

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 1 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Axpe Consulting, S.L., contra, la Resolución nº 192/2021 de 12 de Mayo de 2021, adoptada por la Consejera Delegada de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, en cuya virtud se aprueba la modificación del contrato "Servicios de Soporte Multicanal al Usuario de los Sistemas de Información y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid"- Expte. ECON/000206/2017' este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 29 de junio de 2018, se suscribió contrato entre la Agencia y la UTE formada por Lt Corporate Solutions Spain, S.L.U. y Axpe Consulting, S.L., - UTE Ley 1811982, abreviadamente (UTE ITCS y AXPE), que tiene por objeto la prestación de los servicios de soporte multicanal al usuario de los sistemas de información y comunicaciones de la Comunidad de Madrid, por un plazo de ejecución de treinta y seis meses y un importe máximo de 39.103.614,41- euros, IVA incluido. El contrato trae causa de la convocatoria pública el 28 de diciembre de 2017, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y el 9 de enero de

2018 en el Boletín Oficial, con un valor estimado de 75.210.111,21 euros y un presupuesto base de licitación de 47.749.135,42 euros.

Segundo.- Con fecha 6 de abril de 2021, la dirección que tiene encomendado el control de la ejecución del contrato emitió informe justificativo de la necesidad de modificación del citado contrato.

El plazo de ejecución de esta modificación es desde el día siguiente a la formalización del contrato hasta la finalización del contrato inicial, el 30 de junio de 2021, y el importe máximo de la modificación asciende a 1.206.535,02 euros, IVA incluido.

En fecha 8 de abril, se dio trámite de audiencia al contratista. En fecha 16 de abril se aceptan por el Gerente Único de la UTE en representación de la misma las condiciones de modificación propuestas.

Axpe Consulting, S.L., (en adelante Axpe), presenta escrito en el Registro de la Agencia oponiéndose a la modificación:

- a) El contenido y objeto de los servicios objeto de ampliación en esta segunda modificación del contrato no guarda relación directa con el objeto del contrato inicial.
- b) La justificación que se ofrece es contradictoria.
- c) En cualquier caso, y si la Agencia no quiere utilizar la vía del procedimiento de emergencia, debe manifestar esta parte que la causa de modificación no reúne los requisitos exigidos legalmente respecto al alcance, límites, naturaleza y demás condiciones de la modificación contractual.

No es legalmente posible llevar a cabo la modificación del contrato en los términos propuestos, ya que los servicios solicitados en la misma deben ser objeto de un nuevo contrato, ya sea por una contratación de emergencia o mediante una nueva licitación.

En fecha 26 de mayo de 2021, la Consejera Delegada de Madrid Digital contesta a Axpe.

En data 1 de junio de 2021, se publica el Acuerdo de modificación del contrato en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- Con fecha 1 de junio de 2021, se recibe en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación.

Cuarto.- Requerida el 2 de junio para presentación del informe y expediente de contratación la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, conforme al 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), no lo envía. Se reitera con el mismo resultado el 14 de junio. Habiendo dado traslado para alegaciones a la otra empresa firmante de la UTE, las presenta en fecha 28 de junio.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de modificación fue notificado el 13 de mayo y el recurso se interpuso el 1 de junio, por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- En contra de lo alegado la otra empresa constituyente de la UTE, el acto impugnado es recurrible en esta vía a tenor de lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2. d) de la LCSP:

“Podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación las siguientes actuaciones:

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”.

A tenor de la disposición transitoria primera de la LCSP:

“2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

El contrato aunque licitado con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP se adjudicó con posterioridad a la misma, al 9 de marzo de 2018, por lo que se rige por la LCSP.

En el mismo sentido la transitoria en su número 4 afirma que *“en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.*

El contrato se adjudicó el 9 de junio de 2018, y la modificación es de fecha 1 de junio, siendo procedente el recurso especial en materia de contratación, dándose el supuesto del artículo 204 de la LCSP.

Cuarto.- Cuestión nuclear es la legitimación de un miembro de la UTE para recurrir una actuación (la modificación del contrato) a la que ha prestado su conformidad el otro miembro de la UTE y que ha suscrito el Gerente de la misma.

Cuestión planteada por la Administración en vía administrativa:

“Con fecha 19 de mayo de 2021, ha suscrito el contrato correspondiente a la modificación que nos ocupa el Gerente único de la UTE.

El adjudicatario del contrato de referencia es la UTE constituida por las empresas anteriormente mencionadas, y el representante de esta UTE es su Gerente Único, por lo que la única interlocución válida en relación con la ejecución del contrato corresponde a este último.

Se ha de concluir que la modificación ha sido aceptada y suscrita por la persona que tiene otorgada facultad de representación de la UTE para este tipo de actos y, por tanto, con capacidad suficiente para ello.

Cualquier solicitud relativa al contrato de referencia debe ser planteada y motivada por la UTE, sin que esta Agencia pueda entrar a valorar solicitudes o requerimientos planteados por cualquiera de los socios de la UTE a título individual”.

Y por Axpe en su recurso:

“La sociedad recurrente está legitimada en base a lo establecido en el artículo 48 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) para interponer el presente Recurso Especial en materia de contratación contra la modificación del Contrato adjudicado a la UTE de la que forma parte, toda vez que mi representada tiene intereses legítimos que se verían afectados por la Resolución que modifica dicho contrato, pues Axpe Consulting, S.L., tiene interés en participar en la nueva licitación que entendemos sería procedente para llevar a cabo los servicios a que se refiere la modificación impugnada, los cuales habrían de ser objeto de Contrato independiente adjudicado en nueva licitación.

Por tanto, aunque Axpe Consulting, S.L, forme parte de la UTE adjudicataria del contrato, no por ello deja de tener interés directo y legítimo como posible participante en la nueva licitación que debería haberse efectuado.

La legitimación de Axpe Consulting, S.L., surge desde el mismo momento en que se ha opuesto a la modificación contractual propuesta a la UTE por MADRID DIGITAL y en la medida que dicha ampliación del objeto del Contrato únicamente beneficia al socio de Axpe Consulting, S.L, en la UTE y representa un perjuicio claro

y directo para los intereses económicos de mi representada en la citada unión temporal de empresas”.

El artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales admite esta legitimación en cuanto a los recursos contra la adjudicación del contrato en los siguientes términos:

“2. En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes”.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia número 456/2021 de 26 marzo (RJ\2021\1366) hace acopio de jurisprudencia y reconoce legitimación a un solo integrante de la UTE en el recurso especial en materia de contratación contra un acto de adjudicación.

La particularidad del caso presente es que es una UTE ya constituida y una de las empresas y la representación de la UTE no solo no acompañan en la formalización del recurso especial en materia de contratación o se opone al mismo, sino que ha conformado con el órgano de contratación la modificación del contrato

que es objeto del recurso, formalización que el Gerente verifica en nombre y representación de la UTE.

A tenor del artículo 69 de la LCSP los empresarios agrupados en UTE quedan obligados solidariamente debiendo nombrar un apoderado único:

“3. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa”.

Los empresarios agrupados en UTE constituyen una comunidad de derechos que se rigen por lo pactado entre ellos y a falta de pacto aplica la doctrina las normas generales de la comunidad de bienes. Conforme a sus reglas cada partícipe puede realizar en nombre propio los actos en defensa de la comunidad, cuyos efectos se transmiten a los otros comuneros (artículo 394 Código civil en interpretación jurisprudencial).

En sentido contrario, la jurisprudencia no reconoce legitimación procesal al miembro de la UTE que actúa al margen del interés de la comunidad. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 junio 2009, (RJ\2009\5865):

“SEXTO.- Esta Sala y Sección en supuestos como los examinados en las STS de 28 de febrero de 2005, 11 de julio de 2006, 13 de mayo y 23 de julio de 2008, entiende procedente el ejercicio de acciones por uno de los miembros que componen la asociación empresarial. Presentan la particularidad de evidenciar una voluntad común de los integrantes aunque la interposición del recurso jurisdiccional fuere individual.

Sin embargo, en el supuesto objeto aquí de recurso de casación no cabe aceptar la pretensión de la recurrente respecto a que el caso concernido fuere similar al enjuiciado en la STS de 28 de febrero de 2005. Todo lo contrario. De los hechos reflejados en la antedicha sentencia no se colige la existencia de disidencia

alguna entre los componentes de la agrupación temporal como aquí sí sucede. Y tales hechos no pueden ser desgajados de la sentencia cuyo quebranto se invoca.

De la situación fáctica reflejada en la sentencia de instancia, así como de la argumentación de la administración oponiéndose al recurso, queda patente que la otra empresa componente de la agrupación temporal renunció, anticipadamente, al ejercicio de cualquier acción judicial. Desistimiento que también realizó la persona física designada por todos los componentes de la asociación temporal de empresas para su representación en las actuaciones a llevar a cabo.

Por ello, debe aplicarse, mas “a sensu contrario” la doctrina plasmada en las sentencias de 13 de mayo y 23 de julio de 2008, que expresan que tal actuación de los copartícipes es admisible cuando se realiza “sin oposición de los restantes”. Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional es obvio que la Sala de instancia no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos. Y, por lo mismo, tampoco se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes”.

En el caso no es solo oposición clara al recurso sino actuación contraria al mismo, habiendo incluso formalizado la modificación del contrato que se recurre.

Axpe manifiesta que ejerce el interés propio en orden a nueva adjudicación de la parte modificada del contrato y que el interesado en la misma es la otra empresa, y en sentido contrario perjudicado por la interposición del recurso.

La propia LCSP no admite otra interlocución que con el representante único de la UTE, trasladando el recurso a este Tribunal un litigio que debe resolverse en el ámbito interno conforme a los compromisos que tengan suscritos entre los componentes de la UTE.

Axpe funda su legitimación precisamente como miembro de la UTE por el perjuicio que le causa la modificación contractual como parte de la unión de empresas de la que forma parte y que tiene que ejecutar, y el beneficio que obtendría de una licitación independiente de esa parte. Axpe en cuanto ha decidido libremente concurrir a este contrato en una agrupación de empresas ha vinculado su interés al conjunto de la agrupación, careciendo de legitimación al margen de la misma. Tal y como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha: 18/02/2015, nº de recurso de casación, 1440/2013:

“En este sentido la asociación de empresas es una forma jurídica que contempla el ordenamiento como una de las varias posibles para participar en este tipo de adjudicaciones. De esta manera, cuando una empresa concurre bajo esa cobertura jurídica lo hace como una opción libre, en vez de hacerlo de forma separada. Al optar por esa forma de concurrir está libremente vinculando su interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no. En caso afirmativo, la agrupación de empresas debía constituir una forma jurídica apropiada a la gestión de la concesión que sería la titular de los derechos y obligaciones derivados de la adjudicación y, en caso contrario, la propia agrupación sería la perjudicada por la decisión administrativa. En ambos casos será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso”.

Careciendo de legitimación el recurrente procede la inadmisión del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 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.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación por la causa consignada en el artículo 55 b) de la LCSP.

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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- 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.