

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

En Madrid, a 13 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la UTE Fundación INTRAS-Ensuma Empleo Soc. contra el Acuerdo de 26 de septiembre de 2022 de la mesa de contratación por el que le excluye del procedimiento de licitación del contrato “proyecto para el diseño, desarrollo e implantación de un modelo de servicio de asistencia personal para personas con trastorno mental grave en la Comunidad de Madrid, financiado al 100% por la Unión Europea (NextGeneration-EU) en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencias para la Comunidad de Madrid”, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente 148/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 30 de agosto de 2022 en el Portal de la Constatación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto simplificado con pluralidad de criterios de adjudicación y no dividido en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 629.746,00 euros y su plazo de duración será de tres años sin posibilidad de prórroga.

A la presente licitación se presentaron ocho empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 26 de septiembre de 2022 se reúne la mesa de contratación para la calificación de la documentación administrativa y en ese mismo acto acuerda excluir a la UTE Fundación INTRAS- Ensuma Empleo Soc, al ser excluido uno de los componentes de la misma por el siguiente motivo:

“El secretario informa de que las entidades (..) y ENSUMA EMPLEO SOCIAL S.L. (B29831112) (componente de la UTE Fundación INTRAS - Ensuma Empleo Soc) no han efectuado la comunicación previa de inicio de actividades sociales antes de la finalización de la presentación de ofertas, para un Servicio de acción social que permita prestar la Asistencia personal para personas con enfermedad mental, con el sector y tipología que se indicarán a continuación en consonancia con lo estipulado en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, que se indica en el apartado 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL PRECISA PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO):

Sector: Personas con Discapacidad (por enfermedad mental crónica).

Tipología del Servicio (de la Orden 613/1990):

- *Tipología 3.1.5. Servicio de Convivencia Familiar y Social*
- *Tipología 3.1.7. Servicio de Tratamientos Especializados (Atención Psicosocial)*
- *Tipología 3.1.8. Otras Prestaciones y Servicios”.*

Tercero.- El 5 de octubre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE en el que solicita que se anule el acuerdo de exclusión y que retrotraigan las actuaciones

admitiendo a la UTE al procedimiento de licitación. Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

El 10 de octubre de 2022 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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 una persona jurídica excluida del procedimiento de 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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 26 de septiembre de 2022, publicado el 27 e interpuesto el recurso el 5 de octubre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa citar el apartado 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

“6.- HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL PRECISA PARA LA REALIZACIÓN DEL CONTRATO.

Procede: Sí.

Las entidades licitadoras deberán haber obtenido o bien la autorización administrativa si se trata de Servicios en funcionamiento con anterioridad al 30 de diciembre de 2009 o haber efectuado la presentación de la comunicación previa de inicio de actividades sociales antes de la finalización de la presentación de ofertas, para un Servicio de acción social que permita prestar la Asistencia personal para personas con enfermedad mental, con el sector y tipología que se indicarán a continuación en consonancia con lo estipulado en el artículo 8 de la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior el sector de atención y la tipología del Servicio de Acción Social serán las siguientes (Orden 613/1990, de 6 de Noviembre, de la Consejería de Integración Social, por la que se desarrolla el Decreto 6/1990, de 26 de enero, creador del registro de Entidades que desarrollan actividades en el campo de la acción social y Servicios Sociales en la Comunidad de Madrid): Sector: Personas con Discapacidad (por enfermedad mental crónica).

Tipología del Servicio (de la Orden 613/1990):

- *Tipología 3.1.5. Servicio de Convivencia Familiar y Social*
- *Tipología 3.1.7. Servicio de Tratamientos Especializados (Atención Psicosocial)*
- *Tipología 3.1.8. Otras Prestaciones y Servicios.*

El certificado que acredite haber obtenido la citada autorización administrativa o comunicación previa se aportará de oficio por la Administración Autónoma”.

Alega el recurrente que las entidades integrantes de la UTE forman parte del mismo grupo empresas. A su juicio, el supuesto que se plantea es la posibilidad de integrar el requisito de la habilitación exigida cuando las entidades de la UTE forman parte del mismo grupo empresas.

En este sentido invoca la aplicación del artículo 75 de la LCSP, pues formando ambas entidades parte de un mismo grupo de empresas, entre las dos acreditaban la posesión de la habilitación que requería el apartado 6 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas por haberla acreditado la entidad Fundación INTRAS, en base a la doctrina que viene avalada por numerosos informes y Resoluciones de Tribunales de Recursos Contractuales, y cuyo tenor literal, establece que:

“La pertenencia a un mismo grupo empresarial añade a la vinculación contractual una vinculación de mucha mayor intensidad, pues ambas empresas tienen en común la pertenencia a unos mismos socios o dueños, actuando por tanto una respecto de la otra como medio propio, instrumento para una misma comunidad de fines, vinculación especial que la legislación de contratos públicos reconoce expresamente en diversos preceptos, entre los que se encuentra (por concordancia) el artículo 75 de la LCSP, y que, para los poderes adjudicadores contratantes, se acoge en la doctrina in house providing. Por tanto, en el presente caso es de aplicación el artículo 75 de la LCSP, de modo que la insuficiencia de habilitación del contratista queda integrada por la habilitación de la empresa que actúa como medio propio de ella, en virtud de su común pertenencia a un mismo grupo societario”.

A título de ejemplo cita las Resoluciones 733/2015 y 434/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por su parte el órgano de contratación considera que el recurrente incurre en la confusión de mezclar el requisito de habilitación y cumplimiento de los requisitos de solvencia cuando alude en su escrito al artículo 75 de la LCSP que se refiere a la integración de la solvencia con medios externo. Sin embargo, la habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de los operadores económicos relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quiénes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial.

Por el contrario, la solvencia técnica es aquella acreditación de que el operador económico dispone de los medios económicos, financieros y técnicos adecuados para afrontar el cumplimiento satisfactorio del contrato, es decir, el cumplimiento de su servicio, la ejecución de su obra o el mantenimiento del suministro. Dicha solvencia es requerida a todas las empresas para licitar y suscribir contratos con la Administración Pública. La solvencia es posible integrarla con medios externos.

Por ello, la solvencia se puede acumular entre los miembros de la UTE o se puede integrar con medios externos, pero la habilitación es un requisito de aptitud que deben cumplir todos y cada uno de los miembros de la UTE. Esto último también se puede predicar también del objeto social o de la ausencia de prohibición de contratar.

Los tribunales que conocen del recurso especial en materia de contratación se han pronunciado repetidas veces sobre la necesidad de que el requisito de habilitación concurra en todos los miembros de la UTE. Cita a modo de ejemplo diversas resoluciones del TACRC y del TACPCM.

Vistas las posiciones de las partes, el objeto de controversia se centra en determinar si la UTE cumple la habilitación empresarial, considerando que uno de los miembros de la misma sí la cumple.

Las Resoluciones citadas por el recurrente no guardan identidad con el presente caso pues los licitadores no son UTEs,

El artículo 65.2 de la LCSP dispone que *“Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

En relación con la cuestión planteada este Tribunal se ha pronunciado recientemente en la Resolución 387/2022, de 6 de octubre de 2022, con cita en otras anteriores de este Tribunal y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

“Como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.

Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2010, indicó lo siguiente: “La habilitación empresarial o profesional recogida en el artículo 43.2 de la LCSP, es un requisito de aptitud, que faculta a quien la posee para el ejercicio de una actividad profesional determinada. Se trata, por tanto, de un requisito mínimo de capacidad técnica exigido por alguna norma para la ejecución de un determinado contrato. Pero este requisito mínimo de aptitud no puede, por sí solo, ser suficiente para la ejecución de un contrato en el ámbito de la contratación pública, por lo que deberá completarse con los requisitos precisos de solvencia económica y técnica o profesional o, en su caso, clasificación, que se requieran al licitador como aptitud para poder contratar. Por tanto, si bien la

habilitación es un requisito de aptitud legal, que podríamos considerar como una capacidad de obrar administrativa específica que implica un mínimo de capacidad técnica, su relación con las demás capacitaciones técnicas exigibles como requisitos de solvencia técnica y profesional es evidente. En efecto, la LCSP relaciona en diversos artículos el requisito de habilitación con los requisitos de solvencia o, en su caso, clasificación”.

Por su parte, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009:

“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñar/as, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del art 43 citado (en lo actualidad 65.2 LCSP), es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto”.

(...)

Respecto a la habilitación exigida, procede considerar que nos encontramos ante una condición de aptitud para contratar que debe concurrir en el licitador junto con las de capacidad, solvencia y no incursión en prohibiciones de contratar, al suponer una concreción de la capacidad de obrar en determinados contratos en los que es legalmente exigible tal habilitación específica para su ejecución. En este sentido, el artículo 39.2 a) de la LCSP sanciona su incumplimiento con la nulidad de pleno derecho del contrato en la misma medida que la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional.

Quedaría pendiente dilucidar si es posible la integración de la habilitación de una de los componentes de la UTE a su totalidad, ya que la otra componente de la UTE cuenta con ella.

Con carácter general, la respuesta ha de ser negativa, salvo que se refiera a una parte del contrato claramente separable, en cuyo caso cabe su exigibilidad únicamente a la empresa que la vaya ejecutar. En este sentido, este Tribunal se pronunció en su Resolución 177/2019, de 18 de mayo: “Pues bien, como ha señalado este Tribunal en diversas Resoluciones, la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla.

En este sentido, el artículo 65.2 de la LCSP establece que “Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”.

El criterio mantenido por los tribunales de Resolución de recursos contractuales, entre ellas las Resoluciones alegadas por los interesados señaladas anteriormente, es que la UTE cumple con el requisito de habilitación si está en posesión de ella el componente que efectivamente va a realizar la prestación sujeta a habilitación.

En este sentido, la Resolución 1020/2015 del TACRC alegada por el reclamante señala “Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal sobre la habilitación empresarial o profesional en el ámbito de las UTEs ha señalado, por ejemplo en su Resolución 141/2013, recogiendo el criterio contenido en el Informe 29/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que las autorizaciones o habilitaciones han de ser exigidas a todas aquellas empresas integrantes de una futura UTE que hayan de desarrollar las actividades a que las mismas se refieren, no así a aquellas otras cuya intervención en la ejecución contractual no alcance a tales actividades, dado que este tipo de autorizaciones o certificaciones alcanzan tan solo a la actividad de la concreta empresa a la que se han concedido, sin que puedan servir

para acreditar el cumplimiento de los requisitos de aptitud que entrañan por otras que no los posean. A los demás, en la medida en que su actuación se desarrolla en otros ámbitos, como es el caso de las empresas Iberia y Nex (servicios de transporte fundamentalmente), no les resultaría exigible -como pretende la recurrente- la autorización propia de agencia de viajes por cuanto no se corresponde con la actividad a realizar por las mismas con motivo de la ejecución del contrato- En consecuencia, procede rechazar también esta alegación”.

(...)

Por consiguiente, al tratarse de un contrato cuyo objeto consiste en una única prestación resulta necesaria la acreditación de la habilitación legal por ambas empresas componentes de la UTE”.

En sentido semejante se pronunció el TACRC en su Resolución 1099/2021, de 9 de septiembre: “Por tanto, ha de concluirse que, exigiendo el PCAP estar en posesión de una determinada habilitación profesional para la ejecución del contrato, esta habilitación es exigible a todos los miembros de la UTE”.

Por tanto, en el caso que nos ocupa, las dos empresas que conforman la UTE deben estar habilitadas y deben acreditar dicha habilitación, al tener un mismo porcentaje de participación en la unión de empresarios (50%), siendo única la prestación el servicio de recogida de envases”.

Tal y como señala el TACRC en su Resolución 1099/2021, de 9 de septiembre, “Por otra parte, la norma general de la que parte el artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos, es la de la acumulación, aunque en caso de exigir la clasificación, la regla tenga características propias establecidas legal (artículo 67 del TRLCSP) y reglamentariamente (artículo 52 del RGLCAP). Regla de acumulación que, en todo caso, exige la acreditación por todos y cada uno de los integrantes de la UTE de algún tipo de solvencia para que pueda acumularse la misma. Sin embargo, esta regla general no puede extenderse al caso en el que lo exigido es un requisito para poder contratar con la Administración en función del objeto del propio contrato, que es lo que ocurre en el presente caso con la habilitación legal que se adquiere con la declaración responsable presentada ante el órgano competente. Las UTE son un

sistema de agrupación de empresas que da lugar a un ente sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado. Al no tener la UTE personalidad jurídica propia, los requisitos de capacidad y solvencia –al igual que el de clasificación– y la ausencia de circunstancias que prohíban la contratación, han de referirse a los miembros que la conforman previendo la normativa de contratos que la solvencia, y en especial la clasificación cuando sea exigible, puede completarse con la que tenga el resto de miembros de la UTE. Ahora bien ello no permite que basta con que una de las empresas de la UTE no esté incurso en ninguna de las causas de prohibición o solo una de ellas tenga aptitud legal para prestar el objeto del contrato. Una cosa es que la legislación favorezca la unión de los recursos de empresas para facilitar la concurrencia y otra muy distinta que se extienda hasta el punto de aceptar en dichas uniones empresas que ni siquiera podrían prestar el objeto del contrato con los requisitos mínimos que pudieren ser exigidos”.

En el presente supuesto consta en el expediente el compromiso de constituirse en UTE las entidades Fundación INTRAS y Ensuma Empleo Social, S.L. con un porcentaje de participación del 50%, por lo que ambas empresas deben estar habilitadas pues no existen diferentes prestaciones, siendo indiferente el hecho alegado por el recurrente de que ambas entidades pertenecen al mismo grupo empresarial.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la solicitud de suspensión del procedimiento de licitación.

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 legal de la UTE Fundación INTRAS-Ensuma Empleo Soc. contra el Acuerdo de 26 de septiembre de 2022 de la mesa de contratación por el que le excluye del procedimiento de licitación del contrato “proyecto para el diseño, desarrollo e implantación de un modelo de servicio de asistencia personal para personas con trastorno mental grave en la Comunidad de Madrid, financiado al 100% por la Unión Europea (NextGeneration-EU) en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencias para la Comunidad de Madrid”, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente 148/2022.

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.- 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.