

**Recurso nº 441/2023****Resolución nº 5/2024**

## NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 11 de enero de 2024, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de NATURGY IBERIA, S.A. (en adelante NATURGY), contra la resolución del gerente del Hospital Universitario El Escorial de fecha 24 de noviembre de 2023, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de energía eléctrica producida mediante fuentes renovables instaladas en el Hospital Universitario El Escorial, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios” Código del Expediente: A/SUM-038604/2023, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

## RESOLUCIÓN

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 2 de octubre de 2023, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los Pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 339.647,62 euros y dispone de un plazo de ejecución de 48 meses.

**Segundo.-** A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 6 de noviembre de 2023, se celebró sesión de la mesa de contratación con objeto de proceder a la apertura de los sobres de documentación administrativa y posterior examen de dicha documentación. En esa sesión de la mesa se admitió a licitación a ambos licitadores por presentar completa y correcta la documentación.

Con fecha 8 de noviembre, se celebró nueva sesión de la mesa de contratación, para la apertura de los sobres de proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. En el mismo acto, se dio traslado de la documentación técnica al Servicio de Mantenimiento del Centro para la elaboración del correspondiente informe técnico de cumplimiento de las prescripciones técnicas, el cual fue evacuado con fecha 8 de noviembre de 2023.

A la vista de la puntuación obtenida por aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el pliego, y teniendo en cuenta dicho informe técnico, la mesa de contratación elevó la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, que, tras la remisión de la documentación correspondiente por parte del licitador propuesto, dio lugar a la adjudicación del contrato a la empresa SOLIDEO ECO SYSTEMS, S.L. al ser la empresa con mayor puntuación.

Mediante resolución del gerente del Hospital Universitario El Escorial de fecha 24 de noviembre de 2023 se adjudicó el contrato a la empresa propuesta.

Con fecha 18 de diciembre de 2023, se presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.

**Tercero.-** El 22 de diciembre de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

**Cuarto. -** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de Decisiones en Materia Contractual y de Organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

**Quinto. -** La secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, siendo presentadas por el adjudicatario y de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

**Segundo.-** La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador participante en la licitación clasificado en segundo lugar, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

**Tercero.-** El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de adjudicación se adoptó el 24 de noviembre, siendo notificado en esa misma fecha e interpuesto el recurso el 18 de diciembre, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

**Quinto.-** El recurso se fundamenta en tres motivos:

- 1- El adjudicatario del contrato no cumple con los requisitos de habilitación establecidos en el pliego.
- 2- El adjudicatario no cumple con algunos de los requisitos del art. 4 PPT.
- 3- Incumplimiento por parte del adjudicatario de la cláusula 3 del PPT.

1- Respecto al primer motivo del recurso, la recurrente alega que el punto 5 de la cláusula 1 “*Características del Contrato*” del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares del Contrato exige específicamente que los licitadores deben estar inscritos en el listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“CNMC”), en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. SOLIDEO no está inscrito en el listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la CNMC.

Añade que del expediente de contratación se desprende que SOLIDEO pretende valerse de la habilitación de Alderaan Energía (que sí está inscrita en el

listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la CNMC) para suplir su falta de habilitación para ejecutar el contrato.

En apoyo de su tesis aporta doctrina del TACRC sobre la imposibilidad de valerse de la habilitación profesional de un tercero por ser este un requisito personalísimo.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la decisión de la mesa de contratación de admitir a licitación a SOLIDEO se basó en la aplicación de la figura de la subcontratación, de forma que, aunque el licitador firmante de la proposición no figuraba en el listado de comercializadoras de energía eléctrica (requisito de habilitación empresarial), sí se comprometía a subrogar la parte de contrato afectada (comercialización de la energía) en una empresa que sí figuraba en dicho listado (Alderaan Energía), perteneciente a su mismo grupo empresarial.

El requisito de habilitación empresarial no es un requisito de solvencia, sino un requisito de legalidad, concretamente una autorización previa impuesta por la legislación sectorial para el ejercicio de una actividad concreta, siendo así que prohíbe que esa actividad en concreto se desarrolle por una empresa sin la correspondiente habilitación. La legislación contractual no regula directamente las habilitaciones empresariales, sino la consecuencia de la falta de ellas, disponiendo que, en los casos en que legalmente se considere necesario, por estar la actividad sujeta a esa habilitación, se exigirá la misma para evitar la situación de que resulte adjudicataria una empresa que no esté habilitada para realizar la actividad de que se trate. Nada impide, a su juicio, que la empresa que ha realizado la oferta acuda a la subcontratación para que sea la empresa subcontratista la que, contando con la habilitación precisa, realice la parte del contrato sujeta a esa limitación de habilitación, resultando así que la propuesta adjudicataria está habilitada en su conjunto para la realización del objeto del contrato.

Sostiene que *“es posible suplir la falta de habilitación empresarial del licitador mediante subcontratación y así se ha confirmado mediante reciente jurisprudencia (vid. Resolución 26/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y sentencia de 16 de marzo de 2015, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha)”*.

Por su parte, el adjudicatario alega que tiene acreditada su habilitación profesional, por medio de su inscripción en el ROLECE, la cual complementa con la habilitación profesional de Alderaan Energía S.L., sociedad inscrita en el listado de comercializadores de Energía Eléctrica de la CNMC, cumpliendo así los requisitos de la licitación.

Los Pliegos de la licitación permiten expresamente la subcontratación, tal y como se desprende de la cláusula 28 del Pliego de cláusulas administrativas. En este sentido, realizó una consulta en fecha 30/10/2023, por medios electrónicos, al organismo de contratación del Hospital El Escorial a fin de poder confirmar exactamente como acreditar la habilitación empresarial o profesional del punto 5 de los Pliegos en el caso que nos ocupa y cuya legalidad cuestiona la recurrente. En contestación el órgano de contratación ‘dijo que deben indicar en la oferta la parte del contrato que vayan a subcontratar y justificar que la empresa subcontratista figura en el listado de comercializadoras de energía eléctrica.

Atendiendo a la información proporcionada por el órgano de contratación, en el procedimiento de adjudicación, presentó dos documentos europeos únicos de contratación (DEUC) debidamente cumplimentados y firmados. El primero, relativo a SOLIDEO, informando expresamente de la subcontratación de Alderaan Energía. Esta empresa está inscrita en el listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la CNMC.

A su juicio, la habilitación profesional se puede complementar basándose en la habilitación y medios de una sociedad del mismo grupo. Trae a colación el Informe

de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 6/2010, de 21 de diciembre.

Vistas las alegaciones de las partes, el objeto de controversia se centra en determinar si SOLIDEO cumple la habilitación empresarial exigida en los pliegos.

El apartado de la cláusula 1 del PCAP establece: *“5.- Habilitación empresarial o profesional precisa para la realización del contrato.*

*Procede: SÍ*

*Tipo: Las empresas licitadoras deberán acreditar que las mismas ostentan la habilitación empresarial o profesional exigida conforme al ordenamiento jurídico vigente para realizar las prestaciones objeto del contrato:*

☐ *En concreto, los licitadores deberán estar inscritos en el listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico”.*

El artículo 65.2 de la LCSP establece *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.*

La habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de los licitadores relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial. Es un requisito de aptitud distinto a la solvencia y que, al contrario que ésta, no cabe integrarlo con medios externos, siendo un requisito personalísimo.

En relación con la cuestión planteada este Tribunal se ha pronunciado en diversas resoluciones, valga por todas la Resolución 387/2022, de 6 de octubre de

2022, con cita en otras anteriores de este Tribunal y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

*“Como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.*

*Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó lo siguiente: “La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”.*

*Por su parte, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009:*

*“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario*



*en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñar/as, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.*

*En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del art 43 citado (en lo actualidad 65.2 LCSP), es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto". (...)*

*Respecto a la habilitación exigida, procede considerar que nos encontramos ante una condición de aptitud para contratar que debe concurrir en el licitador junto con las de capacidad, solvencia y no incursión en prohibiciones de contratar, al suponer una concreción de la capacidad de obrar en determinados contratos en los que es legalmente exigible tal habilitación específica para su ejecución. En este sentido, el artículo 39.2 a) de la LCSP sanciona su incumplimiento con la nulidad de pleno derecho del contrato en la misma medida que la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.*

*Quedaría pendiente dilucidar si es posible la integración de la habilitación de una de los componentes de la UTE a su totalidad, ya que la otra componente de la UTE cuenta con ella.*

*Con carácter general, la respuesta ha de ser negativa, salvo que se refiera a una parte del contrato claramente separable, en cuyo caso cabe su exigibilidad únicamente a la empresa que la vaya ejecutar. En este sentido, este Tribunal se pronunció en su Resolución 177/2019, de 18 de mayo: "Pues bien, como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.*

*En este sentido, el artículo 65.2 de la LCSP establece que “Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.*

*El criterio mantenido por los tribunales de Resolución de recursos contractuales, entre ellas las Resoluciones alegadas por los interesados señaladas anteriormente, es que la UTE cumple con el requisito de habilitación si está en posesión de ella el componente que efectivamente va a realizar la prestación sujeta a habilitación.*

*En este sentido, la Resolución 1020/2015 del TACRC alegada por el reclamante señala “Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal sobre la habilitación empresarial o profesional en el ámbito de las UTEs ha señalado, por ejemplo en su Resolución 141/2013, recogiendo el criterio contenido en el Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que las autorizaciones o habilitaciones han de ser exigidas a todas aquellas empresas integrantes de una futura UTE que hayan de desarrollar las actividades a que las mismas se refieren, no así a aquellas otras cuya intervención en la ejecución contractual no alcance a tales actividades, dado que este tipo de autorizaciones o certificaciones alcanzan tan solo a la actividad de la concreta empresa a la que se han concedido, sin que puedan servir para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud que entrañan por otras que no los posean”.*

El TACRC en su resolución 294/2021, de 26 de marzo, alegada por la propia recurrente señala: “Sexto. El recurso no puede prosperar por cuanto que el requisito de inscripción en el Registro de Establecimientos y Servicios Biocidas (ROESB) no constituye una exigencia de solvencia sino una condición de aptitud o habilitación empresarial y, en consecuencia, resulta imposible su integración acudiendo a su cumplimiento por un tercero.

*Como dijimos en nuestra Resolución nº 363/2016, de 13 de mayo, “procede en primer término diferenciar el concepto de habilitación empresarial o profesional de otros similares como el de solvencia. Esta cuestión fue resuelta por el Informe*

*1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que se dijo: “La habilitación empresarial o profesional (...) hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. (...)”*

*En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 [hoy 54.2 del TRLCSP] citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”. De dicho informe, cuyo contenido ya hizo suyo este Tribunal en su resolución 1172/2015, se desprende que al amparo del requerimiento de habilitación empresarial o profesional únicamente pueden exigirse aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato.*

*El este sentido, el artículo 65 de la LCSP regula las condiciones de aptitud para contratar con el sector público, indicando el apartado segundo que “Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.*

*Así, mientras que las exigencias de solvencia (técnica y profesional) tienen por objeto garantizar que el licitador dispone de los medios económicos, financieros y técnicos adecuados para cumplir satisfactoriamente el objeto del contrato, la habilitación empresarial constituye un requisito de legalidad relacionado con el objeto del contrato, dirigido a evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal. Naturaleza y finalidad de una y otra, claramente distintas, que justifican que en el primer caso se admita la integración de la solvencia con la de terceras empresas, mientras que en el segundo sea imposible hacerlo, por ser un requisito personalísimo del licitador”.*

*La Sentencia del TSJ de Catilla-La Mancha de 19 de diciembre de 2016, señala «Solvencia y habilitación legal. Acreditada la existencia del grupo empresarial, nos podemos cuestionar si se puede suplir o subsanar la falta de*

*clasificación administrativa o habilitación profesional de la adjudicataria a través del cumplimiento de los requisitos exigidos por parte de la sociedad del grupo.*

*(...) Pues bien, la habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica. Dicha exigencia es diferente a la solvencia, por lo que no es aplicable el artículo 63.*

*Veamos: como sabemos en la contratación, además de la general capacidad de obrar, en atención a las prestaciones que son objeto del contrato, el pliego puede exigir a los licitadores que tengan el título administrativo que habilita para desarrollar válidamente algunas actividades económicas o profesionales. Por ejemplo, en el caso del contrato de servicios, que la persona jurídica tenga la correspondiente autorización para operar como agencia de viajes, o que la persona física tenga el título universitario necesario para desarrollar una profesión como la de abogado o arquitecto. En el caso de una concesión para prestar el servicio público de transporte urbano de viajeros en autobús, se exige tener la oportuna habilitación como transportista. Para contratar con la Administración un servicio de vigilancia y seguridad, es necesario que la empresa esté autorizada e inscrita en el correspondiente registro, con arreglo a lo exigido en la Ley 23/1992 (de Seguridad Privada). Es importante entonces advertir que ese tipo de habilitaciones o autorizaciones se refieren a la capacidad del licitador, y no a su solvencia técnica o financiera. Según el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 25 de septiembre de 2009 (número 1/09): "Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad de forma legal".*

Por otro lado, en el Anexo III del PCAP "Declaración responsable múltiple" el licitador declara:

*"X Que tiene previsto subcontratar:*

*La siguiente parte del contrato: Comercializadora del mismo grupo*

*Por importe de: 0 €, nos presta habilitación como Comercializadora*

*Con: Alderaan Energía SLU (B09712837)".*

Como se puede apreciar, realmente no existe subcontratación, ya que su importe es cero euros, utilizando esta figura para un fin distinto del previsto, con la única finalidad de intentar otorgar a la licitadora una habilitación legal de la que no dispone.

En consecuencia, dado que la adjudicataria carece de la habilitación legal exigida en los pliegos al no estar inscrita en el listado de Comercializadores de Energía Eléctrica que publica la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que dicha habilitación no puede ser integrada por terceros a través de la subcontratación al tener un carácter personalísimo, procede su exclusión del procedimiento de licitación y en consecuencia la estimación del presente motivo, retrotrayendo actuaciones para que, un vez excluido el actual adjudicatario, continúe el procedimiento en los términos que legalmente procedan.

Esta estimación hace innecesario entrar a valorar los restantes motivos del recurso.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

## **ACUERDA**

**Primero.-** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de NATURGY IBERIA, S.A, contra la resolución del gerente del Hospital Universitario El Escorial de fecha 24 de noviembre de 2023, por la que se adjudica el contrato de “Suministro de energía eléctrica producida mediante fuentes

renovables instaladas en el Hospital Universitario El Escorial, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, Código del Expediente: A/SUM-038604/2023, retrotrayendo actuaciones en los términos recogidos en el fundamento de derecho quinto.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

**Tercero.-** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

**Cuarto.-** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

**EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL**

Firmado digitalmente por: DIAZ BENITO PEDRO  
Fecha: 2024.01.16 10:35