

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

En Madrid, a 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas Alvac S.A, Cerma & Arriaxa S.L y Aneum LED S.L, (en adelante la UTE) contra el acuerdo, de 19 de junio de 2022, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “*obras del proyecto de renovación de las instalaciones de alumbrado exterior de los túneles de Madrid Calle 30 con tecnología led*”, expediente 202200008, para los lotes 1 y 4, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 10 de mayo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público en anuncio de licitación y los pliegos del contrato de referencia.

El valor estimado de contrato asciende a 20.850.002,72 euros. La duración del contrato es de veinte meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron nueve empresas para el lote 1 y ocho para el lote 4, entre ellas la recurrente.

Con fecha 20 de junio de 2022, se notificó a la UTE el acuerdo de fecha 19 de junio de 2022, en el que se hacía constar lo siguiente:

“ACUERDO

Primero. – La exclusión por falta de clasificación como contratista de obras de la empresa Aneum Led, S.L., de la UTE ALVAC S.A., CERMA-ARRIAXA, S.L., Y AENUM LED, S.L., de los Lotes número 1 (arco este) y 4 (arco oeste) del expediente 202200008 OBRAS DEL PROYECTO DE RENOVACIÓN DE LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO EXTERIOR DE LOS TÚNELES DE MADRID CALLE 30 CON TECNOLOGÍA LED”.

Con fecha 8 de julio de 2022 la UTE interpone recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo de exclusión.

Tercero.- Con fecha 13 de julio de 2022, se recibe el expediente administrativo e informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La competencia para resolver el recurso corresponde a este Tribunal, al amparo del artículo 46.4 de la LCSP, así como lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

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

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpone en plazo. El acuerdo de la mesa se publicó el 20 de junio de 2022, presentándose el recurso el 8 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles del artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión de un contrato de obras, cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación para los lotes 1 y 4.

La exclusión acordada en la resolución recurrida está fundamentada en lo siguiente:

“MOTIVACIÓN DE LA EXCLUSIÓN

1.- La normativa de contratación pública exige que para poder contratar en este caso con Madrid Calle 30, S.A. -poder adjudicador no administración pública-, el

cumplimiento de los requisitos previos de capacidad y solvencia, con el objeto de garantizar la idoneidad del licitador para la ejecución de la obra licitada. La falta de acreditación de estos requisitos provoca y justifica por sí misma la exclusión.

Es un hecho que la UTE licitadora no ha aportado la documentación requerida por la Mesa de Contratación, es decir, el Certificado de la Clasificación como contratista de Obras de la sociedad ANEUM LED, porque esta última empresa no está clasificada como contratista del Estado, como admite la UTE en su escrito de alegaciones.

Tampoco se ha acreditado que por organismo oficial se declare que la referida empresa pueda estar exenta de clasificación, por ser empresario no español de Estado miembro de la Unión Europea.

En su lugar se presenta por la UTE un escrito de alegaciones basado en el informe 35/2021 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, realizando para este Órgano de Contratación una interpretación incompleta del referido informe.

2.- Que una de las empresas -españolas- componentes de la UTE tenga, por sí sola, la clasificación requerida, no exime del requisito ineludible de que las otras dos, tal y como establece el artículo 52.1 Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tenga la clasificación de empresa de obras. Al participar en la licitación conjuntamente, en UTE, y a la vista de que la empresa Aenum Led no tiene clasificación como empresa de obras, la UTE debe ser excluida no puede ser adjudicataria porque no podría acreditar el requisito de la clasificación requerido en el PCAP.

3.- El argumento de la UTE en su escrito de contestación al requerimiento de aclaración de la documentación administrativa, es que al tener la clasificación requerida la empresa CERMA-ARRIAXA, S.L., esta clasificación se extiende a todos los miembros de la UTE (apoyándose en el Artículo 52.2 del Reglamento de la Ley de Contratos). Pero este argumento sólo sería admisible si la empresa Aenum Led poseyera cualquier otra clasificación como contratista de obras (Artículo 52.1 del Reglamento). Si esto fuera así, la clasificación dejaría de ser obligatoria en caso de UTE para todos sus integrantes, si uno de los miembros de la UTE la tuviera por sí solo”.

Frente a esta justificación de la exclusión, la UTE sostiene que, sin embargo, hay una excepción, que es cuando uno de los miembros de la UTE, por sí sólo, como ocurre en el presente caso, alcance la clasificación requerida de acuerdo con el artículo 52 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que indica que: *“2. Cuando para una licitación se exija clasificación en un determinado subgrupo y un integrante de la unión temporal esté clasificado en dicho subgrupo con categoría igual o superior a la pedida, la unión temporal alcanzará la clasificación exigida”*.

En apoyo de su tesis, trae a colación informe 35/21 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Sostiene que, en el presente caso, tiene la clasificación requerida la empresa Cerma-Arriaxa, S.L., y esta clasificación se extiende a todos los miembros de la UTE (apoyándose en el artículo 52.2 del Reglamento de la Ley de Contratos) porque la acumulación es innecesaria, no siendo imprescindible que todas las empresas estén clasificadas, requisito que sólo es necesario para proceder a la acumulación de clasificaciones. Por ello, resulta intrascendente la referencia que realiza la resolución recurrida a lo previsto por el PCAP respecto a la acumulación de la clasificación.

Por su parte, el órgano de contratación señala, en primer lugar, que en el DEUC de la empresa Aneum LED S.L., se declara en el apartado IV *“Criterios de Selección”* que cumple todos los criterios de selección requeridos. Es decir, el reconocimiento hecho por parte de esta empresa de que no está clasificada, se produce tras un requerimiento de Madrid Calle 30 sobre su documentación administrativa, evidenciándose que, en el momento de presentación de su declaración responsable, esta no era exacta y veraz, como exige el DEUC.

Sostiene que la UTE aceptó los pliegos publicados por Madrid Calle 30, por lo que la exigencia de clasificación era conocida en el momento de presentación de su oferta y de la lectura del pliego se evidencia que *“A los efectos de valorar y apreciar*

la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras”.

Señala que en esta licitación ha habido dos trámites de información a licitadores, además de las consultas respondidas conforme al artículo 138 de la LCSP, existiendo una reunión informativa previa al inicio del cómputo del plazo de presentación de ofertas. A esa reunión asistieron los representantes de Aneum LED S.L. En ninguno de los dos trámites de información referidos, se produjo consulta alguna por parte de la UTE recurrente de esta exigencia de clasificación contenida en los pliegos.

Se ratifica en los motivos de exclusión de las ofertas a los dos lotes, el sentido de que la empresa Aneum LED S.L. no está clasificada como empresa contratista de obras, es decir, no cumple con un requisito previo de la clasificación para poder optar a la adjudicación. Si una de las empresas de la UTE tiene la clasificación requerida en el pliego de condiciones administrativas, se podría extender a todas las demás, si éstas últimas estuvieran en posesión de cualquier otra clasificación como contratistas de obras y no es el caso. La regla del artículo 52, en sus apartados 1 y 2, está condicionada, en su opinión a que “*en todo caso*”, como dice el Reglamento, previamente todas las empresas tengan la clasificación como empresa de obras.

Vistas las alegaciones de las partes, conviene analizar, en primer lugar, la alegación de falta de veracidad de la declaración incluida en el DEUC por una de las integrantes de la UTE en cuanto al cumplimiento de los criterios de selección.

La LCSP sustituye la comprobación efectiva de la documentación acreditativa de la aptitud para contratar del licitador por una declaración responsable de él, si es

empresario individual, o de su representante, en otro caso, en la que manifiesta que cumple con los requisitos que a tal efecto establecen tanto la legislación de contratos como los pliegos que rigen la licitación.

La efectiva verificación de la concurrencia de tales requisitos se realiza posteriormente mediante la presentación por el licitador propuesto como adjudicatario de la documentación acreditativa de aquellos, por ser el mejor clasificado en la valoración de las ofertas, y la comprobación de dicha documentación por el órgano de contratación.

Dicha presentación de documentación y verificación con su examen del cumplimiento de los requisitos previos de aptitud del contratista, no convierte el requisito de la declaración responsable en un mero trámite formal inane de relevancia jurídica.

Por la declaración responsable conforme al DEUC, o por este directamente, el declarante certifica hechos y, por tanto, asume el deber de decir verdad sobre ellos, o lo que es lo mismo, se hace responsable ante el órgano de contratación de la autenticidad de lo manifestado en la declaración y, en particular, de que reúne los requisitos de actitud para contratar exigidos por la legislación de contratos, de acuerdo y en los términos establecidos en el pliego que rige la licitación, así como de que las circunstancias declaradas relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar concurren en la fecha final de presentación de ofertas (artículo 140.4 LCSP).

Resolución 995/2019 del TACRC: *“Ahora bien, de ello no cabe deducir que cualquier defecto apreciado en la declaración responsable, como consecuencia de la discordancia de lo manifestado en ella con la documentación acreditativa de los requisitos previos presentada, sea siempre y en todo caso subsanable, pues hay que atender a la naturaleza del defecto y las concretas circunstancias de la licitación para apreciarlo, ni que cualquier discrepancia entre la declaración y la*

documentación presentada es consecuencia de un error del declarante, pues puede tener por causa un propósito intencionado de aquel de faltar a la verdad.

La vulneración grave del deber de veracidad puede producir consecuencias desfavorables para el licitador y el declarante, no solo en el procedimiento de contratación, sino también fuera de él siendo susceptible de sanción.

Así lo señala también las Instrucciones para la aplicación del DEUC cuando señalan que “los operadores económicos pueden ser excluidos del procedimiento de contratación, o ser objeto de enjuiciamiento con arreglo a la legislación nacional, en caso de que incurran en declaraciones falsas de carácter grave al cumplimentar el DEUC o, en general, al facilitar la información exigida para verificar que no existen motivos de exclusión o que se cumplen los criterios de selección, o en caso de que oculten tal información o no puedan presentar los documentos justificativos”.

En cualquier caso, el motivo de la exclusión se refiere exclusivamente a que no todas las empresas de la UTE tienen la clasificación como empresa de obras, sin hacer mención a la falta de veracidad de la información del DEUC, por lo que debe entenderse que el órgano de contratación dio por subsanado dicho error.

El artículo 69.6 de la LCSP dispone que “A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación respecto de los empresarios que concurran agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresas de obras ...”.

Artículo 24.1 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 establece: “En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la

determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”.

Por su parte, el artículo 52 del citado Reglamento señala: *“Régimen de la acumulación de las clasificaciones en las uniones temporales de empresas.*

1. A los efectos establecidos en los artículos 24.2 y 31.2 de la Ley, será requisito básico para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las uniones temporales de empresas, y en concreto para su clasificación por el órgano de contratación, por medio de la mesa de contratación, que todas las empresas que concurran a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación, salvo cuando se trate de empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea, en cuyo caso, para la valoración de su solvencia concreta respecto de la unión temporal, se estará a lo dispuesto en los artículos 15.2, 16, 17 y 19 de la Ley.

2. Cuando para una licitación se exija clasificación en un determinado subgrupo y un integrante de la unión temporal esté clasificado en dicho subgrupo con categoría igual o superior a la pedida, la unión temporal alcanzará la clasificación exigida”.

Las partes discrepan en cuanto a la interpretación del citado artículo 52, considerando el órgano de contratación que todas las empresas de la UTE tienen que tener clasificación como empresas de obras para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las uniones temporales de empresas, mientras que la recurrente sostiene que esta circunstancia es innecesaria cuando una de las integrantes por si sola tenga dicha clasificación requerida.

A este respecto, la recurrente trae a colación el Expediente 35/21 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado referido a cuestiones relacionadas con la integración de la solvencia con medios externos en el caso de las UTE. En el

citado informe se manifiesta que *“3. No es ésta la única fórmula que contempla la normativa contractual pública para que las empresas componentes de la UTE puedan alcanzar la solvencia necesaria para ejecutar el contrato público. En efecto, el artículo 69.6 de la LCSP nos recuerda que “a los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo.” En desarrollo de esta previsión, el artículo 52 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, establece la forma de proceder a esta acumulación de clasificaciones, añadiendo lo siguiente:*

“Será requisito básico para la acumulación de las características de cada uno de los integrantes en las uniones temporales de empresas, y en concreto para su clasificación por el órgano de contratación, por medio de la mesa de contratación, que todas las empresas que concurren a la licitación del contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación”.

Analizando ambos preceptos y sus precedentes la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado emitió los informes 38/2016 y 26/2012, cuya doctrina se puede resumir en las siguientes ideas que resultan de interés en el caso que nos atañe:

“- Como regla general, la solvencia de las entidades que componen una UTE se obtiene mediante la adición de las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma (artículo 24.1 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 y RTACRC 1029/2020).

- Para que una UTE sea admitida a una licitación en la que se requiera una determinada clasificación resulta un requisito ineludible el que todas las empresas que concurren en la agrupación estén previamente clasificadas, sin que pueda admitirse que una de las empresas agrupadas carezca de tal clasificación. Todo ello sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea. (RTACRC 867/2016).

- Por lo tanto, en los contratos en que se exija una determinada clasificación la acumulación de las condiciones de solvencia o de clasificación se producirá ex lege entre los miembros de la UTE.

- Si dicha acumulación se produce, resulta condición ineludible, en los contratos sujetos a la exigencia de una determinada clasificación, que todos los componentes de la UTE estén clasificados, en este caso, como contratistas de obras. Tal conclusión deriva de lo expuesto en las normas citadas y es plenamente congruente con el hecho de que el contrato exija, por sus características propias, de una clasificación concreta.

- La única excepción a las anteriores reglas tiene lugar cuando uno de los miembros de la UTE, por sí sólo, alcance la clasificación requerida, supuesto en el que el artículo 52 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que “la unión temporal alcanzará la clasificación exigida”.

Ocurre en este caso que la acumulación es completamente innecesaria y, en consecuencia, no es imprescindible que las dos empresas estén clasificadas, requisito éste que sólo es necesario para proceder a la acumulación de clasificaciones y que no impide que la responsabilidad solidaria de los miembros de la UTE se pueda hacer efectiva sobre quien cumple, por sí sólo, las condiciones de clasificación requeridas”.

En la STS 886/2021, de 21 de junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo- Sección Tercera) se dice:

“Es cierto, ya lo hemos dejado señalado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia admite que en determinados casos se excluya la posibilidad de agrupar o acumular las capacidades y experiencias de distintos operadores económicos; pero también hemos visto que esta opción ha de ser admitida de forma restrictiva pues sólo resulta admisible cuando el objeto del contrato o las circunstancias del caso lo justifiquen, y operando siempre con observancia del principio de proporcionalidad.

Nada de ello sucede en el caso que examinamos, pues, siendo pacífico que una de las empresas integrantes de la unión temporal de empresas, Acciona Agua S.A., cumple por sí sola y con holgura los requisitos de solvencia técnica exigidos, resulta contrario al principio de proporcionalidad negar que la unión temporal de empresas haya justificado su solvencia técnica por la sola circunstancia de que la otra empresa integrante de la unión - STV Gestión S.L.- no tenga acreditada la experiencia requerida en ese concreto sector de actividad.

Atendiendo al objeto del contrato al que se refiere la controversia -gestión del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado del municipio de Santomera- no advertimos ninguna razón o circunstancia que justifique que el requisito de experiencia que se establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas deba considerarse referido de forma individualizada a cada de las empresas que integran la unión temporal y que tales empresas no puedan sumar sus capacidades. Dicho de otro modo, esta Sala considera que negar la posibilidad de que se acumulen o sumen las capacidades técnicas de las empresas que concurren juntas a la licitación resulta carente de justificación y vulnera los principios de funcionalidad, de complementariedad de las capacidades y de proporcionalidad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la que ya nos hemos referido, deben imperar en la interpretación de esos mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico precisamente para favorecer el acceso de las empresas a la contratación pública”.

La exigencia recogida en la cláusula 24.3 del PCAP “A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que reglamentariamente se

determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras” reproduce literalmente el apartado 6 del artículo 69 de la LCSP, que debe interpretarse conforme con el desarrollo reglamentario contenido en el artículo 24 y 52 del RGCAP, anteriormente transcritos.

En el caso que nos ocupa, resulta incontrovertido que una de las empresas integrantes de la UTE tiene la clasificación por sí sola para contratar (la empresa Cerma-Arriaxa, S.L), por lo que resulta indiferente, de acuerdo con las normas y la doctrina señaladas, que otra integrante carezca de dicha clasificación.

Por todo lo anterior, debe estimarse la pretensión de la recurrente, retro trayendo las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente proceda.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las empresas Alvac S.A, Cerma & Arriaxa S.L y Aneum LED S.L, (en compromiso de UTE) contra el acuerdo, de 19 de junio de 2022, por el que se le excluye de la licitación del contrato de *“obras del proyecto de renovación de las instalaciones de alumbrado exterior de los túneles de Madrid Calle 30 con tecnología led”*, expediente 202200008, para los lotes 1 y 4, con retroacción de actuaciones en

los términos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.