

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

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.M.B., en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresas denominada UTE GREMOBA, S.L. - SECOPSA, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, reunida el 19 de octubre de 2017, del “Contrato mixto (suministro y servicios) de los servicios energéticos, mantenimiento con garantía total y mejora y renovación de las instalaciones eléctricas y térmicas de las dependencias municipales y del alumbrado público del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial”, expediente CSU 001/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 11 y 26 de abril de 2014, se publicó respectivamente en el DOUE y en el BOE el anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia con un valor estimado de 15.063.487,90 euros, con un plazo de ejecución del contrato de quince años, con posibilidad de prórroga por un año.

Segundo.- Interesa destacar a efectos de la resolución del recurso que el PCAP en la cláusula 1 relativa a la Definición del objeto del contrato y necesidades a satisfacer se establece que:

“Este contrato tiene por objeto las prestaciones de los servicios energéticos (suministro de energía y combustibles), mantenimiento con garantía total y mejora y renovación de las instalaciones eléctricas y térmicas de los edificios municipales y las instalaciones de alumbrado público municipal del municipio de San Lorenzo de El Escorial; en los términos que se especifican en el pliego de prescripciones técnicas particulares.

El contrato tiene como fin principal, asegurar la continuidad del funcionamiento del alumbrado público y de los edificios y dependencias municipales, con un nivel técnico aceptable de las instalaciones, realizar un mantenimiento de las mismas, y realizar cuando proceda las reparaciones, reposiciones, reemplazamientos, mejoras o modificaciones necesarias.

Las prestaciones a contratar son:

- *Prestación P1.- Gestión energética: Hace referencia a la gestión del suministro de energía térmica (gasóleo, gas natural, gas propano,...) y eléctrica necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato, incluyendo la compra de la energía a las empresas comercializadoras y/o distribuidoras, el control de calidad, la cantidad y uso y las garantías de aprovisionamiento demandadas por la legislación vigente y las exigencias municipales.*

- *Prestación P2.- Mantenimiento: Hace referencia a la prestación del servicio de mantenimiento preventivo, correctivo y predictivo para lograr el perfecto funcionamiento, estado, limpieza y operatividad de las instalaciones; manteniendo un adecuado nivel de servicio de los equipos y componentes, así como lograr la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes.*

- *Prestación P3.- Garantía Total: Reparación, sustitución y renovación de equipos ocasionados por el deterioro normal de los mismos o por averías durante la vida del contrato según se regula en este Pliego de Condiciones bajo la modalidad de Garantía Total.*

- *Prestación P4.- Obras de Mejora y Renovación de las Instalaciones: Realización y financiación a cargo del adjudicatario de aquellas Obras de Mejora y Renovación de las instalaciones que se especifican en el Anexo 7 del presente Pliego de Condiciones Técnicas y que resulten necesarias para la optimización del gasto energético, para la adecuación a la reglamentación o porque la realidad de su estado, funcionamiento, rendimiento o condiciones de seguridad así lo (...)*

- *Prestación P5.- Mejora de la eficiencia energética: Además de las prestaciones enumeradas, con este contrato se pretende promover la mejora de la eficiencia energética mediante la incorporación de equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de energía y la eficiencia energética. Estas instalaciones serán propuestas, ejecutadas y financiadas por el Adjudicatario –siempre con la aprobación previa de los Servicios Técnicos Municipales sin tener repercusión económica alguna sobre el presupuesto de este contrato. Será a cargo del Adjudicatario la gestión y recuperación de éstas durante el periodo de contratación, asumiendo el riesgo de la no consecución de los tiempos de retorno. Con la finalización del contrato, las instalaciones ejecutadas pasarán a ser propiedad del M. I. Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial sin ningún tipo de coste o recargo y en perfecto estado de funcionamiento.*

El abono de la totalidad de las obras e instalaciones de las prestaciones P4 y P5 corresponde al adjudicatario, incluida la redacción - si lo estiman oportunos los Servicios Técnicos Municipales- del correspondiente proyecto técnico de obras o instalación; el cual deberá ser verificado y aprobado por los citados Servicios Técnicos Municipales; así como la financiación de la dirección de obras si esta fuese externa, el estudio de seguridad y salud, el estudio geotécnico y -en general- todos los gastos asociados a las inversiones a realizar serán de igual modo soportados por el Adjudicatario.

La definición de las propuestas y proyectos técnicos deberá ser previa a la ejecución de todas las obras e instalaciones quedando en todo caso comprometido el adjudicatario a no efectuar ninguna modificación en las instalaciones (o ejecución de ninguna obra) sin la autorización previa municipal o en su caso aprobación del correspondiente proyecto técnico.

- *Prestación P6. Trabajos Complementarios: Ejecución de trabajos no programados relacionados con el alumbrado exterior, las instalaciones eléctricas y térmicas de las dependencias municipales en el marco de este contrato, y que no corresponden trabajos específicos del resto de prestaciones.”*

Tercero.- A la licitación se presentaron 6 ofertas una de ellas por la recurrente.

Tras la tramitación del expediente de contratación el contrato fue adjudicado inicialmente a Gas Natural. Mediante Resolución 212/2014, de 3 de diciembre, este Tribunal estimó el recurso interpuesto contra la citada adjudicación, anulando la misma, procediendo la exclusión de Gas Natural, que posteriormente fue confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa en el procedimiento ordinario 19/2015, con fecha 6 de junio de 2016.

En consecuencia, después de la tramitación oportuna y de la interposición de otros dos recursos, el Acuerdo de la Junta Gobierno Local de 12 de marzo de 2015, procede a adjudicar el contrato a Imesapi, S.A.

Dicha Resolución fue impugnada por la representación de Gremoba, S.L., y el administrador único de la empresa Secopsa Grupo, S.L. solicitando se declarase la exclusión de la oferta de la mercantil Imesapi, S.A., por incumplimiento de los requisitos del pliego al haber incluido en el sobre B, documentación y datos de carácter económico, siendo estimada por este Tribunal mediante Resolución 63/2015, de 23 de abril de 2015, anulando la adjudicación recaída y ordenando continuar la tramitación del procedimiento de licitación y adjudicar el contrato a la siguiente oferta que resulte mejor clasificada, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.

La Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 7 de mayo de 2015 acordó requerir a Gremoba-Secopsa Grupo S.L., en compromiso de UTE, primer clasificado tras la exclusión de las dos adjudicatarias anteriores, para que presentara *“la documentación acreditativos del cumplimiento de requisitos previos así como la*

justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, y de haber constituido la garantía definitiva por importe de 564.297,76 €, equivalentes al 5% del precio de adjudicación del contrato sin IVA.”

Inicialmente la UTE presentó una declaración responsable necesaria para ser admitida en la licitación por lo que hubo de requerirse, previo a la adjudicación, la documentación a fin de comprobar la capacidad de obrar y el cumplimiento de resto de obligaciones exigidas de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 del TRLCSP.

La UTE aportó entre otra documentación las escrituras de constitución de la UTE, en la que se hace constar que el objeto social de Gremoba, S.L., es *“Proyectos técnicos industriales y dirección de obra, instalaciones eléctricas en general, instalaciones de frío, calor y acondicionamiento de aire, instalación, distribución y mantenimiento en materia de protección contra incendios, la ejecución y conservación de todo tipo de obras de edificación y obras civiles, e instalaciones públicas o privadas, por cuenta propia y de terceros, así como la adquisición, explotación y enajenación de bienes inmuebles”*.

Grupo Secopsa, S.L., participa en la UTE en un 20 % y su objeto social según la Escritura de Ampliación de Objeto Social y Modificación de Estatutos consiste en (art.2):

“1.- La prestación de servicios a empresas en el ámbito de la contabilidad, la gestión de personal, los servicios informáticos, el marketing, el asesoramiento financiero, jurídico y fiscal y la dirección de operaciones, valiéndose en su caso de profesionales.

2.- La toma de participación en otras compañías y la gestión y dirección de dichas participaciones mediante la correspondiente organización y disposición de medios materiales y humanos.

3.- La explotación y gestión de puertos deportivos y sus servicios Anexos.”

El Ayuntamiento a la vista de la documentación presentada se planteó la cuestión de si Secopsa Grupo, S.L. cumplía con el requisito de capacidad de obrar necesaria y concretamente:

a.- Si el objeto de la citada empresa se correspondía con el del contrato.

b.- Si a la vista de la legislación aplicable, la capacidad de obrar puede transmitirse de una empresa (Secopsa Servicios SA) a otra (Grupo Secopsa, S.L.), siendo la primera (Secopsa Servicios SA) 100% propiedad de la segunda (Grupo Secopsa, S.L.), aunque la empresa Grupo Secopsa, S.L. no tuviera en su objeto, al menos aparentemente, ninguna relación con el objeto del contrato, y teniendo en cuenta que a efectos de ejecución del contrato la empresa Grupo Secopsa, S.L. disponía de la totalidad de los recursos de la empresa Secopsa Servicios, S.A.

Por ello realizó consulta formal a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y a la vez se solicitó en junio de 2017 la asistencia de la profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos y directora del grupo de investigación “Glocal-Res”, que se inserta dentro del proyecto del Campus de Excelencia Internacional “Energía Inteligente”, que emite su informe el 22 de agosto de 2017, pronunciándose sobre los dos extremos que se le preguntaban: por un lado, sobre la existencia o no de capacidad de obrar de Secopsa Grupo, S.L. y por otro lado, sobre la viabilidad legal y oportunidad de la adjudicación de este contrato, en aras del interés general de los vecinos de San Lorenzo de El Escorial.

El Informe de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación, celebrada el 13 de julio de 2017, notificado al Ayuntamiento el 15 de septiembre, concluía que la normativa en vigor exige la acreditación de la capacidad de cada una de las empresas que constituyen la UTE. *“El hecho de que una empresa que aparentemente no tenga capacidad de obrar sea propietaria de otra que sí la tiene no implica que la primera adquiera esa misma capacidad de obrar. No resulta posible la transmisión de la capacidad de obrar de una empresa a otra porque se trata de una característica inherente y exclusiva de cada empresa.*

En relación con la solvencia económica y financiera y técnica y profesional sí es posible su transmisión entre empresas, incluso sin que una de ellas sea propietaria de la otra, puesto que la normativa permite la adopción del compromiso de integración de la solvencia con medios externos”.

Por otra parte, el informe de la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos expone que *“El quid de la cuestión es determinar si los “servicios informáticos” que aparecen referidos en el objeto social de SG, S.L*

- son un medido instrumental al servicio de las actividades principales (aquí de asesoría y consultoría empresarial) o,

- una actividad sustantiva que puede ir referida y desarrollarse en cualquier sector de actividad, incluidos los servicios energéticos.

(...)

En definitiva, no resulta acreditada la capacidad de la empresa SG, S.L para la ejecución del tipo de contrato propuesto ni, en particular, para la asunción de las tareas de informatización que se establecen en el Pliego para el seguimiento energético de las instalaciones y dependencias que son objeto del contrato.

Ni la más voluntarista de las interpretaciones favorables a la conservación del negocio jurídico podría considerar subsanada la generalidad de la actividad consignada en la escritura social (“servicios informáticos”) y referida a la habilitación profesional, a la aptitud para celebrar el contrato, con esta declaración que, además, podría estar referida a otras actividades objeto del contrato. Y que se enmarca en los requisitos de solvencia económica y financiera.

En consecuencia, parece que la GREMOBA S.L. y SECOPSA GRUPO S.L., U.T.E carece de la capacidad de obrar necesaria para poder ser adjudicataria del contrato, ya que una de las integrantes de la UTE: SECOPSA GRUPO S.L., ni tiene capacidad por sí misma, ni puede recibirla de ninguna otra, sea cual sea su relación con ella.”

A la vista de la documentación aportada la Mesa de Contratación, celebrada el 19 de octubre de 2017, acordó *“Excluir a la mercantil GREMOBA S.L. y SECOPSA GRUPO S.L., U.T.E., del procedimiento de contratación, no resultando adjudicataria, por no cumplir SECOPSA GRUPO S.L. con los requisitos de capacidad de obrar necesarios exigidos legalmente, conforme a los informes transcritos anteriormente”* y proponer al Pleno del Ayuntamiento *“Renunciar a la celebración del contrato mixto (suministros y servicios) de los servicios energéticos,(...)por razones de interés público”*.

Cuarto.- Con fecha 29 de noviembre de 2017, la representación de la UTE GREMOBA, S.L. - SECOPSA, S.L. interpuso ante el Tribunal recurso administrativo especial en materia de contratación contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 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).

Solicita que se acuerde la nulidad del acuerdo de exclusión de la UTE y la adjudicación del contrato por entender que todas las actividades del Grupo Secopsa en su conjunto, al que pertenecen 16 sociedades filiales, están íntimamente ligadas al objeto del contrato, siendo Grupo Secopsa, S.L. la que controla y gestiona todo el Grupo.

El órgano de contratación remitió copia del expediente junto con el informe preceptivo al Tribunal, de acuerdo con el artículo 46 del TRLCSP, con fecha 4 de diciembre de 2017. En el informe señala que de conformidad con el informe emitido por la Junta Consultiva de Contratación, el de la experta especialista de la Universidad Rey Juan Carlos y el de la Secretaría General del Ayuntamiento de fecha 16 de octubre de 2017, resulta acreditada la falta de capacidad de obrar de Gremoba S. L. y Secopsa Grupo S.L., U.T.E, como consecuencia de la falta de capacidad de obrar de la segunda de las integrantes de la misma cuyo objeto social consiste en la realización de servicios informáticos y ratifica el criterio de la Mesa de

contratación que acordó su exclusión ante la imposibilidad de ser la UTE adjudicataria del contrato a cuya licitación había comparecido manifestando cumplir todos los requisitos para ser adjudicataria.

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. Ha presentado escrito de alegaciones Clece, S.A., oponiéndose al recurso interpuesto. Señala el incumplimiento de Secopsa grupo de los requisitos de capacidad de obrar necesarios para contratar con el sector público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acuerdo de la Mesa de Contratación, acto de trámite cualificado, por el que se excluye a la recurrente de un contrato mixto de suministro y servicios, dominado desde el punto de vista de la importancia económica de las prestaciones por el suministro, por importe superior a 209.000 euros y por lo tanto, susceptible de recurso especial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Acuerdo de exclusión fue adoptado el 19 de octubre de 2017, notificado el 8 de noviembre de 2017 y el recurso fue presentado el 27 del mismo mes.

Cuarto.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una UTE ya constituida y clasificada en primer lugar, *“cuyos derechos e intereses*

legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 42 del TRLCSP).

En la escritura de constitución de la UTE otorgada el 1 de junio de 2015 consta que comparece don G.M.B. en triple concepto, en su nombre propio, en representación como administrador único de Gremobla S.L. transcribiendo su objeto social y *“en nombre y representación, como mandatario verbal, según manifiesta, de la sociedad mercantil limitada GRUPO SECOPSA S.L. (...) C.I.F B-97/416879, haciendo expresa indicación de que “No me acredita tal representación, por lo que yo, el Notario, advierto al compareciente de que la plena eficacia jurídica de este otorgamiento está supeditada bien a la acreditación documental del mandato alegado, bien a la posterior ratificación de la sociedad mandante”* y reflejando los datos de su escritura de constitución sin transcribir su objeto social. Aunque no queda acreditada la representación de todos los miembros de la UTE el artículo 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, reconoce como supuesto especial de legitimación el caso de que el recurso se interponga por cualquiera de las empresas que concurran a la licitación en compromisos de UTE.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que se dirige esencialmente contra el acuerdo de exclusión de la UTE recurrente por no acreditar la capacidad de obrar por falta de vinculación con el objeto del contrato del objeto social de una de las empresas que constituyen dicha UTE. En el recurso se hacen otras alegaciones en relación a la posibilidad de acreditar la solvencia con medios externos, cuestión que no fue objeto del acuerdo de exclusión y a la que no se atribuye ninguna consecuencia en el *petitum* del recurso. Asimismo se alega que se ha tenido conocimiento de la convocatoria de un pleno incorporando un punto de renuncia a esta contratación pensando que su exclusión ha sido una argucia del Ayuntamiento para no hacer frente a las indemnizaciones inherentes a la renuncia.

Tampoco el Tribunal puede entrar en este asunto, pues se trata de un acto aun no dictado y ninguna petición concreta se solicita al respecto.

No se discute la adecuación del objeto social de Gremoba, S.L. En cuanto a Grupo Secopsa, S.L., se alega por la recurrente que esta mercantil es el socio único y el Administrador Único de diversas sociedades operativas (en total 16) y aportó también un documento de cesión de solvencia de fecha 28 de mayo del 2015, en el que se relacionaban las 16 empresas que constituían el Grupo Secopsa. Todo ello acredita, según la recurrente que Grupo Secopsa, S.L., como administrador único de estas sociedades tiene el control total sobre la disposición de los medios de estas sociedades para ponerlos a disposición del contrato.

Señala el recurso que en su momento no fue posible la formalización del contrato por la celebración de elecciones municipales de 2015, el cambio de gobierno local y la interposición de sendos recursos, habiendo requerido al Ayuntamiento en varias ocasiones para que, de conformidad con lo establecido en el art 151 del TRLCSP, llevara a término la formalización, advirtiendo que en caso contrario procedería la consiguiente reclamación de daños y perjuicios.

Opone que el Informe 44/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 13 de junio de 2017, evacuado a instancias del Ayuntamiento, solo establece un criterio interpretativo sobre la normativa vigente en el caso de que la licitadora sea una UTE y si es transmisible la capacidad de obrar y la solvencia y no un análisis del caso concreto ya que no analiza los documentos del expediente administrativo (escrituras, ofertas, documentos complementarios, etc. ...).

En cuanto al informe de la profesora habla de Secopsa Grupo, S.L., socio de la UTE, con el 20%, de participación y manifiesta que es una Sociedad filial del Grupo Secopsa, poco más que una gestoría, cuando no es así, pues precisamente, Grupo Secopsa, S.L. es la sociedad matriz de todo el Grupo y al mismo tiempo la Administradora única de todas sus filiales, lo que le lleva a conclusiones erróneas.

Sostiene que el objeto de este contrato incluye seis tipos de prestaciones una de ellas consiste en realizar “otros trabajos complementarios” y que para satisfacer el objeto de este contrato se constituye la UTE en la que la empresa GREMOBA, S.L., cuya capacidad de obrar no se pone en duda, participa en un 80% en la UTE, realizará las actuaciones de ejecución material y que siendo necesaria la capacidad económica y financiera y también técnica de SECOPSA GRUPO S.L., esta participa en un 20 %. De sus Estatutos deduce que su objeto es participar en otras empresas para organizar los medios humanos y materiales para el desarrollo de las actividades de las mismas, en cualquier campo de negocios. Añade que siendo la gestión informática esencial en este contrato para el control de los elementos de iluminación (intensidad, consumo, encendido/apagado, mantenimientos, etc.) queda claro que estas aplicaciones son esenciales para la gestión de un contrato de esta naturaleza y los propios Pliegos exigen su incorporación a la ejecución del contrato.

En cuanto a la gestión del personal y el asesoramiento y apoyo financiero, afirma que el contrato exige la subrogación a la UTE del personal municipal que actualmente está desarrollando las funciones de mantenimiento y la incorporación de nuevo personal así como la financiación de nuevas inversiones, todo ello coincide con el objeto social de Grupo Secopsa, S.L, por lo que la exclusión de la UTE por falta de capacidad de obrar no solo es una interpretación muy restrictiva de la normativa jurídica aplicable que no resulta conforme con el Derecho de la UE, y contraria al objetivo establecido en las Directivas y al principio de concurrencia en materia de contratación pública, que no se aviene con la realidad de la empresa y su grupo, y por tanto, ni tan siquiera es cierta, lo que hace de la resolución un acto nulo de pleno derecho y alega que la doctrina y jurisprudencia sobre la capacidad de obrar admite que no es necesaria la coincidencia literal entre el objeto social de las empresas y el objeto del contrato, siendo suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto del contrato encajan o quedan amparadas o englobadas en estos fines, objeto o ámbito de actividad, en sentido amplio a fin de favorecer el principio de concurrencia. Acompaña a su recurso un informe redactado por una catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y ex

Letrado del Tribunal Constitucional, sobre la capacidad de obrar y la posibilidad de que las empresas de la UTE sean admitidas en la presente licitación.

A mayor abundamiento advierte de la solvencia de la UTE mediante la integración de las dos sociedades que la constituyen y sostiene que la Mesa incurre en desviación de poder pues ya había cumplido su finalidad de enumerar y ordenar las ofertas y ya se había hecho la propuesta. No cabe que vuelva ahora a decidir sobre la cuestión de la capacidad de obrar, la solvencia de la UTE o la adjudicación del contrato, ni tampoco sobre la exclusión, decisión que solo podría corresponder al Pleno del Ayuntamiento, en tanto que órgano competente.

El órgano de contratación en su informe al recurso, sostiene que el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación se basa en el informe de la Secretaria General del Ayuntamiento de 16 de octubre de 2017 y que en todo momento actuó dentro de sus competencias, porque el artículo 151.2 del TRLCSP es compatible con el 146.4 y por tanto no se puede adjudicar el contrato si no se cumple el requisito de la capacidad de obrar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 y 63 del TRLCSP, el 24.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

Añade que la confusión en la denominación y capacidad de la licitadora se ha generado por ella misma ya que una vez el mismo representante suscribe documentación en nombre y representación de Secopsa Grupo; otras como Gremoba, S.L, otras como Grupo Secopsa, S.L., lo que le lleva a pensar que erraron en elegir la empresa del Grupo a constituir la UTE, eligiendo la que no tenía capacidad y que habría que analizar si mucha de la documentación presentada quizás no sea válida por haber sido presentada a nombre de otras sociedades del Grupo distintas a la que se constituía en UTE.

Por último informa que el órgano de contratación se ha planteado renunciar a la licitación dado lo dilatado del procedimiento y teniendo en cuenta como “causa

habilitadora sobrevenida de una razón o motivo de interés público” la progresiva regulación y normalización de los servicios energéticos, ya que desde la fecha del anuncio se han aprobado normativas nuevas en variados ámbitos -desde la gestión de residuos de aparatos eléctricos a normas técnicas o normas de capacitación profesional- y se hayan impulsado estrategias políticas de energía y clima antes no accesibles para las entidades locales.

El artículo 54 del TRLCSP exige que cada uno de los miembros que componen una UTE tenga capacidad de obrar, no esté incurso en prohibición de contratar y acredite su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en su caso, la clasificación. La unión temporal de empresas tiene por fin (en el ámbito de la contratación pública) licitar con mayores garantías de éxito a la adjudicación de contratos al unir las empresas que la componen su experiencia profesional y potencial económico en la prestación de un servicio para lo que únicamente han de designar un representante común a efectos de sus relaciones con la Administración, pero conservando cada una su individualidad como persona jurídica y su responsabilidad frente a la Administración. Por ello la condiciones de aptitud para contratar con el sector público exigen que la capacidad de obrar y de solvencia han de ser exigidos a cada una de las empresas que se integran en la unión temporal, sin perjuicio de su posible acumulación.

El requisito de capacidad específico para las personas jurídicas que desean contratar con la Administración aparece regulado en el artículo 57.1 del TRLCSP: *“Las personas jurídicas sólo 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.”* El régimen jurídico de la capacidad no se regula en la normativa de contratos del sector público, sino que ésta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico. El RLCAP en su artículo 24.1 explicita que en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme acumulándose a efectos de determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma.

Para la acreditación de esta capacidad de obrar dispone el artículo 72.1 del TRLCSP: *“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 inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.”*

Este Tribunal ha manifestado en diferentes ocasiones (vid Resolución 205/2013, de 23 de diciembre) que cuando dos o más empresas concurren con el compromiso de constituirse en UTE, los requisitos de capacidad de obrar han de cumplirse por todas y cada una de ellas, no debiéndose admitir aquellas proposiciones en que alguna de las empresas no reúna los requisitos de capacidad de obrar previstos legalmente.

La finalidad perseguida por la norma es evitar que pueda resultar adjudicatario de un contrato público una mercantil cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esa finalidad no puede convertirse mediante una aplicación restrictiva en una limitación de la libre concurrencia.

La ley no exige esa identidad o equiparación de la definición de las prestaciones propias con las del objeto contractual, de modo que entendemos que basta con la simple valoración de hallarse incluidas tales prestaciones en el objeto social. En cuanto a la identidad entre el objeto social de las empresas que integran la UTE con el objeto del contrato, todas las empresas integradas en la UTE tienen que acreditar, al menos, una relación directa o indirecta, ya sea total o parcial entre su objeto social y el objeto del contrato. Se considera que la UTE no cumple con el requisito de capacidad de obrar cuando el objeto social de alguna de las empresas que la integran no guarde relación con la parte o partes del objeto del contrato.

Cuando a la vista de los términos en que está redactado el objeto social se plantean dudas sobre las prestaciones amparadas por el mismo, por estar definido

en términos amplios y cuando se plantea la cuestión de la equivalencia o no entre el mismo y el objeto del contrato hay que realizar una labor interpretativa conforme a los criterios que han sido delimitados por los informes de los órganos consultivos en materia de contratación pública.

Comprueba el Tribunal que tanto el PCAP como el PPT como objeto del contrato describen seis prestaciones diferentes todas ellas relacionadas con la gestión y la eficiencia energética, las instalaciones, y su garantía y mantenimiento, sin que contemple la realización de desarrollos informáticos específicos relacionados con el objeto del contrato ni la prestación de ningún servicio técnico en ningún otro ámbito de actividad empresarial.

Siendo claro y preciso el objeto del contrato, la capacidad de obrar de los licitadores habrá de estar referida a una o varias de dichas prestaciones, sin perjuicio de que además las empresas deban acreditar con su solvencia que cuentan con los medios y recursos necesarios para su realización, ya sea humanos, materiales, equipos o sistemas.

Sentado lo anterior cabe examinar si en el presente caso se produce este encaje o coincidencia, aunque sea indirecta, entre las prestaciones objeto del contrato y el ámbito de actividad de la empresa excluida.

Siguiendo los criterios interpretativos enunciados anteriormente, aun partiendo del criterio de amplitud en el examen de la adecuación del objeto social de la empresa al objeto del contrato, resulta claro que la actividad de la empresa excluida, de acuerdo con la escritura de ampliación de objeto social y modificación de estatutos de Grupo Secopsa, S.L. recogido en los antecedentes de hecho, consiste en la prestación de servicios a empresas en ámbitos distintos al que es objeto de la licitación y tal como afirma el informe de la profesora de la Universidad Rey Juan Carlos requerido por el Ayuntamiento son un medio instrumental al servicio de la actividades principales de gestión de empresas que realiza Grupo

Secopsa y no una actividad sustantiva o propia que pueda desarrollar sobre las prestaciones que se contratan.

Es evidente que el objeto social de Grupo Secopsa, S.L. no coincide ni siquiera parcialmente con el del objeto del contrato.

Sexto.- Finalmente se considera por la recurrente que existe desviación de poder y nulidad del acto de adjudicación por incompetencia del órgano. En concreto por la no ejecución de la obligación de contratar a pesar del largo plazo de tiempo transcurrido, el requerimiento de dicha UTE para formalizarlo y la aparición de informes respecto de la capacidad de obrar y de la solvencia técnica, lo que da la impresión de que el consistorio está buscando la fórmula para no adjudicar que para cumplir sus obligaciones legales. Por otro lado la Resolución de este Tribunal 63/2015, de 25 de abril de 2015, anulando la adjudicación a IMESAPI no remitía la determinación de la adjudicación a la Mesa de Contratación, como ha hecho el Consistorio, sino que lo remitía al órgano de contratación. Solo el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar del siguiente a aquel en que haya recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de las sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se haya comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. El órgano de contratación no ha ejercido sus facultades y las ha llevado a la Mesa de contratación, órgano que no era competente a los efectos establecidos en la Ley y en la Resolución 63/2015. La Mesa de contratación ya había cumplido su finalidad de enumerar y ordenar las ofertas y ya se había hecho la propuesta. No cabe que esta vuelva ahora a decidir sobre la cuestión de la capacidad de obrar, la solvencia de la UTE o la adjudicación del contrato, ni tampoco sobre la exclusión, pues la retroacción de la resolución del acuerdo del Tribunal no llegaba hasta ese momento, sino al posterior del requerimiento de documentación y adjudicación del contrato,

momento en que la competencia de la Mesa ya no existe y es únicamente del órgano de contratación. En este caso del Pleno del Ayuntamiento.

Respecto de la invocación al derecho a la adjudicación a pesar del tiempo transcurrido, cabe reseñar que no se trata de un derecho reconocido sino de una propuesta que está condicionada a la previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 151.2 y en este caso la acreditación de los requisitos previos que se deben adjuntar con la oferta en los procedimientos abiertos y en este caso fueron sustituidos por una declaración responsable.

En cuanto a la desviación de poder que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. El retraso en la adjudicación se ha debido a dudas en la legalidad de las decisiones a adoptar por el órgano de contratación y la decisión de exclusión no se debe un interés en no indemnizar al licitador en el supuesto de renuncia al contrato. El informe se solicitó a la Junta Consultiva de Contratación por el Ayuntamiento el 11 de julio de 2016 y no ha sido notificado el acuerdo hasta el 15 de septiembre de 2017. Por lo que la demora también se produce porque se está a la espera del informe de la Junta Consultiva más de un año, con el cual se quería dotar de mayor seguridad a la decisión que la Administración iba a proponer a la Mesa de Contratación. La Administración ha pretendido rodeándose de tantos informes internos y externos, no ser arbitraria y dotar de objetividad al procedimiento.

En cuanto a la nulidad radical por incompetencia de la Mesa de contratación cabe recordar que la Resolución de este Tribunal acordaba *“anulando la adjudicación recaída, procediendo la exclusión de IMESAPI, S.A., y continuando la tramitación del procedimiento de licitación y adjudicando a la siguiente oferta que resulte mejor clasificada, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP”*.

El mencionado artículo dispone que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que,

dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que se hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa.

Ocurre que las recurrentes optaron por acreditar los requisitos previos relativos a capacidad y solvencia mediante declaración del cumplimiento de los requisitos, supuesto admitido por el artículo 146.1 del TRLCSP. Por lo que hasta después de la Resolución del 25 de abril de 2015 anulando la anterior adjudicación a IMESAPI no se había aportado aún los documentos acreditativos de la capacidad de obrar, que se requirieron en aplicación del apartado 4 del mismo artículo 146 del TRLCSP.

El artículo 146.4 del TRLCSP, para los casos de que la aportación inicial de documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, establece que el órgano de contratación *“en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato”*.

No habiendo acreditado por sí misma Grupo Secopsa, S.L., la capacidad de obrar requerida para ejecutar el contrato ni manifestado su intención de subcontratación parcial en las condiciones legalmente previstas, la Mesa de contratación actuó correctamente al excluir su oferta en el marco de las competencias que legalmente tiene atribuidas en virtud de lo establecido en el artículo 320 del TRLCSP y en el 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. En virtud de estos artículos la Mesa como auxiliar del órgano de contratación tiene atribuida las funciones de calificar las documentaciones de carácter general acreditativas, entre otras cuestiones de la capacidad de obrar. Y así mismo, conforme al apartado b) de ese mismo precepto, es la Mesa de Contratación la que determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no

acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Es más si no se llega a ejercer la competencia que el arto 146.4 del TRLCSP otorga, sí que hubiese sido nula la adjudicación al no tener capacidad de obrar. Por lo que para esta Administración no se vulnera el principio de tracto sucesivo del procedimiento.

En este sentido la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la interpretación de algunos preceptos del texto refundido de la ley de contratos del Sector Público, tras la modificación de la misma realizada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, señala que el órgano competente para la calificación de la documentación presentada en aplicación del artículo 146.1 del TRLCSP que debe ser presentada con carácter previo a la adjudicación del contrato, el órgano de contratación puede encomendarla a los miembros de la Mesa.

Por lo que procede desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don G.M.B., en nombre y representación de la Unión Temporal de Empresas denominada UTE GREMOBA, S.L. - SECOPSA, S.L. contra el acuerdo de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial, reunida el 19 de octubre de 2017, del “Contrato mixto (suministro y servicios) de los servicios energéticos, mantenimiento con garantía total y mejora y renovación de las

instalaciones eléctricas y térmicas de las dependencias municipales y del alumbrado público del Ayuntamiento de San Lorenzo de El Escorial”, expediente CSU 001/2014.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el 14 de diciembre.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.