realizar el transporte de mercancía y mobiliario de esa entidad una vez obtenida la adjudicación objeto del presente expediente.

Tercero: teniendo en cuenta que la información tenida en cuenta para nuestra oferta consideramos que no eran necesarios la tarjeta ahora requerida y una vez notificado el requerimiento hemos solicitado la tramitación al objeto de obtener la referida tarjeta de transporte público. Adjuntamos autorización administrativa como documento número 1.

Cuarto: así mismo hacemos constar nuestro compromiso, para el caso que fuese necesario, de obtener mediante arrendamiento la prestación de los servicios que sean necesarios a través de un tercero.

Tras la entrega de las aclaraciones pertinentes, el 21/12/2020 se concluye que la aclaración presentada es conforme, considerando que “no es aceptable su argumento relativo a que el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) no especificaría la obligación de contar con autorización concreta para el transporte público, ya que en todo caso dicha obligación debe entenderse incluida en la exigencia recogida en el párrafo final del apartado 2.4 del PPTP (...)

Sin perjuicio de lo anterior, teniendo en cuenta por un lado que acreditan haber iniciado los trámites necesarios para la obtención de la autorización requerida para el transporte público de mercancías, y por otro que se comprometen a recurrir a tercero para llevar a cabo los transportes afectados, se considera que permitiendo los pliegos la subcontratación, puede continuarse con ULTREMULTIGESTION, S.L. el procedimiento de adjudicación, para lo cual una vez notificada la adjudicación correspondiente, deberá cumplir el procedimiento relativo a la subcontratación indicado en el artículo 14.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares”

A la vista de ello, con fecha 22 de diciembre se acuerda la adjudicación de los dos Lotes del contrato, a la empresa UTREMULTIGESTION, S.L., publicándose y comunicándose a los interesados el día 23.

TERCERO.- Con fecha 14 de enero, tiene entrada en el Registro General del Ayuntamiento de Sevilla, Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación, interpuesto en nombre y representación de la mercantil SERVIPAQ, clasificada en segundo lugar.

La documentación remitida por el Registro General del Ayuntamiento, se traslada a la unidad tramitadora del expediente, solicitando a ésta la remisión de copia del

expediente de contratación el informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP, el mismo día 14. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 19 de enero, oponiéndose al recurso y manifestando haber efectuado el traslado a los interesados, para alegaciones.

Dentro del plazo concedido al efecto, con fecha 22 de enero se presentan alegaciones por parte de la adjudicataria, defendiendo el ajuste a derecho del acuerdo impugnado y el cumplimiento, por su parte, de lo dispuesto en los pliegos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8). El valor estimado del contrato de servicios que nos ocupa, no supera el umbral establecido en su art. 1, disponiendo el PCAP, Cláusula 3ª, que "Las relaciones jurídicas que puedan establecerse entre EMASESA y los licitadores o adjudicatarios son de naturaleza privada, rigiéndose por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado. En el Anexo 1 se indica si esta contratación se rige por la citada Ley 31/2007 o por la LCSP", estableciendo expresamente el citado Anexo I, en su apartado 4, que la legislación aplicable al contrato es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), recogiendo asimismo (apartado 14), la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación del art. 44 LCSP.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

TERCERO.- La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, planteándose éste contra un acto susceptible de ello, al amparo de lo previsto en el art. 44 de la LCSP, y dentro del plazo legalmente establecido.

CUARTO.- Entrando ya en el fondo del asunto, el análisis del escrito de interposición, viene a plantear la exclusión de la adjudicataria, fundamentando ésta en el incumplimiento del que considera un requisito de aptitud establecido en los Pliegos, relativo a la disposición de autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía para la realización de servicios de transporte público a nivel nacional, considerando, que carece de la habilitación necesaria exigida, que no se puede admitir como válido el hecho de que se hayan iniciado los trámites para su obtención, y que además, no cabe el recurso a la subcontratación, pues considera que la aptitud es una cualidad personalísima.

En base a tales argumentos, solicita se declare la anulación del acuerdo de adjudicación y, previa acreditación de los requisitos, se acuerde la adjudicación en su favor.

Por su parte, el Órgano de Contratación, manifiesta en su informe que efectivamente, la "la habilitación profesional que se entiende necesaria para ejecutar parte de las prestaciones es la capacitación emitida por la correspondiente autoridad administrativa autonómica para el transporte público de mercancías, del artículo 10 del Decreto 1/2004 de 7 de enero; sin embargo, no puede compartirse la conclusión alcanzada en el recurso de que dicha autorización deba estar en posesión del contratista en el momento de presentar su oferta, como tampoco la interpretación del artículo 2.4 del PPTP, respecto a la subcontratación, por los siguientes motivos:

1) La autorización mencionada ha de encuadrarse, legalmente, en el artículo 65.2 de la LCSP, que indica:

"Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato".

Nótese que la norma habla de "contratistas", y no "licitadores", lo que claramente determina que no nos encontramos ante una exigencia de solvencia o condición previa sin cuyo cumplimiento no pueda concurrirse a la licitación, como indica el artículo 140.4 LCSP al que alude el recurrente. Por el contrario, se trata de una condición que ha de cumplirse para ejercer la prestación, exigible al contratista, pudiendo su cumplimiento ser previo o posterior a la presentación de su oferta, pero en todo caso constatable en el momento de formalizar el contrato, que es cuando el licitador adjudicatario deja de ostentar esa denominación para pasar a ser "contratista".

(...) el informe elaborado por el Departamento de Contratación de EMASESA acerca de la acreditación (**folio 615 del expediente**) entiende, en primer lugar, que el adjudicatario está en disposición de cumplir la obligación antes de formalizar el contrato; y, si no fuera así, al estar permitida la subcontratación, podría apoyarse en un tercero cuya autorización supla la que se exige al contratista hasta que éste la adquiera, siempre que se informe oportunamente de la identidad y circunstancias del contratista, conforme indica el PCAP en su cláusula 14.2 (**folio 41 del expediente**).

2) Por otro lado, en el presente caso, el adjudicatario ha consignado certificados acreditativos de la solvencia técnica exigida y capacidad, y no se le conocen prohibiciones de contratar, por lo que nada obsta para que el órgano de contratación haya tenido por cumplimentada el trámite de acreditación.

3) En el artículo 2.4 del PPTP no se prohíbe la subcontratación de los vehículos, ni tampoco su interpretación literal -que ha de primar sobre el resto- señala dicho veto. Antes bien, lo que se indica es que el personal y los medios de los que se valga para completar los trabajos (que no son solo de

transporte, una parte de la prestación, sino de montaje y desmontaje de mobiliario, traslado dentro de dependencias, bricolaje...) pero establece la excepción de que, si fuera necesario, se permite subcontratar equipos, materiales y servicios de los que no se disponga. Revelador resulta también el acuerdo de aprobación del expediente ("informe de inicio de contratación", **folios 2 y 3 del expediente administrativo**), en el que expresamente se indica que se permite la subcontratación."

En atención a lo anterior, el órgano de contratación rechaza los argumentos del recurso, considerando que "en modo alguno exponen fundamentos suficientes para desvirtuar el cumplimiento de la legalidad en la resolución que acuerda la adjudicación, ni en los actos, valoraciones e informes que la motivan, recordando que aún falta un trámite de formalización en el que habrá de constatarse el cumplimiento de lo declarado por el adjudicatario en su oferta y en la documentación acreditativa de la misma, siendo posible su subcontratación"

En sus alegaciones al recurso, la adjudicataria manifiesta que, como ya informó a EMASESA (escrito respuesta a la solicitud de aclaración, folio 612), a la vista de lo dispuesto en el PPT, consideraron que no era necesaria la autorización ahora requerida, esto es para transporte público de mercancías, sino que era suficiente la tarjeta de transportes aportada (en el folio 566 consta la copia de la Tarjeta aportada, figurando en la misma que se trata de una autorización de transporte de servicio privado), considerando que con ella cumplían el requisito de contar con la autorización exigida al momento de la presentación de la oferta, ya que el pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) no especificaba la obligación de contar con autorización concreta para el transporte público.

El análisis de la situación descrita y las alegaciones efectuadas por las partes implicadas, determina la consideración, como cuestión fundamental, de la naturaleza de las habilitaciones empresariales y profesionales.

QUINTO.- El contrato que nos ocupa, tiene por objeto (Cláusula 9 Anexo I al PCAP) la prestación de "servicios de mantenimiento y reparación de mobiliario, trabajos auxiliares de traslados de enseres en los distintos centros e instalaciones, tareas de logística y apoyos a eventos institucionales de EMASESA, fomentando el respeto a la normativa socio laboral y medioambiental vigente.

Estas actuaciones se desarrollarán en dos lotes:

- LOTE 1: Servicio de mudanzas, traslado de enseres, mantenimiento de mobiliario, pequeños trabajos de bricolaje para reparaciones menores de electricidad, carpintería, fontanería, pintura y albañilería en los distintos centros de trabajo e instalaciones de EMASESA.
- LOTE 2: Servicio de Logística, montaje y desmontaje de eventos y exposiciones, y apoyo a actos institucionales de EMASESA."

Conforme a la Cláusula 18.2 del Anexo I, las **CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL**, se especifican como sigue:

Los licitadores deberán haber ejecutado, en el curso de los tres últimos años, servicios similares a los que son objeto de este pliego por importe igual o superior al valor estimado del contrato relativo al lote de que se trate (el doble del importe de licitación sin IVA del lote al que se oferte). En caso de ofertar a los dos lotes, se tomará como referencia el umbral establecido para el lote de mayor cuantía.

Además, se deberá disponer de autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía al licitador para la realización de servicios de transportes a nivel nacional. (El subrayado es nuestro)

La cláusula 19 regula la CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA, disponiendo que “Conforme a lo establecido en el artículo 76 de la LCSP, los licitadores no deberán especificar en la oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación, pero sí deberá especificar esos datos el licitador que haya sido propuestos como adjudicatario, cuando sea requerido para ello.

Además de acreditar la solvencia exigida en la cláusula anterior, se deberán comprometer a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales y materiales suficientes para ello, que son como mínimo los indicados en el artículo 2.4 del pliego de prescripciones técnicas particulares.”

Tales medios mínimos, se concretan en el PPT como sigue:

2.4. Medios Técnicos y Humanos.

Las tareas que se requieren en los Pliegos de Prescripciones Técnicas serán desarrolladas con los medios humanos propios de la o las empresas adjudicatarias y materiales propios, salvo lo que se indica en el párrafo siguiente.

Si por la naturaleza de los servicios demandados EMASESA tiene necesidad de algún equipo, material específico o servicio del que la empresa adjudicataria no disponga, éstos podrán ser subcontratados, con el mismo alcance de calidad que se demanda en el Pliego para los propios del adjudicatario. Previamente se solicitará la autorización por parte de EMASESA para dicha subcontratación, tal y como se exige en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Medios Humanos y Organización mínima:

(...)

Medios Técnicos.

La empresa adjudicataria dispondrá de la siguiente infraestructura mínima:

Lotes 1 y 2 (para cada lote)

- 1 Furgoneta comercial de dimensiones y capacidad de carga similar a un Citroën Jumpy o Peugeot Expert:
 - Altura máxima: 1,98 metros.
 - Carga útil: 900 kg.
 - Puertas traseras batientes que abren a 180º
 - Puertas laterales correderas para carga y descarga de Europalets por el lateral del vehículo.

- 1 Plataforma de mudanzas. Máquina elevadora hasta 17m de altura (5ª planta).

- 1 Camión carrozado de carga útil 3500kg y camión carrozado con plataforma elevadora incorporada como mínimo.

(...)

Los vehículos, conductores y empleados que el adjudicatario adscriba al servicio deben contar con los permisos reglamentarios y cumplir con la legislación vigente; en particular, los vehículos y medios de elevación para carga y descarga, dispondrán de autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía para la realización de servicios de transportes a nivel nacional y seguros obligatorios. Esta obligación constituye una obligación contractual esencial, y su incumplimiento podrá dar lugar a la resolución anticipada del contrato, con pérdida de la fianza definitiva. (El subrayado es nuestro)

Los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos previos se establecen en el apartado 26 del Anexo, incluyéndose entre éstos:

26.1. Documentos acreditativos de la personalidad y capacidad de la persona o entidad licitadora.

1. La capacidad de obrar de las empresas que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro Público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate.

2. Los licitadores que tengan la condición de persona física presentarán copia del Documento Nacional de Identidad o, en su caso, el documento que haga sus veces.

3. Cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato una determinada habilitación empresarial, se acompañará copia del certificado que acredita las condiciones de aptitud profesional. (El subrayado es nuestro)

26.3. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
(...)

26.6. Documentación a presentar para acreditar la disponibilidad de los medios técnicos y humanos comprometidos.

1. Relación de los medios humanos que se adscribirán al contrato, conforme a lo exigido en el artículo 2.4 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares. Esta relación irá acompañada de un breve curriculum vitae de cada una de las personas a fin de poder comprobar si las mismas se ajustan al perfil exigido.
2. Copia del permiso de conducir tipo B de todo el personal adscrito al servicio

26.7. Otros

Autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía al licitador, para la realización de servicios de transportes a nivel nacional. (El subrayado es nuestro)

Por su parte, en el anuncio de licitación, se refleja expresamente como requisito de participación, título habilitante, la citada autorización:

Condiciones de Licitación

→ **Fórmula de Revisión de Precios** No habrá revisión de precios, ni aún en caso de prórroga

Garantía Requerida Definitiva

→ **Porcentaje 5 %**

Requisitos de participación de los licitadores

→ **Título habilitante** Autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía al licitador para la realización de servicios de transportes a nivel nacional

Obsérvese que aun cuando, como señala el recurrente, se hace alusión a la autorización para la realización de transporte en distintos apartados, anteriormente transcritos, lo cierto es que una parte de la actividad que constituye el objeto del contrato es, según se deriva de los Pliegos, el transporte de mercancías de EMASESA (mobiliario y enseres, documentación propia, materiales (cartón, plásticos) y residuos no peligrosos, mobiliario, materiales, enseres y otros elementos para eventos, stands, exposiciones y otros actos, remolques Water trucks), actividad que conforme a la legalidad vigente, precisa de la oportuna *autorización para transporte público de mercancías*, expedida por el órgano competente, por encuadrarse la actividad dentro del artículo 62.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.

La Ley, como señala su Preámbulo, realiza la ordenación del transporte terrestre en su conjunto, estableciendo normas de general aplicación y un sistema lo suficientemente flexible para que las características propias de las diversas Comunidades Autónomas puedan ser desarrolladas por éstas, dentro del marco general de la Ley, habiendo de tenerse en cuenta que, conforme a la disposición adicional 2 de la Ley 9/2013, de 4 de julio, los términos «autorización habilitante para el transporte discrecional», «autorización de transporte público discrecional» y «autorización de transporte

discrecional», deberán considerarse sustituidos por el término «autorización de transporte público».

Como acertadamente manifiesta el recurrente, el Artículo 62 de la Ley establece la clasificación de los transportes, según su naturaleza, determinando que:

1. Los transportes por carretera se clasifican, según su naturaleza, en públicos y privados.

2. Son transportes públicos aquellos que se llevan a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica.

3. Son transportes privados aquellos que se llevan a cabo por cuenta propia, bien sea para satisfacer necesidades particulares, bien como complemento de otras actividades principales realizadas por empresas o establecimientos del mismo sujeto, y directamente vinculados al adecuado desarrollo de dichas actividades.

El marco normativo estatal, constituido por la Ley 16/1987 y las disposiciones reglamentarias que la desarrollan, somete el ejercicio de la actividad de transporte público de mercancías por carretera a un régimen de autorización condicionado a la acreditación de la capacitación profesional de transportes de mercancías por carretera, prevista en la normativa comunitaria para toda clase de transportes sin distinguir entre ligeros y pesados.

La normativa comunitaria, (Directiva 98/76 CE, de 1 de octubre de 1998, que modificó la Directiva 96/26 CE, de 29 de abril de 1996), flexibiliza la exigencia del cumplimiento de este requisito de capacitación profesional en el caso de que la actividad de transporte de mercancías por carretera se lleve a cabo en los vehículos que no superen las 3,5 Tm de masa máxima autorizada (m.m.a.), sin perjuicio de que los Estados Miembros puedan reducir dicho límite. Esta ha sido la opción de la Administración General del Estado que ha exceptuado a los vehículos de hasta 2 Tm de m.m.a., para los cuales no se exige ni la capacitación profesional ni el título administrativo habilitante previsto con carácter general.

En coherencia con la línea trazada por la Unión Europea de dar un tratamiento más flexible a la actividad de transporte de mercancías por carretera con vehículos de hasta 3,5 Tm, inclusive, de m.m.a. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se aprueba el decreto 1/2004, de 7 de enero, por el que se regula el Certificado de capacitación profesional para el transporte público de mercancías en vehículos de más de 2 Tm y hasta 3,5 Tm, con ámbito territorial en Andalucía y la autorización para realizarlo, disponiendo, en su artículo 10, la Obligatoriedad de la autorización administrativa, en los siguientes términos:

1. Para realizar la actividad de transporte público de mercancías por carretera con vehículos de motor de más de 2 Tm y hasta 3,5 Tm, inclusive, de masa máxima autorizada, se requiere la obtención previa, en la forma y condiciones previstas en este Decreto, de la correspondiente autorización administrativa que habilite para realizar dicha actividad de transporte cuando éste discorra íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Esta autorización faculta para la prestación de servicios de transporte público de mercancías con un vehículo concreto, cuya matrícula habrá de constar en la autorización correspondiente.

3. La autorización irá referida a un vehículo que reúna las características y condiciones señaladas en los artículos 20 y 21 de este Decreto.

El Artículo 11, se refiere a la tarjeta de transporte, postulando que:

1. La autorización administrativa de transporte se documentará por medio de la expedición de la tarjeta de transporte de la clase MDL-Autonómica, en la cual se especificará el número de la autorización, la identificación de la persona titular, su domicilio, el vehículo al que esté referida la autorización y el resto de circunstancias de la actividad que, en desarrollo del presente Decreto, establezca la Consejería competente en materia de transportes.

Partiendo, pues, de lo expuesto, ha de concluirse que, efectivamente la ejecución de una parte del objeto del contrato está sujeta a un requisito o habilitación encuadrable en el art. 65.2 de la LCSP, hecho aceptado, como manifiesta en su informe, por el órgano de Contratación.

La LCSP dedica el CAPÍTULO II, del título II, Libro Primero a la "Capacidad y solvencia del empresario". Dentro de ESTE Capítulo, su Sección 1ª se refiere a la "Aptitud para contratar con el sector público", estableciéndose en la Subsección 1.ª (Artículos 65 a 70) las Normas generales y normas especiales sobre capacidad. El primero de tales artículos precisa las condiciones de aptitud en los siguientes términos:

Artículo 65. *Condiciones de aptitud.*

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

Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran al contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por el licitador al concurrir en el mismo.

2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.

3. En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 71.

Del tenor literal del precepto, tal y como se ha matizado por la doctrina y las Juntas Consultivas, se infiere que las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad para contratar y que no pueden ser confundidas con la solvencia técnica o profesional.

La aptitud para contratar con el sector público, supone la concurrencia en el operador económico de tres requisitos, cuya integración y diferenciación ha venido generando con frecuencia confusión entre los órganos de contratación, y también entre los licitadores. El art 65 viene a enunciar, para su posterior desarrollo, las tres condiciones de aptitud para contratar con el sector público que debe reunir todo operador económico interesado en participar en un procedimiento de licitación pública: a) Capacidad de obrar; b) Solvencia suficiente y c) No incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar.

El requisito de **capacidad** comprende una doble condición que le será exigible al empresario: ostentar personalidad, ya sea física o jurídica, y reunir capacitación legal específica para poder realizar prestaciones de la naturaleza de las que constituyen el objeto del contrato; se refieren a ello el artículo 65.2 con carácter general: *“Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”,* y el artículo 66.1, en relación a las personas jurídicas en particular; *“Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.”*

Por tanto, lo que en definitiva vienen a establecer estos artículos es la concreción, dentro de su genérica capacidad de obrar, de los requisitos que permitirán considerar al empresario legalmente capacitado para la ejecución del objeto del contrato; configurándose, así, la capacidad como un requisito de legalidad, diferente del requisito de solvencia, a través del cual el órgano de contratación busca asegurar un nivel de aptitud superior al simplemente exigido para poder ejercer legalmente una actividad determinada. A dicha diferenciación se refirió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 1/09: *“el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 (hoy 54.2 del TRLCSP) es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto.”*; y en el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó que *“La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP (actual 54.2 del TRLCSP), es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”*.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en su Resolución 116/2015, destacaba que *“una cosa es la capacidad de obrar, otra la habilitación profesional exigida como parte de aquella y también diferente es la solvencia técnica que deben acreditar los licitadores para ser adjudicatarios”,* postulando (Resolución 622/2016) que *“el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado 54.2 TRLCSP, es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”*. En la misma línea pueden citarse sus Resoluciones 140/2011 o 79/2018, así como las Resoluciones 31/2013 del Tribunal de

Castilla y León, 40/2013 y 281/2019 del Tribunal de Madrid, y 105/2015 y 419/2015 del Tribunal de Andalucía entre otras.

Configurada la habilitación como requisito de aptitud para contratar, en cuanto requisito mínimo de capacidad técnica exigido por una norma para la realización de la actividad objeto del contrato, junto con el resto de condiciones de aptitud para contratar, debe concurrir, señala el artículo 140.4 LCSP, en el momento de la licitación, y subsistir en la formalización del contrato: *“Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.”*

En este sentido vienen pronunciándose los órganos análogos a este Tribunal, así, el Central, Resoluciones 79/18, 622/2016, Madrid 40/2013 o 281/2019 y Andalucía 419/2015.

En efecto, el partícipe habrá de estar en posesión de la habilitación requerida en el momento en que finaliza el plazo para la presentación de las ofertas. Así lo recoge el TA de la Comunidad de Madrid en su resolución 040/2013, señalando que : *“El criterio seguido por las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y mantenido por este Tribunal es que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación de ofertas. Si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que tal carácter lo reúnen aquellos defectos respecto de los que, del contenido de la aportación de documentos presentados para subsanar resulte acreditada su existencia en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, lo que puede subsanarse es solo algo que ya existía y que no ha sido aportado. Se considera, por tanto, que no es aceptable lo alegado en el recurso presentado por la empresa XXX dado que en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones no cumplía el requisito de habilitación profesional en cuanto al sector de población al que va dirigido el tipo de servicio de acción social exigido se refiere. La modificación posterior, para adecuarse o adaptarse a lo requerido en el PCAP, durante el plazo de subsanación, no puede admitirse por ser contraria al principio de igualdad y no discriminación entre los licitadores que rige la contratación del sector público.”*, fundamento que se recoge igualmente en su Resolución 281/2019.

El momento el decisivo, para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será, pues, el de finalización del plazo de presentación de ofertas y un título habilitante para la realización de un actividad, como requisito de aptitud que es, debe tenerse dentro del plazo de presentación de proposiciones.

Tampoco es admisible, no constando, por otro lado solicitud de aclaración o información alguna al respecto, la alegación, ante unos Pliegos que han adquirido firmeza y constituyen ley entre las partes, relativa a que la autorización administrativa exigida en el Pliego nada decía en cuanto a que debiera ser para transporte público.

A mayor abundamiento, y amén de que los Pliegos, efectivamente, se refieren a “autorización administrativa otorgada por la Junta de Andalucía al licitador para la realización de servicios de transportes”, no constando la expresión *transporte público*, ha de destacarse que no es imprescindible que el pliego de cláusulas administrativas particulares relacione los documentos habilitantes a presentar por el licitador para que los mismos sean exigibles. Así lo consideran en sus resoluciones el TACRC, Resolución 37/2012 (*“Esta autorización funciona por tanto como título habilitante para el ejercicio de las citadas actividades con independencia de que el pliego incluya o no dicha exigencia.”*), el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Resolución 059/2013 (*“Lo hasta aquí expuesto permite afirmar que si bien, a tenor del artículo 146.2 del TRLCSP, debió especificarse con mayor detalle en los pliegos y en los anuncios de licitación la habilitación exigida, tal imprecisión no permite sin embargo aceptar la tesis del recurrente que propugna que tal habilitación sólo puede exigirse si figura detallada en el PCAP y en el anuncio pues, como se ha expresado, la necesidad de contar con ella deriva de la legislación sectorial, con independencia de su mención o no en el pliego o en el anuncio*) o el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 419/2015.

A la vista de lo expuesto, hemos de concluir, como ocurriera en el caso analizado en la resolución de Andalucía 419/2015 citada, que en primer lugar, que el hecho de que los pliegos no expliciten la necesidad de presentar la autorización administrativa que habilita para realizar el “transporte público”, no resulta óbice para que el órgano de contratación lo solicite, toda vez que nos encontramos ante un requisito de habilitación para poder realizar la actividad objeto de la contratación, y está en la debida diligencia de un licitador razonablemente informado, conocer los requisitos necesarios para llevar a cabo un servicio que pretende y aspira a prestar.

En segundo lugar, que dicho requisito de habilitación está previsto en el artículo 65.2 de la LCSP, por lo que el momento decisivo para apreciar su concurrencia será el de finalización de presentación de proposiciones, según lo dispuesto en el artículo 140.4 de la misma.

Ciertamente, al momento de presentación de su oferta, la adjudicataria carecía del título habilitante necesario para llevar a cabo una parte de la prestación objeto del contrato, aun cuando no fuera, según alega, consciente de ello, considerando que el Pliego no le exigía tal autorización. Es en el momento de acreditar el cumplimiento de los requisitos previos cuando tras el requerimiento recibido toma conciencia de ello y solicita la autorización, comprometiéndose a subcontratar esa parte de la prestación con un tercero que disponga de ella, “para el caso que fuese necesario”.

El momento procedimental en el que nos encontramos, no es el adecuado para declarar o comprometerse, lo procedente en este momento es acreditar que se cumplen los requisitos previos, mediante la presentación de la documentación acreditativa de dicho cumplimiento, en los términos establecidos en los propios Pliegos, y mediante la presentación de la documentación especificada en el apartado 26 del Anexo I antes transcrito.

Sin entrar en la posibilidad o no de sustituir la habilitación exigida por la de un subcontratista, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario, admitida por los órganos análogos a este Tribunal (CENTRAL, 037/2012,

114/2013, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, mediante sentencia de 16 de marzo de 2015, 26/2016,334/2017, 569/2018, Madrid 281/2019), lo cierto es que en el caso que nos ocupa no se ha producido tal circunstancia, ni se ha manifestado hasta el momento previo a la adjudicación, la intención de la adjudicataria de acudir a la subcontratación para cumplir el requisito de habilitación exigido, sencillamente porque ni siquiera entendió, desde el inicio, que tal requisito le era exigible, declarando que cumplía todos los requisitos previstos en los Pliegos.

Como señalaba el Tribunal madrileño en su Resolución 281/2019, la aptitud para contratar de la empresa licitadora es condición previa y necesaria a la licitación de tal forma que es insubsanable, entendiéndose por tal no la acreditación documental o la declaración, sino su propia existencia. En consecuencia una empresa que no dispone de la aptitud requerida no podrá ni siquiera participar en el procedimiento de licitación, habiendo de tenerse en cuenta una serie de extremos esenciales, como son:

-Existe la posibilidad de que parte de la ejecución del objeto del contrato se preste otra empresa, subcontratista de la adjudicataria, en este caso se producen dos consecuencias:

- Las posibles habilitaciones profesionales requeridas deberán ser las propias de la subcontrata y no del adjudicatario.
- En aplicación del artículo 215 de la LCSP así como de los requisitos que se indiquen en el PCAP, las condiciones de solvencia o habilitación profesional deberán ser comunicadas al órgano de contratación.

-Se ha de destacar que las condiciones de aptitud deberán poseerse al término del plazo de licitación.

-La capacidad para ser licitador no debe confundirse con otras figuras como la adscripción de medios o la subcontratación, cuyos requisitos son distintos y en los cuales sí se considera viable su modificación previa a la adjudicación.

-Las declaraciones responsables efectuadas por los licitadores, como señalábamos en nuestra Resolución 24/2018, bien como tales o bien como cumplimentación del DEUC, deben ser ciertas y verídicas, pues esas son las condiciones del licitador y deben declararse y existir al término del plazo de licitación, no pudiendo modificarse o alterarse en el momento de su acreditación documental.

Como señalaba la Resolución nº 62/2017, de 3 de abril del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, el DEUC no es una formalidad declarativa con efectos sólo para la empresa licitadora, sino que también produce efectos hacia el órgano de contratación, para que éste, tal y como indica el Reglamento de ejecución (UE) 2016/7, pueda verificar la información de las otras empresas de forma simultánea a la verificación relativa a la empresa licitadora principal.

Un cambio con referencia a lo declarado no se puede conceptualizar como una modificación susceptible de ser convalidada, dado que una eventual admisión de ésta contiene un cambio en la oferta.

En el caso que nos ocupa, el adjudicatario declaró que cumplía todos los requisitos exigidos, sin efectuar mención alguna a la subcontratación para cumplir la habilitación exigida, pero, aun en el caso de entender que el Pliego permitía no consignar los datos relativos a subcontratistas y que tenía la intención de acudir a la subcontratación para cumplir el requisito de habilitación requerido, tampoco ahora acredita que dicha habilitación a través de subcontratista alguno, limitándose a señalar que se compromete a subcontratar en el caso que fuera necesario.

A la vista de las circunstancias concurrentes, este Tribunal considera que conforme a la normativa vigente y los principios esenciales de igualdad y concurrencia, la presentación y admisión de la documentación por parte de la adjudicataria a los efectos de acreditar una habilitación no declarada ni poseída ab initio, carece de toda posibilidad de convalidación y en consecuencia debería de haberse inadmitido, estimando que la adjudicataria no poseía las condiciones de aptitud necesarias para licitar a este contrato al término del plazo de presentación de ofertas, debido a la falta de habilitación profesional para la realización de transporte público de mercancías. En consecuencia, procede la estimación del recurso presentado, anulándose la adjudicación del contrato.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el Recurso especial en materia de contratación presentado por la mercantil **SERVIPAQ SVQ. S. L.**, contra el acuerdo de adjudicación del contrato de **servicios de mantenimiento y reparación de mobiliario, trabajos auxiliares de traslados de enseres y tareas auxiliares de logística y apoyos a eventos institucionales de EMASESA**, Expte. 229/2019, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES