

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

En Madrid, a 3 de abril de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.N.M., actuando en representación de la empresa Estudio Norniella S.L.P., y don A.S.G., actuando en nombre propio, licitadores en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de marzo de 2019, por el que se excluye su proposición a la licitación del contrato Dirección Facultativa de la obra de construcción del C.S. Las Tablas, expte. A/SER-017831/2018, del SERMAS, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 19 y 29 de noviembre de 2018, se publicó en el Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación de licitación del contrato mencionado. Se tramita mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y su valor estimado asciende a 199.695,45 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 6 entidades entre ellas las recurrentes en compromiso de UTE junto con Ángel Sánchez Aparejadores, S.L.P (UTE Estudio Norniella, S.L.P. - Ángel Sánchez Aparejadores, S.L.P – don A.S.G.,

en adelante UTE NORNIELLA), las participaciones en la UTE son: Estudio Norniella, 50%; don A.S.G., 25%; y Ángel Sánchez Aparejadores, 25%.

El 12 de diciembre de 2018, se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura de las proposiciones presentadas y calificación de la documentación administrativa. De acuerdo con el Acta de la reunión se requiere a la UTE NORNIELLA la acreditación de la solvencia económica exigida: *"Importe a acreditar deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato"* referido al mejor ejercicio dentro de los últimos tres disponibles".

Siendo el valor estimado del contrato de 199.695,45 euros, el importe a acreditar en términos de solvencia económica y financiera es de 299.543,175 euros.

La UTE NORNIELLA presentó escrito el 17 de diciembre de 2018, en el que acreditaban el volumen de solvencia de la siguiente forma:

"Los componentes de la UTE ESTUDIO NORNIELLA - ANGEL SÁNCHEZ APAREJADORES – don A.S.G., declaran:

Que han obtenido los siguientes volúmenes globales de negocio (Importe neto) en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, en el último ejercicio disponible AÑO 2017:

ESTUDIO NORNIELLA S.L.P.	ÁNGEL SÁNCHEZ APAREJADORES, S.L.P.	A. S. G. (EN NOMBRE PROPIO)
200.179,57 €	40.717,60 €	39.121,50 €

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.

Adicionalmente se integra el volumen de negocios a nivel de persona física de don A.S.M., con DNI 000-Z según 'Compromiso de Integración de la Solvencia Económica exigida con Medios Externos', tal y como se acredita en documento adjunto.

VOLUMEN DE NEGOCIOS AÑO 2017 DE DON A.S.M. A NIVEL DE PERSONA FÍSICA.	32.399,13 €
---	-------------

Siendo por tanto el importe acumulado acreditado por la UTE, el siguiente:

“AÑO 2017 IMPORTE ACUMULADO ACREDITADO EN TÉRMINOS DE SOLVENCIA ‘UTE ESTUDIO NORNIELLA - ANGEL SÁNCHEZ APAREJADORES – don A.S.G.’ 312.417,80 €.”

Se acompaña declaración de compromiso de puesta a disposición de medios económicos de don A.S.M.

En consecuencia, la Mesa en su reunión de 19 de diciembre de 2018 considera subsanadas las deficiencias y admite a todos los licitadores.

Tercero.- Tras la apertura de las ofertas económicas y al no justificar la viabilidad de su oferta, incursa en supuesto de baja desproporcionada, el primer clasificado, la Mesa acuerda en su reunión de 6 de febrero de 2019, elevar propuesta de adjudicación del contrato a la UTE NORNIELLA.

Con fecha 18 de febrero de 2019 se requirió mediante el sistema de notificaciones telemáticas NOTE a la UTE NORNIELLA la documentación acreditativa de la capacidad de contratar.

Con fecha 20 de febrero de 2019 se recibió declaración de don A.S.M. que manifiesta que actúa en representación de la empresa Ángel Sánchez Aparejadores, S.L.P., comunicando la retirada por enfermedad sobrevenida de su representada de la Unión Temporal de Empresarios UTE NORNIELLA, siendo ésta la Unión Temporal en la que su representada contaba con una participación del 25%.

Con la misma fecha, se recibió declaración de don A.N.M., actuando en representación de la empresa Estudio Norniella, S.L.P.; y de don A.S.G., actuando en nombre propio. En dicho escrito informan de la retirada de la empresa Ángel Sánchez Aparejadores, S.L.P. de la UTE NORNIELLA.

Don A.N.M. y don A.S.G., adjuntan al mencionado escrito una primera declaración de fecha 11 de febrero, comunicando la modificación de la composición del equipo técnico sobre la presentada en la documentación inicial.

Por la UTE Estudio Norniella – don A.S.G. y por don L.J.R., actuando en representación de la empresa Centros de Estudios de Materiales y Control de Obra, S.A. (CEMOSA) se presenta un segundo escrito correspondiente a un Compromiso de integración de la solvencia económica con medios externos, por la que la empresa CEMOSA *“asume el compromiso de poner a disposición de la UTE ESTUDIO NORNIELLA y don A.S.G. los medios económicos y financieros necesarios para su uso de manera efectiva en la ejecución del contrato.”*

Se aporta también, un tercer escrito, con una nueva declaración de fecha 11 de febrero de 2019, sobre el volumen anual de negocios por parte de don A.N.M. y don A.S.G., declarando unos volúmenes globales de negocio. Adicionalmente integran el volumen de negocios de la empresa Centro de Estudios de Materiales y Control de Obra, S.A.

Reunida la Mesa de contratación con fecha 6 de marzo de 2019, analizan la situación planteada respecto de la UTE propuesta como adjudicataria, constando en el acta que: *“Si bien el apartado 22 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares contemplaba la posibilidad de Subcontratación y establecía la obligación de indicar en la oferta de la parte del contrato que se pretenda subcontratar, la oferta económica presentada por la UTE ESTUDIO NORNIELLA – ANGEL SANCHEZ APAREJADORES – don A.S.G. no indicaba la intención de subcontratar ni el porcentaje correspondiente. Los miembros de la Mesa consideran que la nueva alternativa planteada por la UTE licitadora supone una modificación de la oferta presentada inicialmente.*

La UTE ESTUDIO NORNIELLA – ANGEL SANCHEZ APAREJADORES – don A.S.G. presentó mediante declaración de fecha 17 de diciembre, una declaración sobre el volumen anual de negocios basada en el volumen de negocios por un lado, de Estudio Norniella S.L.P, por otro lado, de Ángel Sánchez Aparejadores y por

último, de don A.S.G. Adicionalmente integran el volumen de negocios de don A.S.M.

Los miembros de la Mesa consideran que en esta fase de la licitación y una vez realizada la apertura de las ofertas económicas no cabe la presentación de nuevos compromisos o declaraciones que modifiquen las solvencias exigidas y ya acreditadas con fecha 17 de diciembre, ni tampoco podría admitirse un nuevo Documento europeo único de Contratación (DEUC) como se propone.

Por todo lo anteriormente expuesto, los miembros de la Mesa de Contratación consideran que se está produciendo una modificación de la oferta y de la composición de la UTE ESTUDIO NORIELLA – ANGEL SANCHEZ APAREJADORES – don A.S.G. y, que por lo tanto, es motivo de exclusión de conformidad con lo establecido en el artículo 69.8 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

Los miembros de la Mesa, por unanimidad acuerdan excluir a la UTE ESTUDIO NORIELLA – ANGEL SANCHEZ APAREJADORES – don A.S.G. de la licitación.”

El Acuerdo fue publicado en el Portal de contratación ese mismo día.

Cuarto.- El 15 de marzo de 2019, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ESTUDIO NORIELLA S.L.P., y don A.S.G. en el que se solicita la anulación del Acuerdo de la Mesa de contratación por considerar que debe admitirse la modificación de la composición de los miembros de la UTE y la correspondiente declaración de integración de la solvencia con medios ajenos. Citan en apoyo de sus tesis diferentes resoluciones de este Tribunal.

El 19 de enero de 2019, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los posibles interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediendo plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. Transcurrido el plazo no se ha presentado ningún escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de entidades licitadoras en compromiso de UTE excluidas del procedimiento, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 6 de marzo de 2019, publicado ese mismo día los recurrentes se dan por notificados e interpuesto el recurso en este Tribunal el día 15 de marzo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye a la licitación la oferta de las recurrentes, en el marco de un contrato de servicio con valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente se opone a la exclusión de su oferta alegando que: *“La UTE ESTUDIO NORIELLA – don A.S.G. ha ofrecido una alternativa al perfil de don A.S.M., como Director de Ejecución de la Obra según el Apartado 2 ‘Composición del Equipo Técnico que asumirá las tareas de la Dirección Facultativa’.*

Estas funciones serán asumidas por don A.S.G. (que figura como Coordinador de Seguridad y Salud de la Obra) que acreditaba la solvencia técnica establecida en el punto 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares para la Dirección de Ejecución y también para la Coordinación de Seguridad y Salud con la colaboración de un nuevo miembro del equipo, Arquitecto Técnico. Ello conlleva a que no se vea alterado el compromiso de adscripción de medios por la mera sustitución de un Arquitecto Técnico por otro siendo el número de miembros del equipo el mismo en la situación anterior y posterior.

Este técnico se configurará en régimen de Subcontratación, según lo previsto en el punto 22 del Cuadro de Características del PCAP”.

Respecto a la solvencia se alega que: *“la UTE ESTUDIO NORIELLA - don A.S.G. ha aportado un nuevo ‘Compromiso de Integración de la Solvencia Económica exigida con Medios Externos’ para la acreditación de un volumen de negocio suficiente acorde con lo requerido en el PCAP. De igual modo se ha aportado una nueva ‘Declaración Complementaria al DEUC para Subsanar la Acreditación de la Solvencia Económica y Financiera. Declaración de Volumen de Negocios’ que da cumplimiento al requisito del PCAP Capítulo I Punto 6. ‘Solvencia económica, financiera y técnica o profesional’”.*

En consecuencia, considera que en base a distintas resoluciones citadas es posible aportar la documentación pertinente que acredite el cumplimiento de todos los extremos del PCAP en esta fase de requerimiento de documentación y su oferta debe ser admitida.

Por su parte el órgano de contratación se remite al Acuerdo de exclusión adoptado en el que constan las razones que llevaron a la Mesa a excluir la propuesta de los recurrentes.

Debe recordarse lo dispuesto por el artículo 69.8 de la LCSP relativo a las uniones de empresarios:

“8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incursa en prohibición de contratar (...).”

Por lo tanto la regla general que establece la Ley es que la modificación de la composición de la unión temporal de empresas conlleva su exclusión.

Ahora bien, la Ley especifica que no se considera modificación y por tanto no implica la exclusión la alteración de la participación siempre *“que se mantenga la misma clasificación”*. Es decir, que debe mantenerse en las empresas que conforman la UTE tras la modificación de su composición, la clasificación o en su caso, el nivel de solvencia exigido en el Pliego.

Este criterio es el mantenido por el Tribunal en su Resolución 205/2013, de 23 de diciembre, en la que se señala: *“Cabe por último examinar la pretensión subsidiaria de admisión de la oferta presentada por la otra empresa que concurre en compromiso de Unión Temporal de Empresas (UTE).”*

La respuesta que daba darse a esta pretensión necesariamente debe partir de la naturaleza que tienen las UTEs y su régimen de obligaciones en la contratación pública. A este respecto debe señalarse que en el caso de que las empresas concurren en UTE, cada una de ellas conserva tanto durante la licitación, como

durante la ejecución del contrato su propia personalidad jurídica, tal y como se desprende del apartado 2 del artículo 7 de 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 este punto de acuerdo con el artículo 24 de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en las UTEs cada uno de los miembros que la componen deberán acreditar su capacidad y solvencia acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la UTE las características acreditadas para cada uno de ellos. Esta falta de personalidad jurídica independiente de las empresas que la constituyen de las UTEs determina que el régimen de sus obligaciones frente a la Administración o Poder adjudicador contratante sea el de solidaridad, y esto lo que supone es que cada una de las personas jurídicas empresariales que integren la agrupación, por lo que hace a los derechos y obligaciones que hayan sido estipulados en el contrato para el contratista, ostentará frente a la Administración contratante la posición jurídica legalmente establecida para aquella clase de obligaciones (en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil), que obliga a que cada uno de los miembros de la misma deba responder, en su caso, del cumplimiento de la integridad de las obligaciones derivadas del contrato, sin perjuicio de su derecho de repetición o de las relaciones jurídicas internas entre las empresas componentes. Por lo tanto la propuesta presentada por el conjunto solidario de empresas debe reputarse como proposición de cada uno de los miembros que lo componen, tal y como se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 abril 2001, dictada en el Recurso de Casación 6801/1995, (RJ 2001\34269), que continuando con este argumento entiende que 'Ese es el efecto principal y sustantivo de la regulación contenida en esos artículos 10 de la LCE y 26 y 27 RGCE, (actual artículo 24 del RGLCAP) y las demás prescripciones que en ellos se establecen han de ser entendidas con un carácter instrumental o subordinado en relación a dicho efecto principal. Así: la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada empresario, como la de indicar sus nombres y circunstancias, es un requisito que resulta imprescindible para que pueda tener lugar el efecto que es propio de la solidaridad, y que consiste en la posibilidad de que la otra parte del

contrato (en este caso la Administración) pueda exigir a cualquiera de los que se vinculó con carácter solidario el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato; y la designación de un representante único, con poderes bastantes para desarrollar la actuación que corresponde a cada uno de los solidariamente obligados, es una regla destinada a facilitar la relación entre éstos y la Administración contratante'.

En sentido semejante puede citarse, a efectos interpretativos, la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 enero 2012. RJ 2012\3675, cuando afirma: 'Además, la oferta -y la eventual adjudicación a su favor- lo era de la unión temporal de empresas y la solidaridad entre ellas determina que la incapacidad sobrevenida de una, no suponga necesariamente la resolución contractual si las demás pueden cumplir con las obligaciones de la quebrada'.

Por otro lado es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación.

En este contexto este Tribunal entiende que es posible admitir la oferta presentada, aunque uno de los miembros de la UTE resulte excluida de la misma, siempre y cuando no se produzca una modificación de aquélla, manteniéndola en todos sus términos, lo que implica necesariamente que la empresa que continúe sosteniendo la oferta reúna todos los requisitos de capacidad y solvencia por sí sola, así como el resto de las exigencias establecidas en los pliegos que han de regir la licitación, cuya apreciación corresponde a la Mesa de Contratación".

Por tanto la admisión de la oferta de la UTE, tras la modificación quedaría condicionada al mantenimiento de la misma en todos sus términos y a que las empresas resultantes reúnan los requisitos de solvencia.

A esa misma conclusión llega el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales en su Resolución nº 896/2018 de 5 de octubre, cuando señala que "Este Tribunal ya se refirió al supuesto de la retirada de una empresa en el supuesto

de que la oferta se hubiese presentado por una UTE, en las resoluciones número 215/2013 y 107/2012, entre otras, en las que se resolvieron sendos supuestos en que se producía la retirada de una empresa de las que formaban una Unión Temporal de Empresas, señalando en ambos casos que tal cosa no impide la adjudicación del contrato al resto siempre que se siga acreditando solvencia (en su caso), clasificación y se mantenga inalterable la proposición, dado que en caso contrario sería una modificación sobrevenida de la oferta”.

Ninguna de las dos circunstancias mencionadas se ha producido en este caso. En primer lugar porque se ha modificado la oferta, incluyendo la subcontratación que previamente no existía y en segundo lugar porque no acreditan las empresas componentes su solvencia y modifican el compromiso de aportación de solvencia con medios ajenos, incluyendo a otra empresa, lo que supone sin duda una vulneración de lo establecido por el artículo 69.8 anteriormente citado.

Debe indicarse que las Resoluciones del Tribunal a las que se refieren los recurrentes abordan un supuesto distinto, el compromiso de aportación de medios, artículo 64.2 del TRLCSP y 76.2 de la LCSP, que se constituye como un medio adicional de solvencia. En ese caso en el momento acreditar por el adjudicatario la efectiva puesta a disposición de los medios, se permite la modificación de la propuesta inicial de profesionales.

En el supuesto planteado debemos concluir que se ha producido una modificación de la oferta y procede la exclusión por lo que el recurso debe ser desestimado.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.N.M., actuando en representación de la empresa Estudio Norniella, S.L.P., y don A.S.G., actuando en nombre propio, licitadores en compromiso de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de marzo de 2019, por el que se excluye su proposición a la licitación del contrato Dirección Facultativa de la obra de construcción del C.S. Las Tablas, expte. A/SER-017831/2018, del SERMAS.

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.