



**Recurso nº 829/2022 C. Valenciana 204/2022**

**Resolución nº 1138/2022**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022

**VISTO** el recurso interpuesto por D. G.A.S., en nombre y representación de MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocado por el Ayuntamiento de San Antonio de Benágeber para la contratación del “*servicio de implantación, suministro, gestión y mantenimiento de un sistema público de préstamo de bicicletas en el municipio de San Antonio de Benágeber*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Ayuntamiento de San Antonio de Benágeber con fecha 20 de septiembre de 2021, publicó en su Perfil del contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público, anuncio de licitación por el que se convocaba licitación pública por procedimiento abierto, para la contratación sujeta a regulación armonizada, del servicio de implantación, suministro, gestión y mantenimiento de un sistema público de préstamo de bicicletas en el municipio de San Antonio de Benágeber.

Finalizado el plazo de presentación de ofertas el 25 de octubre de 2021 se presentaron tres licitadores, entre ellos la recurrente.

**Segundo.** Con fecha 29 de octubre de 2021 se constituyó Mesa de Contratación para la apertura del archivo A). Acto seguido el mismo día se procedió a la apertura del sobre B) que contenía las proposiciones económicas. La oferta de ELECTRIC RENTING GROUP, S.L. incurre en presunción de anormalidad, por lo que la mesa acordó dar un plazo de cinco



días hábiles a la licitadora para que justificara dicha baja. Igualmente solicitó a los servicios municipales un informe a fin de conocer si la oferta de ELECTRIC RENTING GROUP, S.L. cumplía los requisitos técnicos exigidos en el pliego.

**Tercero.** El 29 de noviembre de 2021, el Instituto de Robótica y Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la Universidad de Valencia emitió el informe de evaluación de las ofertas presentadas en el contrato, en el que ponía de manifiesto que desde el punto de vista técnico, la empresa no cumple con todos los criterios exigidos en el pliego de prescripciones técnicas. El 4 de enero de 2022, el técnico municipal del Ayuntamiento emite informe haciendo suyas las conclusiones del anterior.

La mesa de contratación el 11 de enero de 2022 acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión del procedimiento de contratación de la empresa ELECTRIC RENTING GROUP S.L., por no cumplir su oferta con los requisitos técnicos exigidos en el pliego y la adjudicación del contrato a la empresa JOC RENTAL S.L. El 17 de enero de 2022 la licitadora excluida presentó escrito de alegaciones a la mesa de contratación que fueron desestimadas por la mesa de contratación el 7 de febrero de 2022 manteniendo la propuesta de exclusión. La propuesta de exclusión y adjudicación por parte de la mesa de contratación se publica el 16 de febrero en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

**Cuarto.** Con fecha 8 de marzo de 2022 se interpone recurso especial en materia de contratación por parte de la recurrente contra lo que denomina acuerdo de exclusión por parte de la mesa de contratación.

**Quinto.** La UTE JOC RENTAL-SMOD SAS propuesta como adjudicataria fue requerida el 11 de enero de 2022 por parte de la mesa de contratación en virtud de lo estipulado en el artículo 150.2 de la LCSP para que presentara determinada documentación. En concreto el requerimiento fue el siguiente: El 11 de enero de 2022, la Mesa de Contratación propuso a la Alcaldía la adjudicación del contrato a la empresa JOC RENTAL S. L. (JOC RENTAL). En dicha propuesta, el órgano de contratación requirió a JOC RENTAL para que aportara los siguientes documentos:



1º. Los que acrediten que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.

2º. Justificante de haber constituido la garantía definitiva (cinco por ciento del precio ofertado, IVA excluido).

3º. Documentos acreditativos de la capacidad de obrar, según se indica en la cláusula decimotercera del Pliego Administrativo.

4º. Documentos acreditativos de la representación.

5º. Documentación que acredite la solvencia económica y financiera, y la técnica y profesional, conforme se determina en la cláusula decimotercera del Pliego Administrativo.

6º. Ficha de Mantenimiento de Terceros debidamente cumplimentada.

7º. Declaración en la que se ponga de manifiesto dónde van a estar ubicados los servidores informáticos y desde dónde se van a prestar los servicios asociados a los mismos.

El 24 de enero de 2022, JOC RENTAL aportó parte de la documentación requerida.

**Sexto.** El 14 de febrero de 2022, el órgano de contratación estimó necesaria la aportación de documentación complementaria y confirió a la mercantil un plazo de tres días hábiles para presentarla. En concreto la notificación es del siguiente tenor:

*“En relación con el procedimiento de contratación del “servicio de implantación, suministro, gestión y mantenimiento de un sistema público de préstamo de bicicletas en el municipio”, que se sigue en este Ayuntamiento de San Antonio de Benagéber, con número de expediente 1843/2021, habiendo sido ustedes propuestos como adjudicatarios por la Mesa de Contratación, y revisada la documentación que aportaron el pasado 24 de enero, mediante Registro de Entrada 2022-E-RE-342, resulta que los servicios municipales han considerado necesario requerirle más información en el sentido siguiente:*

- *En relación con ambas empresas:*



- *Deberán acreditar debidamente la constitución de la garantía definitiva, incrementando la ya aportada en 1,68 euros (la garantía debe ser el cinco por ciento del precio ofertado, sin IVA, siendo éste de 255.910,00 euros; habiendo ingresado un importe de 12.793,82 euros, este resulta 1,68 euros inferior al cinco por ciento referido).*
- *Deberán aportar documentos validados por el Registro Mercantil en que conste inscrita la empresa (o bien validados por el registro oficial en que deba efectuar su inscripción) que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos en cuanto a la solvencia económica o financiera.*
  - *En relación con la empresa Joc Rental S.L.:*
- *Deberá aportar original (o copia autenticada) de la escritura de nombramiento de miembros del órgano de administración, así como de la escritura de nombramiento de representante.*
  - *En relación con la empresa SMOD. IO. SAS:*
- *Deberá acreditar que se encuentran al corriente con sus obligaciones tributarias y con la seguridad social (ante las autoridades españolas, se entiende).*
- *Deberá aportar informe elaborado por la Oficina Económica y Comercial de España en el exterior justificando que el Estado de procedencia, la República Argentina, admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con los entes del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (art. 68.1, Ley 9/2017).*
- *Deberá aportar informe expedido por la Misión Diplomática Permanente de España en la República Argentina o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa, acreditando su capacidad de obrar (art. 84.3, Ley 9/2017).*

*Tal y como dispone la Cláusula Decimoquinta del Pliego Administrativo, la documentación requerida, a la que se ha hecho referencia, deberá presentarse a través de la sede electrónica de este Ayuntamiento, mediante registro electrónico, en*



*el plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente al de recepción de la presente comunicación.”*

**Séptimo.** Tras el requerimiento de subsanación efectuado consta en el expediente que el 16 de febrero de 2022, tuvo acceso al registro de entrada del Ayuntamiento la siguiente documentación:

- Documento justificativo del pago del resto de la garantía definitiva.
- Información del Registro mercantil de Valencia, de JOC RENTAL S.L. correspondientes a los ejercicios 2019 y 2020, expedida el día 11/02/2022, donde figuran las cuentas anuales de ambos ejercicios.
- Estados contables de la mercantil de SMOD.IO.SAS (“**SMOD**”), correspondientes a los ejercicios 2019 y 2020.
- Declaración responsable del representante de la mercantil SMOD de no estar incurso en causa de prohibición de contratar del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“**LCSP**”).
- Informe de la Oficina económica y comercial de España en Buenos Aires, por el que se acreditaba la concurrencia de capacidad de obrar en la mercantil SMOD y la existencia del presupuesto de reciprocidad exigido por el artículo 68.1 LCSP.

El 17 de febrero de 2022, tuvo acceso al registro de entrada del Ayuntamiento la siguiente documentación:

- Escritura con protocolo de elevación a público de acuerdos sociales sobre cese y nombramiento de miembro del Órgano de Administración de la Sociedad “JOC RENTAL, SOCIEDAD LIMITADA”.
- Escritura de poder especial otorgada en nombre de la mercantil JOC RENTAL por la que se confería poder especial a D. J.B.C..

El 17 de febrero de 2022, tuvo acceso al registro de entrada del Ayuntamiento la siguiente documentación:



- Huella digital y certificación de depósito de cuentas anuales de la mercantil JOC RENTAL correspondiente a los ejercicios 2019 y 2020.
- Declaración del representante legal de la mercantil SMOD relativo al volumen de ventas y la imposibilidad de aportar el balance legal debido a la falta de cierre del ejercicio fiscal.

El 18 de febrero de 2022, tuvo acceso al registro de entrada del Ayuntamiento acuse de recibo del Registro Mercantil por el que el representante legal de JOC RENTAL solicitaba certificación de presentación de las Cuentas Anuales del ejercicio 2019.

El 3 de marzo de 2022, se emitió informe del Técnico de Administración General del Área de Contratación, Patrimonio y Régimen Interior, por el cual se estimó aportada toda la documentación exigida con carácter previo a la adjudicación del contrato y solventadas las deficiencias encontradas.

**Octavo.** Con fecha 3 de junio de 2022 la Junta de Gobierno del Ayuntamiento acuerda:

- Adjudicar el contrato del servicio de *“implantación, suministro, gestión y mantenimiento de un sistema público de préstamo de bicicletas”*, a la unión temporal de empresas que formarán las sociedades siguientes: - JOC RENTAL, S.L. y – SMOD. IO SAS, sociedad argentina.

La adjudicación se realiza en las condiciones que figuran en su oferta y las que se detallan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como se condiciona a que, previamente a la firma del contrato, las citadas sociedades efectúen lo siguiente:

- 1º. Formalicen la creación de la unión temporal de empresas con la cual se concretará, finalmente, la contratación del servicio.
- 2º. Por parte de SMOD.IO.SAS se aporte a esta Entidad documento auténtico, firmado por representante debidamente acreditado, en el que se declare que se encuentra al corriente con sus obligaciones tributarias, así como con la Seguridad Social.

El mismo 3 de junio se procede a la notificación a los interesados de la adjudicación.



**Noveno.** MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación el 24 de junio de 2022. No consta que hasta la fecha se hayan presentado alegaciones por posibles interesados. El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal dos informes sobre el recurso, emitidos el 6 y el 21 de julio de 2022.

**Décimo.** Con fecha 5 de julio de 2022 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, producida automáticamente por recurrirse el acuerdo de adjudicación conforme al art 56.3 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** El presente recurso especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP, artículo 22.1.1.º 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 el Convenio suscrito al efecto entre el entonces Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana de 25 de mayo de 2021 y publicado mediante resolución de la Subsecretaría de Hacienda, en el Boletín Oficial del Estado de 2 de junio de 2021.

**Segundo.** El objeto del recurso, lo constituye un contrato de servicios que supera el umbral vigente para la interposición. Esto es, el valor estimado es superior a cien mil euros, por lo que, según lo establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP, estamos ante un contrato susceptible de recurso especial en materia de contratación. La adjudicación del contrato, acto que se impugna es de los actos susceptibles del recurso conforme a lo establecido en el artículo 44.1.c) de la LCSP.

**Tercero.** La recurrente está legitimado al amparo del artículo 48 de la LCSP para impugnar el acuerdo de adjudicación, puesto que de ser excluida la UTE adjudicataria, no habiendo más licitadores, podría alzarse con la ejecución del contrato.



**Cuarto.** El recurso se ha interpuesto dentro del plazo conferido por parte de la LCSP, esto es sin que hayan transcurrido 15 días hábiles desde el día siguiente a la notificación de la adjudicación (4 de junio de 2022) y su interposición (el 24 de junio del mismo año), plazo al que se refiere expresamente el artículo 50.1 d) de la LCSP.

**Quinto.** La recurrente basa su recurso en dos clases de motivos diferentes entendiéndose que procede la exclusión de la UTE adjudicataria:

- Por una parte, alega arbitrariedad del poder adjudicador al proceder a permitir la subsanación de la documentación solicitada más allá del plazo conferido, incluso a llevar a efecto la adjudicación sin que algunas cuestiones de la documentación administrativa solicitada conforme a los pliegos se haya cumplimentado en tiempo y forma.
- Por otra, considera que hay incumplimientos del pliego de prescripciones técnicas que debieran dar lugar a la exclusión de la oferta del adjudicatario.

Dentro de los defectos en cuanto a la documentación administrativa se refiere, menciona los siguientes:

- La errónea constitución de la garantía definitiva.
- Falta de acreditación de la representación por parte de JOC RENTAL.
- Falta de acreditación de la correspondiente capacidad de obrar de la mercantil SMOD.IO. SAS.
- Falta de acreditación del cumplimiento de la solvencia económica y financiera por parte de la UTE.
- Falta de acreditación del cumplimiento de encontrarse al corriente en las obligaciones tributarias y de la seguridad social por parte de la mercantil SMOD.IO.SAS.

En cuanto a los incumplimientos técnicos cita:

- Respecto de la bicicleta mecánica incumple lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas en cuanto a cambio de velocidades, pedales, sillín y candado inteligente.
- En relación con las bicicletas con pedaleo asistido no cumple lo dispuesto en el pliego de prescripciones técnicas en cuanto a la horquilla de suspensión, batería



exclusivamente de litio de alta calidad, el dispositivo de conexión y carga, el motor de una potencia nominal de 250 w, los cables internos al cuadro, el indicador del estado de carga de la batería, los cables eléctricos, el cambio de velocidades el sistema de geolocalización y los certificados de homologación de bicicletas.

- Tampoco cumple con la cláusula 4.1 del pliego técnico en canto a la configuración estética de las bicicletas.
- Además la recurrente entiende que se incumple una serie de requisitos exigidos al sistema de recarga en estaciones base así como que no se presenta un sistema de control global.

Por su parte el órgano de contratación rebate punto por punto lo dicho en el recurso en la forma que se mencionará a continuación.

**Sexto.** En primer término habría que examinar la alegación del recurrente en cuanto a la presentación fuera del plazo de los documentos que se requieren al propuesto como adjudicatario sobre la base de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP. Dado que de atender el requerimiento, siendo la documentación presentada incompleta o insuficiente, nada impide conferir un nuevo plazo para su subsanación, hay que examinar si los documentos se cumplimentaron en tiempo y forma en el segundo plazo indicado.

Así, es doctrina de este Tribunal la que distingue en aras a la interpretación del plazo conferido en este precepto y en su caso entender retirada la oferta, entre la no presentación de documentación o presentarla incorrectamente. En concreto la Resolución de este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 93/2022:

*“..... Así señala que la no cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido solo se equipara a la retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento o de no constituir en modo alguno garantía definitiva en el plazo concedido b) Cuando se cumplimenta el requerimiento de manera incompleta, momento en el que el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la*



*garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial)."*

Y esta misma Resolución hace referencia al plazo de subsanación en los siguientes términos:

*"Expuesto lo anterior, es necesario analizar qué plazo debe concederse al licitador propuesto como adjudicatario para subsanar, cuando proceda, la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP. A estos efectos, parece razonable aplicar por analogía el plazo de tres días previsto en el artículo 141.2 de la LCSP. Asimismo, debe determinarse si el plazo es de tres días naturales o hábiles. A estos efectos, la Disposición adicional duodécima de la LCSP señala lo siguiente: "Los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles. (..) Ahora bien, este Tribunal ha señalado que, conforme a lo establecido en el artículo 30.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), para que ello tenga lugar, es necesario hacer constar esta circunstancia en la notificación del requerimiento de subsanación. Así, en la Resolución nº1085/2018 señalamos: "Este Tribunal considera que si bien es cierto que el plazo de tres días, por virtud de los preceptos alegados por el órgano de contratación, artículo 141.2 de la LCSP y también su disposición adicional duodécima, es un plazo que debe computarse en días naturales, también lo es que de conformidad con el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LRJSP), debió haberse hecho expresamente constar esta circunstancia en la notificación en el que se requería la subsanación. Así, el apartado 2 del citado artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone lo siguiente: "Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones". Resulta por tanto de lo expuesto, que cuando los plazos sean de*



*días naturales, por así preverlo una ley, en este supuesto, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, esta circunstancia debe hacerse constar en las notificaciones, de modo que no habiéndolo hecho así constar el órgano de contratación en el requerimiento de subsanación, que sólo señalaba que se concedía un plazo de tres días, debe estimarse la alegación del recurrente, resultando por tanto no ajustada a derecho la resolución de exclusión, por el motivo ahora expuesto.”*

Aplicando lo dicho al expediente de contratación cuya impugnación se trata, resulta que tanto el pliego de cláusulas administrativas particulares, ley del contrato, como el requerimiento, conferían el plazo de tres días hábiles a contar desde el día siguiente a la aceptación de la notificación, para la subsanación de la documentación requerida sobre la base del artículo 150.2 de la LCSP. Por tanto debe entenderse que el plazo conferido es de tres días hábiles, computándose en la forma indicada.

Aplicando lo dicho hasta ahora y constando, como el propio recurrente reconoce y consta en el expediente, que esta aceptación tuvo lugar el día 15 de febrero de 2022, el plazo finalizaba el día 18 del mismo mes y año, por lo que todos los documentos aportados hasta esa fecha (y no hasta el 17 de febrero como sostiene la recurrente) deben considerarse, a efectos de comprobar si el acuerdo por el que el órgano de contratación entiende subsanados los mismos es válido o por el contrario existen documentos solicitados y no aportados en tiempo y forma como indica la recurrente.

Según el órgano de contratación los demás documentos presentados con posterioridad a esa fecha no responden a documentos presentados a consecuencia de un requerimiento de la administración, sino a documentos aportados por el interesado en base al artículo 28.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que regula los documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo. De ser ello así, tales documentos es claro que no podrían tenerse por aportados en plazo a efectos de tener por subsanados los defectos advertidos en el trámite del 150.2 LCSP.



**Séptimo.** El primer incumplimiento no subsanado al que se refiere la recurrente es el relativo a lo dispuesto en la Ley y normas complementarias en cuanto a la constitución de la garantía definitiva.

Vaya por delante que tras el requerimiento en el plazo estipulado en el artículo 150.2 de la LCSP, en el requerimiento de subsanación del 14 de febrero de 2022, el órgano de contratación requiere para que acrediten:

*“debidamente la constitución de la garantía definitiva, incrementando la ya aportada en 1,68 euros (la garantía debe ser el cinco por ciento del precio ofertado, sin IVA, siendo éste de 255.910,00 euros; habiendo ingresado un importe de 12.793,82 euros, este resulta 1,68 euros inferior al cinco por ciento referido).”*

Consta en el expediente que la documentación para subsanar esta deficiencia en cuanto al importe, se aporta el día 16 de febrero de 2022.

Vistos los documentos aportados, la recurrente entiende que hay incumplimiento porque la garantía se presta por uno solo de los integrantes de la UTE (JOC RENTAL), sin que conste aportación parcial de la misma por parte de la otra empresa integrante o la identificación de que su constitución avalaba de forma conjunta y solidaria a ambas empresas. No alega otro tipo de defectos formales de la garantía. A su entender la fianza debe ser constituida por el adjudicatario y si este resulta ser una UTE cada una de las empresas deberá aportarla de manera conjunta y solidaria. Considera aplicable el artículo 61.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos (que permite que se constituya la garantía provisional por una o varias siempre que en su conjunto alcance la cuantía requerida y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal).

Frente a ello el órgano de contratación responde que la garantía está bien constituida a favor de la administración, cumple sus fines y es ajena a las relaciones de derecho privado o mercantil que pudiera afectar a terceros, en este caso entre los socios de la UTE.

En este sentido destaca la jurisprudencia que ya desde hace tiempo vienen apoyando esta postura. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1986 y 16 de noviembre de 1993, ambas dictadas en recurso de apelación en que se aceptaba de las sentencias



apeladas, en el sentido de que basta que una de las empresas que entra en la agrupación para optar a la adjudicación, cumpla los requisitos establecidos al efecto para que se entienda que dichos requisitos quedan cumplidos por la Agrupación.

Como dice la recurrente, el artículo 107 de la LCSP no prevé que pueda constituirse la garantía definitiva por una de las empresas que formarán parte de la UTE y tampoco lo prohíbe.

El artículo 61 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 (RLCAP) que, no olvidemos, se refiere a la garantía provisional, se limita a expresar que: “

*en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales **podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes**, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 35 de la Ley y **garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.**”*

Es decir, la garantía puede constituirse por una o varias de las empresas integrantes de la UTE siempre y cuando se alcance la cuantía requerida y la garantía debe garantizar solidariamente a todos los integrantes.

Ayudando esta tesis hay que tener en cuenta el informe 50/06, de 11 de diciembre de 2006 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado que al respecto disponía lo siguiente:

*“La primera cuestión que se plantea consiste en determinar si en los supuestos de adjudicación del contrato a empresas que se comprometen a constituirse en unión temporal de empresarios la garantía definitiva ha de constituirse por la propia unión de empresarios en el plazo de 15 días previsto en el artículo 41 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o, por el contrario resulta factible que la garantía definitiva la constituya las empresas que concurren. La falta de personalidad jurídica de las uniones temporales de empresarios sustentada por esta Junta en numerosos informes emitidos tanto en relación con la figura de las agrupaciones temporales y la Ley de Contratos del Estado, como en relación con*



*las uniones temporales y la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informes 49/72, de 22 de diciembre, 72/83, de 18 de noviembre, 32/84 de 15 de octubre, 8/98 de 11 de junio, 12/99 de 17 de marzo y 69/99 de 11 de abril de 2000) permite aplicar a las garantías definitivas la solución expresamente 2 prevista para las garantías provisionales en el artículo 61.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que “en el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 35 de la Ley y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal”. La circunstancia de que el precepto reglamentario transcrito se limite a citar a las garantías provisionales no puede oscurecer que en las garantías definitivas, cumpliéndose ambos requisitos de alcanzar la cuantía legalmente prevista y de garantizar solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal, se debe aplicar la misma regla de que las garantías definitivas puedan constituirse por una o varias de las empresas participantes, ya que ello –insistimos- no es más que una consecuencia de la carencia de personalidad de la unión temporal, encontrándonos, como afirma el citado informe 49/72, de 22 de diciembre, “ante una comunidad de interesados de carácter circunstancial que se sustenta en la personalidad jurídica de los partícipes, vinculados por la responsabilidad solidaria frente a la Administración”.*

Por tanto, cabría entender que la garantía definitiva está bien constituida, aunque se presente por parte de uno de los componentes de la UTE, siempre que alcance solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal. La adjudicataria ha subsanado en la forma indicada por parte del órgano de contratación, que se limitaba a solicitar la ampliación en cuanto a la cantidad en euros: el día 16 de febrero de 2022, se presenta justificante de la transferencia de 1,68 euros realizada por el propuesto adjudicatario al Ayuntamiento. Consta también una carta de pago en teoría de la unidad de contabilidad de operaciones no presupuestarias del Ayuntamiento de San Antonio de Benágeber.

Visto lo anterior, habría de acogerse el primer motivo tal como es esgrimido por la recurrente. No obstante, siendo susceptible de subsanación este extremo, lo procedente sería practicar la misma, a fin de que se aportara declaración por parte de la empresa que



ha constituido la garantía, expresando que el importe garantiza solidariamente a las dos empresas integrantes de la unión temporal. Resta por otra parte, el análisis otros motivos de impugnación planteados por la recurrente, cuya estimación daría lugar a declarar la procedencia de la exclusión de la adjudicataria y a la innecesaridad de practicar el citado trámite.

**Octavo.** En relación con la falta de capacidad de obrar de uno de los componentes de la UTE, así como la falta de acreditación de la representación en plazo y forma, el recurrente entiende que no se ha acreditado la correspondiente capacidad de obrar de la mercantil SMOD.IO. SAS, porque la declaración sobre su capacidad que se presenta en fase de subsanación solo acredita que al tiempo de ésta y no en el momento de presentar la oferta económica la mercantil tenía capacidad de obrar. Frente a ello el órgano de contratación lo considera suficiente dado que además constan otros documentos en el expediente que tuvieron que ser subsanados. Por ejemplo, cita el acta constitutiva de sociedades por acciones simplificadas que data de 2019.

Lo cierto es que la mercantil presenta en el plazo del requerimiento sus estatutos inscritos en el tomo 101 folio 2641 número 457 en la ciudad de Rosario el 31 de julio de 2020, copia que aparece firmada por la secretaria del Registro Público de Comercio de la ciudad indicada.

En el requerimiento de subsanación se le solicita que aporte informe expedido por la Misión diplomática permanente de España en la República Argentina o de la oficina consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa para acreditar su capacidad de obrar (artículo 84,3 de la LCSP) así como el informe elaborado por la Oficina Económica y Comercial de España en el exterior justificando que el Estado de procedencia, la República Argentina, admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con los entes del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (art. 68.1, Ley 9/2017).

Y esto es lo que se presenta antes del 18 de febrero, esto es en el tiempo señalado por el requerimiento: el informe de la Oficina Económica y Comercial de España en Buenos Aires que justifica que la empresa SMOD.IO.S.A.S está legalmente constituida en Argentina y



aunque no consta la fecha de constitución (que es a lo que se refiere el recurrente para negar que haya acreditado su capacidad de obrar al tiempo de presentar su documentación para participar en el procedimiento de adjudicación) sí justifica que está inscrita en el Registro Público de Comercio de Rosario en el mismo tomo, folio y número de los estatutos a los que hemos hecho referencia y que datan de 2020.

Por ello debe entenderse que la empresa tiene capacidad de obrar al tiempo de presentar su proposición para participar en el procedimiento de adjudicación y así lo ha acreditado en tiempo y forma.

Del poder de representación de la otra sociedad que constituye la UTE, consta en la documentación como apoderado, J.B.C., requiriéndose en fase de subsanación el 14 de febrero de 2021, que se aporte original o copia de la escritura de nombramiento de los miembros del órgano de administración, así como la escritura de nombramiento del representante. El recurrente afirma que no tiene poder bastante aportando según el órgano de contratación una copia de un documento que es parcial, pues se trata de un poder que habilita para el ejercicio de un derecho que se ejerce en el plazo de dos meses y que no guarda relación con la alegación.

Lo importante es que en el expediente sí consta aportada en el primer requerimiento, presentada el 24 de enero de 2022, la documentación necesaria para ser adjudicatario, escritura pública confiriendo el 16 de junio de 2020 poder general a D. J.B.C., poder inscrito en el registro mercantil de Valencia. Como afirma el órgano de contratación, el recurrente hace mención a otro documento que si bien consta en el expediente no acredita el cumplimiento de este requisito.

La conclusión es que las empresas que constituyen la UTE tienen capacidad de obrar y acreditan el requisito de la representación.

**Noveno.** Sobre la falta de acreditación del cumplimiento de la solvencia económica y financiera por parte de la UTE, señala la recurrente que la mercantil JOC RENTAL

*“a pesar de su ímprobo esfuerzo en sucesivas aportaciones documentales no es hasta el 24 de febrero de 2022 (Registro de Entrada 2022-E-RG-502), es decir,*



*fuera del plazo inicialmente otorgado, cuando aporta realmente un certificado del Registro Mercantil de Valencia acreditativo de la inscripción registral de las cuentas del ejercicio 2019 de dicha mercantil. Por lo tanto, presentación extemporánea determinante de su inadmisión.”*

Debe tenerse en cuenta que la acreditación en cuanto a las cuentas anuales como justificante de la solvencia económica requiere conforme al artículo 87.3 de la LCSP, al que se remite la cláusula decimotercera del PCAP, que las cuentas anuales estén aprobadas y depositadas en el Registro mercantil.

Consta en el expediente, aportada en plazo, el día 16 de febrero de 2022, información expedida por el Registro Mercantil de Valencia en fecha 11 de febrero de 2022, donde constan los estados contables de JOC RENTAL, S.L., relativos a los ejercicios 2019 y 2020, documentación que este Tribunal entiende suficientemente acreditativa de las cuentas anuales y del depósito de las mismas, confirmada posteriormente mediante la presentación del certificado, en fecha 24 de febrero de 2022, donde se refiere que fueron presentadas el día 4 de diciembre de 2020 y que el depósito se efectuó el día 16 de abril de 2021. Como señala el órgano de contratación, la información esencial que había de aportarse en el improrrogable plazo de tres días, se aportó entre el 16 y el 18 de febrero.

Por tanto, debemos concluir que en cuanto a los requisitos de solvencia económica la UTE propuesta adjudicataria, los ha cumplimentado en tiempo y forma.

**Décimo.** Por último cabe analizar la alegación del recurrente en cuanto a la falta de acreditación del cumplimiento de encontrarse al corriente en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social respecto de la sociedad de nacionalidad argentina.

El recurrente entiende que este extremo no está acreditado por parte de esta empresa ya que el órgano de contratación le solicitó en el requerimiento acreditar que está al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de seguridad social, postergando la verificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la seguridad social a un momento posterior como es la formalización. Cita al respecto la Resolución de este Tribunal 617/2022.



Por su parte el órgano de contratación considera que dicho extremo quedó acreditado mediante declaración responsable presentada el 16 de febrero de 2022, por parte de esta empresa. A este respecto entiende que según lo establecido en concordancia con lo establecido en el artículo 15.1 del RLCAP:

*“Las circunstancias mencionadas en los artículos 13 y 14 de este Reglamento se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, excepto la referida al apartado 1, párrafo a), del artículo 13, cuya acreditación se efectuará mediante la presentación del alta, referida al ejercicio corriente, o del último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas, completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado Impuesto. No obstante, cuando la empresa no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos a que se refieren dichos artículos, se acreditará esta circunstancia mediante declaración responsable”.*

Debe tenerse en cuenta que en el requerimiento de subsanación y respecto de la empresa SMOD se dice que deberá acreditar estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social y que a este respecto el órgano de contratación considera suficiente la documentación aportada y postergando la verificación de las obligaciones tributarias y con la seguridad social a un momento posterior antes de la formalización del contrato.

Lo cierto es que si la empresa de referencia no ha operado hasta el momento en España es de suponer que no está obligada a la presentación de declaraciones o documentos tributarios y de Seguridad Social, bastando como indica el precepto reglamentario la declaración expresa responsable.

En nuestra Resolución nº 146/2021, de 29 de octubre, en interpretación de los artículos 13 y 15 RGLCAP, en un caso similar, afirmamos:

*“... en el caso de empresas comunitarias o extranjeras que no tengan que presentar las autoliquidaciones y liquidaciones tributarias ante las Administraciones tributarias españolas ni los documentos correspondientes a la afiliación, alta y cotizaciones a la Seguridad Social española, la acreditación de encontrarse al corriente en el*



*cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social se efectuará mediante declaración responsable del licitador o de su representante en el caso de las personas jurídicas.”,*

aplicando la doctrina citada, se desestima el motivo de recurso.

Por otra parte, la Resolución de este Tribunal a la que se refiere el recurrente parte de un supuesto de hecho diferente como es que del propio certificado de la Seguridad Social consten deudas en un momento determinado del procedimiento de adjudicación llegando a la conclusión de que debe acreditarse este requisito tanto al tiempo de la presentación como en la fecha de perfección del contrato.

**Undécimo.** Llegados a este punto, es preciso examinar la parte del recurso que se refiere a supuestos incumplimientos técnicos de la oferta que pudieran dar lugar a su exclusión. Sobre esta materia, cabe recordar la doctrina de este Tribunal, expresada entre otras, en la Resolución nº 608/2021, de 21 de mayo, acerca del incumplimiento de las prescripciones técnicas como presupuesto de la exclusión, en la que dijimos:

*“A este respecto, hay que tener en cuenta la doctrina de este Tribunal en relación a este aspecto en concreto. La Resolución 1104/2020 pone de manifiesto que: “Es doctrina consolidada de este Tribunal que, para que proceda la exclusión del licitador, el incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas por la descripción técnica contenida en la oferta ha de ser expreso y claro. Citamos, por todas, la Resolución nº 323/2020 de 5 de marzo de 2020 que al respecto dispone: ‘En efecto, del artículo 139 de la vigente LCSP, que dispone que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna, por lo que establece la presunción en favor de los licitadores de que sus proposiciones se ajustan a los pliegos que rigen la licitación. Así, no puede exigirse por los órganos de contratación que las proposiciones recojan expresa y exhaustivamente todas y cada una de las prescripciones técnicas previstas en el pliego, sino exclusivamente aquellas descripciones técnicas que sean necesarias para que la mesa o el órgano asesor*



*del órgano de contratación, puedan valorar la adecuación de las ofertas al cumplimiento del objeto del contrato. Así en caso de omisiones, debe presumirse que la propuesta del licitador en el aspecto omitido se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y si los términos y expresiones empleados son ambiguos o confusos, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar. Solo cuando el incumplimiento que se denuncia sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. De otro lado el incumplimiento ha de ser claro, es decir, referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos. Así no es admisible motivar el incumplimiento acudiendo bien a razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, bien a juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado. (...) Debe recordarse que, como tiene establecido este Tribunal en reiterada doctrina, solo es posible excluir una oferta de una licitadora por incumplimiento del PPT cuando la misma oferta sea abiertamente contraria a los requerimientos del PPT...”.*

Examinados los argumentos de la recurrente y el informe complementario remitido por el órgano de contratación, se aprecia en propuesta técnica de la UTE adjudicataria algunos incumplimientos claros y expresos de los requerimientos técnicos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas. La empresa adjudicataria no ha presentado alegaciones de contrario en el procedimiento de recurso especial.

Pasando a examinar algunos de los defectos invocados por la recurrente, en cuanto a concretos incumplimientos que achaca a la bicicleta mecánica, el hecho de incorporar una marcha adicional, como indica el órgano de contratación en principio supondría una mejora respecto del mínimo exigido de tres velocidades, no un incumplimiento. En cuanto a los pedales, entiende este Tribunal que le asiste la razón a la recurrente por lo que se refiere a la ausencia de recubrimiento plástico. Así el PPT recoge que estos serán metálicos y antideslizantes y, además, deberán tener un recubrimiento plástico que reduzca los daños



causados por los impactos entre bicicletas durante el proceso de redistribución y almacenaje. La oferta de la adjudicataria menciona como características principales de la bicicleta mecánica, “*pedales de aluminio con reflectivos en sus laterales y antideslizante*”, apreciándose en las fotografías contenidas en la oferta la falta del recubrimiento plástico.

En lo que respecta a las bicicletas con pedaleo asistido, no podría predicarse un incumplimiento del PPT por la inclusión de horquillas de suspensión, que no son requeridas pero que no suponen una contravención de los pliegos. La recurrente asimismo denuncia que todos los cables eléctricos son exteriores, no obstante, matiza el órgano de contratación que no todos los cables lo son, no así a lo largo del cuadro, lo que se ha considerado aceptable desde el punto de vista de la seguridad y de acuerdo con lo especificado en el PPT “*cables eléctricos internos al cuadro*”.

En cuanto al cambio de velocidades, el PPT exige como antes se indicó, tres velocidades, “*con unas prestaciones, por lo menos de tipo shimano, nexus o similar*”, la recurrente entiende que el cambio de 7 velocidades Shimano Altus ofertado incumple lo requerido, sin embargo, no se aprecia un incumplimiento claro de lo dispuesto literalmente en el PPT, puesto que lo ofrecido es un cambio “*Shimano*” y el hecho de que el número de velocidades sea mayor del requerido sí cabría considerarlo como una mejora y no un incumplimiento expreso del PPT.

Por otra parte, aun cuando el recurrente, por una parte, menciona una serie de omisiones en la oferta sobre determinados elementos técnicos de la bicicleta, tanto de la mecánica como de la eléctrica (motor, sillín...), de los cuales no cabe presumir *a priori* un incumplimiento, no puede afirmarse lo mismo sobre el sistema de geolocalización. Sobre el mismo, el recurrente denuncia que las bicicletas propuestas por la UTE adjudicataria no presentan ningún sistema de geolocalización por satélite. En este punto el PPT específicamente disponía: “*Para las bicicletas eléctricas la colocación de un sistema de geolocalización por satélite y su comunicación con el sistema de gestión, será obligatorio*”. A este respecto, exigía “*definir con detalle la tecnología que se plantea para la geolocalización/comunicación de las bicicletas eléctricas*”. El órgano de contratación afirma que éste se encuentra incorporado al candado inteligente, según el licitador. Como se ha indicado, los pliegos exigían definir “en detalle” la tecnología presentada, tal descripción no



se encuentra en la oferta tal y como fue formulada entre las características principales enunciadas; en la oferta sencillamente se menciona que el candado inteligente reporta los movimientos de la bicicleta al sistema de software, permitiendo vincularla a los ciclistas e interactuar con los usuarios para ser desbloqueada a través de la App”. De tal mención no cabe entender acreditado que cuente con el sistema de geolocalización por satélite exigido y la explicación que *a posteriori* realiza el licitador no alcanza a desvirtuar tal conclusión.

Seguidamente, este Tribunal entiende que le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que la propuesta técnica de la adjudicataria incumple el PPT al realizar la recarga con un sistema de baterías extraíbles, sin que por lo tanto se recarguen en las estaciones. El apartado 4.3.1 del PPT establece que se diseñarán, suministrarán e instalarán 4 estaciones base que contarán en total con 24 puntos de anclaje, es decir, 6 puntos de anclaje por cada estación. *“Todos ellos con sistema de recarga de batería”*. En concreto el módulo aparcabicycletas que integra la estación *“permitirá la carga de la batería de las bicicletas eléctricas que estén estacionadas”*. A diferencia de lo establecido para las estaciones virtuales donde se señala en el punto 4.3.2 que *“no habrá recarga eléctrica de las bicicletas”*, es clara la exigencia del PPT en este punto para las estaciones base. En consonancia con ello el PPT señala que las canalizaciones necesarias para las conexiones eléctricas, serán realizadas por la adjudicataria, en particular, los trabajos para la conexión de las estaciones base con recarga eléctrica con el punto facilitado por a la empresa suministradora de electricidad.

Por tanto, ha concluirse que el sistema ofertado por la adjudicataria de *“optar”* por un sistema de recarga de baterías extraíbles, aunque pueda ser valorado positivamente al mejorar la vida útil de las bicicletas, según expone el órgano de contratación, no se ajusta a lo claramente exigido en los pliegos.

En conclusión, a tenor de lo expuesto, sin que sea necesario analizar el resto de incumplimientos alegados por la recurrente, dada la gravedad de los estimados, procede estimar parcialmente el recurso y con ello, declarar la nulidad de la adjudicación.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación



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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. G.A.S., en nombre y representación de MOVILIDAD URBANA SOSTENIBLE, S.L., contra el acuerdo de adjudicación de la licitación convocado por el Ayuntamiento de San Antonio de Benágeber para la contratación del *“servicio de implantación, suministro, gestión y mantenimiento de un sistema público de préstamo de bicicletas en el municipio de San Antonio de Benágeber”*, declarando la nulidad de ésta.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**Tercero.** 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 58.2 de la LCSP.

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 la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. letra k y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa.