

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

En Madrid, a 1 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de Ceviam EPC S.L. y TBF Espacios Verdes S.L., (en adelante UTE) contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de octubre de 2022, por la que se excluye la oferta presentada a la licitación del contrato de servicios de “conservación y mantenimiento de los espacios naturales protegidos y de los terrenos gestionados de las Comarcas Forestales IX y XVI”, número de expediente A/SER-020968/2021, promovido por la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 20 de julio de 2022 y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 18 de julio de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 4.637.227,76 euros y su plazo de

duración será de 2 años.

A la presente licitación se presentaron 7 licitadores, entre ellos la recurrente

Segundo.- Antecedentes

Tras la tramitación del procedimiento de licitación y alcanzada la fase de clasificación de las ofertas, el órgano de contratación solicitó a las empresas en compromiso de UTE, hoy recurrentes, la documentación que se menciona en los artículos 140 y 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) así como en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Presentada en plazo dicha documentación, la mesa de contratación en su reunión de 13 de octubre observa ciertos defectos en ella, de forma que solicita la subsanación de dicha documentación.

Realizado este trámite por el recurrente, no se considera suficiente y por acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 21 de octubre, es excluido de la licitación, pasando a solicitar la documentación pertinente al segundo clasificado.

Tercero.- El 16 de noviembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE en el que solicita la anulación de su exclusión y, en consecuencia, la adjudicación del contrato.

El 21 de noviembre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- Solicitada por la UTE recurrente la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, no ha lugar a su acuerdo por este Tribunal al pasar directamente a resolver el recurso interpuesto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de octubre de 2022, practicada la notificación el 27 de octubre de 2022, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 16 de noviembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el

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

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

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

“Respecto del cumplimiento del requisito de solvencia económica y financiera, técnica o profesional, de conformidad con el apartado 7 de la Cláusula 1ª del PCAP, por parte de CEVIAM EPC, S.L no ha quedado acreditado un mínimo de solvencia para poder considerar acumulable la clasificación obtenida por TBF ESPACIOS VERDES, S.L en este contrato, de conformidad con 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 (en adelante, RGLCAP).

La UTE CEVIAM EPC, S.L – TBF ESPACIOS VERDES, S.L en subsanación ha presentado escrito alegando que la acumulación no opera para su caso puesto que ninguna de las empresas que va a conformar la UTE cumple con la clasificación asimilable determinada en los PCAP, cuestión que no es cierta, pero que se contraargumentará más adelante. Asimismo, alegan que en su caso sería de aplicación lo previsto en el artículo 75 de la LCSP, esto es la integración de la solvencia con medios externos, y aportan Informe 35/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sin otra documentación que sirva de fundamento para aplicar su postura.

A la vista de la documentación presentada, y de las manifestaciones en ella contenidas, la Mesa de Contratación quiere poner de manifiesto lo siguiente:

- En primer lugar, siguiendo la doctrina, se debe analizar caso por caso. El caso que se plantea en el informe referenciado, tras la consulta realizada por la Confederación Nacional de la Construcción, cabe decir que no es aplicable a la situación particular que nos ocupa, pues la presente licitación es un contrato de servicios y no de obras, lo que implica unas especialidades diferentes, como, por

ejemplo, que la clasificación determinada en el PCAP no sea obligatoria pero sí asimilable. En cualquier caso, debe quedar acreditado el cumplimiento de la solvencia determinada en el PCAP conforme a los modos expresados para ello.

- En segundo lugar, para poder aplicar el artículo 75 de la LCSP, que regula lo relativo a la integración de la solvencia y medios de otras entidades, es necesario que se cumplan dos condiciones como así determina la doctrina (STJUE 3 de junio de 2021, y STS 886/2021, de 21 de junio): 1) Disposición efectiva de la solvencia y medios de la tercera entidad, previo compromiso por escrito; 2) Que esa tercera entidad no esté incurso en prohibiciones de contratar. Estos requisitos no han sido cumplidos por parte del licitador, primero porque ninguna de las entidades que conformarían la UTE anunciaron en el DEUC que fuesen a recurrir a la capacidad de otras entidades para acreditar su solvencia, necesaria para celebrar el presente contrato; y segundo, porque tampoco ahora en el plazo del requerimiento por ser propuesto adjudicatario han presentado documentación que fundamente la aplicación de este artículo a su situación particular. Por lo tanto, esta Mesa de Contratación no niega el derecho a que el licitador que concurre agrupado en unión temporal, de conformidad con el artículo 69 de la LCSP, pueda recurrir a la capacidad de entidades ajenas a la unión temporal, pero entiende que en el presente caso no ha quedado acreditado el cumplimiento de los requisitos que permiten la integración de la solvencia.

- En definitiva, el apartado 7 de la Cláusula 1ª del PCAP, determina la solvencia y el modo de acreditación. A su vez, permite la acreditación de la solvencia mediante la clasificación, de forma indistinta. La clasificación asimilable para este contrato es: Grupo O, Subgrupo 6, Categoría 4 (RD 773/2015). Resulta que de la consulta en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en el Sector Público (en adelante, ROLECE), una de las empresas que conformarían la UTE, TBF ESPACIOS VERDES, S.L, se encuentra clasificada en el Grupo O, Subgrupo 6, Categoría 5, entendiéndose acreditado por tanto el requisito de solvencia para esta empresa. No ocurría igual para CEVIAM EPC, S.L, ya que, de la consulta en el ROLECE, únicamente tenía clasificación para obras, es por ello, que se le requirió la acreditación de un mínimo de solvencia, para poder considerar acumulable la obtenida por TBF

ESPACIOS VERDES, S.L. Transcurrido el plazo de subsanación no ha presentado documentación alguna para la acreditación de este extremo.

Respecto del cumplimiento por el propuesto adjudicatario de aportar suscripción de póliza de seguros de conformidad con el apartado 16 de la Cláusula 1ª del PCAP, la Mesa de contratación entiende que no ha quedado acreditado en los términos establecidos en el PCAP, si bien ha quedado acreditado el pago de las pólizas de seguro presentadas. El propuesto adjudicatario, en este caso, la UTE CEVIAM EPC, S.L – TBF ESPACIOS VERDES, debía acreditar la suscripción de una póliza de responsabilidad civil general (explotación, patronal y post-trabajos) y de responsabilidad civil profesional, con una cobertura mínima por siniestro de 1.000.000 euros.

La empresa CEVIAM EPC, S.L, ha ampliado las sumas aseguradas de la póliza, e incluido la cobertura de “agrupación de trabajos (unión temporal de empresas)”. No obstante, la cobertura de agrupación de trabajos, no permite acreditar que su cobertura sea de forma conjunta y solidaria para las actuaciones de la UTE en la ejecución del contrato, sino que al igual que en la póliza de seguros de TBF ESPACIOS VERDES, S.L, discrimina la responsabilidad según qué empresa ejecute según qué trabajos cuando exista su distribución, o no existiendo la misma, según porcentaje de participación en la UTE. Del análisis del contenido de esta póliza de seguro, la Mesa de contratación, no entiende incluido entre sus coberturas la de responsabilidad civil profesional.

La empresa TBF ESPACIOS VERDES, S.L, ha ampliado el objeto de actividad de la póliza (página 20), quedando incluida entre sus coberturas la responsabilidad civil profesional de técnicos en plantilla. No obstante, respecto de la responsabilidad civil por participación en agrupaciones de trabajo, no ha quedado acreditado que su cobertura sea de forma conjunta y solidaria para las actuaciones de la UTE en la ejecución del contrato, sino que discrimina la responsabilidad según qué empresa ejecute según qué trabajos cuando exista su distribución, o no existiendo la misma, según porcentaje de participación en la UTE”.

En relación con el primero de los motivos de exclusión de la oferta, la UTE recurrente considera que: *“la controversia jurídica que aquí se suscita nace de la interpretación de la Mesa de Contratación en relación con los requisitos de solvencia que se exigen en los Pliegos rectores del contrato de referencia. En concreto, en lo que tiene que ver con lo exigido en el apartado séptimo de la Cláusula 1 del PCAP.*

En dicha Cláusula, se prevé la acreditación de la solvencia por parte de los licitadores bien mediante la clasificación (no exigible al estar ante un contrato de servicios, ex art. 77.b) LCSP), bien mediante los medios descritos en la misma y referidos tanto a la solvencia económica y financiera (volumen anual de negocios, o bien volumen anual de negocios en el ámbito al que se refiera el contrato), como a la técnica o profesional (relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo, los tres últimos años).

Por lo que se refiere de forma específica a la clasificación, la solvencia se podrá acreditar mediante la siguiente clasificación asimilable

Grupo/s:	Subgrupo/s:	Categoría/s	
O	6	D	R.D. 1098/2001
O	6	4	R.D.773/2015

*Pues bien, a pesar de que la Mesa de Contratación pudo constatar con la documentación aportada por mi representada que la integrante de la UTE **TBF reunía la clasificación requerida por el Pliego en el concreto subgrupo indicado en la Cláusula 1** (siendo este un hecho incontrovertido), dicho órgano requirió la acreditación por parte de CEVIAM de “un mínimo de solvencia económica y financiera, profesional o técnica” conforme al PCAP que a su vez refería al art. 52 del RGLCAP.*

Lo paradójico, como pasamos seguidamente a justificar, es que dicho requerimiento pretende ser fundamentado por la Mesa de Contratación en las previsiones del artículo 52 del RGLCAP, cuando dicho precepto avala la extensión de la clasificación de un integrante de la UTE al resto de miembros siempre y cuando se

cumpla con lo especificado en el apartado segundo del referido precepto (como aquí sucede)”.

Por su parte el órgano de contratación manifiesta: *“resulta imprescindible poner especial atención al escrito de subsanación (documento nº 69) presentado por el propuesto adjudicatario del que se deduce de su tenor literal su alusión, si bien no de forma expresa, al artículo 75 de la LCSP “[...] la acumulación aplicaría cuando todos y cada uno de los miembros de la UTE reúnen, al menos, un mínimo de solvencia. No obstante, nuestro caso sería el de la integración de la solvencia [...]”;* máxime cuando acompañan este escrito de subsanación de un informe nº 35/21 del Tribunal de Contratación Pública del Estado (documento nº 70), cuyo particular trata sobre ese artículo de la ley, es decir, la integración de la solvencia con medios externos.

A la vista de lo anterior, la mesa de contratación realiza un pronunciamiento y valoración expresa respecto de la no procedencia en la aplicación de la integración de la solvencia con medios externos al presente caso. Este pronunciamiento se debe, como se decía al propio tenor literal del escrito de subsanación del propuesto adjudicatario, que parece confundir el concepto de integración de solvencia, y aún a día de hoy, según se deduce del texto de su propio recurso, y que lo acompaña de un informe sobre esta misma materia que sienta las condiciones para que se cumpla el requisito de la solvencia mediante la integración de medios externos. La mesa de contratación no sabe lo que el propuesto adjudicatario pretende alegar y poner de manifiesto, puesto que la casuística para acreditar la solvencia es variada, y las vicisitudes que puedan producirse indefinidas, más aún cuando sus argumentaciones son exiguas, por lo que, aborda la cuestión de forma diligente y motivada, para así dar una respuesta en relación a lo planteado por él, y fundamentar su exclusión de la licitación por este motivo, entre otros.

Se rechaza por tanto la aplicación del artículo 75 de la LCSP por cuanto no se ha acreditado debidamente por parte de las mercantiles que conformaran la UTE que fuesen a recurrir a la capacidad de otra entidad para entender cumplido su requisito de solvencia, tal y como se expresa en el acta de la mesa de contratación de fecha 21 octubre de 2022 (documento nº 71). Entiende la mesa de contratación que la

integración de la solvencia con medios externos presupone la existencia de dos sujetos, el licitador y una entidad ajena a la licitación y al contrato subsiguiente, externa como dice la norma, que presta su solvencia y medios al licitador en la ejecución del contrato.

Por otro lado, la interpretación del cumplimiento del requisito de la solvencia por la mesa de contratación se hace en base al artículo 69 de la LCSP, y al artículo 24 y 52 del RGLCAP. En este sentido, se parte del análisis del artículo 24 para considerar que las previsiones del apartado primero del artículo 52 del RGLCAP, son consideradas como el requisito primario para poder acumular las clasificaciones en las uniones temporales de empresas, por lo que, para su aplicación resulta necesario que todas las empresas que concurriesen a la licitación del contrato hubieran obtenido previamente su clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato para el que sea exigible la clasificación. Por lo tanto, siendo éste un contrato de servicios, para entender cumplida la solvencia, se exigió a la empresa que no se encontraba clasificada en servicios, según la consulta efectuada en el ROLECE, que acreditase un mínimo de solvencia económica, financiera, profesional o técnica.

El apartado segundo del artículo 52 del RGLCAP, es considerado por la mesa de contratación como una excepción que opera toda vez se haya cumplido las prescripciones del apartado primero. En este sentido, no teniendo la clasificación como empresa de servicios por parte de una de las empresas que conforman la UTE (CEVIAM EPC, S.L) no se puede acumular la clasificación obtenida por la otra empresa (TBF ESPACIOS VERDES, S.L), y por ende, para entender cumplida el requisito de la solvencia, siendo la clasificación tan solo voluntaria o asimilable, se le exigió acreditar un mínimo.

(...)

La interpretación, de este artículo 52 del RGLCAP, en relación con el artículo 24.1 del RGLCAP, de forma tradicional y doctrinal no es pacífica. De hecho, en la interpretación del artículo 24.1 del RGLCAP no existe jurisprudencia unánime del Tribunal Supremo (...).

Por lo tanto, decir que los argumentos que ofrece la mesa de contratación para excluir a la UTE de la licitación no han sido ajenos a las alegaciones formuladas por la propia UTE en todo el proceso, de este modo, a la luz de las manifestaciones realizadas y de la documentación presentada, se ha recogido de forma motivada el por qué no se entendió cumplido el requisito de la solvencia por aplicación del artículo 24 y 52 del RGLCAP”.

Centrada la controversia en dilucidar si la clasificación de uno de los integrantes de una UTE, aunque aún sea en compromiso, es suficiente para acreditar la totalidad de la solvencia requerida o, por el contrario, cada uno de los integrantes de una UTE debe ostentar al menos una mínima solvencia sobre el objeto del contrato que se está licitando, debemos acudir al criterio reiterado de este Tribunal en esta materia, invocando la muy reciente Resolución 289/2022, de 21 de julio, que establece: “*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).

Invocamos la Resolución 995/2019 del TACRC que establece: “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”

(...)

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 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 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 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, 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 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 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 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”.

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 TBF Espacios Verdes 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.

En cuanto al segundo motivo de exclusión, el recurrente considera que *“la Mesa de contratación justifica asimismo la exclusión de la UTE del proceso de licitación por considerar que las pólizas de seguros aportadas supuestamente no cumplen con los requisitos establecidos en el PCAP de aplicación. Frente a ello, resulta preciso poner de manifiesto que, acudiendo a las cláusulas del propio Pliego y a la jurisprudencia y doctrina que se ha pronunciado en supuestos similares, no existe, bajo ninguna circunstancia, razón jurídica para excluir a la UTE”.*

En este punto interesa conocer el textual del apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP que rige esta contratación:

“(…)16.- Pólizas de seguros.

Procede: Sí

Tipo de pólizas: El adjudicatario propuesto suscribirá una póliza de seguro de responsabilidad civil general (explotación, patronal y post-trabajos) y responsabilidad civil profesional que amparen las reclamaciones que puedan formularse a los asegurados y las incidencias que éstos comuniquen al asegurador.

En el ámbito de este Servicio se hacen una serie de actividades de mantenimiento, mejora y conservación de las diferentes actuaciones o instalaciones

en zonas donde la afluencia de público en algunos casos y de forma puntual es muy elevada, por lo que el riesgo para los propios equipos y los visitantes es alto.

Por este motivo, se considera necesaria la suscripción de un seguro.

El periodo de mantenimiento del seguro será el del final del plazo del contrato y la cobertura mínima por siniestro será de 1.000.000 euros (aproximadamente el importe anual del contrato).

El propuesto adjudicatario deberá presentar un certificado de seguro, emitido por la aseguradora, en el que deberá incluir, al menos, la siguiente información:

- 1.- Aseguradora.*
- 2.- Número de póliza y vigencia.*
- 3.- Obra o servicio asegurado, con indicación expresa y el detalle suficiente para su identificación.*
- 4.- Garantías aseguradas, debiendo expresar literalmente que la póliza cubre las garantías y condiciones establecidas en el PCAP que rige la contratación del expediente.*
- 5.- Que la póliza en cuestión se encuentra al corriente de pago.*
- 6.- Importe de la póliza según lo anteriormente mencionado”.*

Considera el recurrente que las pólizas aportadas alcanzan todos los requisitos exigidos en el apartado del PCAP transcrito y añade que según la cláusula 18 del mismo pliego, el momento de aceptar y conformar las pólizas de seguros es antes de la formalización y antes de la adjudicación.

Así mismo manifiesta que en ningún apartado o cláusula del PCAP se considera que las UTEs deban responder de forma solidaria ante cualquier siniestro.

Invoca numerosas Resoluciones de Tribunales sobre el momento de aportar la documentación acreditativa de la constitución de los seguros.

A este respecto, el órgano de contratación manifiesta que, por práctica, ha optado por solicitar las pólizas de los seguros antes de adjudicar y evitar dilaciones en el procedimiento.

En cuanto a la concreta mención de las uniones temporales en los PCAP, es imposible que se refieran en todo momento a esta condición de los recurrentes, pero debe entenderse inherente a cada caso concreto.

No menciona ninguna otra defensa a las causas de exclusión que ya han sido recogidas en esta Resolución.

Por último, invoca la doctrina que considera a los pliegos de condiciones como ley del contrato y que afecta tanto a los licitadores como al propio órgano de contratación.

Vistas las posiciones de las partes hemos de aclarar que, por un lado, los motivos de exclusión de la oferta mencionaban dos apartados importantes como el aseguramiento de la responsabilidad civil profesional y la solidaridad entre los integrantes de la UTE ante un siniestro. Dichos motivos no han sido rebatidos por el órgano de contratación en profundidad en su informe al recurso.

Dicho esto debemos aclarar cuál es el momento de presentación de las pólizas de seguro requeridas, que no es otro que el que figura en el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP, esto es, antes de procederse a adjudicar.

Los recurrentes con la presentación de su oferta admitieron, sin merma alguna, todo lo establecido en los pliegos de condiciones, que, no habiendo sido impugnados, se convierten en ley del contrato a todos los efectos, por lo que el momento de presentación de dicha documentación, tal y como se ha efectuado, es previa a la adjudicación.

En cuanto al alcance de las pólizas presentadas, este Tribunal, tras su lectura, sí considera que se encuentre cubierta la responsabilidad civil profesional, ya que de su articulado se desprende que cubrirá los siniestros provocados por la empresa o por sus trabajadores.

Por lo que respecta al fraccionamiento de la responsabilidad según la participación de cada empresa, es una forma normal y lógica de aseguramiento. Sobre todo si dicho seguro se efectúa con anterioridad a la constitución de la UTE, que recordemos aún está en fase de compromiso.

No obstante lo dicho, una vez constituida la UTE en fase anterior a la formalización del contrato deberán aportar póliza de seguro de responsabilidad civil general (explotación, patronas, y post-trabajos) y que ampare las actuaciones del personal suscrita por la UTE como entidad individual.

Por todo lo anterior, deben estimarse las pretensiones de la UTE recurrente, retrotrayendo las actuaciones al momento previo a su exclusión, admitiéndola a la licitación y continuando el procedimiento en los términos que legalmente proceda.

Se recomienda al órgano de contratación que en próximas contrataciones proceda a solicitar las pólizas de seguros en el momento procesal previo a la formalización del contrato, una vez el licitador sea adjudicatario, y no previamente a esa condición, evitándose así los problemas planteados en este recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las representaciones legales de Ceviam EPC S.L. y TBF Espacios Verdes S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 21 de octubre de 2022, por la que se excluye la oferta presentada a la licitación del contrato de servicios de “conservación y mantenimiento de los espacios naturales protegidos y de los terrenos gestionados de las Comarcas Forestales IX y XVI”, número de expediente A/SER-020968/2021, promovido por la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid, retrotrayendo las actuaciones al momento de la solicitud de documentación y dando por válida la aportada en fechas 4 y 20 de octubre de 2022.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la 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.