

Dictamen n^o: **49/13**
Consulta: **Rector de la Universidad Rey Juan Carlos**
Asunto: **Revisión de oficio**
Aprobación: **13.02.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de febrero de 2013, emitido ante la consulta formulada por el rector de la Universidad Rey Juan Carlos, a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre el procedimiento de revisión de oficio incoado por el rector, del acto administrativo preparatorio consistente en la admisión a la licitación del contrato de concesión de obra pública de construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el Campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 14 de enero de 2013 tuvo entrada en el registro de este Consejo Consultivo solicitud de dictamen preceptivo cursada por la consejera de Educación, Juventud y Deporte, mediante escrito de 8 de enero, en relación con el expediente de revisión de oficio incoado por el rector de la Universidad Rey Juan Carlos del acto administrativo preparatorio consistente en la admisión a la licitación del contrato de concesión de obra pública de construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el Campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos.

Admitida a trámite dicha solicitud con la fecha aludida, se le procedió a dar entrada con el número de expediente 17/13, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34.1 de Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril, correspondiendo su ponencia por reparto de asuntos a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente, son de interés para la emisión del dictamen los que a continuación se relacionan:

El 16 de junio de 2010, el gerente general de la Universidad Rey Juan Carlos ante la necesidad de *“crear una nueva oferta residencial en el Campus de Fuenlabrada”* y *“al no disponer de dotación económica para poder acometer las obras de construcción de una residencia universitaria, la Universidad Rey Juan Carlos plantea un expediente que englobe tanto la ejecución de esta obra como la posterior explotación, es decir, mediante un contrato de concesión de obra pública”*.

El rector, con fecha 17 de junio de 2010 resuelve iniciar el expediente “Contratación de la concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el Campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos”, en su tramitación se estará a lo preceptuado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, con especial referencia al Capítulo II, Título II del Libro IV, y demás disposiciones aplicables en la materia.

La adjudicación del contrato se realizará a través de procedimiento abierto, utilizándose para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, una pluralidad de criterios directamente vinculados al objeto del contrato.

El presupuesto de licitación es de 8.930.084,74 euros.

Se realizan los trámites correspondientes y la redacción de los documentos que se incorporaran al expediente:

- Estudio de viabilidad y sometimiento del mismo a información pública.
- Anteproyecto y sometimiento del mismo a información pública.
- Aprobación del estudio de viabilidad y del anteproyecto.
- Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).
- Pliego de Prescripciones Técnicas.
- Informe de Fiscalización.
- Informe del Servicio Jurídico, si fuera necesario.

El estudio de viabilidad y el anteproyecto se aprueban, previa información pública mediante anuncio en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 172, de 20 de julio de 2010.

Con fecha 12 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación para la adjudicación del contrato de “Concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos” y el día 18 del mismo mes se publicó la licitación en el Boletín Oficial del Estado.

A la licitación se presentan dos mercantiles en compromiso de sociedad (A y C) y otras dos en compromiso de unión temporal de empresas – U.T.E.- (D y E).

El día 9 de septiembre de 2011 tuvo lugar la primera sesión de la Mesa de Contratación, procediéndose a la calificación de la documentación administrativa de las empresas licitadoras, resultando ambas admitidas.

Por resolución del rector de 21 de octubre de 2011 se dispuso la adjudicación del expediente a favor de las mercantiles en compromiso de sociedad (A y C), procediéndose con igual fecha a notificar la misma a todos los licitadores, así como a su publicación en el perfil de contratante de la Universidad Rey Juan Carlos y en la plataforma de contratación del Estado.

El 15 de noviembre de 2011, las empresas en compromiso de U.T.E. (D y E) presentan, recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid contra la resolución de adjudicación. En la formulación del recurso solicitan la anulación de la adjudicación y la exclusión de las empresas adjudicatarias, en compromiso de sociedad, del procedimiento de contratación.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid emitió resolución el 7 de diciembre de 2011. La resolución no solo no se ha incorporado al expediente por parte de la Universidad Rey Juan Carlos sino que, además, se cita erróneamente como fecha de su emisión el 12 de diciembre de 2011. Sin perjuicio de ello, este órgano consultivo ha podido conocer la citada resolución a partir de su publicación en la página web oficial del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en la misma se argumenta:

“Procede examinar si en el supuesto concreto, la no exclusión del procedimiento de licitación de la empresa que incluyó información de aspectos económicos de la oferta en el sobre que debería contener exclusivamente la documentación técnica susceptible de valoración mediante juicio de valor, supone o no un incumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación de los candidatos, contenido en los artículos 1 y 123 LCSP y, en su caso, de los requisitos establecidos para las proposiciones de los interesados en el

artículo 129, así como en el artículo 134 de la misma Ley referido al procedimiento para la valoración de las ofertas. (...)

Ello implica, tal como señala el artículo 144.1 LCSP que la proposición conteniendo tanto las características técnicas como económicas de la oferta debe mantenerse secreta hasta el momento en que de conformidad con el pliego deban ser abiertas y en sobre distinto al que contenga la documentación a que se refiere el artículo 130 LCSP. La inclusión por error de la oferta en el sobre de la documentación administrativa determina la nulidad de la proposición”.

Por ello, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid concluye que procede estimar el recurso y declarar la nulidad de la adjudicación “*quedando rechazada la proposición de A y C (en compromiso de sociedad)*”.

En virtud de esta resolución, restan como únicos licitadores D y E.

El 18 de enero de 2012 se reúne la Mesa de Contratación que, en sesión extraordinaria, procede a examinar la documentación aportada por las empresas en compromiso de U.T.E. (D y E). Revisada la documentación presentada, consta en el acta de dicha sesión:

“A la vista de tal documentación, en concreto la recogida en el sobre B, el secretario entiende que no está suficientemente acreditada la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de las empresas anteriormente indicadas, considerando que en la sesión de calificación de la documentación administrativa (primera sesión de la Mesa) celebrada el día 9 de septiembre de 2011 debió haberse solicitado a las mismas la correspondiente subsanación de la citada solvencia. El secretario de la Mesa pone a disposición del resto de

miembros de la Mesa la documentación aportada por las antedichas empresas en su correspondiente sobre B”.

Visto la anterior, se otorga un plazo de siete días hábiles a las empresas en compromiso de U.T.E. para que acrediten su solvencia, para lo que la Mesa de Contratación exige:

«- Declaración relativa al volumen global de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato (...) y referido a los tres últimos ejercicios.

- Relación de los principales trabajos vinculados al objeto del contrato (...) y realizados en los tres últimos años, en los que se incluya importes, fechas y destinatario, público o privado de los mismos, acompañados de, al menos, tres certificados de los mismos.

- Asimismo, y por lo que respecta a la documentación aportada en el sobre B correspondiente a E, bajo el epígrafe “medios técnicos y humanos”, se ruega se precise en qué Universidades de las allí indicadas la citada empresa gestiona las respectivas residencias universitarias, indicando asimismo la denominación de tales residencias, así como la fecha de inicio y finalización de dicha gestión».

El 31 de enero de 2012 las empresas presentan documentación a los efectos de acreditar la solvencia.

La Mesa de Contratación procede a analizar la documentación presentada y en sesión de 2 de febrero de 2012 acuerda, por unanimidad de sus miembros, considerar que no se encuentra suficientemente acreditada la solvencia económica, financiera, técnica o profesional de las empresas y propone al órgano de contratación la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio, en relación con el acto administrativo

preparatorio acordado por la Mesa de Contratación de 9 de septiembre de 2011, en cuya virtud se admitía a la licitación a las entidades interesadas por haber resultado en su día calificada favorablemente la documentación administrativa presentada. La argumentación que consta en el acta de la citada Mesa de Contratación (folios 7 y 8) es la siguiente:

«De dicha lectura y análisis la Mesa de Contratación extrae las siguientes conclusiones:

Empresa D:

- *Aporta cifra de negocios global de los últimos seis años.*
- *Presenta una relación de las obras ejecutadas desde el año 2007 hasta el año 2011. La relación indicada comprende la ejecución de viviendas unifamiliares, plurifamiliares, obras de urbanización y pavimentación, aparcamientos públicos, construcción de un centro de día, reforma y ampliación de un centro de la tercera edad, entre otras. En dicha relación no se recoge la ejecución de residencia universitaria alguna.*
- *Se aportan los certificados de buena ejecución de dichas obras.*

Empresa E:

- *Se incorpora una presentación de la empresa.*
- *Se aporta una relación de los principales trabajos realizados en los últimos tres años. Dicha documentación pone de manifiesto que la actividad de dicha empresa consiste en la gestión del alquiler de diversos inmuebles de distinta procedencia (fondos inmobiliarios, entidades financieras) entre cuyos posibles clientes se encuentran, entre otros, los estudiantes universitarios. Asimismo se indica textualmente que “Adicionalmente E está promoviendo una*

residencia de estudiantes en Murcia con fecha estimada de apertura en mayo de 2012, y tiene previsto acudir a concursos de distintas universidades para la promoción renuevas residencias”. No se indica, en su caso, cuándo resultó adjudicataria ni quién ha promovido dicha residencia.

- Se recoge posteriormente la declaración relativa al volumen de negocio en actividades de explotación y gestión de alojamiento universitario. Del propio título del epígrafe ya se deduce que no se trata de actividades de gestión y explotación de residencias universitarias, sino de “alojamiento universitario”. Se recoge el número de plazas y el volumen de negocio, pero, y como anteriormente se indicó, los clientes no son Universidades, ni se deduce que se trate de residencias universitarias, sino que se trata de fondos inmobiliarios y entidades financieras, cuyo alquiler de los inmuebles propiedad de estos (sic) es gestionado por E. Asimismo se hace constar que no es posible acreditar que los alquileres de los inmuebles que dicha empresa gestiona estén destinados únicamente a estudiantes universitarios.

- Se acompañan diversos certificados de buena ejecución:

•Universidad de Murcia: La vicerrectora de Estudiantes y Empleo certifica que la empresa se dedica a la “comercialización, gestión y administración de alojamiento universitario e inmuebles” y que colabora con la Universidad de Murcia “dando servicio de alojamiento y gestión del mismo a miembros de su comunidad universitaria”. En ningún caso se certifica que la empresa explote y gestione una residencia universitaria en la Universidad de Murcia.

•Similares términos se recogen en los certificados de F y G. Se pone de manifiesto que en todos ellos se recoge en cierto modo el objeto

de la empresa E, que no es otro que, de conformidad con la escritura aportada por dicha empresa y de fecha 15 de junio de 2010, la “prestación de servicios de gestión de alquiler a estudiantes universitarios...”. Por tanto, en ningún caso se certifica que la empresa explote y gestione una residencia universitaria.

- *Se aporta un convenio de colaboración con la Universidad de Valladolid, de cuya lectura se observa que la empresa se compromete a facilitar alojamiento a estudiantes de la citada Universidad en viviendas de titularidad privada, en ningún caso en una residencia universitaria gestionada y explotada por dicha empresa.*

- *Asimismo se presenta el equipo directivo de la empresa.*

- *En la documentación aportada por la empresa no se acredita que la misma gestione o explote residencia universitaria alguna. La Mesa entiende acreditado que la empresa se dedica a la gestión del alquiler de diversos inmuebles de variada procedencia con destino a múltiples terceros, entre los cuales se encuentran los estudiantes universitarios.*

A la vista de tales conclusiones, la Mesa acuerda, por unanimidad de sus miembros, considerar que no se encuentra debidamente acreditada la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de las empresas D y E (en compromiso de U.T.E.), de conformidad con lo que se establecía en la cláusula 11.2.1.7 y en los puntos 27 y 28 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas regulador del expediente de referencia».

Mediante resolución rectoral de 7 de marzo de 2012, se acuerda la iniciación y tramitación del procedimiento de revisión de oficio y el 20 de septiembre de 2012 se dicta resolución acordando la caducidad del expediente.

Por resolución del rector de 21 de septiembre de 2012, notificada a los interesados el día 26 del mismo mes, se acordó el inicio de nuevo procedimiento de revisión de oficio del acto administrativo preparatorio, de fecha 9 de septiembre de 2011, consistente en la admisión a favor de las entidades mercantiles en compromiso de U.T.E. a la licitación por haber resultado calificada favorablemente la documentación administrativa presentada por ambas entidades, con el objeto de tomar parte en la licitación convocada para la adjudicación del contrato de concesión de obra pública, consistente en la construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos.

La causa de nulidad invocada es *“la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada del adjudicatario, o estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49”*.

El 27 de septiembre de 2012 se adoptó resolución del instructor del procedimiento acordando la apertura del plazo de alegaciones.

Con fecha 28 de septiembre de 2012 se adoptó resolución del instructor del procedimiento acordando el recibimiento a prueba del expediente, así como la incorporación al mismo, dentro del trámite de prueba, de copia compulsada del expediente de contratación.

Las empresas en compromiso de U.T.E., presentan el día 5 de octubre de 2012, en el registro general de la Universidad Rey Juan Carlos escrito en el que proponen como medios de prueba, la documental obrante en el expediente.

En la misma fecha y lugar presentan escrito de alegaciones en el que manifiestan su *“rotunda oposición a la revisión de oficio del acto administrativo”* pues consideran *“que la calificación favorable de la*

documentación administrativa es ajustada a derecho, lo era en tal momento y lo ha seguido siendo hasta que se ha decidido revisar tal decisión”.

Añaden, que *“ambas empresas reunían criterios de solvencia económica, financiera, técnica y profesional en el momento de apertura del sobre B, momento en que se calificó la documentación aportada como favorable y por tanto se las tuvo admitidas como licitadoras”*. Se oponen a la suspensión del acto y exigen el levantamiento inmediato de dicha suspensión.

Ambos escritos carecen de la firma de uno de los componentes de la U.T.E.

Con fecha 10 de octubre de 2012 se adopta resolución por el instructor del procedimiento, en la que acuerda conceder un plazo de cinco días hábiles para la subsanación de defectos apreciados en los escritos de alegaciones de las empresas. Consta la enmienda de los defectos.

El 11 de octubre de 2012, el interventor general, a solicitud del instructor del procedimiento emite informe en el que indica que *“habida cuenta que el mencionado expediente carece de contenido económico y es planteado de nuevo únicamente por haber incurrido en caducidad (...) no procede por parte de esta oficina la realización de informe alguno”* (folio 99).

También se ha solicitado informe a la Asesoría Jurídica, que por escrito de 17 de octubre de 2012 manifiesta (folio 102):

“Vista la normativa vigente en la materia así como el estado de tramitación del presente procedimiento, esta Asesoría Jurídica informa favorablemente la procedencia y conformidad a derecho de las actuaciones practicadas hasta el momento, todo ello sin perjuicio

de un ulterior pronunciamiento por parte de esta unidad administrativa, una vez conste en el expediente administrativo de referencia la correspondiente propuesta de resolución del instructor del expediente objeto del presente informe jurídico así como las alegaciones de las empresas interesadas”.

El 18 de octubre de 2012, el instructor del procedimiento acuerda tener por subsanado el defecto de omisión de firma de los escritos presentados y conceder un plazo de diez días a favor de las empresas interesadas en el presente procedimiento, a fin de que formularan las alegaciones que consideraran oportunas, presentaran aquellos documentos u otros elementos de juicio que considerasen de interés para la resolución del presente procedimiento y, en su caso, accedieran al expediente de revisión de oficio.

Los interesados comparecen para tomar vista del expediente el 26 de octubre de 2012 y presentan escrito de alegaciones el 5 de noviembre, en las que reiteran todo lo expuesto en anteriores comunicaciones y añaden *“que el pliego no exigía el requisito de ejecución de residencias universitarias, no exigiendo tampoco el pliego ninguna clasificación específica”* y que las otras empresas licitadoras *“tampoco acreditaron su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”*, *“que el objeto del contrato se interpreta restrictivamente por la propia Mesa a su conveniencia”*, entre otros extremos.

El 18 de diciembre de 2012 el instructor del procedimiento emite propuesta de resolución por la que se propone la declaración de la nulidad del acto administrativo preparatorio de fecha 9 de septiembre de 2011, emanado de la Mesa de Contratación. En los fundamentos jurídicos de la propuesta se hace constar:

«Tampoco debe olvidarse, por lo demás, que el artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que no ha sido derogado expresamente por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo ni es contrario a sus previsiones al disponer que “en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”. Dicha norma supone que cada uno de los integrantes de la futura unión debe acreditar, además de su capacidad de obrar y su habilitación empresarial, la solvencia económica y técnica exigida, referida al objeto del contrato, aplicándose la regla de la acumulación señalada, que en todo caso exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de algún tipo de solvencia a fin de poder proceder a la acumulación pretendida.

Pues bien, teniendo en cuenta tales premisas, resulta que, en el presente supuesto (sic), la regulación de solvencia económica o financiera, y técnica o profesional, se encuentra recogida en la cláusula 11.2.1.7 del pliego de cláusulas administrativas de referencia, (...) cláusula que, a su vez, se remite al Anexo I de dicho pliego, el cual en su apartado 28º, y específicamente referido a los medios de acreditación de la solvencia técnica o profesional, establece que la misma se acreditará mediante una relación de los principales trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, a los que se incorporarán al menos tres certificados sobre los mismos, en las condiciones que dicho apartado se establecen, requisitos estos que, necesariamente, deben

venir referidos al objeto del contrato objeto de licitación, de conformidad con el artículo 51.2 de la Ley 30/2007.

En el presente supuesto (sic), del examen de la documentación aportada por las entidades en cuestión, a requerimiento de la Mesa de Contratación, (...), resulta que las mismas solo son capaces de acreditar (...) capacidad de obrar en el ámbito de la gestión de alquileres de diversos inmuebles, todos ellos de diversa procedencia y destino a diferentes terceros, entre los que pueden incluirse estudiantes universitarios, si bien ello no puede considerarse suficiente desde el punto de vista normativo, ya que la empresa E no aporta certificados de buena ejecución o documentos que acrediten actuaciones en el ámbito de la gestión y explotación de residencias universitarias ni tampoco la entidad D aporta algo más que certificados de buena ejecución de una serie de construcciones entre las que no aparece ninguna residencia universitaria, por más que ambas entidades suscriban su intención de promover la construcción y gestión de una residencia universitaria en la Universidad de Murcia, a llevar a cabo algunos meses después de la expiración del plazo de presentación de ofertas relativas al procedimiento de contratación que nos ocupa.

A ello se une la circunstancia de que, en el presente supuesto (sic), las entidades de referencia acuden a la licitación en compromiso de unión temporal de empresarios, de forma que, conforme Informe aaa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de fecha 21 de diciembre de 1999, deben exigirse los mismos requisitos de solvencia para todos los empresarios componentes de dicha unión temporal, siendo así que en el presente supuesto (sic) la ausencia de solvencia técnica o profesional es evidente, aplicada al objeto del contrato en licitación y en relación a las dos entidades en compromiso de unión temporal de empresas, por cuanto que:

a) La experiencia acreditada no se refiere a construcciones de residencias universitarias, sino más bien a construcciones privadas, ajenas al carácter público de los terrenos en los cuales será construida la futura residencia universitaria y de la normativa de contratación que rige para las mismas.

b) Las construcciones acreditadas no se encuentran vinculadas a la gestión universitaria, ya sea desde un punto de vista de la normativa de aplicación y su relación con una entidad pública, con las vicisitudes que ello conlleva, ya sea desde el punto de vista del funcionamiento ordinario y resolución de incidentes respecto de sus inquilinos a partir de unas condiciones previamente establecidas y asumidas por parte de las entidades privadas de gestión y frente a la Universidad pública que, en todo caso, conserva la potestad de policía».

Esta propuesta de resolución es informada favorablemente por la Asesoría Jurídica de la Universidad el 18 de diciembre de 2012.

Por resolución de 19 de diciembre de 2012 del rector de la Universidad Rey Juan Carlos se acuerda solicitar dictamen, preceptivo y vinculante al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte. También se acuerda suspender la tramitación del expediente de revisión de oficio en tanto recae el dictamen solicitado y notificación de la solicitud de dictamen y del acuerdo de suspensión a las empresas interesadas, a las que se comunicó mediante burofax.

En este estado del procedimiento se remite el expediente al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitando la emisión del preceptivo dictamen, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 102

de la LRJ-PAC y en el artículo 13.1 .f).2º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen a solicitud del rector de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, cursada a través de la consejera de Educación, Juventud y Deporte de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14.4 de la Ley del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 32.4 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

El informe emitido es preceptivo a tenor del artículo 13.1. letra f) 2º de la Ley del Consejo Consultivo que *ad litteram* dispone: “1. *El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre (...) 2º. Revisión de oficio de actos administrativos en los supuestos establecidos en las leyes*”.

SEGUNDA.- El objeto del procedimiento de revisión está constituido por el acuerdo de la Mesa de Contratación de 9 de septiembre de 2011 por el que se procedió a calificar y admitir a la licitación a las empresas D y E, con compromiso de constituirse en U.T.E.

La causa de nulidad invocada es la prevista en el artículo 32.b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP):

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49”.

En virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera 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 (TRLCSP):

“1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato”.

En el caso sometido a dictamen el anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de julio de 2011, por lo que resulta de aplicación la LCSP de 2007.

El artículo 34.1 de la citada LCSP dispone:

“La revisión de oficio de los actos preparatorios y de los de adjudicación provisional y definitiva de los contratos de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el Capítulo primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

En virtud de esta remisión procede señalar que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC establece que:

“Las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la

Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”.

De este precepto se desprende que la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante. La referencia que el artículo 102.1 de la LRJ-PAC hace al Consejo de Estado “*u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma*”, debe entenderse hecha, a partir de su creación, al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, creado por la citada Ley 6/2007, de 21 de diciembre.

De conformidad con el artículo 102.1 de la LRJ-PAC anteriormente transcrito, sólo pueden ser objeto del procedimiento de revisión de oficio los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. El acto que se pretende revisar no pone fin a la vía administrativa, mas no consta que fuera recurrido en el plazo legalmente previsto para ello, por lo que hay que entender que es susceptible de revisión de oficio.

TERCERA.- Al haberse iniciado de oficio la revisión del acto, el procedimiento está sometido a un plazo de caducidad, pues a tenor de lo estipulado en el artículo 102.5 de la LRJ-PAC “*cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses, desde su inicio sin dictarse resolución, producirá la caducidad del mismo*”.

El *dies a quo* para el computo del plazo en los procedimientos que se inician de oficio es la fecha del acuerdo de iniciación *ex* artículo 42.3 a) de la LRJ-PAC. En este sentido la sentencia de Tribunal Supremo de 20 de

mayo de 2008, en unificación de doctrina, señala que la fecha de inicio es la fecha del acuerdo de inicio y no de su notificación.

Ello no obstante, dicho plazo de tres meses puede suspenderse al recabarse dictamen del órgano consultivo, según el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) que establece que:

“el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender (...) c) Cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o de distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses”.

En el caso sometido a dictamen, el acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio es de fecha 21 de septiembre de 2012, por lo que el plazo de tramitación hubiera concluido el 21 de diciembre de 2012. No obstante, dicho plazo ha sido suspendido, como expresa el acuerdo del rector de 19 de diciembre de 2012, lo que implica que solo restarán dos días para la resolución del expediente una vez recibido el dictamen de este órgano consultivo.

CUARTA.- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento, el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, anteriormente transcrito, no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar, como ha quedado visto, la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda. Por ello, han de entenderse de aplicación las normas generales recogidas en el Título VI del citado cuerpo legal, denominado *“De las*

disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”, con la singularidad de que el dictamen del órgano consultivo reviste carácter preceptivo y habilitante de la revisión pretendida. En consecuencia, son trámites comunes para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos los que seguidamente se señalan:

- Acuerdo de iniciación del procedimiento dictado por el órgano competente. En el presente caso, dicho acuerdo se adoptó por el rector el 21 de septiembre de 2012.

- Actuaciones instructoras. En el expediente administrativo remitido, constan actuaciones tendentes a recabar alegaciones de los interesados y apertura de periodo probatorio.

- Trámite de audiencia. Como en todo procedimiento administrativo, aunque no lo establezca expresamente el artículo 102.1 de la LRJ-PAC, se impone la audiencia del o de los interesados, trámite contemplado con carácter general en el artículo 84 de la LRJ-PAC, que obliga a que se dé vista del expediente a los posibles interesados, a fin de que puedan alegar y presentar los documentos y justificantes que estimen pertinentes en defensa de sus derechos. Consta el debido cumplimiento de este trámite en el caso que nos ocupa.

- En cuanto al plazo máximo para resolver, el procedimiento se encuentra suspendido como ha quedado expuesto en la consideración jurídica anterior.

- Propuesta de resolución: Es el trámite que culmina la instrucción y expresa los fundamentos jurídicos en los que la Administración sustenta su planteamiento a favor de la nulidad radical del acto cuestionado. En este caso, como también ha quedado puesto de manifiesto en los antecedentes, obra en el expediente propuesta de resolución en el sentido de declarar la

nulidad de la admisión a la licitación de las empresas con compromiso de U.T.E.

- Solicitud de dictamen al Consejo Consultivo. Se cumplimenta este trámite mediante acuerdo del rector de 19 de diciembre de 2012 y escrito de 8 de enero de 2013 de la consejera de Educación, Juventud y Deporte.

La competencia para resolver la revisión de oficio recae en el rector de la Universidad. Así se deriva del artículo 20 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, que configura al Rector como *“la máxima autoridad académica de la Universidad y ostenta la representación de ésta. Ejerce la dirección, gobierno y gestión de la Universidad, desarrolla las líneas de actuación aprobadas por los órganos colegiados correspondientes, y ejecuta sus acuerdos”*, correspondiéndole *“cuantas competencias no sean expresamente atribuidas a otros órganos”*.

Por su parte, los Estatutos de la Universidad Rey Juan Carlos, aprobados por Decreto 22/2003, de 27 de febrero y modificados por el Decreto 28/2010, de 20 de mayo, en su artículo 81.1.o) atribuyen al rector la competencia sobre los procedimientos revisores que se tramiten en la Universidad.

Por lo expuesto, compete al rector la revisión de oficio de los actos dictados por los órganos de su Universidad.

QUINTA.- Llegados a este punto, en relación al fondo de la cuestión, es preciso analizar si procede la revisión de oficio del acuerdo de la Mesa de Contratación de 9 de septiembre de 2011.

El punto de partida inexcusable, sostenido ya en otros dictámenes de este Consejo (v. gr. Dictamen 497/2009, de 28 de octubre), es la consideración de la revisión de oficio como una potestad excepcional de la Administración para dejar sin efecto sus propios actos, una vez que han

devenido firmes, al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso-administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

La revisión de oficio que se dictamina se fundamenta en el artículo 32.b) LCSP, que dispone:

“Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

b) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49”.

Sobre esta causa de nulidad es preciso distinguir como conceptos diferenciados la capacidad de obrar, por un lado y la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, por otro.

Si bien es cierto que, de conformidad con el artículo 43.1 LCSP, ambas son condiciones de aptitud para contratar con el sector público no es menos cierto que se trata de conceptos distintos y claramente diferenciados en la normativa de contratación pública.

Así, respecto de la capacidad, en artículo 46.1 LCSP preceptúa que *“Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales les sean propios”.*

En este sentido, ya el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 7/2005 expresaba:

“El Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) vinculan la capacidad de obrar con el objeto social de las empresas. En particular, el artículo 7 de la LSA vincula la personalidad jurídica de la empresa a su inscripción en el Registro Mercantil. Esta inscripción se materializa mediante la presentación de la escritura. Sobre esta cuestión, en el Informe aaa, de 21 de diciembre, la Junta Consultiva del Estado argumenta también la necesidad de exigencia de los requisitos de capacidad y solvencia a todas las empresas que integran la U.T.E., sobre la base de inexistencia de un precepto legal que las dispense de constitución de sociedad, documento este que tiene que contener, entre otros extremos, los estatutos sociales donde se indique de manera descriptiva –con indicación de actividades– el objeto social de la empresa (artículo 9 de la LSA). La misma LSA vincula la capacidad de obrar de las sociedades a su objeto social en otros preceptos, por ejemplo, al regular los eventuales efectos jurídicos de las eventuales obligaciones contraídas ante terceras personas con ocasión de actos no comprendidos en el objeto social (artículo 129.2.2). En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada también se requiere la inscripción de la sociedad para que adquiera personalidad jurídica y el sistema de materialización de esta inscripción es análogo al de las sociedades anónimas (artículos 11 y 13 LSRL). También esta Ley vincula la capacidad de obrar de las sociedades de responsabilidad limitada a su objeto social (en este sentido, el artículo 63 LSRL. En el mismo sentido, los artículos 117 y 118 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (RRM) establecen que el objeto social se hará constar en los estatutos con la determinación de

las actividades que lo integran. Ciertamente el principio de vinculación del objeto social y la capacidad de obrar de las personas jurídicas que se deduce de los preceptos citados anteriormente no es compartido por un sector doctrinal de procedencia germánica, el cual entiende que el objeto social no limita ni vincula la capacidad de las personas en el derecho español. Ahora bien, esta posición doctrinal relaciona la cuestión en el ámbito de la representación, justamente sobre la base del citado artículo 192.2 LSA, el cual, no podría ser tenido en cuenta en relación a un procedimiento de contratación pública donde la Administración tiene la obligación de comprobar las condiciones de capacidad de las empresas licitadoras y, en especial, de aquella o aquellas que resulten adjudicatarias. Hay que tener en cuenta, también, que el artículo 10 del RGLCAP, en relación a la acreditación de la capacidad por parte de las empresas extranjeras, también la vincula a las actividades que conforman habitualmente el objeto de la empresa y el objeto del contrato. Asimismo, el artículo 47.2.a) RGLCAP exige, para proceder a la clasificación de las empresas, que su objeto social comprenda las actividades incluidas en los subgrupos en que solicitan la clasificación. Dicho en otras palabras, se exige para el otorgamiento de la clasificación la vinculación entre el objeto social y el objeto de los contratos a que se quiere tener acceso. Llegados a este punto, podemos afirmar que la condición de que el objeto social de las empresas licitadoras debe tener relación con el objeto contractual”.

El artículo 61.1 LCSP, por su parte, dispone la forma de acreditar la capacidad de obrar de las empresas cuando expresa: “*La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su*

actividad, debidamente inscritas, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica que se trate”.

En el caso sometido a dictamen procede, por lo tanto, en primer lugar examinar la capacidad de obrar de las empresas afectadas por la revisión de oficio.

Respecto de D, obra en el expediente certificado del Registro de licitadores de la Comunidad de Madrid expedido por la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que, entre otros extremos, se hacen constar los siguientes:

- La sociedad tiene por objeto, en relación con el objeto del contrato:
 - * Promoción, desarrollo, urbanización, construcción, rehabilitación, gestión y explotación en cualquier forma de solares, terrenos e inmuebles, incluso de viviendas acogidas a regímenes de protección oficial, bajo la forma de cooperativa o cualquier otra.
 - * Diseño, construcción, explotación, gestión, conservación y mantenimiento de infraestructuras y de obras públicas y privadas, edificación, y obra civil. Consolidación y preparación de terrenos, demoliciones, perforaciones para alumbramiento de aguas, cimentaciones y pavimentaciones, preparación y montaje de estructuras y cubiertas, así como de cualquier tipo de instalaciones relacionadas. Acabado de obras.
 - * Prestación de servicios de conservación, reparación, mantenimiento, saneamiento, limpieza y otros servicios auxiliares y complementarios de toda clase de bienes inmuebles, equipamientos e instalaciones, tanto a entidades públicas como privadas.
 - * Titularidad de toda clase de contratos del sector público, concesiones, subconcesiones, autorizaciones y licencias administrativas de obras, servicios y mixtas del Estado, Comunidades Autónomas, provincias,

municipios, organismos autónomos, entidades de derecho público, poderes adjudicadores y cualesquiera otras Administraciones y organismos nacionales, extranjeros o internacionales.

- La sociedad se encuentra inscrita en el Registro Mercantil de Madrid con la salvedad de la inscripción de las actividades: Prestación de servicios de ingeniería y arquitectura tales como la realización de proyectos, estudios e informes y la actividad de asesoramiento en materia legal, por ser ambas propias de las sociedades profesionales, debiendo constituirse como tal.

A la vista de esta documentación cabe afirmar de forma indubitada la capacidad de obrar de la empresa D.

Respecto de la empresa E, constan en el expediente los estatutos sociales de la mercantil, que en su artículo 2 exponen que constituye su objeto: *“La adquisición, venta, enajenación, y arrendamiento de toda clase de inmuebles y su explotación en cualquiera de las formas admitidas en Derecho, incluyendo de forma expresa la de garaje o aparcamientos”*.

Del mismo modo, consta la inscripción de esta empresa en el Registro Mercantil de Madrid.

A la vista de ambos documentos cabe igualmente afirmar de forma indubitada la capacidad de obrar de E.

La aptitud para la contratación pública exige también, como ya se ha expuesto, la debida acreditación ante la Administración de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional o, en su caso, la clasificación. El artículo 51 LCSP dispone:

“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será

sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

Los criterios de acreditación de solvencia, por tanto, han de constar en el anuncio de licitación y en el pliego, además de estar vinculados al objeto del contrato.

En los antecedentes de hecho ha quedado expuesto que ambas empresas presentaron la documentación requerida.

En el caso de D, además, su representante expresa en alegaciones que la clasificación acreditada documentalmente en el grupo C podría sustituir a los requisitos exigidos por el órgano de contratación en virtud de lo dispuesto en el artículo 51.1 LCSP, citado.

Este órgano consultivo no comparte este criterio, ya que la clasificación acreditada es la exigida para el contrato de obras y no para el de concesión de obra pública que es el objeto de la contratación sobre la que ahora se dictamina. Este mismo criterio ya fue expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 47/97, de 17 de noviembre, relativo a una contrato de concesión de obras para la construcción, conservación y explotación de una autopista en el que expresaba que *“la prestación o explotación del servicio público constituye la prestación más importante desde el punto de vista económico (...), ya que mediante la explotación y percibo de tarifas se retribuye la construcción y la propia explotación”* por lo que concluye que *“el régimen jurídico aplicable al contrato será el del*

contrato de gestión de servicios públicos, para el que el artículo 25.1 de la LCAP no tiene establecido el requisito de la clasificación”.

La LCSP, al regular como contrato administrativo típico el de concesión de obra pública, ya dispone la forma de acreditar la solvencia sin necesidad de acudir a fórmulas que establezcan prevalencia de un tipo de contrato sobre otro. En este sentido, el artículo 68 LCSP dispone que *“La acreditación de la solvencia profesional o técnica en contratos distintos de los de obras, servicios o suministro podrá acreditarse por los documentos y medios que se indican en el artículo anterior”*. El artículo 67, por su parte, dispone:

“En los contratos de servicios, la solvencia técnica o profesional de los empresarios deberá apreciarse teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, eficacia, experiencia y fiabilidad, lo que podrá acreditarse, según el objeto del contrato, por uno o varios de los medios siguientes:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. 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 o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

e) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar”.

En virtud de lo expuesto, la clasificación no es un elemento acreditativo de la solvencia para el contrato de concesión de obra pública.

Sin perjuicio de ello, la empresa D presentó, de acuerdo con lo requerido por la Mesa de Contratación, cifra de negocios global de los últimos seis años, una relación de las obras ejecutadas desde el año 2007 hasta el año 2011 y certificados de buena ejecución de dichas obras. Pese a ello, la Mesa de contratación considera no acreditada la solvencia porque *“no se recoge la ejecución de residencia universitaria alguna”*.

En lo relativo a la empresa E, la misma presenta una declaración sobre el volumen de negocio correspondiente a los años 2009 a 2011, una relación de los principales trabajos realizados en los últimos tres años consiste en la gestión de inmuebles afirmando que *“colabora con las principales Universidades españolas en proyectos de desarrollo y gestión de alojamiento universitario”*, en concreto cita en el curso 2011/2012 la residencia H, de Alicante (residencia universitaria) así como que está promoviendo una residencia de estudiantes en Murcia con fecha estimada de apertura en mayo de 2012. También se adjuntan diversos certificados de buena ejecución, entre ellos de la Universidad de Murcia: La vicerrectora de Estudiantes y Empleo certifica que la empresa se dedica a la *“comercialización, gestión y administración de alojamiento universitario e inmuebles”* y que colabora con la Universidad de Murcia *“dando servicio de alojamiento y gestión del mismo a miembros de su comunidad universitaria”*.

La Mesa de Contratación fundamenta la negativa a considerar acreditada la solvencia de esta empresa en la valoración de que no gestiona específicamente residencias universitarias, del mismo modo que se la negaba a la empresa D porque *“no se recoge la ejecución de residencia universitaria alguna”*.

Como ha quedado expuesto con la cita del artículo 51.2 LCSP los requisitos de solvencia deben estar referidos al objeto del contrato y ser proporcionales al mismo.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un contrato de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de una residencia universitaria y los licitadores en compromiso de U.T.E. han presentado la documentación requerida por los pliegos y por la Mesa de Contratación que acredita su experiencia y buen desempeño en la construcción de obras públicas y privadas y en la gestión de de inmuebles y alojamiento de estudiantes.

La exigencia de la Mesa de Contratación de ceñir expresa y específicamente la acreditación documental de la solvencia a la construcción y gestión de residencias de estudiantes es una extralimitación que este órgano consultivo no puede considerar ajustada a derecho ya que es un requisito que no se contempla en los pliegos.

En el caso sometido a dictamen el PCAP dispone los requisitos de solvencia económica, financiera, técnica o profesional en su cláusula 11.2.1.7:

“Los licitadores deberán acreditar su solvencia económica, financiera y técnica o profesional en los términos y por los medios que se especifiquen en el anuncio de licitación y que se relacionan en el Anexo I al presente pliego de entre los reseñados en los artículos 64 y 66 de la LCSP. En el mismo apartado se especificarán, en su caso, los criterios de selección en función de los medios de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica.

Para acreditar la solvencia 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, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. En tales supuestos la documentación deberá ir firmada por la empresa que presta tal solvencia y medios, y se deberá aportar un certificado, emitido por el órgano de dirección de dicha empresa, acreditativo de tal circunstancia”.

El PCAP, además añade en la cláusula 11.2.4:

“Si varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, cada uno de ellos deberá acreditar su capacidad de obrar y la solvencia económica y financiera, técnica o profesional, presentando, todas y cada una de las empresas los documentos exigidos en la presente cláusula y en el documento privado deberán indicar los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban, la participación de cada uno de ellos y designarán un representante o apoderado único de la unión que, durante la vigencia del contrato, ha de ostentar la plena representación de la misma frente a la Administración, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato. El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las empresas componentes de la futura unión”.

El Anexo I, por su parte, en su apartado 28 indica, como documentos de acreditación de la solvencia técnica o profesional, una relación de los principales trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importes, fechas y destinatarios, a los que se incorporarán al menos tres certificados sobre los mismos.

La ausencia en la documentación del contrato de la exigencia impuesta por la Mesa de Contratación relativa a la construcción y gestión de residencias universitarias específicamente, es de especial relevancia toda

vez que ha de considerarse una obligación de transparencia y publicidad favorecedora del principio de igualdad en la licitación, así lo expresa la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002 en el asunto C-470/90 *Universale-BAU AG* contra *Entsorgungsbetriebe Simmering GMBH*:

“97 Asimismo, para todos los tipos de procedimiento, cuando se adjudique el contrato a la oferta económicamente más ventajosa, el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37, que es aplicable tanto al procedimiento abierto como a los procedimientos restringido y negociado, impone a la entidad adjudicadora la obligación de mencionar en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de licitación todos los criterios de adjudicación que pretenda utilizar, si fuera posible por orden decreciente de la importancia que les sea atribuida. Se desprende, pues, de dicho artículo, que cuando la entidad adjudicadora ha procedido a clasificar por orden de importancia los criterios de adjudicación que pretende utilizar, no puede limitarse a mencionarlos sin más en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el anuncio de la licitación, sino que debe comunicar, además, a los licitadores la clasificación que haya efectuado.

98 En efecto, como ha destacado el Tribunal de Justicia en relación con la disposición del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 90/531/CEE del Consejo, de 17 de septiembre de 1990, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DO L 297, p. 1), cuyo tenor es sustancialmente idéntico al del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 93/37, la obligación que se impone de este modo a las entidades adjudicadoras tiene por objeto, precisamente, hacer que los posibles licitadores

conozcan antes de preparar sus ofertas los criterios de adjudicación a los que éstas deben responder así como su importancia relativa, garantizando de esta forma el respeto de los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia (véase la sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartados 88 y 89).

99 Por lo tanto, la interpretación según la cual, cuando, en el marco de un procedimiento restringido, la entidad adjudicadora ha fijado ya antes de la publicación del anuncio de licitación las reglas de ponderación de los criterios de selección que pretende utilizar, está obligada a ponerlos previamente en conocimiento de los candidatos, es la única conforme al objetivo de la Directiva 93/37, tal y como ha sido precisado en los apartados 89 a 92 de la presente sentencia, por ser la única que permite garantizar un nivel adecuado de transparencia y, por tanto, el respeto del principio de igualdad de trato en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a los que se aplica dicha directiva”.

En virtud de lo expuesto, no cabe sino considerar que ambas empresas han acreditado la solvencia de conformidad con lo exigido en los pliegos y mediante la aportación de la documentación requerida por la Mesa de Contratación, sin que pueda considerarse válida la exigencia de que las empresas con anterioridad hubieran construido o gestionado residencias universitarias.

A mayor abundamiento, se ha de considerar debidamente cumplido el requisito de que *“cada uno de los empresarios que concurren en unión deben acreditar su capacidad de obrar y, en concreto, que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato”*, exigido según el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 8/1998, de 11 de junio.

En el mismo sentido se deben entender cumplida la exigencia del artículo 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando establece: *“en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*.

Este precepto, contrariamente a lo señalado en la propuesta de resolución no *“supone que cada uno de los integrantes de la futura unión debe acreditar, además de su capacidad de obrar y su habilitación empresarial, la solvencia económica y técnica exigida, referida al objeto del contrato, aplicándose la regla de la acumulación señalada, que en todo caso exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de algún tipo de solvencia a fin de poder proceder a la acumulación pretendida”*.

Esta afirmación solo es cierta en lo relativo a la necesidad de acreditar la capacidad de obrar pero respecto de la solvencia, por el contrario, la regla de la acumulación, lo que significa en el caso de las uniones temporales de empresas, como el que es objeto de dictamen, es que se acumulen para determinar la solvencia de la futura U.T.E. las características de cada uno de sus asociados.

Así lo expresa de forma indubitada el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia 816/2011, de 1 de diciembre (Recurso de apelación nº 613/2009) cuando expresa: *“Aun cuando es cierto que la jurisprudencia ha admitido que las uniones temporales de empresas previstas en el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas sean clasificadas mediante la acumulación de las características de cada uno de sus asociados, esta doctrina no puede extenderse de forma*

automática, como pretende la actora, a la figura de las agrupaciones de interés económico”.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo considera que no se da la falta de solvencia económica, financiera, técnica o profesional en las empresas licitadoras para la adjudicación del contrato de concesión de obra pública de construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el Campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid formula la siguiente

CONCLUSIÓN

No concurre la causa de nulidad prevista en el artículo 32 de la LCSP, por lo que no procede la revisión de oficio del acuerdo de la Mesa de Contratación de 9 de septiembre de 2011 por el que se admitía a las empresas D y E, en compromiso de U.T.E. a la licitación para la adjudicación del contrato de concesión de obra pública de construcción y posterior explotación de una residencia universitaria en el Campus de Fuenlabrada de la Universidad Rey Juan Carlos.

El presente Dictamen es vinculante.

Madrid, 13 de febrero de 2013