



Roj: **SAN 1663/2023 - ECLI:ES:AN:2023:1663**

Id Cendoj: **28079230052023100267**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **12/04/2023**

Nº de Recurso: **1136/2021**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE LUIS GIL IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0001136 /2021

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05350/2021

Demandante: U.T.E. OSGA AUXILIARES DEFENSA

Procurador: SRA. TORRES RUIZ, MARÍA ISABEL

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA

Codemandado: INTEGRA MANTENIMIENTO GESTIÓN Y SERVICIOS INTEGRADOS CENTRAL ESPECIAL DE EMPLEO, S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.:D. JOSE LUIS GIL IBAÑEZ

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ LUIS GIL IBAÑEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D^a. MARGARITA PAZOS PITA

D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a doce de abril de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 1136/2021, promovido la procuradora de los tribunales D.^a María Isabel Torres Ruiz, en representación de la **U.T.E. Osga Auxiliares Defensa**, con la asistencia letrada de D. Juan José Martínez-Alesón Gil, contra la resolución de 8 de enero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L., contra el acuerdo de 23 de septiembre de 2020, de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por el que se adjudican los lotes 2 y 3 del Acuerdo Marco de servicios de auxiliares de servicios y control para el Ministerio



de Defensa y sus Organismos Autónomos, expediente NUM000 . Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado, y el procurador de los tribunales D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en representación de Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L., con la asistencia letrada de D. Miguel Ángel Gómez Gil.

Cuantía: 279.455,47€.

Es ponente el Ilmo. Sr. **D. José Luis Gil Ibáñez**, Presidente de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En mayo de 2020 se publicó en los diarios oficiales correspondientes el anuncio de licitación del Acuerdo marco de servicios de auxiliares de servicio y control para el Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos, expediente NUM000 , comprendiendo tres lotes: 1. Instalaciones con servicios de carácter general tipo Base, Acuartelamiento o Establecimiento, incluso las de tipo Residencia Logística o Alojamientos Logístico; 2. Instalaciones cuya tipología responde a la asistencia al personal, tipo Residencia de Descanso y de Estudiantes y Clubs Deportivos; y 3. Instalaciones tipo Archivo o Museo que están abiertas al público.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares se disponía, en lo que ahora interesa, lo siguientes:

"CLÁUSULA 12. Clasificación/Solvencia.

La clasificación mínima exigida para este AM de servicios (aplicable a todos los lotes) será la siguiente:

- Grupo: L; Subgrupo: 6; Categoría: 5.

Según lo dispuesto en el art. 77.1.b) LCSP , la acreditación de la clasificación no será exigible para este AM, y por tanto será potestativa para el licitador.

En caso de no acreditar la clasificación, el licitador deberá acreditar las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, y profesional o técnica establecidas en la cláusula 20 de este PCAP.

[...]

CLÁUSULA 20

[...]

B) DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE CLASIFICACIÓN/ SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA, Y TÉCNICA O PROFESIONAL:

I. Clasificación. Potestativamente, el licitador podrá acreditar su solvencia económica y financiera, y técnica o profesional mediante la siguiente clasificación:

- Grupo: L; Subgrupo: 6; Categoría 5.

Alternativamente a la clasificación, se acreditará la solvencia económica y financiera, y técnica o profesional de conformidad con lo establecido en los siguientes apartados II y III.

II. Solvencia económica y financiera.-

[...]

III. Solvencia técnica o profesional.- Se acreditará por el siguiente medio:

A) Relación de los principales servicios de igual o similar naturaleza al objeto del contrato efectuados durante los tres (3) últimos años por el licitador, con indicaciones de sus importes, fechas y destinos públicos o privados a los que se incorporarán los correspondientes certificados sobre los mismos (art. 90.1 LCSP). Deberá acreditarse un importe anual acumulado en el año de mayor ejecución que sea igual o superior al siguiente:

LOTE Importe (€)

1 3.572.506,00€

2 5.361.300,00€

3 1.341.329,50€

En caso de presentar oferta a varios lotes, para admitir al licitador al procedimiento será suficiente con disponer de la solvencia mínima exigida para cada lote a los que oferte, no de forma acumulativa para todos los lotes.

No obstante, para poder adjudicar los lotes, la solvencia mínima necesaria vendrá determinada por la suma de los importes de todos los lotes a adjudicar, en función de las preferencias expresadas por el licitador en el modelo

de proposición. En caso de que no se exprese prioridad, podrán excluirse todas las ofertas, para todos los lotes, si no alcanza la solvencia exigida para la suma acumulada de todos ellos.

La acreditación se realizará mediante certificaciones expedidas o visadas por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público y cuando sea privado mediante certificado expedido por éste o, falta de este certificado, mediante declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación.

A los efectos de determinar que un servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del AM se atenderá a los tres (3) primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV"

[...]

CLÁUSULA 25. PLAZO DE DURACIÓN DEL ACUERDO MARCO Y DE LOS CONTRATOS BASADOS [...]

El plazo total de duración de este AM será de UN (1) AÑO contado desde la fecha que se indique en su documento de formalización.

La fecha prevista de entrada en vigor del AM es el 13 de julio de 2020 [...]"

SEGUNDO.- Entre las proposiciones presentadas figuraba la de la UTE Osga Auxiliares Defensa -agrupando a Aragosga, S.L., Bedu Avata, S.L., Ciecodisa, S.L., Digidoc Integración Social, S.L., Eleroc Servicios, S.L., Osga, S.L., Osga Estramadura, S.L., Osga Murcia, S.L., Servicios Osga, S.L., Trébol Integración Social S.L., y a Osga Levante, S.L.-, procediendo el representante de Osga Levante, S.L., a exponer que, en la licitación, presta a las demás empresas de la UTE "La solvencia exigida y pone a disposición todos los medios necesarios para la ejecución del contrato conforme art. 79.3 LCSP ", añadiendo "Que responderá de forma solidaria con el mismo, de las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución del contrato".

Previos los informes procedentes y diversos requerimientos, en acta de 10 de agosto de 2020, la Junta de Contratación aprobó la clasificación de las ofertas del Acuerdo marco y, en acta de 23 de septiembre siguiente, realizó la adjudicación del lote 1 a Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L., y de los lotes 2 y 3 a UTE Osga Auxiliares Defensa.

La entidad Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L., dedujo recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación, en lo relativo a los lotes 2 y 3, que, previos los trámites oportunos, fue estimado parcialmente por resolución de 8 de enero de 2021, del TACRC, "anulando el acto y acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al Acuerdo de la Junta en el que se acepta la documentación aportada por la UTE Osga Auxiliares Defensa para acreditar su solvencia técnica, debiendo procederse en la manera que determina el fundamento Séptimo de esta resolución".

Como consecuencia de ello, se adjudicaron finalmente los lotes 2 y 3 a Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L.

Ante ello, la UTE Osga Auxiliares Defensa acude a la vía jurisdiccional.

TERCERO.- Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando se acuerde "A.- Declarar no ajustada a Derecho dicha resolución y, en consecuencia, proceder a su anulación. B.- Que se retrotraiga el procedimiento de licitación al momento en que se adjudicó a mi representada el contrato de los lotes números 2 y 3, reconociendo que mi representada debió ser la adjudicataria de dichos contratos. C.- Y, si resultara de imposible ejecución adjudicar los lotes por haberse ejecutado los contratos de modo parcial o completo que se condene al abono del importe de 279.455,47 €, en concepto de indemnización por el beneficio industrial dejado de percibir. D.- Que se imponga a la Administración demandada las costas derivadas del presente procedimiento, de conformidad a lo establecido en el art. 139 de la LJCA ".

Dado traslado al Abogado del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se "dicte sentencia por la que se acuerde la desestimación del presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente".

Dado igual traslado a la entidad codemandada para que contestara la demanda, así lo hizo también en un escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que entendió aplicables, terminó suplicando "se dicte sentencia que desestime en su integridad la demanda interpuesta, con imposición a la parte demandante de las costas procesales causadas en el procedimiento".



Por auto de 14 de diciembre de 2021 se recibió el proceso a prueba, disponiéndose que, *"En cuanto a los medios propuestos por la demandante, con la demanda no consta que se haya acompañado algún documento y el expediente administrativo ya forma parte de las actuaciones. Con respecto a los medios propuestos por la parte codemandada, se tiene por reproducido el documento acompañado a su contestación, advirtiendo que el expediente administrativo forma parte de las actuaciones"*.

Tras ello se concedió a las partes, sucesivamente, el plazo de diez días para que presentaran escrito de conclusiones, lo que efectuaron ratificándose en sus respectivas pretensiones.

Con ello quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó con relación al día 11 de abril de 2023, en el que así tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 8 de enero de 2021, del TACRC, que estimó el recurso especial en materia de contratación deducido por la entidad codemandada contra la adjudicación de los lotes 2 y 3 del Acuerdo marco de servicios de auxiliares de servicio y control para el Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos, expediente NUM000 .

En esta resolución, el TACRC anula la adjudicación de los indicados lotes 2 y 3 a la ahora actora y dispone *"la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al Acuerdo de la Junta en el que se acepta la documentación aportado por la UTE Osga Auxiliares Defensa para acreditar su solvencia técnica, debiendo procederse en la manera que determina el fundamento Séptimo de esta resolución"*, en cuya ejecución, la codemandada, que había adjudicataria del lote 1, también lo fue de los referidos lotes 2 y 3.

La razón de la estimación parcial viene referida a la solvencia técnica exigida en el Acuerdo marco, para lo que se diferencian las reglas aplicables cuando quien licita es una unión temporal de empresas o si lo hace un licitador individual, explicando algunas características de las UTE, lo que permite distinguir la *"integración de la solvencia con medios externos"*, prevista en el artículo 75 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la que se advierten dos sujetos: el licitador y una entidad ajena, siendo una figura a la que pueda acudir la UTE, si bien no es posible que empresas que conforman estas últimas sean al mismo tiempo partícipes de la licitación y entidades externas a ella, por lo que las previsiones del precepto citado no son aplicables entre las empresas que componen la UTE.

Tras esta delimitación, se atiende al contenido del artículo 69.5 y 6 de la LCSP, y al de los artículos 24.1 y 52 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, así como a la doctrina mantenida en otros supuestos, extrayendo la conclusión de que, en los casos de UTE, *"el criterio general es el de la acumulación"*, lo que, *"en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma"*, de manera que *"lo correcto, de acuerdo con la LCSP y las Directivas comunitarias que transpone y el RGLCAP, es acumular a los efectos de la determinación de la solvencia técnica de la UTE exigida a los licitadores en el PCAP, la acreditada por cada uno de los integrantes de la misma, aun cuando alguna de las empresas que la integran no alcance las condiciones mínimas de solvencia exigidas en el pliego a todos y cada uno de los licitadores, pues, en definitiva, la que han de poseer es la correspondiente a su participación en la UTE, de manera que si acumulada la solvencia de las empresas su sumatorio alcanza los niveles requeridos en el PCP, la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego. Ahora bien, como prius lógico necesario a esa acumulación es preciso que todas y cada una de las empresas que conforman la UTE ostenten alguna solvencia mínima vinculada al objeto del contrato, ya que, en otro caso, su participación en la UTE no estaría justificada conforme a su razón de ser, y obedecería a fines en fraude de ley"*.

Proyectando estos criterios al supuesto examinado, se considera que no basta para acreditar la solvencia que una de las empresas de la UTE acredite la solvencia mínima exigida, que es lo que sucede, ya que, de las entidades que integran la UTE licitadora, solo Olga Levante, S.L., con un peso del 11%, acredita la solvencia técnica requerida, por lo que no es válido dar por acreditada la solvencia técnica de la UTE adjudicataria, si bien el órgano de contratación debió dar al licitador la oportunidad de subsanar la omisión, por lo que se acuerda la retroacción de las actuaciones a estos efectos.

El TACRC también analiza las demás alegaciones formuladas en el recurso especial, referidas, por un lado, a la acreditación del cumplimiento de las normas de calidad y de gestión medioambiental, que se estima cumplida ya que, *"si bien solo tres de los miembros de la UTE aportaron los certificados de calidad, se acredita en el expediente que todas las empresas componentes se encuentran en el proceso de conseguir la certificación, aplicando ya los estándares de calidad exigidos en el PCAP, y existiendo el compromiso de poner a disposición de las empresas de la UTE los sistemas de control de la calidad existente en las empresas del grupo"*; por otro lado,



la supuesta inviabilidad de la oferta económica, exponiendo diversas consideraciones al respecto y reseñando que, al incurrir tal oferta en presunción de temeridad, se requirió para que se ofreciera la justificación oportuna, como así se hizo, admitiéndose dicha justificación, sin que se advierta que tal apreciación sea infundada o haya incurrido en error manifiesto y constatable.

SEGUNDO.- Como resulta de lo que se acaba de exponer, la cuestión jurídica que se plantea en este proceso consiste en determinar si, para acreditar la solvencia técnica mínima exigible en el Acuerdo marco de referencia, basta con que lo haga una de las entidades que conforman la UTE licitadora, como sostiene la demandante, o es necesario que todas las empresas integrantes de la UTE justifiquen alguna solvencia mínima vinculada al objeto del contrato, como se mantiene en la resolución impugnada y por las partes demandadas; es decir, como se expuso en el recurso especial en materia de contratación, si es admisible la opción de la UTE aquí actora *"por el modelo de clasificación mínima exigida por el Pliego, pues presentan la clasificación Grupo L Subgrupo 06 Categoría 5 de uno de sus miembros (Osga Levante, S.L.), pretendiendo compartirla con el resto de miembros de la futura unión temporal"*.

Se trata de una cuestión que, como acertadamente se pone de relieve en la demanda, ha sido tratada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 2021 -casación 7906/2018-, a la que es necesario referirse, siquiera sucintamente.

El debate casacional, según la propia sentencia, consistía en *"determinar si en un procedimiento público para la contratación de servicios, cuando la licitadora es una Unión Temporal de Empresas basta con que uno de los integrantes de la misma cumpla los requisitos de solvencia técnica exigida, acumulándose entre sus miembros, o si, la solvencia es exigible de forma individual a cada uno de los integrantes de la Unión Temporal de Empresas"*.

Para dar respuesta a la cuestión, el Alto Tribunal expone las posiciones de las partes y el marco normativo aplicable, a saber, además de las disposiciones comunitarias, los preceptos correspondientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto, los artículos 59, relativo a *"Uniones de empresarios"* -precedente del artículo 69 de la vigente LCSP-, 62, sobre *"Exigencia de solvencia"* y 63, *"Integración de la solvencia con medios externos"* -coincidentes, en lo sustancial, con los actuales artículos 74 y 75 de la vigente LCSP-, así como el artículo 24.1 del Reglamento, citado, y las cláusulas de interés del Pliego de Cláusulas Administrativas del contrato que allí regía la licitación.

Tras ello, destaca la jurisprudencia europea que incidiría en el tema, como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009 (C-305/2008), de 7 de abril de 2016 (C-324/2014), de 2 de junio de 2016 (C- 27/15) y de 4 de mayo de 2017 (C-387/14), transcribiendo diversos apartados de esta última, así como de la sentencia de 3 de junio de 2021 (C-210/20).

De todo ello se deducen por el Tribunal Supremo importantes criterios interpretativos:

a) Por un lado, *"que bien puede decirse que en el Derecho de la Unión Europea se advierte una clara tendencia a favorecer el acceso a la licitación de los contratos, contemplándose para ello mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa (principio de complementariedad de las capacidades y principio de funcionalidad), dejando claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que en la interpretación de esos mecanismos por parte del poder adjudicador debe imperar el principio de proporcionalidad"*, aunque *"esa misma jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos -y siempre dentro del margen que permita el citado principio de proporcionalidad- el contrato sea considerado indivisible y se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos"*.

b) Por otro lado, *"El hecho de que la regulación vigente en materia de contratación pública contemple estos mecanismos de colaboración tendentes a facilitar la suma o integración de capacidades no excluye -ya lo hemos señalado- que en determinados casos el propio objeto del contrato o las especificidades de este hagan necesario que la convocatoria incluya los requerimientos de titulación, de experiencia o de capacidad técnica que en cada caso se consideren necesarios y respecto de los cuales no caben aquellas formas de agrupación o acumulación; sobre todo cuando se establecen no ya como aspectos o elementos susceptibles de valoración sino como verdaderos requisitos para la admisibilidad de la solicitud"*, añadiéndose que *"Ahora bien, la admisibilidad de esta clase de requerimientos que no pueden ser cumplidos por vía de acumulación no puede ser aceptada sino de forma restrictiva, pues, partiendo de los principios de funcionalidad y de complementariedad de las capacidades a los que antes nos hemos referido, la posibilidad de que existan requisitos de capacidad o solvencia técnica cuyo cumplimiento deba ser necesariamente individualizado, sin que pueda alcanzarse por vía de agrupación o acumulación, ha de ser examinada y valorada a la luz del principio de proporcionalidad, al que también hemos aludido, no resultando aceptables aquellas exigencias que resulten injustificadamente gravosas y, por ello mismo, vulneradoras de los citados principios"*.



c) Finalmente, en relación con lo dispuesto en el artículo 24.1 del Reglamento, se explica que dicho precepto "establece que en las uniones temporales de empresarios «cada uno» de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia, pero, al mismo tiempo, el propio artículo 24.1 del Reglamento se refiere a la posibilidad de «acumulación» de las características acreditadas por las empresas que concurren unidas", en este sentido, "La indicación que hace el artículo 24.1 del Reglamento de que en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen «...debe acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento...» encuentra explicación si se tiene en cuenta que esos artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 del propio Reglamento a los que se remite el artículo 24.1 se refieren a requisitos y obligaciones que necesariamente ha de cumplir todo empresario que pretenda contratar con una Administración Pública (capacidad de obrar, confidencialidad de los datos, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, ...). No hay duda de que tales requisitos debe cumplirlos de forma individual por cada uno de los empresarios que integran la unión temporal de empresas", pero, "En cambio, a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal el artículo 24.1 del Reglamento admite la acumulación de las características acreditadas para cada una de las empresas integrantes de la unión [...]", como consecuencia de los "los preceptos de rango superior" indicados y de "los principios que propugna la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", pues, si bien es cierto que esta jurisprudencia "admite que en determinados casos se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos [...] esta opción ha de ser admitida de forma restrictiva pues sólo resulta admisible cuando el objeto del contrato o las circunstancias del caso lo justifiquen, y operando siempre con observancia del principio de proporcionalidad".

TERCERO.- La proyección al supuesto de autos de los anteriores criterios ha de hacerse teniendo en cuenta que se está ante un Acuerdo marco, que, por sus características, no es de naturaleza "indivisible", dado que persigue "fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un periodo determinado, en particular por lo que respecta a los precios, y en su caso, a las cantidades previstas" (artículo 219.1 de la LCSP).

En concreto, el Acuerdo marco establece los términos a los que habrán de ajustarse los contratos basados en el mismo, siendo su objeto "la prestación de Servicios de auxiliares de servicio y control (ASC) para el MINISDEF y sus OO.AA." (cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), consistiendo las prestaciones generales en: "a) las de información o de control en los accesos a instalaciones, comprendiendo el cuidado y custodia de las llaves, la apertura y cierre de puertas, la ayuda en el acceso de personas o vehículos, el cumplimiento de la normativa interna de los locales donde presten dicho servicio, así como la ejecución de tareas auxiliares o subordinadas de ayuda o socorro, todas ellas realizadas en las puertas o en el interior de inmuebles, locales públicos, aparcamientos y garajes, por porteros, conserjes y demás personal auxiliar análogo. b) Las tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos, así como las de comprobación de entradas y salidas, documentos o carnés, en cualquier clase de edificios o inmuebles, y de cumplimiento de la normativa interna de la BAE donde presten dicho servicio. c) El control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida en el interior de las BAE o instalaciones en cumplimiento de la normativa interna de las mismas. d) Las de comprobación y control del estado y funcionamiento de calderas, bienes e instalaciones en general, en cualquier clase de inmuebles, para garantizar su conservación y funcionamiento", sin perjuicio de cometidos específicos y señalando algunas categorías de personal, como celador, conserje, ordenanza, portero, recepcionista, guarda y sereno (cláusula 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas).

Siendo con respecto a este Acuerdo marco en el que hay que situar la exigencia de solvencia técnica o profesional, que, junto con la económica y financiera, constituye un complemento de la capacidad de obrar mediante el que se intenta obtener una primera selección de contratistas aptos para cumplir eficazmente las obligaciones contractuales; es decir, con la solvencia se trata de conseguir, *a priori*, una garantía de capacidad para la realización del contrato, aunque, dada su configuración legal, la mayor o menor solvencia pueda tener reflejo en la adjudicación.

En el supuesto de autos, la licitadora respecto de cada lote es la UTE, no cada uno de sus miembros, pese a que todos ellos deban cumplir unos requisitos entre los que, en el caso, no cabe incluir la solvencia técnica, acreditada suficientemente por una de las entidades que integran la agrupación, lo que basta a estos efectos haciendo innecesario acudir al régimen de acumulación, sin que, conforme a lo que ha explicado nuestro Alto Tribunal, sea exigible que dicha solvencia técnica también se acredite, al menos en un mínimo, por todas las sociedades que componen la unión al presentar ofertas en los lotes que conforman el Acuerdo marco de referencia, debiendo resaltarse, además, que las sociedades de la Unión temporal forman parte del mismo grupo de empresas -grupo Osga-, sin que valga exigir que las proporciones de participación en la agrupación tengan su reflejo en las condiciones de intervención en la licitación o en la misma ejecución del contrato, pudiendo recordarse a este último respecto que, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva sobre contratación pública se opone a una normativa nacional por la que la empresa representante de una



agrupación de operadores económicos que participa en un procedimiento de celebración de un contrato público debe cumplir los criterios establecidos en el anuncio de licitación y ejecutar las prestaciones de dicho contrato en una proporción mayoritaria, dado que de esta manera se introduce un requisito más riguroso que el previsto en la normativa comunitaria (sentencia de 28 de abril de 2022, Caruter, C-642/20, EU:C:2022:308).

Nótese que la asociación de empresas es una forma jurídica prevista para participar en las licitaciones, de modo que cuando se concurre bajo esta cobertura, se está ejercitando una opción libre como alternativa a hacerlo separadamente, vinculando los intereses de las entidades integrantes al conjunto de todas ellas, sumando así capacidades de toda índole que, en algunos casos, no se alcanzarían individualmente, lo que se desvirtuaría en este asunto de mantenerse la decisión de la resolución impugnada.

A lo que hay que añadir que resulta lógico que, si la normativa contractual permite, cumpliendo una serie de condiciones, integrar la solvencia con medios externos, se autorice la posibilidad de que se haga con otras entidades que componen la misma licitadora, en principio y sin perjuicio, en su caso, de las condiciones que puedan establecerse.

De lo que se sigue la estimación de la pretensión principal, sin que a ello obsten las alegaciones de las demandadas, pues las del Abogado del Estado consisten en reproducir, sustancialmente, una resolución de 6 de junio de 2019 del TACRC, así como la aquí impugnada, anteriores a la referida sentencia de 21 de junio de 2021, que ni siquiera se menciona, y las de la codemandada reiteran la argumentación del TACRC, con cita de otras resoluciones anteriores, pero que, en lo que ahora interesa, no se compadece con la del Tribunal Supremo ni con la jurisprudencia comunitaria, intentando, en algunos pasajes, desvirtuar la atención de la cuestión central con alusiones a temas marginales.

CUARTO.- En principio, la consecuencia de la anulación de la resolución del TACRC sería la retroacción de actuaciones en el sentido de mantener la inicial adjudicación de los lotes 2 y 3 del Acuerdo marco, que se hizo a favor de la demandante, pero, como dicha parte advierte, el Acuerdo marco tenía una vigencia anual, por lo que ya ha agotado sus efectos, resultando inoperante tal retroacción, lo que conduce a analizar la procedencia de una indemnización por los daños que se han causado.

Así, la pretensión indemnizatoria quiere el resarcimiento por el daño producido como consecuencia de la anulación indebida del acuerdo de adjudicación, que ha impedido prestar el servicio, con la pérdida del correspondiente beneficio industrial, que es en el que se concreta el alcance del perjuicio, habida cuenta de la imposibilidad de realización del contrato por la UTE.

La evaluación del daño por el beneficio industrial se funda por la entidad actora en la aplicación analógica de lo previsto en el artículo 313 de la LCSP para los supuestos de resolución de los contratos de servicios y en la interpretación que al respecto ha realizado el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de diciembre de 2019 (casación 862/2017), en la que se advierte de que *"no tiene sentido acordar ahora la retroacción"* y sí el reconocimiento del derecho a la indemnización por el beneficio industrial dejado de percibir.

Pudiendo también tenerse en cuenta, entre otras, lo expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (casación 5179/2005), que, tras precisar que el concepto *"beneficio industrial"* abarca el beneficio dejado de obtener, no el importe total del contrato o su precio, descarta que pueda ser distinto si el adjudicatario de un contrato sufre el desistimiento de la Administración y si el licitador que, habiendo sido adjudicatario de un contrato, no puede ejecutarlo por haber agotado aquél su eficacia -supuesto este último que sería el aquí concurrente-, pues los efectos han de ser iguales en ambos supuestos.

En consecuencia, ha de reconocerse el derecho a la indemnización en los términos y cuantía solicitados por la demandante, que no han sido desvirtuados por las demandadas.

QUINTO.- En cuanto a las costas, a tenor del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, han de imponerse a las partes que ven rechazadas todas sus pretensiones.

POR TODO LO EXPUESTO

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la **U.T.E. Osga Auxiliares Defensa** contra la resolución de 8 de enero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que estimó parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Central Especial de Empleo, S.L., contra el acuerdo de 23 de septiembre de 2020, de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, por el se adjudican los lotes 2 y 3 del Acuerdo Marco de servicios de auxiliares de servicios y control para el Ministerio de Defensa y sus



Organismos Autónomos, expediente NUM000 , acto que se ANULA, por ser contrario al ordenamiento jurídico, reconociendo el derecho de la recurrente a la adjudicación de los lotes 2 y 3 del referido Acuerdo marco y, ante la imposibilidad de materializar dicha adjudicación, el derecho a ser indemnizada en la cantidad de doscientos setenta y nueve mil cuatrocientos cincuenta cinco euros con cuarenta y siete céntimos (279.455,47 €).

Con expresa imposición de costas a las partes demandadas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Recursos: La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.

FONDO DOCUMENTAL CENDO