



Recursos nº 040 y 053/2012

Resolución nº 068/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2012.

VISTOS los recursos interpuestos por D. J.M.A.G en representación de Autocares Alonso e Hijos, S.L., contra la admisión de la oferta presentada por Discrecional G-18 AIE a la licitación del contrato del Servicio de Transporte del personal del INIA y contra la adjudicación del contrato a dicha AIE (Agrupación de Interés Económico), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria (INIA) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado los días 12, 14 y 19 de diciembre de 2011 respectivamente, licitación para la contratación por procedimiento abierto del Servicio de transporte del personal del INIA durante un año (del 19/03/2012 al 18/03/2013), a la que presentó oferta la ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo conforme a lo estipulado en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. Reunida la mesa de contratación el día 7 de febrero de 2012, acordó la admisión de las ofertas de los tres licitadores que habían concurrido a la convocatoria, tras la correcta subsanación de defectos por parte de Autocares Alonso e Hijos, S.L., y

procedió a la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas y del resto de criterios evaluables, todos ellos no sujetos a juicio de valor.

Cuarto. Con fecha 21 de febrero de 2012 tuvo entrada en el Registro del Tribunal el primer recurso interpuesto por la mercantil Autocares Alonso e Hijos, en este caso contra la admisión de la oferta presentada por Discrecional G-18 AIE.

El 7 de marzo de 2012 se recibió en el mismo Registro del Tribunal un segundo recurso interpuesto por el mismo licitador, ahora contra la adjudicación del contrato de referencia acordada por el Director del INIA el 24 de febrero del mismo año.

Quinto. El 29 de febrero acordó el Tribunal denegar las medidas cautelares solicitadas en el primer escrito de recurso, por entender que se trataba de un acto de trámite no recurrible. Pero el 8 de marzo de 2012, tras la interposición del recurso contra la adjudicación, acordó mantener la suspensión automática a que se refiere el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, notificándolo a la recurrente y al órgano de contratación.

Sexto. Por la Secretaría del Tribunal se procedió a notificar la interposición de los recursos a todos los licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. Discrecional G-18 AIE evacuó este trámite frente a ambos recursos y en sus escritos de alegaciones solicitó la ratificación de los acuerdos de la mesa y del órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 040/2012 y 053/2012, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al referirse a dos actos sucesivos (admisión de un licitador, y adjudicación a dicho licitador) de un mismo procedimiento de contratación y basarse sus pretensiones en la misma fundamentación.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, pues se trata de un licitador que no ha resultado adjudicatario, con lo que es titular de un interés legítimo al que afecta la resolución de adjudicación recurrida. Concorre así en el ahora recurrente la legitimación requerida por el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 del mismo texto legal, habida cuenta de que el órgano de contratación es un órgano integrado en la Administración General del Estado.

Cuarto. Se han cumplido los requisitos de plazo previstos en el artículo 44 del TRLCSP.

Quinto. Con carácter previo a examinar el fondo del asunto, debe examinarse si concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que un recurso sea admisible. Analizaremos en primer lugar el recurso número 40/2012 interpuesto contra la admisión por la mesa, de la oferta presentada por Discrecional G-18 AIE.

Por su naturaleza, el acto de análisis y admisión de las ofertas de los licitadores que reúnen los requisitos exigidos en la normativa de contratación y en los pliegos es un mero acto de trámite, que coadyuda a la determinación del adjudicatario, pero que no decide por sí mismo esa adjudicación, ni determina la exclusión de ningún licitador.

Respecto de los actos de trámite, el artículo 4º del TRLCSP admite la posibilidad de que los mismos sean objeto de recurso especial en materia de contratación en los casos en que 1) decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación; 2) determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o 3) produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Este precepto añade que se consideran actos de trámite que impiden la continuación del procedimiento, los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de los licitadores.

En el caso que nos ocupa y por lo que se refiere al primero de los recursos interpuestos por Autocares Alonso e Hijos, S.L., no concurre ninguna de estas circunstancias. Como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en resoluciones 59 y 238, ambas de 2011, la admisión de un licitador no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato

(que tiene lugar en un momento procedimental posterior), no impide la continuación del procedimiento (pues la oferta del recurrente no resulta afectada, pudiendo incluso resultar adjudicatario) y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos (pues el licitador podrá impugnar la adjudicación cuando ésta tenga lugar). En consecuencia, procedería declarar la inadmisión del citado recurso al no interponerse frente a un acto que sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, y éste hubiera sido el sentido de la resolución de no haberse recibido el segundo escrito de recurso interpuesto por el mismo licitador, esta vez contra el acuerdo de adjudicación.

En este segundo caso, el recurso numerado como 53/2012 e interpuesto contra la adjudicación del contrato acordada por el órgano de contratación con fecha 24 de febrero de 2012, reúne todos los requisitos formales requeridos en el TRLCSP para su admisión a trámite, por lo que se va a proceder al análisis de las cuestiones de fondo que en él se plantean.

Sexto. La fundamentación del recurso, por otra parte idéntica a la del primer recurso, se basa en las siguientes consideraciones: i) que una Agrupación de Interés Económico no puede ser titular de Autorizaciones de transporte ni de vehículos, por lo que la adjudicataria firmante del contrato tendría que subcontratar el 100% del objeto del contrato, lo cual es contrario al punto XII.5 del pliego. ii) Que una AIE no puede poseer, ni posee la clasificación requerida en la presente licitación, no siendo válida la aportada de cada uno de sus miembros. iii) El objeto de la AIE no se corresponde, según la recurrente, con el objeto del contrato.

Considera la recurrente que la forma jurídica a efectos de concurrir a la presente licitación hubiera sido la de Unión Temporal de Empresas (UTE). Y no habiendo sido así, estima que su oferta debe ser excluida de la licitación.

Séptimo. Discrecional G-18 AIE formula alegaciones contra las pretensiones de Autocares Alonso e Hijos, S.L., argumentando que el objeto del contrato en licitación sí que forma parte de las actividades de la Agrupación, cuyos estatutos fueron modificados en ese punto en febrero de 2011 (modificación inscrita en el Registro Mercantil en mayo de 2011).

Frente a la no disposición de autorización de transporte público, la adjudicataria exhibe una Resolución de la Dirección General de Transportes de la Comunidad de Madrid otorgando a Discrecional G18 AIE la inscripción en el Registro General de Transportistas y de Empresas de Actividades Auxiliares y Complementarias del Transporte, fechada en noviembre de 2008.

Respecto a la capacidad para contratar y a la solvencia, a la que dedica la adjudicataria el grueso de las alegaciones, cita diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado así como de los órganos homólogos de algunas Comunidades Autónomas, y también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tratando de demostrar que puede la Agrupación de Interés Económico contratar con el Sector Público acreditando su capacidad y solvencia, incluso la "Clasificación" requerida, a través de las propias de los distintos miembros que la componen. Las alegaciones de Discrecional G-18 AIE siguen en, buena medida, el esquema y los razonamientos del informe 1/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Extremadura si bien extrae conclusiones que se apartan de las de dicho informe.

Finalmente, la adjudicataria presenta copia de varios contratos de servicios de transporte que ha suscrito previamente con distintos órganos del Sector Público, así como la resolución de un recurso análogo al actual, en que la resolución, en aquel caso de un órgano de contratación de la Comunidad de Madrid, resultó favorable a Discrecional G18 AIE. Con base en todo ello, la adjudicataria solicita la desestimación de los recursos de Autocares Alonso, S.L. y la confirmación de las actuaciones de la mesa y del órgano de contratación.

Octavo. La cuestión de fondo planteada por la recurrente y discutida por la adjudicataria y por el órgano de contratación se centra en si para participar en la licitación ahora impugnada y poder ser adjudicataria del correspondiente contrato, Discrecional G-18 AIE necesita disponer ella misma de los requisitos de solvencia- en este caso la clasificación exigida en el apartado 6 de la hoja-resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares- y de las autorizaciones requeridas para la ejecución del contrato, o si, por el contrario, es suficiente que cuenten con dichos requisitos las empresas que integran la Agrupación.

La Ley 12/1991, de 29 de abril regula las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) de las que señala que tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil, y por finalidad, la de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios. El artículo 3º señala que su objeto se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios.

La adjudicataria alega en primer lugar, citando informes 7/92 y 45/02 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, 15/2006 de la Junta Consultiva de Canarias, 1/2009 de la Junta Consultiva de Extremadura, así como diversas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que una Agrupación de Interés Económico puede contratar con el Sector Público, toda vez que tiene personalidad jurídica propia y carácter mercantil. No nos detendremos en esta cuestión por no ser objeto de controversia en el recurso que estamos analizando.

Analicemos la documentación presentada por la adjudicataria para acreditar su solvencia, y sus alegaciones y las del órgano de contratación sobre este punto, toda vez que el recurrente cuestiona que sea válida la clasificación que poseen los miembros de la agrupación de forma individual para acreditar la de la propia Agrupación.

La hoja- resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la presente licitación exigía que los licitadores estuvieran clasificados en el grupo R, subgrupo 1, categoría A. La recurrente señala que la adjudicataria no posee tal clasificación, y que no es válida la aportada por sus miembros de forma individual; la adjudicataria, en cambio, y el órgano de contratación, consideran que sí que es posible acreditar la solvencia de la Agrupación con base en la de sus miembros.

Respecto a los medios de acreditar su solvencia, la adjudicataria se refiere al artículo 52 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público que señala que *“para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”*.

El órgano de contratación, por su parte, considera que deben aplicarse a la Agrupación, por analogía, las normas específicas de las Uniones Temporales de Empresas y,

concretamente, los artículos 59 y 67 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, según los cuales, para valorar y apreciar la concurrencia de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados en UTE, se atenderá a las características acumuladas de cada uno de ellos.

Los informes de los distintos órganos consultivos y jurisdiccionales citados por la adjudicataria en apoyo de sus planteamientos coinciden, como ya se ha señalado, en la posibilidad que tiene una Agrupación de Interés Económico para contratar con el Sector Público, pero de ninguno de ellos cabe deducir que la Agrupación de Interés Económico se encuentre exenta del cumplimiento de los requisitos exigidos para participar en una licitación determinada. Así por ejemplo, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración del Estado de 27 de febrero de 1992, tras señalar que la Agrupación de Interés Económico es una figura encajable o con rasgos muy similares a la sociedad mercantil, indica que desde el punto de vista de la clasificación deberá ser tratada como una sociedad. Para resolver el problema de la clasificación, indica el informe, deberán aplicarse los criterios generales de la vigente legislación de contratos del Estado, y analizar los elementos personales, materiales y de experiencia de la propia Agrupación, “sin que puedan ser tomados en consideración los que, en su día, determinaron la clasificación individualizada de cada uno de ellos” El citado informe concluye que la clasificación de la Agrupación de Interés Económico ha de producirse con independencia de la clasificación reconocida, en su caso, a los integrantes de la misma.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Extremadura, en informe de 3 de marzo de 2009 referido específicamente a la contratación con las Administraciones Públicas por parte de las Agrupaciones de Interés Económico, señala, citando el informe 7/92 de la Junta Consultiva de la Administración del Estado antes analizado, que en el caso de que una Agrupación de Interés Económico concorra como tal a una licitación Pública, “el problema de la clasificación deberá ser resuelto con arreglo a los criterios generales de la vigente legislación de Contratos del Estado”.

Añade la Junta Consultiva de Extremadura que, conforme al artículo 56.3 de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, *“En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia*

económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 59.2, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos”.

El citado artículo 59.2, por su parte, se refiere al plazo de vigencia y revisión de las clasificaciones y establece los plazos en que deberá justificarse el mantenimiento de la solvencia económico-financiera y la solvencia técnica y profesional para la conservación de la clasificación obtenida.

El informe de la Junta Consultiva de Extremadura considera que, pese a no ser el supuesto de las AIE exactamente el de personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo de sociedades, esta fórmula puede ser de aplicación para acreditar la solvencia siempre y cuando quede documentalmente acreditado que cuenta con la efectiva y plena disposición de los medios materiales y de solvencia económico-financiera de sus socios que resulten necesarios para la ejecución del contrato de que se trate.

Pero conviene darse cuenta de que ambos artículos, el 56 y el 59 de la Ley 30/2007 (que se corresponden con los artículos 67 y 70 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011) se refieren a criterios y condiciones para obtener la clasificación y para su mantenimiento, sin que en ningún momento se contemple exención alguna de contar con la clasificación necesaria para participar en las licitaciones que así lo exijan. Por lo que, en todo caso, la solvencia de las empresas del grupo se podría tomar en consideración cuando la Agrupación solicitase la clasificación, pero en ningún caso supone que no esté obligada a acreditar que dispone de dicha clasificación si la licitación en la que pretende participar así lo exige, como es el caso que nos ocupa.

En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, en diversas sentencias- asuntos C-389/92, C-5/97, C-176/98- expresa que la acreditación de la solvencia puede realizarse mediante la descripción de medios que no son propiedad del licitador sino que pertenecen a otras empresas con las que mantiene vínculos directos o indirectos, siempre que pruebe ante el órgano de contratación que dispone de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato.

Tras los razonamientos expuestos, la Junta Consultiva de Extremadura concluye, sobre la contratación de las AIE, que “a pesar de las limitaciones que se derivan de su carácter auxiliar, ello no debe suponer necesariamente su automática exclusión del proceso de selección del contratista. Habrá que efectuar el análisis individualizado en cada caso para determinar o no su exclusión”.

Este Tribunal hace suyos los planteamientos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de la de Extremadura, coincidentes con la doctrina del Tribunal de Justicia europeo, y considera que nada impide que una Agrupación de Interés Económico contrate con un órgano del Sector Público, pero tendrá que cumplir en cada caso los requisitos exigidos en el procedimiento de licitación en el que desee participar.

En el caso que nos ocupa, para acreditar la clasificación requerida en el pliego, Discrecional G-18 AIE aportó únicamente los certificados de clasificación de cada una de las empresas que forman la agrupación, por lo que entiende el Tribunal que no cumplió con las exigencias del pliego ni de la normativa de contratación del Sector Público. El punto 6 de la hoja-resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, que concreta el apartado IV.1 de dicho pliego, determina que los licitadores que deseen participar en la presente convocatoria deben estar clasificados en el grupo R, subgrupo 1, categoría A. Por tanto, cualquier empresa que quisiera acudir a la licitación debía contar con dicha clasificación.

Ciertamente la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente, el TRLCSP aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) contempla en su artículo 52 (artículo 63 del Texto Refundido) la posibilidad de integrar medios externos para acreditar la solvencia, para lo que exige que demuestre que cuenta con dichos medios para la ejecución del contrato en cuestión.

Pero el artículo 54 del mismo texto legal señala que para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de servicios de presupuesto igual o superior a 120.000€, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Por ello, en este caso, el punto 6 de la hoja-resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares exigía que los licitadores dispusieran de la clasificación en el grupo R, subgrupo 1, categoría A, Y más allá de que no consta en el

expediente que Discrecional G-18 haya aportado ninguna documentación acreditativa de que las empresas que integran la Agrupación hubieran puesto sus medios a disposición de la ejecución del presente contrato, no presentó clasificación alguna de la propia Agrupación, limitándose a presentar las certificaciones de clasificación de cada una de las empresas que integran dicha Agrupación.

Hay que concluir, por tanto, que la adjudicataria no acreditó cumplir el requisito de clasificación exigido en el punto 6 de la hoja-resumen del pliego, por lo que procedía su exclusión.

Respecto a la aplicación a la Agrupación de Interés Económico, por analogía, de la normativa específica de las UTEs en materia de clasificación, el propio órgano de contratación que defiende tal posición, señala que existen diferencias importantes entre ambas figuras asociativas: el sistema de colaboración entre empresarios en la UTE tiene un tiempo cierto para el desarrollo de una obra, servicio o suministro, mientras que la AIE se constituye por tiempo indefinido; la UTE se crea para ejecuciones de obras, servicios o suministros concretos, mientras que la AIE existe al margen de las ejecuciones concretas. Nada dice el órgano de contratación respecto a una diferencia fundamental, cual es la de la responsabilidad de los socios que, en el caso de las AIE es subsidiaria de la de la Agrupación, conforme estipula el artículo 5º de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico.

Y así como el órgano de contratación, tras analizar tales diferencias, concluye que no existe fundamento para desvirtuar el acuerdo recurrido, este Tribunal entiende, por el contrario, que la AIE carecería de los medios para acreditar la solvencia exigida y que no es posible aplicar a la AIE, por analogía, las reglas previstas para las UTEs, precisamente por las diferencias antes señaladas: en una UTE las empresas responden solidariamente de las obligaciones de la misma mientras que en la AIE la responsabilidad de los socios es subsidiaria de la de la Agrupación; en una UTE las empresas que la forman manifiestan expresamente, al concurrir a una licitación, que tienen intención de participar en la ejecución del contrato de que se trate, para lo cual aportan los medios de que disponen. Como se ha señalado antes, en la documentación remitida al Tribunal no consta que las empresas que componen la AIE Discrecional G-18 hayan suscrito manifestación alguna al respecto.

Lo expuesto hasta aquí lleva inevitablemente a este Tribunal a considerar que debe estimarse el recurso interpuesto por Autocares Alonso e Hijos, S.L.

Respecto al objeto social de la adjudicataria en relación con el del contrato en licitación, de la documentación que obra en el expediente se desprende que en febrero de 2011 la Asamblea General de Socios de la Agrupación de Interés Económico denominada Discrecional G-18, modificó, entre otros, el artículo 4 de sus estatutos referido al “objeto” de la Agrupación, incluyendo la prestación de servicios de transporte de viajeros por carretera en vehículos de más de nueve plazas, que encajaría con el objeto del contrato cuya licitación ha sido ahora impugnada. Sin entrar en consideraciones respecto a los requisitos que deba cumplir una empresa para ser considerada “Agrupación de Interés Económico” cuando su objeto pasa a ser muy similar, o incluso coincidente, con el de las empresas que la integran, debemos concluir que Discrecional G-19 AIE, cuya modificación estatutaria efectuada en febrero de 2011 fue inscrita en el Registro Mercantil el 16 de mayo de 2011, sí que abarcaba en su objeto social el de la licitación ahora impugnada.

Por último, el hecho de que la AIE ahora adjudicataria haya suscrito contratos con entidades del Sector Público no desvirtúa ninguno de los fundamentos anteriores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. J.M.A.G en representación de Autocares Alonso e Hijos contra la admisión de la oferta de Discrecional G-18 AIM, por no ser un acto recurrible.

Segundo. Estimar el recurso interpuesto por D. J.M.A.G en representación de Autocares Alonso e Hijos, S.L., contra la adjudicación del contrato del Servicio de Transporte del personal del INIA a favor de Discrecional G-18 AIM (Agrupación de Interés Económico), declarando nula la Resolución de adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que dicha Agrupación debió ser excluida por defectos insubsanables de la documentación general.

Tercero. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.

Cuarto. 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.