

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSOS Nº 28, 29 y 30/2021

RESOLUCIÓN Nº 29/2021

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

En Sevilla, a 1 de julio de 2021.

Vistos los recursos especiales en materia de contratación planteados por en representación de la mercantil ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., contra el Acuerdo de Junta de Gobierno, de fecha 14 de mayo de 2021, por el que se excluye a la referida empresa de los lotes 27, 28 y 33 del contrato de **Servicios de Formación y Prácticas Profesionales conducentes a Certificados de Profesionalidad del Proyecto "Redes+"**; en el marco del **Programa Operativo de Empleo, Formación y Educación (POEFE) del Fondo Social Europeo**, Expte. Nº 2020/000005, tramitado por el Servicio de Administración de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de Junio de 2020 fue publicado anuncio de licitación, por procedimiento abierto para la contratación de "Servicios de Formación y Prácticas Profesionales conducentes a la obtención de Certificados de Profesionalidad del Proyecto Redes +, en el marco del Programa Operativo de Empleo, Formación y Educación (Poefe) del Fondo Social Europeo." Expte. 2020/000005, dividiéndose en 34 Lotes, refiriéndose el Lote 27 a "CUIDADOR/A PERSONAS DEPENDIENTES EN INSTITUCIONES SOCIALES", el 28 a "AYUDA A DOMICILIO" y el 33 a "AGENTE DE IGUALDAD".

En concordancia con las previsiones del art. 139 de la LCSP, la cláusula 9 del PCAP, establece que "Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna."

El apartado 3 del Anexo I al PCAP, establece las siguientes previsiones en relación con la solvencia:

3.2 - SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA.

Se considerará que la empresa tiene solvencia económica y financiera, en función de la documentación exigida en el apartado anterior, **si cumple con alguno de los criterios que a continuación se señalan:**

Si de la documentación aportada referida al volumen anual de negocios resulta que, el volumen anual de negocios de la persona o entidad licitadora, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos, es al menos el valor anual medio del contrato, el cual se calculará, de conformidad con el artículo 36.6 del RGLCAP, dividiendo el precio total (presupuesto de licitación, IVA excluido), por el número de meses del plazo de ejecución (prórrogas excluidas), y multiplicando por 12 el cociente resultante. Valor anual medio del contrato:

Nº Lote	ITINERARIO	TOTAL SIN IVA	NUMERO DE MESES : 16	12
27	CUIDADOR/A PERSONAS DEPENDIENTE EN INSTITUCIONES SOCIALES	159.404,55 €	9.962,78 €	119.553,41 €
28	AYUDA A DOMICILIO	205.892,97 €	12.868,31 €	154.419,73 €
33	AGENTE DE IGUALDAD	125.186,90 €	7.824,18 €	93.890,18 €

Cuando un contrato se divida en lotes, el criterio indicado se aplicará en relación con cada uno de los lotes con carácter acumulativo, por lo que si se licita a más de un lote la solvencia económica y financiera que habrá que acreditar será la correspondiente a la suma de la cifra indicada para cada lote a los que se oferte. En el caso de que la persona física o jurídica que ostente la condición de licitadora, haya iniciado su actividad empresarial o profesional en el mismo año de la licitación, acreditará su solvencia económica y financiera mediante la declaraciones del IVA presentadas, teniendo en cuenta la suma de los importes declarados en concepto de BASE IMPONIBLE que figuren en las declaraciones trimestrales.

Cuando por una razón válida, la entidad licitadora no esté en condiciones de acreditar su solvencia económica y financiera en la forma señalada, se le autorizará a acreditarla por medio de cualquier otro documento que el órgano de contratación considere apropiado.

3.3.- SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL.

Medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional.

La solvencia técnica o profesional se acreditará, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la LCSP, por alguno de los medios que se señalan a continuación.

-Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, incluido el de la licitación, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos.

Se considerará que la empresa tiene solvencia técnica o profesional, en función de la documentación exigida en el apartado anterior, si cumple con alguno de los criterios siguientes:

-Que la empresa haya ejecutado, dentro de los últimos tres años, incluido el de la licitación, como mínimo, servicios o trabajos de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato cuyo importe acumulado sea igual o superior a:

Nº Lote	ITINERARIO	TOTAL SIN IVA	70% IMPORTE ACUMULADO IGUAL O SUPERIOR
27	CUIDADOR/A PERSONAS DEPENDIENTE EN INSTITUCIONES SOCIALES	159.404,55 €	111.583,19 €
28	AYUDA A DOMICILIO	205.892,97 €	144.125,08 €
33	AGENTE DE IGUALDAD	125.186,90 €	87.630,83 €

Cuando un contrato se divida en lotes, el criterio indicado se aplicará en relación con cada uno de los lotes con carácter acumulativo, por lo que si se licita a más de un lote la solvencia técnica o profesional que se deberá acreditar será la correspondiente a la suma de la cifra indicada para cada lote a los que se oferte.

Cuando le sea requerido al licitador, los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Se consideran para ello servicios de igual o similar naturaleza, los que pertenezcan al mismo subgrupo de clasificación, de acuerdo con lo señalado en este Anexo. Si el objeto del contrato no está encuadrado en alguno de los subgrupos de clasificación relacionados en el Anexo II del RGLCAP, se considerará que existe correspondencia entre los servicios cuando coincidan los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV.

3.4.- ACREDITACIÓN DE SOLVENCIA CON MEDIOS EXTERNOS.

La acreditación de la solvencia, cuando el licitador haya recurrido a las capacidades de otras empresas, se realizará conforme a lo dispuesto en la Cláusula 6 y 10.4.d) de los PCAP.

En cualquier caso, no estará permitida la posibilidad de integrar la solvencia con los medios de otros licitadores concurrentes en el procedimiento. De igual forma, no estará permitido que un mismo empresario o entidad pueda completar la solvencia de más de un licitador.

4.- CERTIFICADOS O HABILITACIONES EMPRESARIALES O PROFESIONALES EXIGIBLES:

Acreditación para la impartición del Certificado profesional correspondiente a los itinerarios formativos, según lote. La acreditación conlleva la inscripción en el Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía. Será igualmente admitida la acreditación e inscripción en el Servicio Público de Empleo Estatal.

La Acreditación prevista anteriormente vienen recogidas en el apartado 4. del Pliego de Prescripciones Técnicas.

SEGUNDO.- Tras los oportunos trámites, la Mesa de Contratación formula propuesta de clasificación, resultando la recurrente clasificada en primer lugar para los Lotes 27, 28 y 33.

Requerida la documentación previa a la adjudicación, por parte de la recurrente se presenta ésta, concretamente la del Lote 27 el 30/10/2020 y la de los Lotes 28 y 33 el 09/12/20.

Habida cuenta que en su DEUC, la recurrente indicó que integraba su solvencia con medios externos de la mercantil Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., entre la documentación presentada, se incluyó, para cada Lote, el correspondiente compromiso de integración de solvencia, tanto económica como técnica, suscrito por F.V.C, en representación de Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., y A.G.L., en representación de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., así como la documentación acreditativa de los requisitos previos.

Según manifiesta el informe suscrito por el Jefe de Servicio de Empleo, de fecha 16 de abril de 2021, el Servicio tuvo conocimiento de que la empresa ASISTTEL SERVICIOSASISTENCIALES, S.A. fue declarada en concurso mediante auto de 05/02/2021 (Procedimiento de Concurso Abreviado 79/2021, en el que consta como deudor la empresa ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.), considerando, conforme a lo dispuesto en los art.65.1,71.1. c y 75.1 LCSP, “que para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, **y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar**, demostrando que va a disponer de los medios necesarios mediante la presentación del compromiso por escrito de ambas entidades.”

En base a lo anterior, con fecha de 23 de febrero del 2021 y al haber sido declarado a ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. en concurso de acreedores, se requirió a ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., para que presentase un escrito de la administración concursal indicando que en el procedimiento había adquirido eficacia un convenio o se había iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, y en su caso, nuevo compromiso de integración de solvencia con medios externos y un DEUC suscrito por ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., en los términos del artículo Artículo 71, 1, c) de la LCSP.

Ante este requerimiento ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., presenta un escrito donde pone de manifiesto, en síntesis, las siguientes consideraciones:

- Que ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L. no ha sido declarada en concurso de acreedores por lo que solicita una sustitución de la empresa que le facilita como medio externo la solvencia.
- Que ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A. “en momento de la presentación de la licitación” cumplía con las condiciones de solvencia exigidas, considerando la declaración de concurso como una circunstancia excepcional y sobrevenida, debiendo ser subsanable.
- La tenencia de solvencia no es un criterio para adjudicar el contrato, por lo que la subsanación de la misma no alteraría la licitación.
- Finalmente, presenta alegaciones y documentación para contestar el requerimiento que se le ha formulado.

Sobre los argumentos y documentos presentados se argumenta lo siguiente:

Primero: Un empresario, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, puede basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios. Esto es, cuando una empresa acude a otra segunda para completar su solvencia, la segunda está completando la capacidad de la primera, tanto es así que sin ese complemento, la primera no tendría capacidad para licitar con la administración en ese contrato determinado.”

Concluyendo que “En definitiva, ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., complementó la capacidad de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., sin la capacidad de aquella, ésta no podría haber licitado.

Este argumento aparece reflejado en el Informe 2/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, y así:

*“.. cuando se habla de subcontratación nos situamos en la fase ejecución, siendo responsable de ésta frente a la Administración, únicamente el contratista; que es diferente de la figura de la integración de solvencia por medios externos que ampara una “suerte de subcontratación en fase de solvencia”, sin olvidar que en este supuesto se trata de completar la solvencia, es decir, **la capacidad para contratar con la administración y por ello en este caso esos medios externos deben formar parte del contrato, ya que constituye junto al licitador, el contratista de la Administración...**”*

“...La incorporación de estos medios al contrato fue expresamente afirmadas en el informe 1/2010. No puede ser de otro modo, porque sin la administración contrataría con un operador económico no solvente...”.

(...)

En cuanto a la subsanación de la solvencia, serían insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos, esto es, podrían ser subsanables, 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 sea anterior al momento de subsanación”

En tal sentido, se cita el informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, las Resoluciones 214/2018, 134/2020, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Junta de Andalucía, o la Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14) el Tribunal General de la Unión Europea.

En consecuencia, se concluye que “vista las alegaciones y documentación presentada por ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., el técnico que suscribe considera que no procede adjudicar a quien no cumple los requisitos esenciales, pues la acreditación de la solvencia no puede sustituir la solvencia misma y más aún si existe, como es el caso, una prohibición de contratar aunque haya sido sobrevenida, que ha de cumplirse en todo momento, y muy especialmente con la adjudicación del contrato, pues en caso contrario, se estaría modificando la oferta y vulnerando el principio de igualdad de trato de los licitadores.

Procedería, atendiendo a los argumentos anteriores y de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP y los puntos 10.3 y 10.4 de los Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la presente contratación, entender que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP relativo a las prohibiciones para contratar.”

Mediante acuerdo aprobado por la Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla, en sesión ordinaria celebrada el día 14/05/20, se procede a *“Excluir de la licitación del expediente 2020/000005/L27, L28 y L33 a la siguiente empresa, teniendo en cuenta el artículo 150.2 de la LCSP y el punto 10.3.4 de los PCAP, por los motivos que se indican:*

EMPRESA	MOTIVO DE EXCLUSIÓN
ASISTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L.	No haber atendido el requerimiento a los efectos de pronunciarse sobre la situación actual del procedimiento concursal relativo a la empresa ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A.

Asimismo se adoptan, los acuerdos de:

SEGUNDO.- Iniciar expediente a efectos de determinar la procedencia de exigir al licitador una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

TERCERO.- Dar traslado del presente acuerdo al interesado, al Servicio de Programas de Empleo y al Servicio de Tesorería. Se adjunta el informe del Jefe de Servicio de Administración de Empleo que sirve de fundamento a este acuerdo.

TERCERO.- Con fecha 09/06/2021, se presentan, a través del Registro General, escritos de interposición de Recurso especial en materia de contratación, suscritos por F.V.C., actuando en nombre y representación de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., contra el Acuerdo de Junta de Gobierno, de fecha 14 de mayo de 2021, por el que se excluye a la referida empresa de los lotes 27, 28 y 33, en los que tras plantear las alegaciones que a su derecho convienen, solicita *“se dicte resolución por la que se revoque el acuerdo recurrido y se proceda a la formalización de la adjudicación en su día acordada con los demás pronunciamientos favorables correspondientes y procedentes en Derecho”*.

Recibida la documentación, por este Tribunal se traslada la misma a la unidad tramitadora del expediente, a los efectos previstos en el art. 56 de la LCSP.

Con fecha 17 de junio, se dicta Resolución, por la que acumulan los recursos presentados por la mercantil ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L.

El 22 de junio, se presentan alegaciones por la mercantil BEST PEOPLE, oponiéndose al recurso y manifestando la conformidad a derecho del acuerdo recurrido.

El 25 de junio se recibe la documentación remitida por el Servicio de Empleo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de los recursos.

Por lo que respecta a la **legitimación**, conforme al artículo 48 de la LCSP, la recurrente se encuentran legitimada.

En cuanto al **plazo de interposición**, de acuerdo con el art. 50 de la LCSP, se estima cumplido.

En relación al **ámbito objetivo**, hemos de analizar si han sido interpuestos contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condiciónn de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad

de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta, básica y principalmente en la disconformidad con la exclusión, por entender que la sustitución del medio externo es viable, que la licitadora no ha sido declarada en concurso de acreedores y que la modificación de la empresa que, como medio externo, facilita la solvencia no modifica sustancialmente la oferta, debiendo ser admitida *“al deberse a una situación excepcional y sobrevenida y por tanto subsanable”*, pretendiendo subsanar la acreditación de la solvencia en el sentido de:

- *“acreditación de medios materiales con medios propios”* para los Lotes 27, 28 y 33
- *acreditación de la solvencia económica y financiera con medios propios, para el Lote 33, y con medios externos de otra empresa en los Lotes 27 y 28.*

Por lo que respecta a los “centros acreditados inscritos en el Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo”, señalan que en la actualidad, tras no tener a disposición las instalaciones de Tomares, las mismas pasan a desarrollarse en el Centro FPE ASISTTEL de Mairena, adjuntando la acreditación de las instalaciones (Resolución de la Delegación Territorial de Empleo de 16/02/2021, por la que se resuelve:

PRIMERO: Proceder a la acreditación para la impartición de las especialidades que se detallan en el anexo adjunto, en el centro indicado, a la entidad ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., con NIF B90470170 y domicilio en C/ HORIZONTE, Nº: 7 Puerta: 1 CP: 41927 MAIRENA DEL ALJARAFAE (SEVILLA).

SEGUNDO: Proceder al registro en el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de la entidad ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., para las especialidades referidas y en el centro indicado.

En el informe remitido al tribunal, señala el órgano de contratación que “Efectivamente, tal y como manifiesta la recurrente en su alegación tercera, la circunstancia de declaración de concurso de la mercantil que presta la solvencia a la licitadora es sobrevenida (párrafo 2º) y como consta en el expediente, previa a la propuesta de adjudicación, ya que la declaración de concurso fue de fecha 05/02/2021, tal y como consta en el Edicto del Tribunal de Instancia Mercantil Sección 3ª, de fecha 10/02/2021. Pero este extremo era conocido por la licitadora Asisttel Centros de Formación, S.L., con anterioridad al 05/02/2021, sólo que dicha circunstancia no fue comunicada por la licitadora en ningún momento, sino que el Servicio de Administración de Empleo tuvo conocimiento de dicha circunstancia por otros medios, primero por prensa escrita y después tuvo acceso al referido Edicto. Sin embargo fueron muchas las llamadas realizadas por la empresa Asisttel Centros de Formación, S.L., para interesarse por los trámites de adjudicación de los lotes, durante los meses de diciembre de 2020 y enero de 2021 a quien suscribe, sin que, en ningún momento, se comunicara ni telefónicamente ni por escrito, la circunstancia de que Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., tuviera algún problema ni fuera a ser declarada en concurso; circunstancia ésta, trascendente sin duda, si es la empresa encargada de prestar la solvencia a la licitadora.

Hay que manifestar que, aunque sean empresas independientes, están estrechamente vinculadas, compartiendo nada menos que administrador, en la persona de D. F. V. C. tal y como se acredita por la propia recurrente, la cual aporta un contrato privado de transmisión de negocio de fecha 10 de enero de 2020, en el que D. F. V. C. suscribe tanto por Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., como por Asisttel Centros de Formación, S.L. Por lo tanto resulta evidente que Asisttel Centros de Formación debía ser conocedora del procedimiento de Concurso en que estaba inmersa Asisttel Servicios Asistenciales, S.A. En este sentido, entendemos que, al menos, no ha existido buena fe contractual por parte de la licitadora, que no ha puesto en conocimiento del Servicio de Administración de Empleo la información al respecto de la mercantil que aporta solvencia externa, intentando que se produjera una adjudicación de los lotes por parte del Ayuntamiento de Sevilla desconociendo dicha circunstancia y la prohibición de contratar en que incurría Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75.1, en relación con el artículo 71.1.c) LCSP.

A mayor abundamiento, debemos señalar que una declaración de concurso no es precisamente una circunstancia sobrevenida en sentido estricto, ni que se dé de un día para otro, sino que lógicamente, es conocida por los administradores por hechos que se suceden en el tiempo, hasta desembocar en una declaración judicial, mucho posterior, cuando finalmente llega.

Si bien es cierto como dice la recurrente que en el momento de la presentación de la licitación, la mercantil Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., cumplía, en principio con las condiciones para prestar solvencia, no es menos cierto que ésta debe mantenerse en el momento de la adjudicación y durante toda la ejecución del contrato. Por tanto, cuando se tuvo conocimiento del procedimiento de concurso, ésta debió comunicarse para evitar la adjudicación que hubiera adolecido de un vicio de **nulidad de pleno derecho**, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39.2.a) LCSP.

A efectos de lo anterior quedan aportados al expediente los respectivos compromisos de integración de la solvencia por medios externos que firma el propio D. F. V. C, por Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., con fecha 29/10/2020 para el lote 27 (folio L27/288-L27/289), y con fecha 03/12/2020 para los lotes 28 y 33, fechas en que muy difícilmente se puede argumentar que la declaración judicial de concurso no era una realidad perfectamente previsible y cercana en el tiempo, que se produce apenas dos meses después. Este compromiso, y la aportación de la

solvencia por Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., no se comunica hasta después del requerimiento de la documentación previa a la adjudicación de cada lote, como se ha dicho. Tampoco resulta lo anterior muy acorde con el principio de buena fe contractual, aportar una solvencia de una empresa estrechamente vinculada a la licitadora que se sabe va a incurrir en problemas de solvencia en un procedimiento judicial de concurso; y que estas circunstancias no sólo no se comuniquen a la Administración que va a contratar, sino que más bien parece que se ocultan por la licitadora.

Alega la recurrente en su punto tercero lo dispuesto en el punto 10.4.d):

“Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación establecidas en el Anexo I, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que la Mesa de Contratación considere apropiado.”

Al respecto basta indicar que se refiere a acreditar por cualquier medio una solvencia que se tiene, no una que no se tiene; es decir, este párrafo no indica que se pueda sustituir la solvencia presentada antes de la adjudicación, sino que se posibilita su acreditación por unos medios o por otros distintos, si así se considera apropiado por la Mesa de Contratación.

En la misma alegación tercera, la recurrente reconoce que lo necesario es el mantenimiento cierto y real de la solvencia durante la ejecución del contrato, lo que difícilmente se consigue si la propia licitadora aporta la solvencia de una empresa a punto de ser declarada en concurso.

No es hasta el día 10/03/2021, más de un mes después de la declaración de concurso y después del requerimiento del Servicio de Administración de Empleo, que Asisttel Centros de Formación, S.L., presenta una propuesta de sustitución de solvencia, sin pronunciarse al respecto de lo manifestado en el requerimiento de 23/02/2021 (folio L27/400 y L27/401).

Por parte del Servicio de Administración de Empleo se mantiene que la solvencia presentada por el licitador no puede ser sustituida, máxime si es presentada con posterioridad al requerimiento de documentación para la adjudicación, ya que nos encontramos en un procedimiento de concurrencia competitiva donde es necesario ponderar los principios antiformalistas con los intereses de terceros licitadores. En consonancia con las doctrina de los tribunales administrativos de recursos contractuales, entendemos que no se puede subsanar aquello que no se ha cumplido en tiempo y forma, ya que al encontrarnos dentro de un procedimiento de concurrencia competitiva es necesario ponderar el necesario equilibrio entre los principios de concurrencia, antiformalista e igualdad de trato entre los licitadores, debiendo salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos establecidos, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

En cuanto a las alegaciones del recurrente, (alegación tercera) al respecto de la conversión de los actos, conservación de actos y trámites, convalidación y transmisibilidad de la invalidez de los actos que manifiesta, baste decir se aplican por la Ley 39/2015 a los actos emitidos por las Administraciones Públicas, no a los actos de los interesados ni de los licitadores.

Es decir, no se pueden alegar estos preceptos para subsanar los actos del licitador, ya que sus actos no son actos administrativos. El licitador debe cumplir las condiciones para ser adjudicatario, de acuerdo con la Ley y con los pliegos y podrá subsanar aquello que la normativa le permita y en

el momento procedimental que corresponda, pero no se entiende que se alegue que puede subsanar algo que la misma licitadora ha aportado *“en aras de la economía procedimental y para la continuidad de la actuación administrativa”* (sic). La Administración debe ser garante del cumplimiento de la normativa y, en este caso, que la licitadora cumple con las exigencias legales para ser adjudicataria, si no lo cumple, por estar incurso en una prohibición de contratar, debe ponerlo de manifiesto y contraponer los intereses y expectativas de derecho del resto de licitadores concurrentes a la licitación.

En otro orden de cosas y sin perjuicio de lo anterior, en su alegación cuarta la recurrente pone de manifiesto cómo pretende *“sustituir”* la solvencia que ya no puede aportar Asisttel Servicios Asistenciales, S.A. Es importante dejar claro que la recurrente, en ningún caso pone en cuestión la prohibición de contratar en que incurre Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., y comienza a exponer cómo pretende cambiar una solvencia por otra (textualmente):

- *“por un lado la acreditación de medios materiales con medios propios para los tres lotes (27, 28 y 33)”*
- *“por otro la acreditación de la solvencia económica y financiera en el lote 33 se va a realizar tal subsanación con medios propios de la propia empresa licitadora”*
- *“y en los lotes 27 y 28 se aporta solvencia económica y financiera mediante medios externos con otra empresa”.*

En cuanto a los medios materiales de la licitadora, hay que poner de manifiesto que, tras el requerimiento presenta las acreditaciones para la impartición de los certificados de profesionalidad de la Junta de Andalucía de la mercantil Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., de fecha 15/02/2018, que sí cumplía inicialmente el punto 4 del PPT, que establece que *“las empresas licitadoras deberán estar previamente acreditadas para la impartición del Certificado profesional correspondiente a los itinerarios formativos, según lote.”*

Al respecto, el Anexo I del PCAP establece en su apartado 2.2.E) que la licitadora deberá aportar el en sobre 1 ***“declaración responsable de que dispone de la Acreditación para la impartición del Certificado profesional correspondiente al que se refiere el apartado 4 de este Anexo, aclarando que es una empresa inscrita.”*** Este es un requisito, por tanto que los pliegos establecen como previo con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, ya que se ha de incluir en el sobre 1.

Al sustituir la Acreditación de Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., ahora la acreditación que se pretende aportar es la de Asisttel Centros de Formación, S.L. (documento 5 del recurso). Dicha acreditación es de fecha 16/02/2021, posterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, por lo que incumple lo establecido en los Pliegos que rigen en contrato.

En cuanto a la solvencia, tanto económica y financiera como técnica y profesional pasamos a analizar la alegación sexta, en la que analiza la solvencia *“económica y financiera y técnica”*. Antes de eso debemos recordar lo que establecen los pliegos al respecto en el apartado 3.2 y 3,3 del Anexo I del PCAP:

“Cuando un contrato se divida en lotes, el criterio indicado se aplicará en relación con cada uno de los lotes con carácter acumulativo, por lo que si se licita a más de un lote la solvencia económica y financiera que habrá que acreditar será la correspondiente a la suma de la cifra indicada para cada lote a los que se oferte.”

Lo anterior ya de entrada, excluye a juicio de quien suscribe, separar la solvencia para unos lotes de una forma y para otros de otra. Pero en cualquier caso, la solvencia aportada debe ser por el valor acumulado de todos los lotes a los que se licita. En este caso Asisttel Centro de Formación, S.L., licita a los siguientes lotes: 27, 28 y 33 lo que nos da las siguientes cifras de solvencia acumulada:

- Solvencia Económica y Financiera: 327.573,35 €
- Solvencia Técnica y Profesional: 305.735,13 €

En primer lugar, se pretende aportar solvencia económica y financiera de la propia licitadora sólo para el lote 33, alegando que se dispone de 94.884,28 €, (declaraciones de IVA, por la suma de las bases imponibles declaradas). Esta cifra es a todas luces insuficiente, no llegando a los 327.573,35 €. A mayor abundamiento debemos poner de manifiesto que no se entiende que esto se alegue ahora, y no al momento de aportar la documentación previa a la adjudicación, donde directamente se aportó por toda solvencia la de la empresa ahora incurso en prohibición de contratar, Asisttel Servicios Asistenciales, S.A.

En segundo lugar, también para el lote 33, en cuanto a la solvencia técnica de Asisttel Centros de Formación, S.L., la propia licitadora declara una cifra, de nuevo, insuficiente de 98.898,10 € (documento nº 7), porque no llega al acumulado de los tres lotes por importe de 305.735,13 €.

Finalmente, pretende aportar solvencia económica y financiera sólo de los lotes 27 y 28 (sic) mediante medios externos de la empresa FORMACIÓN Y EMPLEO EXTREMADURA, S.L.U. manifestando que cumple dicha solvencia y que lo acredita (documento nº 8). Analizada la documentación, no queda acreditada la cifra de los tres lotes acumulada de 327.573,35 € de volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, ya que en el ejercicio 2019 la cifra de negocios es de 289.388,02, siendo aún menor en 2018, por importe de 200.149,87 €.

Se pone asimismo de manifiesto que, efectivamente, el escrito conjunto presentado por Asisttel Centros de Formación, S.L., y Formación y Empleo Extremadura, S.L.U., de fecha 8 de marzo de 2021, sólo hace referencia a los lotes 27 y 28 y en ningún momento al lote 33, por lo que entendemos que dicho compromiso de prestación de solvencia, no cumpliría con lo establecido en los Pliegos que rigen el contrato.”

Finalmente, a modo de conclusiones, el informe señala que:

“- Entendemos que la solvencia no es subsanable ni se puede sustituir, porque no se cumple por la empresa aportada inicialmente por la licitadora tras el requerimiento previo a la adjudicación, sin que se haya comunicado por dicha licitadora la declaración del concurso por el Tribunal de Instancia Mercantil de Sevilla (Sección 3ª). Entendemos que existe por parte de la licitadora una voluntad manifiesta de ocultar dicha información, con objeto de obtener la adjudicación de los tres lotes, a sabiendas de que la mercantil Asisttel Servicios Asistenciales, S.A. se encontraba incurso en prohibición de contratar del artículo 71.1.d) LCSP.

- Volvemos a insistir y nos reiteramos en todo lo expuesto en el informe del Jefe de Servicio de Administración de Empleo, de fecha 16/04/2021, que la subsanación se refiere a circunstancias que se cumplan por el licitador, y en ningún momento el licitador ha pretendido acreditar que Asisttel Servicios Asistenciales, S.A. no incurre en prohibición de contratar, sino que, ha pretendido sustituir la solvencia por el mismo propuesta, pero sólo después de ser requerido por el Servicio de Administración de Empleo, una circunstancia que con anterioridad a dicho

requerimiento de fecha 23/02/2021 no fue comunicada. Dicho requerimiento fue realizado con advertencia de exclusión (folio L27/400 y L27/401 y respectivos para los lotes 28 y 33), sin que fuera atendido, razón por la cual se acuerda la exclusión de la licitadora de los tres lotes, mediante acuerdo de Junta de Gobierno, con fecha 14/05/2021.

- Admitir ahora una sustitución de la solvencia, a juicio de quien suscribe, contaminaría y pervertiría la licitación en perjuicio de los terceros licitadores, ya que constituiría una suerte de modificación de la oferta, y no sólo de ésta, sino de aquellos compromisos que se aportan en contestación al requerimiento de documentación previa a la adjudicación. Al encontrarnos dentro de un procedimiento de concurrencia competitiva es necesario ponderar el necesario equilibrio entre los principios de concurrencia, antiformalista e igualdad de trato entre los licitadores, debiendo salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos establecidos, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

- Entendemos que la actitud de la licitadora ha obstaculizado la tramitación de los lotes de referencia, mediante la ocultación de información a la Administración, en perjuicio de terceros licitadores y de la propia ejecución del contrato y del Programa Redes+, en el marco del Programa Operativo de Empleo, Formación y Educación (POEFE), financiado por el Fondo Social Europeo.

– Sin perjuicio de lo anterior, en el improbable caso de que se entendiera que la empresa que presta la solvencia externa puede ser sustituida en este momento de la licitación, tampoco se podría aceptar, ya que la propuesta de solvencia que se realiza es, por un lado para el lote 33 y por otro para los lotes 27 y 28, extremo que va en contra de lo dispuesto en los apartados 3,2 y 3,3 del Anexo I del PCAP, que refiere la solvencia las sumas acumuladas de los lotes a los que se licita y que no se alcanza ni por la licitadora para el lote 33 (ni técnica ni económica), ni por la empresa externa FORMACIÓN Y EMPLEO EXTREMADURA, S.L.U. para la solvencia económica y financiera, que sólo presenta compromiso de integración de solvencia para los lotes 27 y 28.

–Y por último, insistir en el incumplimiento de los pliegos al respecto de la acreditación que aporta es la de Asisttel Centros de Formación, S.L. (documento 5 del recurso). Dicha acreditación es de fecha 16/02/2021, posterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, por lo que incumple lo establecido en los Pliegos que rigen en contrato, que sería, en todo caso, causa de exclusión de la licitadora.”

Por su parte, en el escrito de alegaciones presentado por BESTPEOPLE SOLUTIONS, S.L., en relación con el Lote nº 33, se manifiesta que “Fundamenta la recurrente su recurso en una supuesta errónea interpretación de la normativa aplicable y de la solución por ella propuesta, considerando que cumple con todos los requisitos exigidos en los pliegos de la licitación y en la legalidad vigente y que la declaración de concurso de la empresa ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. a la cual se había recurrido como medio de integrar su solvencia económica, financiera y material, supone un elemento sobrevenido que permite indubitadamente la subsanación del requisito de tal solvencia en cualquier momento.

Sin embargo esta parte considera que dichas alegaciones carecen de fundamentación suficiente en base no solo al articulado de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) sino en base a lo dispuesto en el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante

PCAP) que rigen la licitación, y por tanto no cumpliéndose con los requisitos que se exigían en los pliegos que servían de base al proceso de contratación.

(...) queda así mismo patente en los pliegos la necesidad de presentación de documentación y cumplimiento de una serie de requisitos previos para la presentación de las proposiciones de los licitadores, que debían incorporarse en varios SOBRES cerrados, tal y como se recoge en el Anexo del PCAP (páginas 6 en adelante):

- Sobre nº 1.- Documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, que consecuentemente deben cumplirse a fecha de finalización de plazo de presentación de las proposiciones. Dentro de esta documentación y/o requisitos se encuentra la aportación (entre otros) del Documentos europeo único de contratación (DEUC) a través del cual se manifiesta el cumplimiento de todos los requisitos para poder contratar, inclusive solvencia económica y financiera y la solvencia técnica o profesional

- Sobre nº 2.- Documentación acreditativa de los criterios cuya valoración se realiza de forma automática

Ello implica que existen una serie de requisitos previos como es el caso de la capacidad y solvencia y la integración de la misma con medios externos, que debían cumplirse de forma PREVIA y que por tanto debían cumplirse para proceder posteriormente a la revisión y valoración del contenido del sobre Nº 2 de Documentación relativa a los criterios cuya valoración depende de un juicio de valor.

(...)

Todo este clausulado recogido en el PCAP y su Anexo encuentra su fundamentación en el articulado de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), plenamente aplicable al supuesto que nos ocupa, y más concretamente en la regulación establecida en sus artículos 65.1 sobre condiciones de aptitud, art. 71.1.1.c) sobre prohibiciones para contratar y art. 75.1 sobre la integración de la solvencia con medios externos.

Consecuentemente quedan perfectamente identificados varios puntos que debían tenerse en cuenta:

1. Que los pliegos contienen el régimen jurídico que regula el contrato entre las partes y la presentación de las ofertas y/o proposiciones debe hacerse conforme a su contenido. A este respecto cabe citar la Resolución 14/21 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que a su vez cita otras Resoluciones de este Tribunal, confirmando el carácter de ley de los Pliegos.
2. Que eran requisitos esenciales y previos (entre otros) que los licitadores debían cumplir en el momento de finalización del plazo para la presentación de sus proposiciones u ofertas:
 - 2.1. las condiciones de aptitud del licitador y sus condiciones para contratar: deben tener y acreditar capacidad de obrar, no estar incursas en prohibición de contratar y deben acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
 - 2.2. la integración de la solvencia con medios externos, para el caso en que el licitador necesite basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con éste, siempre que:
 - 2.2.1. demuestren que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrán efectivamente de esa solvencia y medios.
 - 2.2.2. La entidad a la que se recurra para acreditar la solvencia o esté incurso en una prohibición para contratar.

3. Que el desconocimiento o falta de entendimiento del contenido de los PCAP por parte de los licitadores no exime de su cumplimiento. Así mismo en el caso en cual cualquier licitador pudiera tener dudas sobre cualquier punto contenido en tanto en los Pliegos de Cláusulas Administrativas o Técnicas, siempre tenía la posibilidad con carácter previo a la presentación de su oferta de a través de los canales de pertinentes efectuar consulta sobre posibles ambigüedades o dudas en la confección de la oferta.

Por tanto es patente y clara la necesidad de cumplimiento de una serie de requisitos previos que debieran cumplirse en el momento de presentación de la oferta correspondiente para poder proceder a la posterior valoración del sobre 2 que sí contenía criterios adjudicativos. Ello justifica que sea imposible pretender subsanar a posteriori y una vez transcurrido el día 08/07/2020 (día en el que finalizó el plazo de presentación de las ofertas y por el ende fecha en la que debían cumplirse todos los requisitos exigidos y exigibles) un requisito que debiera haberse cumplido de forma inicial, ya que permitir dicha posibilidad de subsanación posterior afectaría de forma directa al principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia que debía regir el proceso de adjudicación ya que permitir la subsanación y/o modificación de dicho requisito supondría dar una nueva oportunidad al licitador de corregir una carencia sustancial.

Considera el alegante que “No se trata de que por parte del órgano de licitación se haya producido una errónea interpretación de la normativa sino de un intento por parte de la recurrente de dar cumplimiento en estos momento a unos requisitos que ya debía cumplir a fecha de finalización del plazo de proposiciones (08/07/2020).

Tal y como consta en el Acuerdo de 14/05/2021 que se recurre, el motivo de exclusión de la recurrente es claro y es que no sólo no cumplió con el requerimiento efectuado presentando un escrito con las alegaciones que consideró en lugar de aportar escrito de la administración concursal de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. sino que además y tal y como se fundamenta y motiva en el informe del Jefe de Servicio de Administración de Empleo de fecha 16/04/2021, la recurrente carece de los requisitos exigidos en la licitación siendo imposible su subsanación.

Como consta en el DOCUMENTO N°3 aportado por la recurrente, el día 10/01/2020 tiene lugar el contrato de transmisión de negocio entre ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. y ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. (sociedad a su vez participada por la propia ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. de conformidad al cual la primera transmite a la segunda su unidad de negocio relativa a la explotación de centros de formación mediante contratos con la administración pública junto a los bienes materiales afectos a dicha actividad empresarial, resultando cuanto menos curioso el hecho de que ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. esté transfiriendo su negocio, que posteriormente sea la que integre la solvencia de la recurrente, y que meses más tarde se vea inmersa en una insolvencia sobrevenida, como es calificada por la recurrente.

La recurrente manifiesta que tanto ella como ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. cumplían con los requisitos exigidos de capacidad y solvencia, sin embargo que por una insolvencia, según su punto de vista sobrevenida, estos requisitos no se pueden acreditar y es necesaria la subsanación de los mismos, algo que puede realizarse en cualquier momento, ya que la solvencia no es un criterio de adjudicación del contrato. Sin embargo nada más lejos de la realidad ya que si bien es cierto que la capacidad/aptitud y la solvencia no son criterios de

valoración, sí son requisitos previos e ineludibles que debían cumplirse a fecha de 08/07/2020 y que si en ese momento no se cumplían resulta imposible su subsanación transcurrida esa fecha.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación (informe 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), se ha manifestado al respecto en diversas ocasiones indicando 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. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación”

En sentido similar se manifiesta la Junta Consultiva en su informe 47/09 de 01 de febrero de 2010 indicando que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva 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. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta es la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario. Lo que la recurrente pretende ahora subsanar es la propia existencia de solvencia a la fecha límite de presentación de proposiciones sustituyendo la solvencia de una empresa (ahora concursada) por otra o incluso por ella misma.

A fecha de presentación de proposiciones se declaró que concretamente la empresa ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. no estaba incurso en prohibición para contratar y además dispondría efectivamente de solvencia y medios, lo cual implicaba que ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. basó su solvencia en la de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., pues de no haber sido así no hubiera podido cumplir este requisito y hubiera incurrido en una falta de capacidad para contratar, contraria tanto a la LCSP como a los PCAP.

Sin embargo en estos momentos y siendo imposible la acreditación de tal requisito, se pretende sustituir a la concursada ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A o bien por otras terceras empresas o bien por una solvencia propia (en el caso del lote 33), introduciendo por tanto ahora en el proceso nuevos elementos que no habían sido tenidos en cuenta en el momento de la presentación de su proposición inicial, y ello con independencia al hecho de que el requisito de solvencia no sea un criterio valorable.”

Defiende BESTPEOPLE que “La introducción de nuevas empresas o de nuevas fórmulas que complementen en este momento la solvencia de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. supondría complementar o dar cumplimiento ahora a un requisito que ya debía haberse cumplido a fecha de 08/07/2020, suponiendo dicha posibilidad un trato no igualitario y discriminatorio con respecto al resto de licitadores.

La declaración de concurso de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. afecta por ello directamente no solo a la falta de la capacidad de contratar de ésta sino que repercute en la falta

de capacidad para contratar de la propia ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L. ya que se ve privada del complemento de solvencia que necesitaba para dar cumplimiento a los requisitos contenidos en el PCAP.

Al respecto a esta parte le resultan curiosos dos hechos, por un lado que tan solo pocos meses después de que finalizara el plazo de presentación de proposiciones en la que se incluyera a ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A se declarara su concurso a través de Auto de 02/02/2021, ya que resulta evidente que si el concurso se declaró en tal fecha tanto las causas que derivaron en tal declaración como la propia solicitud inicial de procedimiento concursal debían ser anteriores a tal mes de febrero de 2021; y por otro el hecho de que tal y como consta en el DOCUMENTO Nº 1 aportado por la recurrente, la sociedad ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. se constituyó el día 12/12/2019 siendo uno de sus socios constituyentes la propia ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. la cual además fue designada como administradora única, y siendo en ambas sociedad el Sr. F. V. C. la persona física designada para representar a ambas. Dichos hechos resultan reveladores para esta parte, poniéndose de manifiesto al menos indiciariamente que la recurrente debía ser conocedora de la situación de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. y que solo quizá la declaración de insolvencia no era tan sorprendente.

En cualquier caso, y dejando al margen tales indicios, esta falta de capacidad para contratar o prohibición para contratar provocada por la situación de insolvencia, ya ha sido tenida en cuenta por los diferentes Tribunales Administrativos de Contratación como es el caso del Acuerdo 38/2017, de 24 de marzo de 2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón o de la Sentencia nº 108 de 12 de marzo de 2020, recurso 763/2018 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Madrid, o en la Resolución 141/2021 de 15 de abril de 2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (...)

Queda por tanto patente el hecho de que la única forma de subsanación de este requisito es la aportación de convenio o declaración del inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos, y de hecho así fue expresamente requerido por el órgano de licitación en fecha 23/02/2021, cuando se solicitó a ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. que aportara escrito de la Administración concursal que contuviera dichos términos, escrito que por otro lado no fue aportado tratándose de sustituir el mismo por un escrito de alegaciones de la ahora recurrente y tratando ya de sustituir la posición de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., tal y como consta en el expediente administrativo.

(...) sólo con carácter excepcional la jurisprudencia admite las subsanaciones de defectos si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues sino se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones se modifiquen de modo sustancial y ello suponga la vulneración de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Como se contempla en la propia resolución que aporta la recurrente como su DOCUMENTO Nº 4 y son conceptos que la recurrente parece utilizar indiscriminadamente:

“una cosa es la solvencia, sea la propia o la de terceros, cuya existencia debe existir a fecha límite de la presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario”

Contrariamente a lo argumentado por la recurrente, el órgano de adjudicación está velando por el cumplimiento de estos principios de igual de trato, no discriminación y transparencia que debe regir el proceso de adjudicación ya que permitir la modificación de su propuesta supondría darle

una nueva oportunidad para corregir la carencia de requisitos esenciales, oportunidad que no se le ha dado a ningún otro licitador.

Ciñéndonos al Lote 33, por ser aquel al que también optaba BESTPEOPLE SOLUTIONS, S.L., ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. pretende sustituir la solvencia económica, financiera y técnica que era integrada a través de la concursada ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., a través de su propia solvencia interna para lo cual aporta sus DOCUMENTOS Nº 6 y 7, y pretende que se valore su propia solvencia.

A este respecto nos remitimos nuevamente a la argumentación esgrimida por esta parte a lo largo de su escrito de alegaciones, y recordando nuevamente que cualquier REQUISITO DEBIA CUMPLIRSE A FECHA DE FINALIZACIÓN DEL PLAZO PARA LA PRESENTACIÓN DE PROPOSICIONES POR LOS LICITADORES: 08/07/2020.

En cualquier caso y entrando a revisar la documentación aportada, cabe poner de manifiesto que ni siquiera ésta justifica que ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. dispusiera de la solvencia económica y financiera exigida por los PCAP, esto es por importe de 93.890,18 € para el lote 33.

(...) ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. dice cumplir con el requisito de solvencia económica y financiera ya que su volumen de negocio asciende a 94.884,28 € sin tener en cuenta que está incluyendo declaraciones de IVA y facturas fechadas con posterioridad al 08/07/2020 y tomando así una cifra de negocio que abarcaba la totalidad del año 2020 sin distinción de periodos.”

En base a lo expuesto, concluye la alegante que “En definitiva no sólo ha quedado argumentado que la pretensión de subsanación de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L. carece de fundamentación, sino que además y a la vista de su propia documentación aportada para justificar su solvencia económica y financiera, principalmente se desprende que tampoco cumplirían este requisito previo y exigible para ser considerada licitadora”

CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, y, antes de entrar a examinar el fondo del asunto, hemos de referirnos, pues a ella se refiere en esencia el recurso, a la integración de la solvencia con medios externos.

Conforme al art. 75 de la LCSP:

Artículo 75. Integración de la solvencia con medios externos.

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

En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

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

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

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

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

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

Como puede observarse, el citado precepto permite que la solvencia sea acreditada por cualquier medio, pudiendo a estos efectos utilizar la otorgada por otras entidades, con independencia del vínculo que se tenga, siempre y cuando se acredite la disposición efectiva de tales medios. En relación con esta cuestión, la doctrina reiterada sobre esta figura puede resumirse en los siguientes puntos:

a) La posibilidad de integrar la solvencia con medios externos es válida, tanto para la solvencia técnica o profesional, como en relación con la solvencia económica y financiera.

b) La cuestión relativa al recurso por un licitador a las capacidades de otras entidades venía regulado en la Directiva 2004/18, artículo 47.2 para la capacidad económica y financiera, y en el artículo 48.3 para la capacidad técnica y profesional. La actual Directiva 2014/24 regula esa materia en su artículo 63. Este último precepto, en lo que aquí interesa dice: *“Con respecto a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera establecidos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 58, apartado 3, y a los criterios relativos a la capacidad técnica y profesional establecidos de conformidad con el artículo 58, apartado 4, un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. No obstante, con respecto a los*

criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el anexo XII, parte II, letra f), o a la experiencia profesional pertinente, los operadores económicos únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades. Cuando un operador económico desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. El poder adjudicador comprobará, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59, 60 y 61, si las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y si existen motivos de exclusión con arreglo al artículo 57. El poder adjudicador exigirá al operador económico que sustituya a una entidad si esta no cumple alguno de los criterios de selección pertinentes o si se le aplica algún motivo de exclusión obligatoria. El poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro podrá exigir a este que requiera al operador económico que sustituya a una entidad que haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria...”

De ese texto este Tribunal no deduce restricción alguna, apreciándose que la norma faculta a que el Poder adjudicador, antes de la adjudicación, compruebe las capacidades de dichas entidades a las que acude el licitador, al que puede exigir que sustituya a alguna de dichas entidades, y que distingue entre el deseo presente del licitador de acudir a las capacidades de terceros y su obligación futura anterior a la adjudicación de demostrar que dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución del contrato.

c) Ese precepto y, en especial, sus precedentes en la Directiva 2004/18 han sido interpretados por el TJUE en su sentencia en el asunto C-324/14, de 7 de abril de 2016, que, a su vez, cita su jurisprudencia al respecto, en concreto, la contenida en su Sentencia de 10 de octubre de 2013, asunto C-84/12. De ellas resulta que:

“33. Según jurisprudencia reiterada, los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18 reconocen a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestren ante la entidad adjudicadora que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de esas entidades necesarios para ejecutar dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-84/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33).

34. Dicha interpretación es conforme con el objetivo de abrir los contratos públicos a la mayor competencia posible que persiguen las directivas en la materia en beneficio no sólo de los operadores económicos, sino también de las entidades adjudicadoras. Además, igualmente puede facilitar el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, lo que persigue también la Directiva 2004/18, como señala su considerando 32 (sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-84/12, EU:C: 2013:646, apartado 34 y jurisprudencia citada).

35. De las consideraciones anteriores resulta que, dada la importancia que reviste en el marco de la normativa de la Unión en materia de contratación pública, el derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la citada Directiva constituye una regla general que los poderes adjudicadores deben tener en cuenta cuando ejercen sus competencias de verificación de la aptitud del licitador para ejecutar un determinado contrato.

Los criterios expuestos son los que recoge la Ley de Contratos del Sector Público en el artículo 75.2.

Por otra parte, prevé en su artículo 140.1, c) y 3, párrafo primero, lo siguiente:

“c) En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.

La presentación del compromiso a que se refiere el apartado 2 del artículo 75 se realizará de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del presente artículo. (...)

3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”.

El artículo 148.2 determina a su vez que:

“2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo;...”

La reciente Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Novena), de 3 de junio de 2021, Asunto C-210/20. Ref.- UE112, se plantea el ajuste al derecho de la Unión, de una normativa nacional que establece la exclusión automática de un licitador en el caso de integración de su solvencia con la de una empresa auxiliar, quedando acreditado en un momento determinado del procedimiento, que la declaración que presentó esta empresa auxiliar era falsa, encontrándose la misma en causa de prohibición de contratar,

concluyendo que no es acorde dicha exclusión automática, debiendo velarse, en cualquier caso, por los principios de proporcionalidad, igualdad y transparencia, teniéndose en cuenta la actuación y diligencia del licitador y la imposibilidad de modificación sustancial de la oferta.

Señala el Tribunal en su considerando nº 30 que.

“30 A este respecto, procede recordar que el artículo 63, apartado 1, de la Directiva 2014/24 prevé el derecho de un operador económico a recurrir, para un contrato determinado, a las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, con el fin de cumplir tanto los criterios relativos a la capacidad económica y financiera establecidos en el artículo 58, apartado 3, de dicha Directiva como los criterios relativos a las capacidades técnicas y profesionales, contemplados en el artículo 58, apartado 4, de esa misma Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartados 29 y 33; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartados 33, 35, 39, 49 y 51, y de 2 de junio de 2016, Pizzo, C-27/15, EU:C:2016:404, apartado 25).

31 Con arreglo al artículo 59, apartado 1, párrafos segundo y tercero, de la Directiva 2014/24, interpretado a la luz del considerando 84, párrafo tercero, de esta, el operador económico que pretenda acogerse a ese derecho deberá transmitir al poder adjudicador, en el momento de la presentación de su solicitud de participación o su oferta, un documento europeo único de contratación en el que dicho operador afirme que tanto él mismo como las entidades a cuyas capacidades tiene intención de recurrir no se encuentran en ninguna de las situaciones, contempladas en el artículo 57 de dicha Directiva, de exclusión o posible exclusión de los operadores económicos.

32 En consecuencia, en virtud del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24, corresponde al poder adjudicador comprobar, por una parte, que, con arreglo a los artículos 59 a 61 de esta, las entidades a cuya capacidad tiene intención de recurrir el operador económico cumplen los criterios de selección pertinentes y, por otra parte, si existen motivos de exclusión, contemplados en el artículo 57 de dicha Directiva, relativos tanto al propio operador económico como a esas entidades.

33 A tenor del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24, el poder adjudicador podrá exigir o el Estado miembro del que forme parte podrá exigir a este que requiera al operador económico afectado que sustituya a la entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir cuando esta última haya incurrido en algún motivo de exclusión no obligatoria. Así pues, del tenor de esta última frase se desprende claramente que, si bien los Estados miembros pueden establecer que, en tal supuesto, el poder adjudicador esté obligado a imponer tal sustitución a dicho operador económico, no pueden, en cambio, privar a ese poder adjudicador de su facultad de exigir, por iniciativa propia, tal sustitución. En efecto, los Estados miembros solo disponen de la posibilidad de sustituir la referida facultad por una obligación, para el poder adjudicador, de proceder a tal sustitución.

34 *Esa interpretación del artículo 63, apartado 1, párrafo segundo, tercera frase, de la Directiva 2014/24 contribuye, además, a garantizar el respeto del principio de proporcionalidad por parte de los poderes adjudicadores, de conformidad con el artículo 18, apartado 1, de dicha Directiva. (...)*

35 *Pues bien, en primer lugar, el objetivo del artículo 57 de la Directiva 2014/24, que es también el perseguido por su artículo 63, es permitir al poder adjudicador asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores y, por tanto, de que no se romperá la relación de confianza con el operador económico de que se trate (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 29, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 26). Desde ese punto de vista, el artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, en relación con el considerando 102 de esta, garantiza, por principio, el derecho de todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 de dicha disposición a aportar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.*

36 *En esas circunstancias, antes incluso de exigir a un licitador la sustitución de una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir, debido a que se encuentra en una de las situaciones contempladas en el artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24, el artículo 63 de dicha Directiva presupone que el poder adjudicador da a dicho licitador o entidad la posibilidad de presentarle las medidas correctoras que eventualmente haya adoptado para subsanar la irregularidad declarada y, por tanto, demostrar que puede ser considerada de nuevo una entidad fiable (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, apartado 37).*

37 *Por lo tanto, solo con carácter subsidiario, y si la entidad frente a la que se opone una causa de exclusión contemplada en el artículo 57, apartados 1 y 4, de la Directiva 2014/24 no ha adoptado ninguna medida correctora o si el poder adjudicador considera insuficientes las que ha adoptado, puede o, si su Derecho nacional le obliga a ello, debe exigir al licitador que proceda a la sustitución de dicha entidad."*

El Tribunal destaca (39) la pertinencia, a la vista del principio de proporcionalidad, al aplicar motivos de exclusión, señalando que esta atención debe ser aún mayor cuando la exclusión prevista por la normativa nacional se aplique al licitador no como consecuencia de un incumplimiento que se le pueda imputar, sino por un incumplimiento cometido por una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir y frente a la que no dispone de ninguna facultad de control (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 48). Señala así el considerando 40 que "En efecto, el principio de proporcionalidad obliga al poder adjudicador a efectuar una apreciación concreta e individualizada de la actitud de la entidad de que se trate, basándose en todos los elementos pertinentes (véanse, por analogía, las sentencias de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, apartado 31, y de 3 de octubre de 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826,

apartado 29). A este respecto, el poder adjudicador debe tener en cuenta los medios de que disponía el licitador para comprobar la existencia de un incumplimiento por parte de la entidad a cuya capacidad tenía intención de recurrir (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de enero de 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, apartado 52).

41 En el caso de autos, si el órgano jurisdiccional remitente corroborase la afirmación de la UTE Del Debbio según la cual la condena penal del directivo de la empresa auxiliar a cuya capacidad tenía intención de recurrir no figuraba en el extracto de antecedentes penales que pueden consultar las entidades privadas, de modo que la normativa italiana no permitía a la UTE Del Debbio tener conocimiento de dicha condena, no se le podría reprochar haber incurrido en falta de diligencia. Por tanto, en tales circunstancias, sería contrario al principio de proporcionalidad, enunciado en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, impedir la sustitución de la entidad afectada por una causa de exclusión.”

Seguidamente, se precisa que el poder adjudicador debe velar, de conformidad con los principios de transparencia y de igualdad de trato enunciados en el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, por que la sustitución de la entidad de que se trate no dé lugar a una modificación sustancial de la oferta de ese licitador, disponiendo que (43) *“En efecto, la obligación del poder adjudicador de respetar el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública y que forma parte de la propia esencia de las normas de la Unión referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, implica, entre otras cosas, la obligación de que los licitadores se encuentren en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación del mencionado poder adjudicador. El principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia se oponen por tanto a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 25 y 27 y jurisprudencia citada).*

44 De ello se deduce que, al igual que una petición de aclaración de una oferta, la solicitud de un poder adjudicador que exige la sustitución de una entidad a cuya capacidad tiene intención de recurrir un licitador no puede tener como consecuencia que este último presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta, debido a las sustanciales modificaciones que introduciría respecto a la oferta inicial (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40; de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 64, y de 11 de mayo de 2017, Archus y Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, apartados 31 y 37).

Por las razones y criterios expuestos, concluimos que:

-Todo licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios de otras entidades.

-Corresponde al licitador que acude a los medios de terceros para integrar su solvencia la libertad de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos, uno de los cuales es el compromiso suscrito por los terceros titulares de los medios.

-los poderes adjudicadores no pueden, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades.

-No se establece en ningún sitio que el licitador deba ejecutar necesariamente una parte de la prestación del contrato con medios propios que no sean de tercero, entre otras razones, porque para el órgano de contratación, los medios de terceros a disposición del licitador son medios propios del mismo. En su caso, tal exigencia debe establecerse previamente en los Pliegos del contrato.

-Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de los terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario.

En cuanto a la acreditación de la solvencia y la posibilidad de subsanación de ésta, como señalaba el TSJ de Aragón, en su ST 181/2020, de 22 de mayo, en general la acreditación de los requisitos exigidos para contratar son requisitos subsanables, de forma que si realmente existen y concurren al tiempo de presentar la oferta, los defectos en la forma de acreditarlos, son susceptibles de subsanación, conforme a los principios de concurrencia, igualdad de trato y antiformalista, de ahí que la propia LCSP contemple la posibilidad de subsanación de la documentación general o administrativa. El matiz es, precisamente la existencia del requisito a la fecha de presentación de la oferta, de modo que, aun cuando pueda subsanarse el método para acreditarla, ha de disponerse de esa solvencia en el momento que corresponde.

En nuestro caso, la licitadora presentó declaración responsable de cumplimiento de los requisitos previos, suyos y de los terceros cuyas capacidades integran la suya, existentes a la fecha límite de presentación de las proposiciones, y manifestó su intención de emplear medios de terceros, lo que se ajusta a la normativa aplicable.

La licitadora, tras ser requerida, al ser propuesta como adjudicataria del contrato, aportó los documentos que acreditaban su solvencia a la fecha de presentación de ofertas y la de las entidades terceras a cuyas capacidades acude para integrar su solvencia, a igual fecha,

circunstancias que no pueden acreditarse hoy, por haber sido el medio externo declarado en concurso y pretendiendo la acreditación de la solvencia a través del recurso a medios propios para el Lote 33 y en parte a medios externos distintos para los Lotes 27 y 28.

De la documentación contenida en el expediente, la aportada por las partes y las alegaciones de éstas, resulta que:

1.- La licitadora ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., acude a la licitación basándose en la solvencia económica y financiera de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., así como en la acreditación por parte de ésta de la exigencia establecida en el Anexo I al PCAP (**4.- CERTIFICADOS O HABILITACIONES EMPRESARIALES O PROFESIONALES EXIGIBLES.-** Acreditación para la impartición del Certificado profesional correspondiente a los itinerarios formativos, según lote, acreditación que conlleva la inscripción en el Registro de Centros y Entidades Colaboradoras en materia de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de la Junta de Andalucía.)

2.- ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L., se constituye (Escritura de constitución de 12/12/2019) por las entidades ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., representada por F.V.C. como Administrador Único, y FAMILIA VELO CARRASCO, S.L.

3.- En la escritura de constitución se designa como Administradora única de la compañía ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN S.L, a la entidad ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES S.A., la cual designa a su vez como representante a su Administrador Único, F.V.C.

4.- En su DEUC, la licitadora indicó que integraba su solvencia con medios externos de la mercantil ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.,

5.- Como consta en el DOCUMENTO Nº 3 aportado por la recurrente, el día 10/01/2020 tiene lugar el contrato de transmisión de negocio entre ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A. y ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., conforme al cual la primera transmite a la segunda su unidad de negocio relativa a la explotación de centros de formación mediante contratos con la administración pública junto a los bienes materiales afectos a dicha actividad empresarial, suscrito por F.V.C., como representante de ambas mercantiles.

6.- Requerida la documentación previa a la adjudicación, por parte de la recurrente se presenta ésta, concretamente la del Lote 27 el 30/10/2020 y la de los Lotes 28 y 33 el 09/12/2020. Entre la documentación presentada, se incluyó, para cada Lote, el correspondiente compromiso de integración de solvencia, tanto económica como técnica, suscrito con fecha 29/10/2020 para el lote 27 (folio L27/288-L27/289), y con fecha 03/12/2020 para los lotes 28 y 33, por F.V.C, en representación de ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., y A.G.L, en representación de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L, constando Escritura de poder especial a A.G.L, otorgada el 27/10/2020 por ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., representada por F.V.C.

Cumplimentado el requerimiento, se emitió informe propuesta de adjudicación para el lote 27, de fecha 04/02/2021 (al folio L27/385-L27/389), para el lote 28, de fecha 05/02/2021 (al folio L28/229-L28/232) y para el lote 33, de fecha 05/02/2021 (al folio L33/342-345), "los cuales fueron revocados una vez se conoció la declaración de concurso de la entidad Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., mediante informe para los tres lotes de fecha 19/02/2021 y adenda para los tres lotes, de fecha 22/02/2021 (folios L27/393 a L27/396 y los respectivos para los restantes lotes) devolviéndose los expedientes sin fiscalizar por Intervención".

7.- Consta la publicación en Prensa de noticias relativas al hecho en cuestión:

ABCdesevilla

ALJARAFE

S. P.

SEVILLA - Actualizado: 09/02/2021 19:14h

 GUARDAR

La residencia de mayores propiedad de Asisttel en el municipio sevillano de Tomares tiene una orden para el desalojo de sus residentes **antes de inicios de la próxima semana**, cuando se prevé que se produzca el desahucio de las instalaciones **por impagos en el alquiler del edificio**.

NOTICIAS RELACIONADAS

Tomares y otros cuatro pueblos más dejan de estar confinados desde este miércoles

Tal como han confirmado fuentes sindicales, esta situación le ha sido comunicada a los trabajadores a mediados de enero en una reunión convocada de manera urgente, aunque la empresa les habría trasladado que estaba intentando parar la medida y encontrar una solución a la situación.

ABC SEVILLA (16/02/2021)

El director del Área de Residencias y de Servicio de Ayuda a Domicilio de ASISTTEL ha asegurado que el servicio de asistencia se seguirá prestando con toda normalidad y sin afección ni a los usuarios ni al pago de las nóminas de las plantillas en los cuatro municipios en los que lo tienen adjudicado: Dos Hermanas, Bormujos, El Palmar de Troya y La Luisiana. El concurso voluntario de acreedores que solicitó la empresa ASISTTEL S.A. y por el que, desde 08/02/21, hay un administrador concursal designado fue un intento por frenar el desalojo de la residencia de mayores y la unidad de estancia diurna de Tomares, ya que el alquiler del edificio constituía la principal deuda de la empresa.

OTROS PRENSA (10/02/2021)

La residencia de mayores propiedad de ASISTTEL en Tomares (Sevilla) tiene una orden para el desalojo de sus residentes antes de inicios de la próxima semana, cuando se prevé que se produzca el desahucio de las instalaciones por impagos en el alquiler del edificio. Esta situación fue comunicada a los trabajadores a mediados de enero. En las instalaciones también se desarrollaban unidades de estancia diurna, que han quedado reducidas ante las medidas impuestas para evitar la propagación de la pandemia originada por la Covid-19, dando con parte de la plantilla de ASISTTEL en expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE).

8.- Por auto de 5 de febrero de 2021 se declara en concurso de acreedores a ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A.

9.- El Servicio de Administración de Empleo, según manifiesta en su informe, no constando en el expediente documentación alguna en contrario, tuvo conocimiento de dicha circunstancia primero por prensa escrita, teniendo acceso posteriormente al referido Edicto, afirmándose que *“fueron muchas las llamadas realizadas por la empresa Asisttel Centros de Formación, S.L., para interesarse por los trámites de adjudicación de los lotes, durante los meses de diciembre de 2020 y enero de 2021 a quien suscribe, sin que, en ningún momento, se comunicara ni telefónicamente ni por escrito, la circunstancia de que Asisttel Servicios Asistenciales, S.A., tuviera algún problema ni fuera a ser declarada en concurso”*

10.- Efectuado requerimiento a la recurrente, con fecha 23 de febrero, a fin de que *“presentase un escrito de la administración concursal indicando que en el procedimiento había adquirido eficacia un convenio o se había iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos”*, en respuesta al mismo, el día 10/03/2021, ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., presenta una propuesta de sustitución de solvencia, en los términos ya examinados, a la vista de lo cual el órgano de contratación, considerado no cumplimentado el requerimiento, acuerda su exclusión.

11.- Ciertamente, y como viene aceptando la jurisprudencia (TSJ ARAGÓN, ST 181/2020) es admisible la subsanación en el método de acreditar la solvencia, siempre que se demuestre que se poseía esa solvencia en el momento de licitar, de modo que si la recurrente acredita que disponía de solvencia por sí misma, o a través de medios externos en la fecha en que presentó su oferta, la subsanación habría de aceptarse, lo que no procede, en cualquier caso es acreditar que dispone ahora de una solvencia de la que en aquel momento carecía.

A mayor abundamiento, se destaca por la unidad tramitadora que los certificados de profesionalidad de la Junta de Andalucía de la mercantil ASISTTEL SERVICIOS ASISTENCIALES, S.A., cumplían inicialmente el punto 4 del PPT, y la previsión contenida en el Anexo I del PCAP, que establece en su apartado 2.2.E) que la licitadora deberá aportar el en sobre 1 *“declaración responsable de que dispone de la Acreditación para la impartición del Certificado profesional correspondiente al que se refiere el apartado 4 de este Anexo, aclarando que es una empresa inscrita.”*, requisito que los pliegos establecen como previo, debiendo existir a la finalización del plazo de presentación de ofertas, configurándose en el Anexo I como **CERTIFICADOS O HABILITACIONES EMPRESARIALES O PROFESIONALES EXIGIBLES**.

La acreditación de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L. (documento 5 que acompaña al recurso), es de fecha 16/02/2021, posterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas.

En cuanto a la solvencia, tanto económica y financiera como técnica y profesional, conforme a lo dispuesto en Pliegos, debe ser por el valor acumulado de todos los lotes a los que se licita, señalando la unidad tramitadora que ASISTTEL CENTRO DE FORMACIÓN, S.L., licita a los lotes: 27, 28 y 33, debiendo, en consecuencia, acreditar:

- Solvencia Económica y Financiera: 327.573,35 €
- Solvencia Técnica y Profesional: 305.735,13 €

Para el Lote 33, se pretende aportar solvencia económica y financiera de la propia licitadora, alegando que se dispone de 94.884,28 €, (declaraciones de IVA, por la suma de las bases imponibles declaradas).

En cuanto a la solvencia técnica de ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., la propia licitadora declara una cifra de 98.898,10 € (documento nº 7).

Para los Lotes 27 y 28, se pretende aportar solvencia económica y financiera mediante medios externos de la empresa FORMACIÓN Y EMPLEO EXTREMADURA, S.L.U. Analizada la documentación ((documento nº 8), no queda acreditada que el volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles, alcance lo exigido en pliegos, ya que en el ejercicio 2019 la cifra de negocios es de 289.388,02, siendo aún menor en 2018.

A la vista de lo expuesto, y de las circunstancias concurrentes, partiendo sin duda del reconocimiento del derecho de todo licitador a integrar su solvencia con medios externos, de los principios antiformalista y de proporcionalidad, así como de la posibilidad de subsanación de la acreditación de aquello que ya existía en el momento procedimental oportuno, hemos de concluir, teniendo en cuenta también los principios de igualdad, transparencia, diligencia e inmodificabilidad sustancial de la oferta, el ajuste a derecho de la actuación del órgano de contratación en orden a la exclusión de la recurrente, por falta de cumplimiento de los requisitos de solvencia.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este **TRIBUNAL**

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil ASISTTEL CENTROS DE FORMACIÓN, S.L., contra el Acuerdo de Junta de Gobierno, de fecha 14 de mayo de 2021, por el que se excluye a la referida empresa de los lotes 27, 28 y 33 del contrato de **Servicios de Formación y Prácticas**

Profesionales conducentes a Certificados de Profesionalidad del Proyecto "Redes+"; en el marco del Programa Operativo de Empleo, Formación y Educación (POEFE) del Fondo Social Europeo, Expte. N° 2020/000005, tramitado por el Servicio de Administración de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

CUARTO.- 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 58.2 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 ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.