

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ginkgo Gestión S.L., contra su exclusión del procedimiento “contratación de la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la Agencia de Vivienda Social ubicadas en distintos municipios de la Comunidad de Madrid” del Organismo Autónomo Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, expediente A/SER-005295/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En el Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid se publica el 23 de septiembre del 2022 a las 09:30 horas la licitación del expediente de referencia, con un valor estimado de 13.380.263,20 euros.

El plazo para presentación de las proposiciones terminó el 10 de octubre de 2022.

Son dos los licitadores, ambos en UTE. En la UTE Centralia están las empresas Centralia Global S.R.L., Centralia Servicios Integrales S.R.L. y Centralia

Tecnología S.L. Bajo la denominación GF Servicios Comunes UTE están las empresas La Factoría Gestión y Consultoría S.L., en adelante La Factoría, y Ginkgo Gestión S.L.

Segundo.- En fecha 11 de enero de 2023 Centralia Servicios Integrales S.R.L. presenta recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación de la adjudicación y la exclusión de la adjudicataria, la UTE La Factoría y Ginkgo Gestión S.L., por no disponer la primera empresa de plan de igualdad.

Tercero.- El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid admite a trámite el recurso, bajo el número 029/2023, y le da el curso legal, y finalmente, con fecha 16 de enero del 2023, dicta resolución y acuerda cuanto transcribe:

“Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Central Servicios Integrales SRL, contra la adjudicación a la UTE La Factoría Gestión y Consultoría y Ginkgo SL de la “Contratación de la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la Agencia de Vivienda Social ubicadas en distintos municipios de la Comunidad de Madrid” del Organismo Autónomo Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid Expte: A/SER-005295/2022”.

Cuarto.- A la vista de la Resolución a la que se refiere el apartado anterior, la Dirección Gerencia de la Agencia de Vivienda Social, dicta otra, con fecha 28 de febrero de 2023, notificada el día 6 de marzo del 2023, por la que resuelve:

“Primero.- Anular la resolución 4848/2022, de 29 de diciembre de 2022, de la Dirección Gerencia por la que se acordaba la adjudicación del acuerdo marco la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la Agencia de Vivienda Social ubicadas en distintos municipios de la Comunidad de Madrid a la UTE GINKGO GESTIÓN SL- LA FACTORIA GESTIÓN Y CONSULTARIA SL

Segundo.- Retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adjudicación y proceder conforme a lo establecido por el Tribunal.

Tercero. Conservar todos aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Cuarto.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Quinto.- Comunicar al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid las actuaciones adoptadas a fin de dar cumplimiento a la resolución adoptada por el mismo”.

Quinto.- Por las entidades Factoría Gestión y Consultoría S.L. y Ginkgo Gestión S.L., con fecha 7 de marzo de 2023, y a la vista de las dos resoluciones anteriores, ponen en conocimiento de la mesa de contratación que continúa la entidad Ginkgo Gestión S.L.:

“Que, a la vista de la resolución dictada por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de fecha 16 de febrero de 2023, por la que se estima el recurso de Contralía Servicios Integrales SRL, al considerar que debe excluirse a la licitadora, Factoria Gestión y Consultoría SL, de la licitación del presente contrato marco; y habiendo dictado la Agencia de Vivienda Social resolución, de fecha 28 de febrero de 2023, notificada en el día de ayer, por la que se acuerda, entre otras cosas, a la vista de la resolución de referencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública, retrotraer las actuaciones al momento anterior a la adjudicación, se pone en conocimiento de la Mesa que la entidad GINKGO GESTIÓN SL continúa participando en la licitación, renunciando expresamente Factoria Gestión y Consultoría SL a continuar con la suya.

*La exclusión y la renuncia, formalizada en este acto, de Factoria Gestión y Consultoría SL no afecta al presente proceso, toda vez que la otra componente de la UTE, la entidad mercantil **GINKGO GESTIÓN SL** sigue participando en la licitación, **y cumple con todos los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica exigidos** en los pliegos, así como la adscripción de medios personales.*

*Que la entidad mercantil Factoria Gestión y Consultoría deje de participar en el presente procedimiento, **no implica una modificación de la oferta en su momento presentada por la UTE, manteniéndose la misma en su integridad, lo cual es conforme con la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos***

Contractuales, recogida en sus resoluciones 107/2012 de 11 de mayo y 131/2012 de 13 de junio.

Dicha doctrina mantiene que **“el desistimiento de uno de los integrantes de una UTE que haya concurrido a una licitación no es óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentan la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios, siempre que ello no implique una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE”**.

Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por resolución de fecha 12 de junio del 2013 (recurso 215/2013), nos enseña que *“De acuerdo con el criterio expuesto, no existe inconveniente, en principio y siempre que se cumplan los requisitos citados (cumplimiento por ALVAC de los requisitos de aptitud para contratar y no exista modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE), para admitir el desistimiento de PROSEÑAL y adjudicar el contrato a ALVAC. La resolución 46/2013 de este Tribunal anulaba la adjudicación realizada por este contrato con base en la prohibición de contratar de PROSEÑAL como integrante de la UTE en la cual también participaba ALVAC, sin ordenar la retroacción del procedimiento al momento previo a la valoración de las ofertas ni acordar tampoco la exclusión de la UTE del procedimiento de licitación, correspondiendo al Órgano de contratación proceder a realizar una nueva adjudicación, actuación que éste llevó a cabo en los términos expuestos en el antecedente cuarto de esta resolución, y que entiende este Tribunal se ajusta a lo ordenado en su resolución, debiendo desestimarse, por las razones que luego veremos, las alegaciones que hace la recurrente respecto a la incapacidad de contratar de ALVAC en cuanto empresa integrante de la UTE ALVAC ROSEÑAL”*.

Se acompaña al presente escrito **como documento uno** copia del certificado emitido por el Registro Mercantil de **GINKGO GESTIÓN SL** y como **documento número dos** cuadro de la solvencia Técnica de **GINKGO GESTIÓN SL**, lo que se acreditará, en su caso, en el momento oportuno.

Por todo ello, se reitera que la mercantil Ginkgo Gestión SL, continua con la presente licitación, manteniendo íntegramente la oferta realizada, renunciando

expresamente Factoría Gestión y Consultoría SL a su participación, lo que ponemos en conocimiento de la Mesa de Contratación, en Madrid a 7 de marzo del 2023”.

Sexto.- Pese a este escrito, en fecha 8 de marzo, la mesa de contratación acuerda excluir a los dos miembros de la UTE fundada en la dicción literal de nuestra Resolución.

Séptimo.- En fecha 30 de marzo se interpone recurso especial en materia de contratación.

Octavo.- En 26 de abril de 2023 se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación 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 transpone 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). Centralia Global S.R.L. presenta alegaciones el 8 de mayo de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.1 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo de quince días hábiles sobre la resolución de adjudicación, notificada el 8 de marzo, conforme al artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto es recurrible de conformidad con los artículos 44.1 a) y 44.2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente alega doctrina y jurisprudencia conforme a la cual es posible adjudicar el contrato a un solo miembro de la UTE siempre y cuando no implique un cambio de la oferta y se mantenga la solvencia técnica y económica, conclusión a la que llega el Servicio Jurídico del Estado en circular 1/2012 de 9 de julio: *“Por las razones expuestas en el fundamento jurídico segundo del presente informe citado textualmente este Centro directivo considera jurídicamente admisible formalizar el contrato con la empresa de la UTE en quien no concurre prohibición de contratar, siempre y cuando dicha empresa reúna, por sí sola, todos los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para la ejecución del contrato y mantenga las mismas condiciones económicas y técnicas de la oferta en su día formulada por la UTE”*.

Es el criterio mantenido, en situaciones similares, por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre ellas en la resolución, de 12 junio del 2013, Recurso 240/2013. Igualmente, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 26 de abril del 2001, Recurso 6801/1995.

Afirma el órgano de contratación que la mesa de contratación llegó a la conclusión de la exclusión por aplicación de nuestra resolución recaída en recurso 29/2023, son motivos semánticos:

“1. Cuando el Tribunal dice: “A nuestro juicio este requerimiento de la mesa de contratación responde a la primera lectura que hizo la Mesa de los Pliegos, entendiendo que la declaración sobre el Plan de Igualdad refiere a las empresas licitadoras, no a la adjudicataria. De referir a la ejecución no tendría sentido que consultara el REGCON y tras constatar la discrepancia entre el mismo y su declaración preguntara por la vigencia del Plan al licitador”, (el subrayado es

nuestro) la Mesa entiende que cuando habla de empresas licitadoras se está refiriendo a las UTE licitadoras no a las cuatro empresas que forman las dos UTE. A su vez, la Mesa entiende que cuando habla de “adjudicataria”, en singular, está hablando de la Unión de Empresas no de sus miembros.

2. Cuando el Tribunal dice “A juicio de este Tribunal la primera actuación de la Mesa es la correcta y no la segunda y, por tanto, el licitador no cumplió con los pliegos ni con la normativa de aplicación.”, la Mesa entiende que se está refiriendo a la UTE y no a una parte de la UTE.

3. Cuando el Tribunal dice “y por ello es una declaración de presente, es un requisito que tiene que cumplir el licitador, no solo el contratista”, la Mesa entiende que se refiere a la UTE y no a un aparte de la UTE, ya que el licitador es la UTE y el contratista sería una UTE.

4. Cuando el Tribunal dice “Es por ello que esa declaración no cierta debe conllevar la exclusión del licitador en aplicación de los pliegos y del artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas citada por el recurrente y transcrita más arriba, y eso con independencia del incumplimiento en sí de la normativa laboral, de la que no hace cuestión el recurrente y no es objeto de enjuiciamiento”, la Mesa entiende que cuando se refiere a “licitador” se está refiriendo a la UTE. Lo entiende así puesto que justo en los párrafos anteriores el Tribunal sí menciona al “miembro de la UTE adjudicataria”; y, por lo tanto, si el Tribunal hubiera querido hablar de la exclusión de una empresa constitutiva de la UTE lo habría expresamente manifestado”.

El adjudicatario Centralia Servicios Integrales, S.R.L., presenta un detallado escrito desglosado en los siguientes epígrafes:

- Sobre la norma de aplicación.
- Sobre el principio de congruencia.
- Sobre que se trate de una modificación del licitador por “renuncia” de La Factoría.
- Sobre la revisión de resoluciones del Tribunal. La argucia.
- Aspectos técnicos sobre capacidad, solvencia y cumplimiento de requisitos

previos de Ginkgo Gestión S.L.

- Sobre la modificación de la oferta técnica evaluada.
- Sobre el *petitum* de Ginkgo Gestión S.L. en relación con los pronunciamientos favorables a la fecha.
- Sobre el principio del interés público. La mala fe.

A juicio de este Tribunal, en su Resolución 058/2023 citada no hay pronunciamiento alguno sobre la exclusión de Ginkgo Gestión S.L., porque no era el tema que se planteaba. Se impugna la adjudicación a la UTE La Factoría Gestión y Consultoría y Ginkgo Gestión S.L., y se estima el recurso por no tener plan de igualdad en las condiciones legales La Factoría, que es la única que estaba obligada a tenerlo. Expresamente sobre Ginkgo Gestión S.L. se dice que no está obligada a tener plan de igualdad. Son normales las menciones al “licitador” puesto que se concurre en UTE.

Pese a ello, la actuación de la Mesa es conforme a la legalidad, porque la materia ha cambiado con el artículo 69.8 de la LCSP:

“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 incurso en prohibición de contratar.

Las operaciones de fusión, escisión y aportación o transmisión de rama de actividad de que sean objeto alguna o algunas empresas integradas en una unión temporal no impedirán la continuación de esta en el procedimiento de adjudicación. En el caso de que la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente de la rama de actividad, no sean empresas integrantes de la unión temporal, será necesario que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y que se mantenga la solvencia, la capacidad o clasificación exigida”.

Como señala la Resolución 148/2022 del TACRC, de 3 de febrero, se establece una regla general, la exclusión por cambio en la composición y una precisión *“para señalar que la regla general, esto es la exclusión total, ha de aplicarse cuando la modificación de la composición resulte de la aplicación de una de las reglas de prohibición para contratar establecidas legalmente”* de un miembro de la UTE, y dos excepciones, la alteración de la participación de las empresas y los supuestos de fusión o absorción, que no dan lugar a la exclusión.

En el supuesto considerado en la Resolución del TACRC una empresa de las dos de la UTE renuncia a formalizar el contrato, y el TACRC entiende que no procede continuar con el que queda, supuesto similar al presente en el que presentan un escrito renunciando el incurso en prohibición para contratar y pretendiendo continuar el otro.

Según aclara el TACRC, sus resoluciones admitiendo la adjudicación a un solo miembro de la UTE son anteriores a la vigencia de la LCSP, al igual las sentencias del Tribunal Supremo, la más reciente de sus sentencias sobre la cuestión (Sentencia de 26 de enero de 2017, nº de Rec 1599/2015).

Simplemente en la legislación contractual precedente no se contemplaba la cuestión, como tampoco en las Directivas Comunitarias, no habiéndose pronunciado el Tribunal Superior de Justicia Europeo.

Esa falta de previsión legal expresa explica todas los dictámenes, resoluciones y sentencias citados por el recurrente.

Actualmente, concluye el TACRC:

“Dicho análisis jurídico lleva a este Tribunal a concluir que la modificación sustancial en la composición de los integrantes de una UTE durante el procedimiento de licitación, hasta la formalización del contrato, conlleva la exclusión de todas las entidades que hayan concurrido al procedimiento con el compromiso de constituirse en UTE o con esta ya constituida. En ese supuesto de hecho se incurrirá cuando se incremente o se reduzca el número de entidades; también cuando uno o

varias de ellas sean sustituidas por otra u otras”.

En el caso presente se produce una alteración de la composición de la UTE, por quedar incurso una de ellas en prohibición para contratar, siendo la interpretación de la mesa de contratación conforme a Derecho.

Se desestima el recurso.

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 la representación de Ginkgo Gestión S.L., contra su exclusión del procedimiento “contratación de la administración y gestión integral de los servicios comunes de diversas promociones de la Agencia de Vivienda Social ubicadas en distintos municipios de la Comunidad de Madrid” del Organismo Autónomo Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, expediente A/SER-005295/2022.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento.

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 59 de la LCSP.