

Recurso 79/2019 C.A. Cantabria 3/2019

Resolución nº 336/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. N. O. V. y D. J. C. S. en nombre propio, contra el acuerdo de exclusión, de 20 de diciembre de 2019, de la Mesa de Contratación para la contratación del procedimiento de adjudicación convocado por el Ayuntamiento de Camargo del “*Acuerdo Marco de Servicios para la representación y defensa en juicio del Ayuntamiento de Camargo*”, expediente CON/16/18; el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El expediente objeto de este recurso fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 16 de noviembre de 2018 y el día 30 de noviembre de 2018 se publica una rectificación del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

Segundo. Esta licitación se sujeta a 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 lo que no resulte contrario a esta norma, será de aplicación el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el Reglamento de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo y supletoriamente el resto de normas de derecho administrativo y en su defecto normas de derecho común.

Tercero. El Pliego de Condiciones Administrativa Particulares al establecer la documentación que debe incluirse en el Sobre 1, entre otros, prevé: “*d) COMPROMISO DE CONSTITUCIÓN DE UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESARIOS, EN SU CASO. Cuando dos o más empresas acudan a una licitación con el compromiso de constituirse en Unión Temporal, se deberá aportar una declaración indicando los nombres y*

circunstancias de los empresarios que la suscriban, la participación de cada uno de ellos y que asumen el compromiso de constituirse formalmente en Unión Temporal, en caso de resultar adjudicatarios. El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las empresas componentes de la Unión. En estos casos cada una de las empresas deberá presentar asimismo su DEUC.

Las condiciones establecidas para contratar con el sector público tiene que cumplirse antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, de acuerdo con el artículo 140 de la Ley 9/2017.

(...)

No será subsanable la falta de presentación del DUEC, quedando excluido el licitador que no incluya el citado documento en el sobre nº 1.”

Cuarto. En el expediente de contratación se incluyen dos documentos correspondientes al Documento Europeo Único de Contratación de D. J. C. S. y de D. N. O. V..

Asimismo, entre la documentación presentada por los recurrentes en la licitación se incluye el compromiso de constituirse en UTE, suscrito el 14 de diciembre de 2018, por D. J. C. S., D. V. R. B., D. M. A. G., D. J. L. A. I., D. E. R., D. O. R. y D. N. O. V..

Quinto. La Mesa de Contratación del procedimiento para la contratación del servicio del Acuerdo Marco de Servicios para la representación y defensa en juicio del Ayuntamiento de Camargo, en su sesión del día 20 de diciembre de 2018 acordó la exclusión de la UTE JAVIER CALVO SANCHEZ Y N. O. V. al no presentar el Documento Europeo Único de Contratación de los cuales figuran como empresarios participantes en el compromiso de constituirse en UTE.

La decisión de excluir a la UTE considera que la propuesta se suscribe por dos personas físicas, D. Javier Calvo y D^a Natalia Oreña, nada se acredita en la misma de que D. Javier Calvo lo haga en representación de una empresa o de terceras personas vinculadas al mismo por relaciones laborales o mercantiles, sin embargo el compromiso de UTE viene suscrito por todas las personas relacionadas anteriormente, las cuales no aportan DEUC siendo su falta de incorporación no subsanable conforme a los pliegos de condiciones que en la cláusula 1.9 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

establece: «... No será subsanable la falta de presentación del DEUC quedando excluido el licitador que no incluya el citado documento en el sobre nº 1».

Igualmente debe señalarse que la inclusión en el Sobre 1 de letrados cuya participación puede ser tenida en cuenta en el apartado C) de la base 1.11 “Contar con despacho de abogados” y que no formen UTE con los primeros, conforme a la declaración de estos, es causa de exclusión en aplicación de lo establecido en la base 1.9 Sobre 1 c) que señala que:

“La documentación que contiene el sobre precedente (sobre 1) no puede incluir ninguna información que permita conocer el contenido del sobre 2, relativo a criterios evaluables de forma automática. EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACION IMPLICA LA EXCLUSION DE LA LICITACION”

Sexto. El día 25 de enero de 2019 el Tribunal dio traslado para alegaciones a los interesados, sin que se hayan recibido.

Séptimo. La Secretaria General del Tribunal, por delegación de éste, de 21 de febrero de 2014 (BOE de 11 de marzo de 2014) acordó el día 8 de febrero de 2019 la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación de conformidad con los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La resolución de este recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con el artículo artículo 46 de la LCSP y el artículo 22.1.1º 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 (RPERMC) y en el Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma de Cantabria y el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el 28 de noviembre de 2012, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 13 de noviembre de 2012.

Segundo. El acuerdo de exclusión es susceptible de ser recurrido por vía del recurso especial en materia de contratación toda vez que recae en el procedimiento para la

contratación de un servicio cuyo valor estimado supera cien mil euros, de conformidad con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Tercero. Debe reconocerse legitimación a los recurrentes, al amparo del artículo 48 de la LCSP, toda vez que la estimación del recurso permitiría a estos continuar la tramitación del procedimiento de contratación excluido y, eventualmente resultar adjudicatarios.

Cuarto. La resolución recurrida fue notificada el día 31 de diciembre de 2018. El recurso fue interpuesto en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda el día 21 de enero de 2019, cumpliendo el requisito temporal del recurso en los términos exigidos en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto. Entrando en el fondo del recurso, el primer argumento de éste parte de considerar que el PCAP exige la presentación de un DEUC por empresa siendo, suficiente que se presente un DEUC por cada uno de los representantes de la UTE y sin ser necesaria la presentación de tantos DEUC como miembros de la UTE. Por el contrario, la interpretación sostenida por el órgano de contratación en el sentido de que cada miembro de la UTE debe presentar un DEUC no se desprende de forma inequívoca del PCAP. Asimismo, define el recurso que la falta de presentación del DEUC por cada uno de los miembros de la UTE es un requisito subsanable de la oferta de acuerdo con el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y en consecuencia debió concederse un plazo para subsanar antes de adoptar la decisión de excluir la oferta.

El recurrente alega que de la documentación aportada se deduce que la UTE tiene dos representantes, y estos son los que presentan la oferta. El recurso cita el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 47/2009, de 1 de febrero de 2010, para sostener la posible subsanación de la oferta, que podría aportarse documentos exigidos cuando el elemento que acreditan existía al tiempo de concluir el plazo de presentación de la oferta. De manera que si existe el compromiso de constituir la UTE entre varias personas, será subsanable la presentación de la documentación exigida a las personas que no presentaron el DEUC. Asimismo, el recurso cita una jurisprudencia del Tribunal Supremo que opone el principio de concurrencia frente a defectos en la documentación de carácter formal. El recurso también recoge varias resoluciones de este Tribunal sobre la subsanación de la documentación que presenta defectos formales.

A favor del carácter subsanable de la omisión de los DUEC de los participantes de la UTE se afirma que el DEUC no implica el cumplimiento de requisito alguno, no siendo más que una declaración responsable acerca del cumplimiento de las condiciones para contratar que, en cualquier caso, deberán ser acreditados y controlados respecto de la empresa adjudicataria.

Subsidiariamente, si no se considera admisible la subsanación, afirma que lo que procede es que continúen en el procedimiento los empresarios que sí han cumplimentado el DEUC, o dar plazo para que los restantes integrantes de la UTE manifiesten si continúan en la licitación o no.

Sexto. El órgano de contratación manifiesta lo siguiente:

Primero.- La Mesa de Contratación ha estimado no admisible la propuesta presentada por los motivos que se han señalado anteriormente, frente a lo indicado se señala por el recurrente que la oferta, tal como fue presentada, responde a un error en la interpretación del Pliego de Condiciones, no obstante, tal afirmación no puede tenerse por admitida ya que:

a.- Desde un punto formal el error en la interpretación del pliego de condiciones por parte de licitador no puede afectar más que al licitador que ha presentado la oferta erróneamente, de admitir la subsanación de los errores de un licitador frente a lo señalado en el pliego se produciría una vulneración de las determinaciones del Pliego de Condiciones en relación con el resto de los licitadores que han seguido adecuadamente el mismo, en consecuencia, no puede beneficiarse el interesado de un error que ha cometido el mismo y que no ha sido inducido por la Corporación Municipal.

b.- Desde un punto de vista material tal error no se produce, expresamente señala el interesado en su oferta que la UTE se encuentra constituida:

70%: D. J. C. S., D. V. R. B., D. M. A. G., D. J. L. A. I., D. E. R., y D. O. R..

30%: D. N. O. V..

Por tanto, claramente deberían cumplir todos los integrantes de la UTE el requisito de presentación de la documentación exigida en el Pliego, lo que no se produce en el caso de los anteriores..

A tal efecto cabe señalar que el Pliego de condiciones señala expresamente a la base 1.9 la siguiente indicación en relación con las UTEs

“En estos casos cada uno de las empresas deberá presentar asimismo su DEUC”

Por tanto, existe una declaración expresa e inequívoca en el Pliego que impide admitir el error de interpretación.

Segundo.- El Pliego establece expresamente en su base 1.9 la no subsanación del requisito de presentación del DEUC, señalando textualmente que:

No será subsanable la falta de presentación del DEUC, quedando excluido el licitador que no incluye el citado documento en el sobre nº 1.

En consecuencia, existe una declaración expresa clara y determinante de la actuación a seguir por la Mesa de Contratación en caso de no presentación del DEUC por los licitadores, sin que pueda argumentarse en este apartado indicación alguna a una posible subsanación de algo que el propio pliego considera insubsanable, por haberse previsto expresamente.

De no haber estimado el licitador conforme dicha cláusula debería haber procedido a la impugnación del pliego lo que no ha sido así, encontrándose conforme con la misma al haber presentado propuesta a la misma.

Tercero.- Si bien esta situación ya determina la no admisión de la oferta tal como fue presentada, la misma se une al hecho de que la Mesa de Contratación, debe interpretar cual es la participación real de los miembros que integran la UTE que no presentan el oportuno DEUC y esta participación se ha estimado no puede ser otra que la de conformar un despacho de abogados a los efectos previstos en el apartado 1.11, lo que conlleva, como se señala en el apartado posterior, igualmente a la desestimación de la oferta.

No cabe admitir la propuesta de modificación de la oferta a través de la modificación de la UTE una vez efectuada la apertura del sobre de documentación administrativa, por cuanto la misma supondría la alteración de la propia oferta, alterando la propia declaración del licitador en cuanto al porcentaje de participación en la UTE y debiendo señalar que en este caso tal modificación es sustancial en la medida que los licitadores que no aportan el DEUC suponen más del 50% de la UTE.

Séptimo. Pues bien, como hemos dicho en nuestra Resolución 171/2019, sólo pueden contratar con el sector público las personas físicas o jurídicas, individualmente o agrupadas en UTE:

“En definitiva, la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de los licitadores que debe analizarse es la de los sujetos de derecho que presentan la oferta y no de los posibles licitadores que se pudieran integrar en el sujeto licitador. En este caso la propuesta de la recurrente se hizo en representación de una comunidad de bienes y no en nombre de las personas físicas o comuneros que la integran la comunidad, según resulta del informe del órgano de contratación y del propio recurso. En consecuencia, siguiendo el criterio expuesto en la resolución transcrita, no puede reconocerse personalidad jurídica ni capacidad de obrar a la comunidad de bienes y en consecuencia debe ser excluida de la contratación, por infracción del artículo 65 de la LCSP, confirmando así la resolución recurrida.

Concreción de lo que acabamos de afirmar es que solo pueden contratar con el sector público, en el caso de contratos sujetos a la LCSP, las personas físicas y las personas jurídicas individualmente, o bien agrupadas bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas (UTE's), que es la fórmula que prevé la LCSP para que varios puedan contratar conjuntamente, sean personas físicas sean personas jurídicas, sin constituir una nueva persona. Es decir, la participación en los procedimientos de licitación de contratos con el sector público de varias persona simultáneamente agrupadas para presentar una única oferta común es a través de la figura de las UTE, que es una forma de colaboración y agrupación de varias personas para participar como una unidad, agrupación, mediante la presentación de una única oferta común, oferta que es de todos y cada uno de ellos, de ahí que deban comprometerse a constituir la UTE en caso de adjudicación a su favor, con indicación de su participación en la agrupación, obligándose solidariamente todos ellos y designando un único representante para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones derivados del contrato en caso de adjudicación a su favor.

Así resulta del régimen derivado de los artículos 65.1 y 69 de la LCSP, referidos a las personas físicas y jurídicas, el primero, y a las UTE's el segundo, que es el régimen

tradicional existente en España en el ámbito de la contratación del Estado, luego de las Administraciones Públicas y, actualmente, del sector público.

En ese sentido, que compartimos, se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe nº 12/03, de 23 de julio de 2003, más arriba citado, que determina lo siguiente:

“La última cuestión planteada – la posibilidad de celebrar un contrato de consultoría y asistencia con más de una persona física - fue abordada y resuelta en nuestros informes de 2 de marzo y 30 de junio de 1998 (expedientes 56/97 y 32/98). En el primero, después de razonar sobre las uniones temporales de empresarios, se concluía que los profesionales, al igual que el resto de las personas que pueden contratar con la Administración “han de ser personas físicas o constituirse en personas jurídicas” sin perjuicio de que puedan concurrir a la contratación en unión temporal de empresarios.

En el segundo, como aclaración al anterior se afirmaba que conforme a los artículos 15 y 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existían tres posibilidades o alternativas y ninguna más, que eran que el contrato se celebre con una persona física, con una persona jurídica o con uniones temporales de empresarios”.

En el presente caso, sólo han presentado el formulario normalizado DEUC dos personas físicas, y sin embargo en el compromiso de UTE aparecen 7 personas físicas, 6 de ellas agrupadas como si fueran una sola parte, declarando que participarán todas conjuntamente en la UTE en un porcentaje del 70 %.

Como hemos visto, sólo pueden participar en los procedimientos de contratación del sector público las personas físicas o jurídicas, individualmente o agrupadas en UTE, por lo que esta unión, como si fueran una sola parte de la UTE, de 6 personas físicas, no es admisible.

No es procedente conceder trámite de subsanación de la omisión del DEUC para los empresarios que no lo han aportado, por prohibirlo expresamente los pliegos, que son ley del contrato. Concretamente la cláusula 1.9 del PCAP.

El artículo 139.1 de la LCSP establece que:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el

empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.”

Asimismo, el artículo 140.1. e) de la LCSP establece que: *“En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente.*

Adicionalmente a la declaración o declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se aportará el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el apartado 3 del artículo 69 de esta Ley”.

El recurrente cita como argumento de su error, la siguiente expresión que recoge el PCAP sobre las UTE,s: *“En estos casos, cada una de las empresas deberá presentar asimismo su DEUC”.* Continúa diciendo el recurso, que *“según entendió esta parte, el DEUC se debía presentar, uno por empresa”.*

Yerra el recurrente, por tanto, al considerar que, según los documentos aportados en el procedimiento, se presentaban únicamente 2 empresas, y no 7. Dado que no consta que las 6 personas físicas agrupadas en una sola parte tengan una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, el número de empresas que pretendían presentarse al procedimiento era de 7 y no de 2, y, por lo tanto, se debían presentar 7 DEUC,s, como claramente indicaba el PCAP y la LCSP.

Así lo dice también el propio DEUC que aportaron:

“¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros?

X Sí

No

-Asegúrese de que los demás interesados presentan un formulario DEUC separado". (este subrayado es nuestro).

Aquí el documento no habla de empresas, sino de interesados. Y, sin embargo, los recurrentes no han dado cumplimiento a esta mención del DEUC.

Por tanto, para poder participar en el procedimiento las 7 personas físicas que han declarado su intención de hacerlo, deberían haber presentado un compromiso de constitución de UTE de siete partes, de siete empresas; no de 2.

Como hemos dicho, la omisión en la presentación de los DEUC por 5 de las empresas participantes es insubsanable, porque así lo establece el PCAP.

En cuanto a la pretensión subsidiaria de que continúe el procedimiento con las dos empresas que han aportado el DEUC "*o, en su caso, dar plazo para que los restantes integrantes de la futura UTE manifiesten si continúan en la licitación o no*", implicaría una modificación del compromiso de UTE aportado, de tal manera que donde 6 empresas manifestaban que iban juntas como una sola parte, y que participaban conjuntamente en un 70 %, supondría ahora que una sola empresa, J. C. S., participaría en un 70 % en la UTE a constituir, lo que implica una modificación de la oferta tal y como fue presentada, lo que no es admisible.

Procedería conceder plazo de subsanación para corregir algún error formal en el compromiso de UTE, como la falta de firma de algún miembro, o algún otro requisito formal, pero no procede conceder una trámite de subsanación para realizar un cambio que implicaría una modificación de la oferta presentada, si se eliminan a 5 empresas de las que inicialmente manifestaban su intención de participar, y si se produce un cambio significativo en el porcentaje de participación de una de las empresas de la UTE.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. N. O. V. y D. J. C. S., en nombre propio, contra el acuerdo de exclusión, de 20 de diciembre de 2019, de la Mesa de

Contratación para la contratación del procedimiento de adjudicación del “*Acuerdo Marco de Servicios para la representación y defensa en juicio del Ayuntamiento de Camargo*”.

Segundo. No se aprecia mala fe o temeridad en los recurrentes, a los efectos del artículo 58 de la LCSP.

Tercero. Procede alzar la suspensión del procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.