

Recurso 547/2024
Resolución 601/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 29 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A.** y **TRACASA INSTRUMENTAL, S.L.** contra la resolución de 25 de octubre de 2024 que deja sin efecto la resolución de adjudicación de fecha 17 de septiembre de 2024 del contrato denominado “Inventariado y digitalización de fotogramas aéreos en poder del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA)” (expte. CONTR 2024 0000157913), promovido por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA), agencia administrativa adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de marzo de 2024, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil del contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 483.581,02 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratación en la misma fecha.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 18 de noviembre de 2024, tuvo entrada en el Registro electrónico general de la Administración General del Estado, el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la resolución citada en el encabezamiento. Tuvo fecha de entrada en el registro del Tribunal el día 19 de noviembre.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, el mismo día 19, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Solicita la suspensión del procedimiento. Se adopta la medida cautelar mediante resolución M.C. 141/2024, de 22 de noviembre.



La Secretaría del Tribunal ha dado plazo de 5 días para alegaciones a las entidades interesadas sin que éstas las hayan presentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente interpone el presente recurso contra una resolución que, aunque no lo expresa supone su exclusión, siendo un acto de trámite cualificado pretendiendo acreditar que sí tiene suficiente capacidad para celebrar el contrato, concretándose en un interés legítimo y concreto, y, por tanto, ostenta legitimación de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, que supone la exclusión del procedimiento.

El acto pues, deriva del procedimiento de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el contrato se refiere a uno de los tipos contemplados en el apartado 1.a) del artículo 44 de la LCSP, y el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al estar amparado en el supuesto contemplado en el apartado 2 b) del citado artículo 44 de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de las entidades recurrentes:



Las empresas TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. y TRACASA INSTRUMENTAL, S.L., una ostenta la condición de sociedad mercantil pública, y las mismas se encuentran interesadas en participar en el procedimiento de licitación, sin embargo, según su argumentación jurídica, tendrían vedado por sus estatutos sociales la constitución en unión temporal de empresas. Expresan que en fecha 24 de abril de 2024 ambas presentan su propuesta, manifestando, señala, que no puede constituirse en U.T.E., pero sí en otras fórmulas asociativas como sería un consorcio.

Explica que existirían determinados actos, no procedimentales, propios del procedimiento de contratación, por parte de las entidades recurrentes y del órgano de contratación que supondría tener conocimiento de que se presentarían como un denominado consorcio y no como una Unión Temporal de Empresas (U. T. E.). Exponen que con posterioridad a la resolución de adjudicación del contrato se les requirió a efectos de constituirse en unión temporal de empresas, a lo que se refieren que no pueden porque su naturaleza jurídica es la de consorcio. Expresan que el 14 de octubre de 2024, la agencia pone a disposición del consorcio una nueva notificación, requiriéndoles la justificación de la constitución en UTE. Entre ellas la escritura pública de constitución, el número de identificación fiscal, el poder de representación. Alegan que dicha agencia *“interpretan torticeramente el espíritu de lo previsto en la cláusula 10.9 del PCAP de la licitación y en el art. 153.4 LCSP”*.

Así explican además que habría existido también un determinado error procesal en el cómputo de los plazos del procedimiento a efectos de cumplimentar los documentos requeridos. En este sentido alegan lo que denominan un *“flagrante incumplimiento de plazos por parte del órgano de contratación referido en el antecedente de hecho QUINTO, basta acudir a la Disposición adicional 15.ª LCSP, relativa a las “Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta ley”; y, en particular, en su apartado 1, expresando que “el requerimiento de documentación previo a la formalización del contrato (el acto objeto de notificación) no fue publicado (ni el mismo día, ni posteriormente) en el Perfil de contratante del órgano de contratación, el plazo para contestar a dicho requerimiento de documentación se computa desde la recepción de la notificación por el consorcio (lo cual acontece con fecha 23/10/2024, por acceso en plazo a la notificación mediante certificado electrónico), y no desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación (como parecería interpretar el IECA, a la vista de la literalidad del acto recurrido, en el cual, al referirse al plazo, indican [...] que concluyó el 21 de octubre de 2024. [...])”*.

Estima, en cuanto a la recepción de la notificación, que *“se produjo en plazo al haberse producido la puesta a disposición de la misma con fecha 14/10/2024, y habiendo 10 días naturales desde la puesta a disposición de la notificación electrónica para acceder en plazo a la misma, lo cual nos llevaría al 24/10/2024”*. Señala que no se ha podido formalizar el contrato por causas imputables a la Agencia, estimando además que *“podría conllevar la imposición de una penalidad económica”*.

Por otro lado reconocen, al parecer, una restricción que conforme a su naturaleza pública les impediría hacerlo como U.T.E., puesto que la Corporación Pública Empresarial de Navarra (de ahora en adelante también “la CPEN”), a cuyas directrices TRACASA Instrumental está sujeta, estableció el criterio de la imposibilidad de la misma de participar en Uniones Temporales de Empresa con otras empresas (así como de tener un fondo operativo común con las mismas), en tanto que ello desvirtuaría la naturaleza y el sentido de la separación que se llevó a cabo de la antigua TRACASA en TRACASA GLOBAL y TRACASA INSTRUMENTAL. No obstante, no señalan la cláusula estatutaria que les impide la constitución en Unión Temporal de Empresas.

Alegan que, por ello, se ven abocados a optar por concurrir agrupadas como consorcio (en términos de participación conjunta o agrupación de empresas), en tanto que entendemos que es conforme a derecho en procedimientos de licitación de ámbito nacional español. No obstante, tampoco explican a qué se refieren por consorcio.



Apelan al art. 69 LCSP (relativo a las “Uniones de empresarios”), en consonancia con lo dispuesto en el considerando (15) y el Anexo V parte D de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE EC. Reproducen el art. 69 LCSP para fundamentar que es posible *“la participación conjunta en licitaciones públicas bajo la figura del consorcio siempre que se cumpla con las condiciones mínimas en el mismo recogidas como de obligado cumplimiento (elevación del acuerdo a público y designación de un representante o apoderado único)”*.

Asimismo, se acogen al considerando (15) y el Anexo V parte D de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE EC, refieren:

“(15) Es preciso aclarar que grupos de operadores económicos, incluso cuando se hayan constituido con carácter de agrupación temporal, pueden participar en licitaciones sin que les resulte necesario adoptar una forma jurídica concreta. En la medida en que sea necesario, por ejemplo, cuando se exija una responsabilidad solidaria, puede exigirse una forma concreta cuando se adjudique el contrato a dichos grupos”.

“[...] ANEXO V INFORMACIÓN QUE DEBE FIGURAR EN LOS ANUNCIOS [...]

[...] PARTE D

Información que debe figurar en los anuncios de contratos de adjudicación de contratos [...]

[...] 12. Para cada adjudicación, nombre, dirección, incluido código NUTS, número de teléfono y de fax, dirección electrónica y de internet del licitador o licitadores seleccionados, especificando:

a) si el licitador adjudicatario es una pequeña y mediana empresa;

b) si el contrato se ha adjudicado a una agrupación de operadores económicos (empresa en participación, consorcio u otro). [...]”

Finalmente vendrían a afirmar que *“entendemos que es conforme a derecho en procedimientos de licitación de ámbito nacional español la posibilidad de participación conjunta sin necesidad de fondo operativo, NIF o alta en impuestos (no siendo la UTE la única forma de participación), recurriendo para ello a la figura del consorcio, elevando el acuerdo de consorcio a público para dar cumplimiento al requisito de la ley española (conforme a las escrituras de elevación a público de acuerdo y ratificación adjuntas)”*.

En definitiva, sin explicarlo parece que se refieren a que se le debe permitir sobre la base de la Directiva comunitaria, que se constituyan en un *“tertium genus”*, que no correspondería ni a una unión temporal de empresas, ni a un consorcio público, sino a un denominado consorcio, del cual no se explica nada acerca de su naturaleza jurídica, así como tampoco la faceta pública o privada con la que actuaría dicha entidad, (presumiblemente privada).

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Abordaremos las alegaciones del órgano de contratación que se refiere a la cuestión de fondo, dado que la cuestión relativa al plazo para atender al requerimiento de constitución como U.T.E. es accesorio, ya que en cualquier caso, se ha expresado por las entidades recurrentes que nunca podrían haberse constituido en U.T.E., de tal modo que primero debe abordarse esta cuestión, dado que en ningún momento se ha procedido a reconocer que fuera a atender el requerimiento de constitución en la unión temporal de empresas.



En particular, la defensa sobre el fondo del asunto de centra en un supuesto contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares. Así señalan que en el apartado I (elementos del contrato), punto 6 (capacidad y solvencia de la persona licitadora para contratar) del PCAP del presente contrato, oportunamente remitido a ese Tribunal, queda “*meridianamente claro que sólo están facultadas para contratar personas físicas, jurídica y uniones temporales de empresas*”. Así transcriben el PCAP expresando que:

“Están facultadas para contratar las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las prohibiciones de contratar que señala el artículo 71 de la LCSP y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, conforme a lo establecido en los artículos 86, 87 y 90 de la LCSP.

[...]

Las personas empresarias que concurran agrupadas en uniones temporales quedarán obligadas solidariamente y deberán nombrar a una persona representante o apoderada única de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. A efectos de la licitación, deberán indicar los nombres y circunstancias de las que la constituyan y la participación de cada una, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de ser adjudicatarias del contrato —declaración contenida en el Anexo V.”

De ahí deducen que es imposible jurídicamente presentarse como otras entidades agrupadas si no es en UTE.

SÉPTIMO. Sobre el fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Introducción.

La cuestión de fondo se centra en la pretendida imposibilidad de presentarse ambas sociedades mercantiles, siendo una de ellas de carácter público, a esta licitación como UTE, reclamando que se les permita presentarse con la figura de “*consorcio*”, que no definen. Es decir, como se ha mencionado anteriormente, no explican que naturaleza jurídica tendría ese pretendido consorcio, pues tampoco parece que exista a la fecha del requerimiento realizado. En este sentido, de la actuación de ambas entidades recurrentes no parece que responda a un consorcio constituido como entidad asociativa de carácter público de Derecho administrativo.

Es decir, ni aclaran ni fundamentan si cuando aluden a la palabra consorcio, se refieren al sentido que otorga nuestro ordenamiento jurídico interno a determinadas uniones de entidades en régimen de Derecho público. Al contrario, parece que aluden a una forma asociativa que le posibilitare participar como operadores económicos privados a efectos de poder ser adjudicatarios de un contrato, pero que no les obligue a constituirse en UTE, y como diremos, a presentar un número de identificación fiscal único. Menos aún expresan si se trata de un consorcio público si este estaba ya constituido anteriormente.

2. Sobre la actuación de la mesa y el órgano de contratación.

La pretendida imposibilidad de constituirse en UTE señalan que se encuentra en sus estatutos sociales. Así lo dicen las entidades recurrentes en su recurso, y en el procedimiento de contratación.

Al respecto, es destacable que, a pesar del esfuerzo de la sociedad en señalar que tiene un impedimento legal en constituirse en UTE, que durante todo el procedimiento de licitación, en los 102 documentos que constituyen el expediente, ni dicha entidad, TRACASA INSTRUMENTAL, ni tampoco el órgano de contratación se hayan



pronunciado sobre la posible limitación al respecto, obviando la mesa el debate obligado, desplazándolo a sede de recurso especial cuando existen además hechos por parte de la mesa de contratación que suponen contradicciones propias con la decisión finalmente adoptada, más aún cuando se trata de un expediente de contratación financiado con fondos europeos.

Con el escrito de recurso, tampoco se aportan los estatutos de ambas sociedades mercantiles, y casualmente, no se aportan los de TRACASA INSTRUMENTAL, es decir, aquellos en los que se apoyan para justificar que no se pueden presentar en unión temporal de empresa. Examinado el expediente de contratación la mesa en ningún momento les ha requerido dicha documentación al respecto, lo cual habría evitado este recurso especial por lo que se dirá. Lo cual es básico para poder descartar otras fórmulas asociativas. Más aún, como veremos no es hasta el final del procedimiento cuando, pese a tener evidencias documentales en el sobre 1 de que no iban a constituirse en unión temporal de empresas, pues faltaba el compromiso, y no por olvido, sino que manifestaban que no iban a realizarlo. Es paradójico que constando esta argumentación en el sobre 1, en el compromiso de constitución, de la imposibilidad de constitución en UTE, la mesa en ningún momento haya procedido a advenir esa supuesta imposibilidad.

Es decir, la primera premisa para la mesa de contratación debió ser advenir esa imposibilidad alegada por parte de la entidad TRACASA INSTRUMENTAL, y una vez advenida si la limitación era legal o voluntaria, por propia decisión de la escritura de constitución fundacional o posterior modificación, es decir, por libre disposición de los socios que la constituyen.

Lejos de ello, la mesa de contratación, ni siquiera revisa la versión de las entidades recurrentes, sino que presumen la veracidad de lo argumentado, cuando requieren la documentación previa a la adjudicación pues previamente como argumentamos habían admitido, sin reservas, un compromiso claro de constitución de consorcio que no de UTE, sin un C.I. F. común para ambas entidades.

Es decir, posteriormente, contra sus propios actos, ha dejado la mesa sin validez la adjudicación, y sin examinar siquiera esos estatutos sociales. Examinado el expediente de contratación constan ciento dos documentos, destacando, dado el objeto del recurso, que entre ellos no estén los estatutos de TRACASA en los que se funda la imposibilidad, ni el requerimiento de los mismos, lo cual refleja la ligereza en los argumentos sostenidos por la mesa para la resolución, por los que deja sin “validez la adjudicación”. El Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su artículo 81.2 le permitía la subsanación de ese anexo V, que después en la resolución que deja sin efecto la adjudicación ha sido sorprendentemente obviado por la mesa de contratación, de por qué siendo admitido posteriormente ni siquiera ha sido puesto en entredicho. Es decir, existiría de ser válida la resolución de exclusión, una clara incongruencia por parte de la mesa de contratación que dio por válido un documento que muestra la voluntad de las partes en no constituirse en UTE.

La resolución de exclusión debió al menos haber advenido ya en el momento de la apertura del sobre 1, en abril (recordando que estamos ante fondos europeos), esos estatutos. Ello no obstó a que la mesa proceda a aplicar el artículo 139 de la LCSP, como si los pliegos no permitieren más fórmulas asociativas que las UTE, al menos no lo explica en absoluto, sino que se acoge a la literalidad de los pliegos, dejando sin explicar el cambio de criterio, dado que por un lado admite en abril en la primera sesión de la mesa el anexo V de compromiso en constitución en una figura distinta, argumentando que no podía constituirse en UTE, y por otro lado, en la resolución de exclusión que existe un documento hasta entonces admitido que no ha resultado rebatido jurídicamente.



Es decir, la carga jurídica de la argumentación se ha desplazado nueve meses después por parte de la mesa y el órgano de contratación a este Tribunal, pues es con el escrito al recurso cuando este Tribunal ha procedido a advenir lo fundamental del recurso, que evitaron u obviaron, constituyendo un claro incumplimiento del artículo 88.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. Sobre la pretendida imposibilidad de constitución en UTE.

Partiendo de que, con el expediente remitido por el órgano de contratación, y con el recurso especial se aportan las escrituras de constitución de solo una de las entidades, y no la de TRACASA INSTRUMENTAL, S.L., este Tribunal sí ha accedido a las mismas, a través de una simple búsqueda en su portal de transparencia institucional, ya que se trata de una sociedad pública mercantil en forma de responsabilidad limitada.

Pues bien, en sus estatutos, después de reflejarse el objeto de la sociedad en su artículo 2 de forma muy extensa, a continuación del apartado F del mismo precepto se señala:

(...) "Las mencionadas actividades integrantes del objeto social podrán ser realizadas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, a través de su participación en cualquier otro tipo de sociedad, asociación, entidad, u organismo, público o privado, con o sin personalidad jurídica, de objeto análogo o idéntico. Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta sociedad. La sociedad no podrá realizar ninguna de las actividades determinadas en los párrafos anteriores en el caso de que impliquen directa o indirectamente ejercicio de autoridad y otras potestades inherentes a los poderes públicos y, en todo caso, aquellas que no estén permitidas legalmente. El epígrafe de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas CNAE.- correspondiente a las citadas actividades es el 8411 "Actividades Generales de la Administración Pública."

ARTÍCULO 3º.- Las actividades enumeradas en el artículo anterior podrán ser realizadas por la Sociedad de modo indirecto, a través de su participación EN CUALQUIER TIPO DE ASOCIACIÓN, CON O SIN PERSONALIDAD JURÍDICA, DE OBJETO ANÁLOGO O IDÉNTICO". (El subrayado y la mayúscula es nuestro por ser necesario).

Durante todo este tiempo que ha transcurrido desde la apertura del sobre 1, abril de 2024, y tratándose de fondos europeos (la financiación del 80 % del contrato) y donde desde entonces se ha venido poniendo de manifiesto la dificultad para poder constituir en UTE no es hasta ahora cuando el órgano de contratación ha manifestado que dicha opción no sería cierta, no justificando la mesa el cambio de criterio pues se admitió el anexo V. Es decir, dicha causa de imposibilidad manifestada no existiría, pues ni se ha fundamentado la imposibilidad con concreción, ni se ha adverado en ningún momento ni por la mesa de contratación ni por el órgano de contratación.

4. Sobre la imposibilidad de que el pliego no permita otras formas de agrupación de empresas que no sea UTE.

La mesa cuando excluye y el órgano de contratación, dada la admisión en abril del anexo V reproducido formulado por ambas entidades de que no se constituirían en UTE, debió haber reforzado su argumentación, admitiendo el error y justificando el criterio de la inadmisión de la oferta por incumplir los requisitos de capacidad. A pesar de la contradicción no motiva la exclusión salvando el criterio de admisión mostrado en abril, puesto que el pliego y la cláusula aplicada para la exclusión ya resultaba aplicable en la apertura del sobre 1, pues el anexo V, de ser cierto su criterio no podría ser admitido.



En la cláusula 6.1 del PCAP se señala bajo la rúbrica “6.1. Aptitud y Capacidad” que:

“Están facultadas para contratar las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna de las prohibiciones de contratar que señala el artículo 71 de la LCSP y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, conforme a lo establecido en los artículos 86, 87 y 90 de la LCSP.

Cuando, por así determinarlo la normativa aplicable, se le requirieran a la persona contratista determinados requisitos relativos a su organización, destino de sus beneficios, sistema de financiación u otros para poder participar en el correspondiente procedimiento de adjudicación, estos deberán ser acreditados por la persona licitadora al concurrir en el mismo. Se indicarán, en su caso, en el Anexo I-apartado 4.

Asimismo, deberán contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato, según lo indicado en el Anexo I apartado 4.

Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus propios estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

Para las empresas no comunitarias, comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y uniones temporales, se estará a lo dispuesto en los artículos 68, 67 y 69 LCSP, respectivamente.

Las personas empresarias que concurren agrupadas en uniones temporales quedarán obligadas solidariamente y deberán nombrar a una persona representante o apoderada única de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa. A efectos de la licitación, deberán indicar los nombres y circunstancias de las que la constituyan y la participación de cada una, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de ser adjudicatarias del contrato -declaración contenida en el Anexo V (...).”

No expone, sin embargo, en sus alegaciones el órgano de contratación el contenido que figura en la cláusula 9.2.1 h) se refiere a las uniones, expresando que:

*“Las personas empresarias que concurren a la licitación agrupadas en uniones temporales deberán presentar una declaración de compromiso de constitución en unión temporal, **conforme al modelo establecido en el Anexo V, indicando los nombres y circunstancias de las que la suscriben, el porcentaje de participación de cada una de ellas, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal** en caso de resultar adjudicatarias del contrato y designando a la persona o personas que durante la vigencia del contrato han de ostentar la plena representación de todas ante la Administración”.*

La omisión no se intuye involuntaria.

En este sentido, observamos que la mesa de contratación examinó el 25 de abril de 2024 la documentación presentada por TCA CARTOGRAFIA Y GEOMATICA S.A. y por TRACASA INSTRUMENTAL, S.L. correspondiente al sobre 1, donde se incluía ese anexo V que no correspondía con el del modelo que se establecía en el PCAP. En efecto, las entidades recurrentes habían modificado el Anexo V correspondiente se expresaba como título “**COMPROMISO CONSTITUCIÓN CONSORCIO**” (..)



A continuación, en dicho anexo V modificado por ambas entidades respecto del modelo aprobado con el acuerdo de inicio, se apartaba del modelo llamando poderosamente la atención, expresando que:

(...) “en cumplimiento de lo establecido en el artículo 69 LCSP (Uniones de empresarios) en consonancia con lo dispuesto en el artículo 15 y Anexo V parte D de la DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE EC, declaran que es intención de ambas empresas constituirse en consorcio, en términos de participación conjunta o agrupación de empresas, en el caso de resultar adjudicatarias del EXP 2024/000011 CNTR 2024 157913;

Artículo 69 LCSP:

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor. (...)

3. Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

El presente artículo, referenciado por el órgano de contratación como resultante de aplicación al presente expediente, posibilita la participación conjunta en licitaciones públicas bajo la figura del consorcio siempre que se cumpla con las condiciones mínimas en el mismo recogidas como de obligado cumplimiento.

DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE;

(15) Es preciso aclarar que grupos de operadores económicos, incluso cuando se hayan constituido con carácter de agrupación temporal, pueden participar en licitaciones sin que les resulte necesario adoptar una forma jurídica concreta.

ANEXO V
INFORMACIÓN QUE DEBE FIGURAR EN LOS ANUNCIOS
(...)
PARTE D

Información que debe figurar en los anuncios de contratos de adjudicación de contratos

12. Para cada adjudicación, nombre, dirección, incluido código NUTS, número de teléfono y de fax, dirección electrónica y de internet del licitador o licitadores seleccionados, especificando:

- a) si el licitador adjudicatario es una pequeña y mediana empresa;
- b) si el contrato se ha adjudicado a una agrupación de operadores económicos (empresa en participación, consorcio u otro).



Para dar cumplimiento a las obligaciones requeridas por estos textos legales se establecen las siguientes:

CLÁUSULAS

PRIMERA. - OBJETO DEL COMPROMISO. El objeto del consorcio será la correcta ejecución conjunta del inventariado y digitalización de fotogramas aéreos en poder del instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA). EXP 2024/000011 CONTR 2024 157913.

SEGUNDA. - DENOMINACIÓN Y DOMICILIO. - Las entidades serán reconocidas a efectos del presente expediente bajo la denominación de Consorcio TCA-ITRACASA ESCANEOS FOTOTECA, con domicilio en Alcalá de Guadaíra (Sevilla), Avenida Príncipe de Asturias 9, Edificio TCA.

TERCERA. - PLAZO. - La duración del consorcio será la que se emplee en la ejecución del contrato descrito en el punto 3 del anexo I del pliego regulador, más el tiempo necesario para terminar las obligaciones y derechos derivados de la ejecución de los servicios y/o del plazo de garantía.

CUARTA. - RESPONSABILIDAD. - las partes serán responsables solidarias de cumplir con las obligaciones establecidas en este compromiso.

QUINTA. - PARTICIPACIÓN DE LOS SOCIOS EN EL CONSORCIO. - La participación en el consorcio de cada miembro es la que sigue:

TCA CARTOGRAFIA Y GEOMATICA, S.A. 75 %

TRACASA INSTRUMENTAL, S.L. 25 %

SEXTA. - PERSONA REPRESENTANTE. - se designará como representante del consorcio a Don José Manuel López Sánchez y como líder del mismo a TCA Cartografía y Geomática, S.A.

SÉPTIMA. - **NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN FISCAL. - No aplica. Cada entidad conservará su propio NIF.**¹

OCTAVA. - FONDO OPERATIVO. - No aplica.

NOVENA. - OBLIGACIONES TRIBUTARIAS. - Cada entidad hará frente de las mismas sin que se cree un espacio común a tal efecto.

Asimismo, declaran bajo su responsabilidad personal y ante el órgano de contratación, que se comprometen a constituir un consorcio y a formalizar el acuerdo regulador del mismo en escritura pública, de conformidad con lo establecido en la LCSP, a efectos de participar en la licitación para la contratación del expediente referenciado en la cláusula primera”.

Sorprendentemente, señala el acta de dicha sesión que “(...) se procede a la apertura del sobre 1, documentación acreditativa de los requisitos previos.

Examinada la documentación de las empresas licitadoras, **se comprueba que son todas correctas.**²

Acto seguido, y dado que no ha sido necesario requerir subsanación a ninguna de las empresas licitadoras por la documentación presentada en el sobre n.º 1, la Mesa acuerda por unanimidad, tal como estaba previsto en la convocatoria, proceder a la apertura del sobre n.º 2, documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor.

Se ordena la remisión de dicha documentación al técnico encargado de la elaboración del informe de valoración correspondiente”.

Es decir, existe una clamorosa omisión a esta acta de abril de 2024 en el acto por el que se deja sin validez la adjudicación, resultando una resolución exenta de la más mínima motivación del cambio de criterio.

¹ La negrita es nuestra.

² La negrita es nuestra.



5. Sobre la fórmula consorcial pretendida por las entidades recurrentes para presentarse a la licitación. Sobre la veracidad de su supuesta causa de imposibilidad: efectos.

En primer lugar, debe advertirse que en el anexo V que consta en la documentación se habla de consorcio. La cuestión previa consiste en delimitar, dado el carácter público de una de las entidades si podría considerarse la naturaleza pública del consorcio.

Aunque ni las entidades lo alegan, ni la mesa le solicitó explicaciones al respecto, sus alegaciones vienen orientadas a que se determine si es posible, a través de una especie de asociacionismo público, y que pudieran equipararse a una unión temporal de empresas, figura que dicen tienen vedada como consecuencia de los estatutos societarios de la sociedad de carácter público. En la resolución de exclusión es patente que el órgano de contratación deja huérfana a la licitación de un criterio al respecto, dado que es claro lo que las entidades recurrentes formulan. Es decir, si pueden presentarse a la licitación como consorcio, admitiéndolo y después rechazándolo sin motivación. Lejos de ello se escudan a una cláusula del pliego, que no se interpreta siendo obligado para expresar su cambio de criterio al respecto. El acta de la mesa rechaza dar ninguna argumentación jurídica de fondo, recurriendo a una literalidad virtual del texto del pliego, expresando que el mismo veda la posibilidad que proponen las entidades, cuando la lectura del texto no permite una conclusión, menos aún después de admitir el anexo V en la sesión primera de la mesa de contratación. Es decir, más bien la mesa ante la posible dificultad de la cuestión que se les presenta, intenta defender la formalidad del pliego, cuando a simple vista ello no se muestra prima facie, siendo uno de los motivos por el que este Tribunal estima que el expediente ha llegado a la vía del recurso especial.

Es decir, la posibilidad de que dos sociedades, siendo una de ellas pública puedan operar en el mercado como adjudicatarias de otro contrato público, es lo que debió haber abordado la mesa.

En este sentido, en primer lugar, este Tribunal estima que lo que sostiene la mesa sobre lo que el PCAP expresa, en el acto impugnado, supone escudarse en aforismos, como *pacta sunt servanda*, que deriva del art. 139 de la LCSP para no entrar en el verdadero fondo del asunto, pero no explica entonces el acta de la sesión primera de la mesa.

Realiza una interpretación formal, sin dar una explicación material a si una entidad de Derecho público pudiere concurrir en UTE, y no entra a valorar la cuestión de fondo cual es si ese denominado consorcio puede equivaler a una unión temporal de empresas, y a más, si dos entidades, siendo una de ellas pública, pueden o no conformar una U.T.E.

Esta conclusión es a la que se llega cuando las entidades recurrentes aluden al “considerando” (15) y el Anexo V parte D de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE EC, cuando se refieren a que:

“(15) Es preciso aclarar que grupos de operadores económicos, incluso cuando se hayan constituido con carácter de agrupación temporal, pueden participar en licitaciones sin que les resulte necesario adoptar una forma jurídica concreta. En la medida en que sea necesario, por ejemplo, cuando se exija una responsabilidad solidaria, puede exigirse una forma concreta cuando se adjudique el contrato a dichos grupos”

“[...] ANEXO V INFORMACIÓN QUE DEBE FIGURAR EN LOS ANUNCIOS [...] [...] PARTE D

Información que debe figurar en los anuncios de contratos de adjudicación de contratos [...]



[...] 12. Para cada adjudicación, nombre, dirección, incluido código NUTS, número de teléfono y de fax, dirección electrónica y de internet del licitador o licitadores seleccionados, especificando:

a) si el licitador adjudicatario es una pequeña y mediana empresa;

b) si el contrato se ha adjudicado a una agrupación de operadores económicos (empresa en participación, consorcio u otro). [...]"

Las entidades recurrentes se aferran a los términos concretos de una traducción de una Directiva que ya ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la LCSP, de tal modo que, en primer lugar, como conclusión, habrá de estarse a la regulación jurídica interna.

6. La presentación a la licitación como pretendido consorcio público.

Estima este Tribunal que no parece que con la palabra consorcio pretendan equipararse a la entidad asociativa que se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en concreto al capítulo VI "De los consorcios" del título II relativo a la "Organización y funcionamiento del sector público institucional" (118 a 127), y la regulación contenida en la LCSP, y más concretamente en Navarra en la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del Sector Público Institucional Foral.

En este sentido, un consorcio de acuerdo con el artículo 118 de la LRJSP, es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y diferenciada, creados por varias Administraciones Públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. La LCSP, el artículo 3.2 b) además expresa, que a efectos de dicha Ley tienen además la consideración de Administración pública, lo cual le excluye automáticamente la posibilidad de entrar a considerar si concurren o no los requisitos establecidos para considerar que es poder adjudicador (LCSP art. 3.3), ya que este último concepto se establece en la LCSP por contraposición al de Administración pública, razón por la cual, respecto de un ente, organismo o entidad integrado en el sector público a los efectos de la citada Ley solo ha lugar a plantearse su condición de poder adjudicador una vez que se haya descartado previamente su condición de Administración pública.

La cuestión aquí se encuentra en dos consideraciones:

- Si conforme a la LRJSP se ha constituido el consorcio al que se refiere la LCSP, como forma alternativa que le daría acceso a ser considerado adjudicatarias ambas entidades.
- Si ese consorcio al que se refieren ambas entidades recurrentes es a la que se refiere la Directiva comunitaria conforme al Derecho español.

En este sentido, la cuestión primera que debiera haber abordado la mesa es obvia, y es si una entidad, empresa pública, si una vez constituidas en consorcio pueden tener una doble vertiente: la de poder adjudicador (art. 3.2 LCSP) y la de operador económico (contratista).

Esta dualidad ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en la Sentencia de 6 de octubre de 2015, Consorcio Sanitari del Maresme, cuando expresa que las administraciones públicas pueden concurrir a licitaciones públicas siempre que estén habilitadas para ofrecer servicios en el mercado (lo que les impide la realización de falsos convenios que oculten un contrato público: por todas STJUE de 8 de mayo de 2014, Technische Universität Hamburg-Harburg). La línea jurisprudencial abierta ya en el año 2014, aboga que no se debe partir de un concepto subjetivo, lo que interesa es la perspectiva objetiva de cuando existe contrato público,



ya que se reconocen sujetos públicos que pueden tener esa doble vertiente. Así, si dichas entidades recurrentes, pudieren tener esa doble capacidad de actuación, como poder adjudicador y de operador económico, la cuestión que debiere haber determinado la mesa y el órgano de contratación es que cuando se actúa como operador económico, cuáles son las reglas aplicables si decidieran hacer un contrato en ejecución de uno público adjudicado previamente a su favor.

Si un consorcio se constituye, y actúa como poder adjudicador (art. 3.2 LCSP), es indubitado que debe someterse a las previsiones de la LCSP y aplicar los procedimientos de adjudicación contenidos en dicha norma.

Por el contrario, cuando se comporta como operador económico (como contratista que compite con otras empresas para la obtención de un contrato público), no se debe extender el régimen de “*poder adjudicador*” a las actuaciones derivadas del contrato del que es adjudicatario. Es decir, las obligaciones y derechos son los propios de esta caracterización, de tal manera que está obligada, como contratista, a cumplir el contrato (no puede obviamente acogerse a las prerrogativas de un poder adjudicador Administración pública). La explicación es que, como contratista, no hay actividades de interés general, sino una evidente actuación mercantil, regulada por las reglas de la competencia.

La cuestión por la que debemos descartar la existencia del consorcio es porque siendo TRACASA INSTRUMENTAL una sociedad mercantil pública navarra el artículo 64.3 de la Ley Foral arriba citada expresa:

“Los consorcios se crearán mediante convenio suscrito por la Administración de la Comunidad Foral o sus organismos públicos y entidades vinculadas o dependientes y por las otras Administraciones, organismos públicos o entidades participantes. Su creación requerirá de la previa autorización por decreto foral del Gobierno de Navarra”.

Es decir, no consta esa creación como consorcio público, ni expresa que fuera esta su intención.

7. A mayor abundamiento sobre la posibilidad de haberse presentado TRACASA INSTRUMENTAL y haber subcontratado, a través de su naturaleza como sociedad mercantil pública sin dicho compromiso de consorcio.

Descartado el consorcio como figura de Derecho administrativo, se realiza la siguiente consideración a mayor abundamiento, para el supuesto en el que su voluntad hubiera sido presentar en solitario, algo que no ha realizado. Estimamos que es aquí, en un conocimiento equivocado de la norma o régimen jurídico aplicable, donde se encontraría probablemente la aparente imposibilidad, y el motivo por el que ha recurrido a esa inusual forma de presentación de la oferta. En este sentido, si la sociedad mercantil pública se presentare en su condición de licitador, la participación junto con la otra empresa, sin estar previamente asociadas, debería llevarse a cabo a través de la subcontratación. La condición de poder adjudicador del adjudicatario, la sociedad mercantil pública, al ser la propia subcontratación un contrato público, no se podría fragmentar, por lo que generalmente a priori los umbrales exigirían una publicidad en la correspondiente plataforma de contratación (ex art. 347 y 63 LCSP, o preceptos semejantes de la Ley Foral Navarra), cuyo incumplimiento viciaría de nulidad los contratos efectuados (art. 39 LCSP). Este criterio interpretativo se encontraría avalado por jurisprudencia del TJUE y de aplicación en el ámbito de las Directivas 23 y 24 de 2014 de concesiones y contratación pública respectivamente. Así, en la citada STJUE de 6 de octubre de 2015, Consorci Sanitari, a propósito de la Directiva de contratos públicos de 2004 (que en este punto establece lo mismo que la de 2014), advierte que según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una Administración pública (como una Universidad) *“puede licitar y podrá presentarse como candidato toda persona o entidad que, a la vista de los requisitos previstos en un anuncio de licitación, se considere apta para garantizar la ejecución de ese contrato público, directamente o recurriendo a la subcontratación, con independencia de que su estatuto jurídico sea público o privado y de que opere sistemáticamente en el mercado o sólo intervenga*



con carácter ocasional, o de que esté o no subvencionada con fondos públicos (véanse las sentencias CoNISMa, C 305/08, EU:C:2009:807, apartado 42, y, en el mismo sentido, Data Medical Service, C 568/13, EU:C:2014:2466, apartado 35)”

Si la faceta de operador económico de la sociedad mercantil pública es independiente de la de poder adjudicador, conforme al derecho europeo, resulta conveniente aclarar esta cuestión desde la perspectiva del marco nacional vigente (LCSP), y resolver cual sería el régimen jurídico aplicable a los supuestos en que, en su condición de contratista, deba realizar la subcontratación de algunos de los elementos de la prestación contratada (obviamente, directamente vinculados al cumplimiento de ese contrato). En este sentido, habría resultado de aplicación la regla contenida en el artículo 11.4 LCSP que excluye de la aplicación de la LCSP “*los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del sector público sujeta a esta Ley, deba ajustarse a sus prescripciones para la celebración del correspondiente contrato*”. Por consiguiente, este precepto no excluye solo la aplicación de las normas públicas que regulan la preparación y los procedimientos de adjudicación, sino que, en una interpretación literal del mismo, excluye in totum el negocio, es decir, este tipo de contratos, tanto su preparación y adjudicación como su ejecución. Es en este último punto en el que se produciría la controversia, pues en ese hipotético caso, la sociedad mercantil pública, si se encontrase en ese supuesto, sería solamente un proveedor de servicios más, un contratista, un operador económico que está llevando a cabo las tareas precisas para ejecutar un contrato que la propia LCSP ha decidido excluir de su ámbito de aplicación.

Si este hubiera sido el caso, en tanto operador económico y no poder adjudicador, y dado que están excluidos estos contratos de la LCSP, no se pueden aplicar las reglas de la LCSP procedimentales para seleccionar a los subcontratistas, tanto para prestaciones de servicios como de suministros directamente vinculados al cumplimiento del contrato, porque no se trata de un contrato público.

En ese caso, la ejecución de un contrato público o privado por parte de la sociedad mercantil adjudicataria necesitase subcontratar prestaciones (aunque el adjudicatario fuera poder adjudicador), éstas no tendrían la consideración de contrato público, por cuanto no se actúa como poder adjudicador, ni por ello pueden ser objeto de un proceso de concurrencia competitiva ex LCSP, tal y como establece la exclusión recogida en el citado artículo 11.4 de la Ley 9/2017. Esto significa que, adjudicado un contrato público por un poder adjudicador a un consorcio, actuando en la condición de operador económico, respetando las previsiones, condiciones y límites del pliego, éstos podrán subcontratar directamente con otros proveedores elementos de la prestación y la naturaleza jurídica de esos negocios jurídicos siendo estos contratos privados. Obviamente los subcontratistas deberán cumplir las exigencias legales para esa subcontratación.

Otra interpretación supondría quebrar el principio igualdad de trato sobre el que se cimienta todo el derecho de la contratación pública. En definitiva, cuando un ente contratante realmente se comporte como un auténtico proveedor de servicios o suministros, es decir como un agente económico, sin ejercer funciones administrativas, en condiciones de igualdad y sin prerrogativas propias de un poder público, podrá adoptar técnicas jurídicas propias del Derecho privado.

8. Sobre el compromiso de consorcio del anexo V.

Por parte de las entidades recurrentes se presenta un compromiso de consorcio apartándose del anexo del PCAP aprobado. La mesa lo admite y no le requiere para su subsanación. No solo tras la mesa celebrada, tampoco con posterioridad, incluso ni antes de su exclusión final. En este sentido, el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) indica lo siguiente en la cláusula 10.3:



“10.3. Apertura del sobre electrónico nº 1 y calificación de documentos.

Reunida la Mesa de contratación en el día y hora señalados, la presidencia ordenará la apertura del sobre electrónico nº1.

Específicamente para los contratos financiados con fondos procedentes del PRTR, con carácter previo a la valoración de las ofertas, el órgano de contratación iniciará, a través de la herramienta informática MINERVA, con sede en la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), el procedimiento de análisis ex ante del riesgo de conflicto de interés, consistente en la introducción de los datos de las personas físicas o jurídicas licitadoras y de los decisores de la operación, que son las personas que realicen las funciones de órgano de contratación unipersonal o miembros del órgano de contratación colegiado, así como de miembros del órgano colegiado de asistencia al órgano de contratación que participen en los procedimientos de contratación en las fases de valoración de ofertas, propuesta de adjudicación y adjudicación del contrato (mesa de contratación, comité de expertos y comisiones técnicas).

El procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la Orden HFP/55/2023. En el supuesto de que la AEAT no disponga de la información de titulares reales de la empresa objeto de consulta y así le haya indicado la correspondiente bandera negra, el órgano de contratación deberá solicitar a las empresas la información de su titularidad real, que deben aportar en el plazo de 5 días hábiles desde la solicitud. La falta de entrega de dicha información en el plazo señalado será motivo de exclusión del procedimiento.

A continuación, salvo para los contratos financiados con cargo al PRTR, que deberá realizarse en sesión distinta tras la tramitación del análisis ex ante del riesgo de conflicto de interés desarrollado por la Orden HFP/55/2023, la Mesa calificará la documentación recibida. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación del sobre electrónico nº1, lo comunicará por medios electrónicos a través de SiRECPortal de licitación electrónica y lo hará público a través del perfil de contratante del órgano de contratación, concediéndose un plazo de tres días naturales, que podrá reducirse hasta la mitad por exceso en caso de urgencia, para que las personas licitadoras los corrijan o subsanen presentando la documentación que proceda a través del SiREC-Portal de licitación electrónica, bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la subsanación de dicha documentación. Las aclaraciones o documentos que presenten las personas licitadoras no podrán suponer en ningún caso la modificación de los términos iniciales de sus ofertas. Posteriormente, se reunirá la Mesa de contratación para adoptar el oportuno acuerdo sobre la admisión definitiva de las personas licitadoras”

El propio pliego expresa la subsanabilidad de esta documentación.

Por otro lado, el art. 140 de la LCSP, regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, que conforman la conocida como “documentación administrativa” a presentar por el licitador, y que comprende la presentación de una declaración responsable, y en aquellos casos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, la declaración responsable deberá aportarse por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el art. 141 de esta Ley, y, adicionalmente, el compromiso de constituir la unión temporal de empresas -UTE- por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el art. 69.3 LCSP.

Por su parte, el art. 81.1 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -RGLCAP-, declara que “a los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley” (se entiende ahora el art.



140 LCSP 2017), añadiendo el art. 81.2 RGLCAP que *“si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados.”*

Es decir, se traslada, en cuanto a esta documentación, un principio antiformalista en la interpretación de los defectos que sean subsanables en la documentación administrativa a presentar por los licitadores, en sobre aparte a la proposición económica, teniendo en cuenta que el principio de libre concurrencia prohíbe limitar ésta bajo el pretexto de una interpretación que conduzca a una conclusión absurda por ser contraria al sistema legal que rige la contratación administrativa.

La Administración no debe vulnerar, por tanto, la libre concurrencia de licitadores por la apreciación de estrictos criterios formales que impidan admitir proposiciones debido a defectos que son subsanables fácilmente, de manera que ha de sopesarse en estos supuestos la aplicación de tres principios como son el de libertad de concurrencia, el de igualdad y el de seguridad jurídica (Informe 4/2018, de 26 de julio, de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid).

En este caso, se debería haber deducido todas las cuestiones previas que se han planteado antes de esta consideración a fin de darle la posibilidad de subsanar.

8. Sobre la supuesta imposibilidad de constituirse en UTE.

Las empresas que pretenden concurrir en consorcio no han presentado todas ellas la documentación administrativa como hemos mencionado, pues ni siquiera se encuentra la escritura pública que este Tribunal ya ha abordado, en donde no existe esa limitación estatutaria a constituirse en UTE. Es más, según el artículo 3 de dichos Estatutos societarios de TRACASA, está incluso previsto. Pretenden las entidades recurrentes utilizar una expresión de la Directiva comunitaria para tratar de eludir la forma de agrupación considerada en la transposición realizada por la LCSP, es decir, escudarse a la fórmula nominal o expresión de la Directiva para tratar evitar que se le considere como UTE.

Los consorcios, como figura jurídica de Derecho privado, se constituyen entre varios empresarios para la eficiencia de los costes de explotación de las empresas asociadas. La causa que los anima es una causa mutualista, y ello con independencia de la forma jurídica que adopten, que puede ser muy variada. Como figuras de asociacionismo privado empresarial a título de ejemplo podríamos considerar otras que no aparecen en el PCAP, y no por ellos no resultarían válidas, como sería la cooperativa, la agrupación de interés económico, cuya finalidad legal típica es precisamente *“facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios”* (art. 2.1 Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico) y la unión temporal de empresas (art 7 de la Ley de 26 de mayo de 1982, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas), cuyo cometido es arbitrar un *«sistema de colaboración entre empresarios [...] para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro»*.

Como abordara la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 16/2011, de 8 de junio:

«...una unión temporal de empresarios es un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación de empresarios que -manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas- disponen durante la vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada.



Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma...».

El Informe 2/2012, de 1 de febrero de este mismo órgano, señalaba que «La regulación de las Uniones Temporales de Empresas se lleva a cabo, fundamentalmente, en una norma de tipo fiscal, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial y Regional EDL 1982/9184(en adelante LUTE), modificada posteriormente por otras Leyes (Ley 43/1995 EDL 1995/17005 y 66/1997, del Impuesto de Sociedades; Ley 46/2002 de Medidas Fiscales EDL 2002/53294; Ley 62/2003 de Medidas Fiscales EDL 2003/163154, Administrativas y del Orden Social...), entre las que cabe destacar, la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico, que vino a sustituir la figura de la Agrupación de Empresas, hasta entonces regulada en la LUTE, por la de la Agrupación de Interés Económico.

Se define la UTE como un sistema de agrupación de empresas que da lugar a una organización sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado (hoy, extensible al resto de figuras contractuales), cuyas obligaciones se asumen por sus miembros de forma solidaria, cuya duración no es indefinida y en la que existirá un Gerente único, con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes, debiendo actuar la UTE, precisamente, a través del Gerente y haciéndolo constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión».

En este sentido, las uniones temporales de empresas se encuentran reguladas, en materia contractual, en la LCSP, y en los artículos 24, 51, 52 y 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 (en adelante RGLCAP). De estos preceptos puede resumirse como expresa dicha Junta Consultiva en su informe 2/2024, de 2 de abril como un sistema asociativo de colaboración empresarial que, si bien implica una estructura organizativa común, nunca llega a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran; y cuyas principales notas distintivas son:

- “1) Falta de personalidad jurídica.*
- 2) Régimen de responsabilidad solidaria, que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma.*
- 3) Carácter temporal de su constitución.*
- 4) Obligatoriedad de formalizarse, mediante escritura pública, en caso de resultar adjudicataria de un contrato público. En esta escritura pública se deben hacer constar, entre otros extremos, los estatutos o pactos que van a regir el funcionamiento de la UTE”.*

Es decir, las entidades recurrentes se han presentado a la licitación a través de circunloquio, modificando hasta el modelo del pliego, al que previamente se han sometido, así como intentan proponer soluciones artificiosas, ofreciendo toda una versión ficticia, sin pruebas, de que le es imposible constituirse en UTE.

Pues bien, sobre dicha imposibilidad, cumple decir que esta no sería ninguna limitación legal, sino que esa imposibilidad de asociarse en UTE en su caso sería establecida por vía de los estatutos, que ni las entidades han acreditado, ni la mesa ha adverado. Es decir, si lo fuere por vía de sus estatutos, la causa sería salvable pues valdría con modificar los mismos, pues es una limitación que en caso de existir (que no existe como hemos visto) podría ser reversible si la forma con la que quisieran presentarse fuere la asociativa.



La razón por la que se regula la UTE en la legislación interna de contratos, no es más que ofrecer la posibilidad de que, en el sentido de lo que la Directiva citada llama, en el artículo 69, consorcio, es decir, una agrupación temporal, pues fuera de estas uniones temporales, cualquier fórmula asociativa entre ambas entidades recurrentes debería haber sido previamente formalizada conforme a su normativa propia. La cuestión principal es que la Administración debe adjudicar un mismo contrato, o los lotes de un contrato a un único licitador sin poder simultanear una adjudicación con dos distintas licitadoras que es lo propuesto por las entidades recurrentes cuando cada una aporta su propio CIF. La propuesta realizada por las entidades recurrentes no es más que un fraude de Ley, injustificado, cual es permitir quedar exentos de constituirse en UTE sin ofrecer una mínima construcción jurídica que resulte además corroborado con sus estatutos los cuales ni siquiera se han aportado como justificación mínima de prueba, y es a la luz del examen de estos por este Tribunal por los que se ha averdado como mendaz la versión ofrecida de dicha imposibilidad. La actitud pasiva de la mesa de contratación contribuye a todo este entuerto, admitiendo el compromiso en la mesa de apertura del sobre 1 cuando lo admite sin reserva alguna, y también contribuye a que todo ello haya tenido que resolverse a través de un recurso especial, siete meses después de la celebración de la mesa donde ya estaba ese compromiso de constitución en consorcio que debió entonces ser inadmitido, y no que ha provocado la ejecución tardía de un contrato financiado con fondos europeos en un 80%.

Debe tenerse especialmente en cuenta que las recientes disposiciones normativas que abordan el tratamiento de los contratos financiados con fondos europeos incluyen diversas especialidades, en materia de contratación administrativa, que tratan de unificar criterios de actuación administrativa con fin de procurar una mayor agilización y transparencia, garantizar el trato igualitario de los licitadores y facilitar la gestión de las licitaciones celebradas. Para ello se recuerda que se han establecido especialidades sobre tramitación de urgencia y reducción de plazos, para elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas, despacho preferente para la emisión de informes vinculados a la contratación, umbrales económicos del procedimiento abierto simplificado abreviado y para el abierto simplificado ordinario, el procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia de aplicación a la contratación con estos fondos, la ampliación excepcional del plazo de vigencia de algunos contratos, aspectos del recurso especial, los conceptos indemnizables en la suspensión del contrato, entre otras medidas.

9. Desestimación del recurso especial.

Una vez planteadas las anteriores cuestiones e hipótesis sobre la posibilidad de ser admitida la proposición conjunta de ambas entidades, renunciando a constituirse en UTE, debe inadmitirse su oferta. En este sentido, no se ha procedido ni siquiera por esta vía, ya que no la permitió la mesa, adoptar ni subsanar su oferta inicial, rectificando para constituirse en UTE, postura en la que persiste incluso en el momento de presentación del recurso especial para lo cual no existe ni impedimento legal ni estatutario cómo hemos visto.

A mayor abundamiento, debe dejarse patente que, incluso en el caso que lo existiera estatutariamente, sería una cuestión ajena a la agencia administrativa con la que pretende contratar, la cual ofrecer la posibilidad de presentarse en cualquier forma válida admisible en Derecho. No obstante, al haberse decantado por la presentación en UTE al momento de terminación del plazo para presentar la oferta, el órgano de contratación no podría permitir otras fórmulas más allá de la constitución en UTE, pues permitirlo sería tanto como admitir una modificación de la oferta en un momento no permitido ya por la Ley.

Por todo ello, el recurso, debe desestimarse.



OCTAVO. Multa por temeridad.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma», en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, desde el momento en el que se alega con total claridad de que la razón de la presentación en un denominado futuro consorcio se debe a una previsión de una prohibición estatutaria, sin mostrar pruebas.

A ello se le une que este Tribunal es el que ha debido procurar el examen de los estatutos de TRACASA INSTRUMENTAL, de tal modo que no solo no está prohibido, sino que expresamente en su artículo 3 se prevé la posibilidad de realizarlo, es decir, se puede presentar con la forma de UTE.



Es decir, estimamos que se ha privado intencionadamente a este Tribunal de elementos de juicio, con el ánimo de pretender confundir los verdaderos motivos de por qué se ha pretendido salvar u obviar la única forma posible para poder presentarse conjuntamente, sin que les requiera una asociación de empresas formal previa, que no les suponga la creación de una nueva personalidad jurídica.

Todo ello, supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero por las circunstancias expuestas de temeridad agravada determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 3.000 euros, cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad manifiesta- ante la evidente inconsistencia del fondo del recurso, como anteriormente se ha fundamentado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TCA CARTOGRAFÍA Y GEOMÁTICA, S.A. Y TRACASA INSTRUMENTAL, S.L.** contra la resolución de 25 de octubre de 2024 que deja sin efecto la resolución de adjudicación de fecha 17 de septiembre de 2024 del contrato denominado “Inventariado y digitalización de fotogramas aéreos en poder del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA)” (expte. CONTR 2024 0000157913), promovido por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía (IECA), agencia administrativa adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Remitir a los órganos competentes en materia de personal respecto de los miembros de la mesa y del órgano de contratación, por las actuaciones irregulares examinadas en la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésima octava de la LCSP.

CUARTO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.



NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su 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.

