

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

En Madrid, a 26 de abril de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.B.G., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., don L.A.J., en nombre y representación de IMESAPI, S.A. y don J.T.P., en nombre y representación de SKY Helicópteros, S.A. contra los Acuerdos de fecha 8 de marzo de 2017, de la Mesa de contratación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, por los que se excluyen las ofertas de las recurrentes que concurren en compromiso de UTE de la licitación los contratos “Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la Zona Oeste de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Feader”, número de expediente: A/SER-010753/2016 y “Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la Zona Este de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Feader”, número de expediente: A/SER-010755/2016, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 5 y 6 de enero se procedió a publicar en el Diario Oficial de la Unión Europea la convocatoria de los contratos de referencia que también se publicó

en el Portal de la Contratación Pública el 9 de enero, en el BOE el 23 de enero y en el BOCM del día 24. Consta en los anuncios que la adjudicación se realizará mediante procedimiento abierto, con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato correspondiente a la zona oeste asciende a 94.411.187,89 euros y el de la zona este a 90.286.428,37 euros.

Los Códigos CPV asignados al contrato son:

- 75251110-4 Servicios de prevención de incendios.
- 75251120-7 Servicios de extinción de incendios forestales.

Segundo.- A ambas licitaciones se presentaron cinco licitadoras, una de ellas la constituida por las empresas recurrentes, en compromiso de UTE (en adelante la UTE).

Con fecha 2 de marzo de 2017, se reúne la Mesa de contratación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno para proceder a la calificación de la documentación presentada por las distintas licitadoras y acuerda solicitar a la UTE la siguiente documentación:

“1. El representante de la UTE debe ser una persona física y no jurídica.

2. Solvencia técnica y profesional: Para acreditar la solvencia técnica deberá aportar de conformidad con lo que se dispone en el PCAP de este contrato, certificados de buena ejecución de trabajos ya efectuados que se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. En estos certificados deberá indicarse el CPV, la duración del contrato y el importe de las anualidades ejecutadas en original o copia compulsada.

3. De acuerdo con el Ministerio de Asuntos Exteriores para que un documento emitido por un ente público extranjero tenga efectos en nuestro Estado deberá estar convenientemente apostillado, conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya”.

Dicho requerimiento se efectuó el día 3 de marzo (viernes) a las 14:04 horas concediéndose un plazo hasta las 14 horas del martes 7 de marzo de 2017.

Con fecha 7 de marzo y a las 9:37 horas se recibe en el Órgano de contratación la solicitud por parte de la UTE de ampliación del plazo inicialmente concedido, siendo denegada por la Mesa, notificándose el acuerdo a los componentes de la UTE ese mismo día, por considerar que la Ley del Procedimiento Administrativo Común no es aplicable al procedimiento de licitación que tiene su regulación específica y que ello implicaría un *“punto de inseguridad jurídica”* para el resto de licitadores y la vulneración de los principios de concurrencia, igualdad de trato y transparencia recogidos en los artículos 1 y 139 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), tal y como consta en el Acta correspondiente a la reunión de la Mesa del día 7 de marzo.

El último día del plazo concedido a las 13:59 horas se dirigió un correo electrónico a la Mesa de contratación adjuntando determinada documentación en el que se hace valer que *“Que dado que no han resuelto todavía nuestra solicitud de ampliación del plazo y dada nuestra voluntad de entender el requerimiento efectuado en el plazo concedido, se les adelanta por medio de correo electrónico la siguiente documentación en cumplimiento del requerimiento efectuado. No obstante lo anterior, queremos manifestar que dado el escaso margen de tiempo que nos han concedido para atender el requerimiento de subsanación, todavía nos encontramos pendientes de recibir el certificado debidamente apostillado por las Autoridades de Reino Unido. Por lo que, les haremos llegar el mismo tan pronto como lo recibamos.”*

Ese mismo día a las 14:08 se remitió un correo por el órgano de contratación en el que se comunica la decisión de la mesa de contratación reunida el día 7 de marzo a las 13:51 horas, de denegar la ampliación de plazo solicitada.

Con fecha 8 de marzo se reúne de nuevo la Mesa de contratación para realizar la apertura pública del sobre 2-A que contiene la documentación técnica cuya valoración depende de un juicio de valor en la que acuerda que la oferta de la UTE queda excluida al no presentar documentación en el plazo establecido en el requerimiento efectuado.

Tercero.- El 29 de marzo de 2017 tuvo entrada, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44.1 del TRLCSP, el recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, que lo remitió al órgano de contratación ese mismo día requiriéndole para que remitiera el expediente y el informe a que se refiere el artículo 46 del TRLCSP, lo que verificó el día 3 de abril.

En el recurso se solicita se anule la decisión de exclusión por entender que la documentación aportada era suficiente para acreditar la solvencia técnica y profesional conforme a los pliegos y la ley, así como por considerar que un excesivo formalismo es contrario al espíritu de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública, vulnerándose el principio de proporcionalidad. Además entiende que la exclusión por ser el representante de la UTE una persona jurídica y no física es improcedente.

El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso formulado por la UTE afirmando que nunca se recibió documentación alguna de subsanación de la solvencia técnica en el lugar designado y de acuerdo con las razones que se expondrán al examinar el fondo del asunto solicita la desestimación del recurso.

Cuarto.- Con fecha 5 de abril de 2017, el Tribunal acordó denegar la suspensión del procedimiento de licitación solicitada.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones,

habiéndose recibido las formuladas por Ingeniería Forestal, S.A. con fecha 11 de abril y por MATINSA el 12 de abril. En ambos escritos de alegaciones, de cuyo contenido se analizará al estudiar el fondo del recurso, se solicita su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de tres personas jurídicas *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP), al resultar excluidas del procedimiento a que concurrían en compromiso de UTE.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión adoptado el 8 de marzo de 2017, se comunicó ese mismo día habiéndose interpuesto el recurso el día 29 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado, la exclusión de la oferta de las recurrentes de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si las recurrentes acreditaron adecuadamente la solvencia exigida, y cumplimentaron el

requerimiento efectuado al respecto en los términos solicitados.

Son dos los elementos de la oferta que debían ser objeto de subsanación a requerimiento de la Mesa, en primer lugar se señala en el requerimiento que el representante de la UTE debe ser una persona física y no jurídica.

Aduce la recurrente al respecto que el requerimiento efectuado por la Mesa de contratación resulta improcedente porque la designación de una persona jurídica como Gerente de una UTE, lejos de constituir una causa de exclusión como defiende la Administración, es una posibilidad expresamente permitida por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, en su artículo 8. e) 4. No obstante lo anterior mediante el correo electrónico de 7 de marzo de 2017 procedió a aportar dos compromisos de constitución de UTE designando a don E.P.R. como persona física representante de la misma.

Por su parte el órgano de contratación afirma que la recurrente parece olvidarse que este punto la ley invocada no es de aplicación al ámbito de la contratación pública que tiene su propio marco y normas. En dichas normas de contratación, se afirma de manera clara la obligatoriedad de designar a un representante o apoderado único como representante de la UTE ante la administración. Además afirma que no se ha recibido ningún escrito en el tiempo establecido para la subsanación, ni a posteriori en el Registro auxiliar de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, c/ Carretas, nº 4 – 3ª planta. Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa, como así se le indicó a la UTE, en el fax que se les mandó una vez concluida la Mesa de calificación de documentación administrativa en el que se le indicaba el lugar y el plazo para proceder a la subsanación de la misma.

Ninguna de las alegantes se pronuncia en relación con el requerimiento relativo a la designación de una persona física como representante de la UTE.

Cabe señalar frente a lo indicado por el órgano de contratación que la legislación sectorial aplicable a cualquier aspecto derivado o relacionado con la contratación pública, no resulta desplazado en su aplicación por la normativa reguladora de la contratación pública que, como veremos, por otra parte no regula estas cuestiones. Es indudable que los requisitos de índole fiscal, contable y societario de las licitadoras deben cumplirse de acuerdo con la normativa sectorial de aplicación, dentro de su ámbito de aplicación. La Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional (LUTE) invocada por la recurrente en su artículo octavo, apartado d) señala que *“Existirá un Gerente único de la Unión Temporal, con poderes suficientes de todos y cada uno de sus miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes”* y en su apartado e) que las Uniones Temporales de Empresas se formalizarán en escritura pública, en la que se hará constar entre otros extremos *“Cuatro. El domicilio fiscal, situado en territorio nacional que será el propio de la persona física o jurídica que lleve la gerencia común”*.

Ahora bien esta norma encuentra su ámbito de aplicación en los aspectos fiscales de la actuación de las UTES que no son trasladables íntegramente al ámbito de la contratación pública, ya que la LUTE es una norma cuya finalidad es establecer un régimen fiscal especial, y que, por esa razón, carece de influencia en la legislación de contratos, tal y como señalan entre otros los informes de la JCCA Estado 24/96, de 30 de mayo, 25/97, de 14 de julio y 11/02, de 13 de junio, o la STSJ Islas Baleares, de 30 de septiembre de 2010. *“(…) ha de tenerse en cuenta que el régimen general de regulación de las uniones temporales se contempla en el RD Legislativo 2/2000 aplicable a tenor de la fecha de los hechos, actual artículo 48 de la ley 30/2007 y que la ley 18/1982 de 26 de mayo tiene por objeto solamente la regulación del régimen fiscal de esas uniones temporales de empresas”*.

Sin embargo, cabe también señalar que frente a lo aducido por el órgano de contratación, ni del TRLCSP, -artículos 59, y 146.1 a)-, ni del propio PCAP se desprende que el representante de la UTE haya de ser una persona física, sin perjuicio de que obviamente la persona jurídica representante de la UTE deba actuar a través de una persona física, por lo que no hay incompatibilidad normativa que exija el desplazamiento de la norma especial a efectos fiscales por la normativa en materia de contratación pública.

El análisis debe completarse con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACPA), *“Las personas físicas con capacidad de obrar y las personas jurídicas, siempre que ello esté previsto en sus Estatutos, podrán actuar en representación de otras ante las Administraciones Públicas”*.

Esta ley resulta aplicable supletoriamente en caso de laguna, como es el supuesto que nos ocupa, en virtud de lo dispuesto en la Disposición final tercera del TRLCSP tal y como establece la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabiendo citar las Sentencias, de 2 de octubre de 2007 (RJ 2007/7035) y de 13 de marzo de 2008 (RJ 2008/1379) ha declarado la aplicación supletoria de la LRJ-PAC (en la actualidad LPACAP), en caso de laguna, aunque el supuesto concreto que examinan no sea el mismo que ahora nos ocupa.

De esta forma, pudiendo ser las personas jurídicas representantes de otras y no estableciendo la legislación de contratos ni los pliegos la obligación de que el representante de las empresas que concurren en compromiso de UTE sea una persona física el requerimiento de subsanación efectuado era innecesario puesto que Ferrovial ya había aportado escritura de poder debidamente bastantada a favor de persona física.

Debe por tanto estimarse el recurso en cuanto a este motivo sin necesidad de analizar la procedencia o no de la ampliación del plazo para la subsanación de la documentación acreditativa de la capacidad de las licitadoras.

Sexto.- En segundo lugar se requirió a las recurrentes para que presentaran certificados de buena ejecución de trabajos ya efectuados, en los términos más arriba transcritos y además con el requisito de apostilla conforme a lo dispuesto en el Convenio de La Haya, en el caso de certificados emitidos entes públicos extranjeros.

De acuerdo con el PCAP para acreditar la solvencia técnica las licitadoras debían aportar en concreción de lo dispuesto en el artículo 78 del TRLCSP, apartado 1 a) una *“Relación de servicios de similares características a las del presente contrato por un importe anual igual o superior a 8.000.000,00 euros (IVA excluido) durante el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, así como los correspondientes certificados de buena ejecución”*, para cada uno de los contratos.

“Dicha relación se reflejará en documento aparte que deberá recoger de forma numerada, con indicación de cada contrato (nombre, importe sin IVA, CPV, año de ejecución, destinatario del mismo) un sumatorio de los importes de los diferentes certificados de buena ejecución, ordenados por anualidades, a fin de que conste la cifra total de los servicios efectivamente prestados en cada año y en concreto en el de mayor ejecución, especificándose separadamente los importes relativos a trabajos objeto del contrato.

Cuando los trabajos o contratos se hayan realizado al amparo de dos o más CPVs, se deberá certificar o, en su caso declarar, qué importe de los trabajos abonados corresponde a la CPV que se exige para la realización del objeto del contrato. (Se entiende que los trabajos son de igual o similar naturaleza si su CPV es igual en sus dos primeros dígitos a las del objeto de este contrato, 75).

Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado

expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario”.

Aduce la recurrente que “es importante señalar que la ‘UTE’ no es excluida del presente procedimiento de contratación porque no cumple con los requisitos de solvencia técnica exigida, sino porque no aporta los certificados requeridos en el trámite de subsanación concedido. Concretamente, por no aportar el certificado emitido por la Subdirectora de Gestión de Contratación de CRC (Empresa de Rehabilitación Comunitaria) de Inglaterra debidamente apostillado. Siendo una cuestión no discutida que la ‘UTE’, cumple con los requisitos de solvencia técnica y profesional requeridos”.

Sin embargo no es esta la conclusión del órgano de contratación que en su informe señala que “no todos los certificados aportados pueden admitirse, pues o bien no coinciden con los CPV que se solicitan en este expediente (75251110-4 Servicios de prevención de incendios y 75251120-7 Servicios de extinción de incendios forestales), o bien se trata de trabajos que se encuentran a día de hoy en ejecución y que por lo tanto no pueden ser tenidos en cuenta por la Mesa, pues como el propio Artículo 78 del TRLCSP, apartado 1 a) indica, se trata de trabajos ya efectuados, y no que continúen ejecutándose”.

A la vista del contenido del recurso resulta claro que las recurrentes desconocen el motivo exacto de la exclusión de su oferta que identifican únicamente con la falta de apostilla de uno de los certificados emitido por un ente público británico. Lo cierto es que no se alega falta de motivación, pero no lo es menos que para las recurrentes la única justificación de su exclusión es la falta de apostilla del Convenio de La Haya del certificado aportado por MTCnovo, en relación con el Servicio de rehabilitación y gestión de delincuentes en Thames Valley (área metropolitana de Londres, años 2015 94.328 y 2106 98.101.120 euros). La única defensa que se hace del certificado es que se trata de aportar medios de terceros para acreditar la solvencia conforme al artículo 63 del TRLCSP, sin realizar

alegación alguna respecto de su carácter parcial al comprender contratos no concluidos ni respecto de su vinculación con el objeto del contrato.

Respalda la anterior consideración el hecho de que frente a lo aducido por la recurrente, el primero de los defectos imputados al indicado certificado por el órgano de contratación no es la falta de apostilla del Convenio de La Haya a la traducción del mismo, sino el carácter parcial de la prestación contractual que certifica puesto que como se indica *“el contratista comenzó los servicios correspondientes al contrato mencionado en 2015 y es el proveedor actual de servicios pudiendo serlo durante un máximo de 7 años”* y a la vista de su contenido solo se certifica que MTCnovo fue la adjudicataria del servicio y los importes de cada periodo, sin indicar si el servicio se ha ejecutado correctamente. Nada ha podido alegar la recurrente al respecto en la creencia de que el único defecto que ha impedido la subsanación de la documentación, ha sido la falta de apostilla, no estando previsto en la tramitación del recurso especial ni el trámite de conclusiones a la vista de lo señalado por el órgano de contratación, ni tampoco el traslado de su informe.

Estos defectos no se desprenden del requerimiento de subsanación efectuado el 2 de marzo en el que se solicita que se aporten, *“certificados de buena ejecución de trabajos ya efectuados”* que estos certificados *“deberá indicarse el CPV, la duración del contrato y el importe de las anualidades ejecutadas”*, puesto que el concepto trabajos ya ejecutados no coincide con el de contratos finalizados que ahora esgrime el órgano de contratación, pareciendo más bien este apartado del requerimiento un recordatorio general de los requisitos de los certificados al no poner de manifiesto defecto alguno imputable a los presentados por la UTE recurrente, más allá del que claramente no concurría, cual es el tan meritado de la falta de la apostilla.

Este Tribunal considera que no es contrario al principio de congruencia la consideración de que se produce indefensión a la recurrente si no se le permite conocer realmente cuáles son los defectos imputables a la documentación aportada

a efectos de su subsanación, de lo que se infiere que el contenido del requerimiento efectuado no garantiza suficientemente, como se ha acreditado a la vista del texto del recurso, el derecho de defensa de la UTE.

Cabe recordar que el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que el órgano y la Mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios.

Procede por tanto estimar el recurso retrotrayendo el procedimiento de licitación para que por la mesa se vuelva a requerir a la UTE para que subsane los defectos padecidos en los certificados aportados, en términos en que pueda conocer si duda, cuáles son aquéllos.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 don C.B.G., en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., don L.A.J., en nombre y representación de IMESAPI, S.A. y don J.T.P., en nombre y representación de SKY Helicópteros, S.A contra los Acuerdos de fecha 8 de marzo de 2017, de la Mesa de contratación de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno, por los que se excluye las ofertas de las recurrentes que concurren en compromiso de UTE de la licitación los contratos “Servicio de

prevención y extinción de incendios forestales en la Zona Oeste de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Feader", número de expediente: A/SER-010753/2016 y "Servicio de prevención y extinción de incendios forestales en la Zona Este de la Comunidad de Madrid, cofinanciable con el Feader", número de expediente: A/SER-010755/2016, en los términos más arriba expuestos.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe.

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 49 del TRLCSP.