

Recurso nº 058/2012

Resolución nº 077/2012

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. V.G.M en representación de ECISA Compañía General de Construcciones, S.A. y de la UTE ECISA, CIA General de Construcciones, S.A.- Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, contra la exclusión de la citada UTE de la licitación convocada por el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) para la contratación del Servicio de Mantenimiento Integral del edificio de la Secretaría General sito en la calle Sagasta 10 de Madrid, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El FOGASA convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el 28 de diciembre de 2011 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 17 del mismo mes, licitación por procedimiento abierto para la contratación de un servicio de mantenimiento integral del edificio de su Secretaría General, sito en la calle Sagasta 10 de Madrid, a la que presentó oferta la UTE ahora recurrente. En los anuncios de dicha convocatoria, así como en los pliegos, se exigía a los licitadores la clasificación en el grupo O, subgrupo 1, categoría A.

Segundo. La tramitación del expediente se llevó a cabo de acuerdo con lo preceptuado por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y otras normas de desarrollo.

Tras conceder un plazo hasta el 16 de febrero de 2012 a diversas empresas que habían concurrido a la licitación para que subsanasen las deficiencias observadas por la mesa de contratación en la documentación general contenida en el sobre número 1, la mesa acordó excluir del procedimiento a la UTE pendiente de constituir formada por ECISA, Compañía General de Construcciones, S.A - Hispana de Instalaciones, S.A, Ingenieros Industriales, lo que le comunicó mediante fax remitido el 13 de febrero.

Tercero. D. V.G.M en representación de ECISA Compañía General de Construcciones, S.A. y de la UTE ECISA, CIA General de Construcciones, S.A.- Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, interpuso, previo el correspondiente anuncio al órgano de contratación, recurso especial contra dicho acuerdo de la mesa. En el escrito de recurso, tras exponer lo que estima conveniente en derecho, solicita del Tribunal la anulación del citado acuerdo por el que se le excluye de la licitación, que se ordene la admisión y valoración de la proposición presentada por la UTE, así como que se acuerde la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación hasta la resolución del Recurso.

Cuarto. El órgano de contratación remitió al Tribunal copia del expediente de contratación junto con el correspondiente informe al recurso interpuesto por la UTE.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiéndolo hecho la mercantil Genera Quatro, S.L. mediante escrito con registro de entrada en el Tribunal el 21 de marzo de 2012.

Sexto. En su reunión de 21 de marzo de 2011, el Tribunal acordó conceder la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, lo que notificó tanto al órgano de contratación como a la propia UTE recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de uno de los licitadores excluido del procedimiento (artículo 42 del TRLCSP) y se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Corresponde a este Tribunal la

competencia para resolverlo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41 del citado texto legal.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto de trámite que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del citado Texto Refundido, resulta susceptible de recurso en esta vía ya que la exclusión de la recurrente le imposibilita continuar el procedimiento de contratación que se está desarrollando.

Tercero. La notificación remitida el 13 de febrero por la mesa de contratación al representante de la UTE para la subsanación de defectos u omisiones en la documentación contenida en el sobre número 1 señalaba lo siguiente:

“.....se han observado los siguientes defectos en la presentación de la documentación, en relación con el apartado 18 de la hoja resumen pliego de cláusulas administrativas particulares:

- Original o copia compulsada correctamente de la Clasificación exigida (Grupo O) de la empresa Hispana de Instalaciones S.A.
- Declaración responsable de que la Clasificación exigida no presenta variación en la clasificación emitida por el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de la empresa Hispana de Instalaciones S.A.
- Original o copia compulsada del D.N.I. representante legal de la empresa Ecisa, Compañía General de Construcciones. S.A.
- Original o copia compulsada del poder bastante del representante legal de la empresa Ecisa, Compañía General de Construcciones. S.A.”

A su vez, una vez analizada la documentación de subsanación presentada en el plazo de los tres días hábiles concedidos al efecto, la mesa de contratación notificó a la UTE ahora recurrente el día 20 de febrero de 2012 su exclusión del procedimiento, y lo hizo en los siguientes términos:

“.....Se ha observado que la documentación presentada por su empresa a requerimiento de la subsanación enviada el pasado día 13 de febrero, no corresponde con lo solidado,

al no haber presentado original o copia compulsada correctamente, de la Clasificación exigida (Grupo O) de la empresa Hispana de Instalaciones, S.A.

Por consiguiente, les comunicamos que dicha proposición no ha sido admitida por la Mesa de Contratación, quedando excluidos del procedimiento abierto nº 12/2012, según lo dispuesto tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares como el artículo 52 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

"Artículo 52. 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 la 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."

Así pues, la mesa de contratación consideró, con base en el artículo 52 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que los documentos aportados por la UTE para la subsanación de defectos u omisiones no acreditaban la clasificación necesaria de Hispana de Instalaciones S.A., Ingenieros Industriales, por lo que acordó la exclusión del procedimiento de la UTE ahora recurrente, de la que formaba parte dicha empresa. La exclusión fue notificada a la UTE mediante fax remitido el 20 de febrero de 2012 y contra la misma interpuso la UTE el presente recurso especial.

El representante de la UTE manifiesta en el escrito de recurso que el acuerdo exclusión adoptado por la mesa es contrario a las previsiones del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen la presente licitación para las empresas que

concurrir agrupadas en una unión temporal, y a las contenidas en el artículo 52.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en materia de clasificación para las uniones temporales de empresas, así como a la doctrina jurisprudencial en la materia. Cita asimismo, en apoyo de sus planteamientos, informes 22/1996 y 46/2002 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En opinión de la recurrente, no es necesario que las dos empresas que concurren en UTE a la presente licitación estén clasificadas en el grupo O subgrupo 1, sino que basta con que una de ellas cumpla esa exigencia siempre que la otra tenga clasificación como empresa de servicios. Y dado que ECISA, Cia. General de Construcciones, S.A. tiene la clasificación exigida por el pliego e Hispana de Instalaciones S.A., Ingenieros Industriales tiene clasificación como empresa de servicios, la UTE formada por ambas empresas cumple con el requisito de clasificación exigido en la licitación.

El órgano de contratación, por el contrario, reitera en el informe al recurso que estamos analizando, los planteamientos en que se fundamentó la decisión de la mesa de contratación cuando acordó la exclusión de la UTE del procedimiento de licitación, en el sentido de considerar que hace falta que todas las empresas que se presenten en UTE estén clasificadas en el mismo grupo y categoría exigidos para concurrir a la licitación de referencia.

Por su parte, la empresa GENERA Quatro, S.L., apoya la forma de actuar de la mesa de contratación al excluir a la UTE por no disponer una de sus empresas de la clasificación en el grupo requerido en el pliego, pero plantea además como punto primero de su escrito de alegaciones que la oferta de la UTE debe quedar excluida de la licitación porque fue presentada, según esta empresa, un día después del límite fijado en el anuncio publicado en el BOE en cuyo apartado 8 b) se indicaba como modalidad de presentación de ofertas la “manual”. La citada empresa interpreta que no cabía aplicar en la presente licitación lo previsto sobre presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni ningún otro procedimiento que no fuera “manual” y en el lugar y fecha establecido en el anuncio. Argumenta por último GENERA Quatro que no es aplicable a la licitación impugnada la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público en cuyos artículos 311, 312 y

314 fundamenta la recurrente la presentación de su escrito de recurso, sino el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Y solicita, con base en dichos argumentos, la desestimación del recurso.

Cuarto. La cuestión de fondo radica, por tanto, en dilucidar si para acudir a una licitación es exigible que todas las empresas que concurren a través de una Unión Temporal de Empresas (UTE) posean la clasificación en el grupo, subgrupo y categoría exigidos en los pliegos, o si es posible que alguna de dichas empresas no reúna ese requisito.

En este sentido, el artículo 67.5 del TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, establece que *“A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados en el caso del artículo 59, 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 o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea en el apartado 4 del artículo 59”*. Por su parte, el artículo 52 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula el régimen de la acumulación de las clasificaciones en las uniones temporales de empresas y, tras determinar que será requisito básico que todas las empresas que concurren a la licitación de un contrato hayan obtenido previamente clasificación como empresas de obras o como empresas de servicios en función del tipo de contrato, establece en su apartado 2 que *“Cuando para una licitación se exija clasificación en un determinado subgrupo y un integrante de la unión temporal esté clasificado en dicho subgrupo con categoría igual o superior a la pedida, la unión temporal alcanzará la clasificación exigida.”*

En el caso que nos ocupa, las empresas ECISA, Compañía General de Construcciones, S.A. e Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, presentaron, entre la documentación administrativa, el compromiso de formalización de Unión Temporal de Empresarios en caso de resultar adjudicatarias del contrato que nos ocupa, con una

participación de cada una del 50%, y otorgaron a ECISA Compañía General de Construcciones, S.A., la plena representación de la UTE ante la Administración.

Respecto a la clasificación requerida para concurrir al contrato convocado por el FOGASA, la empresa ECISA Compañía General de Construcciones, S.A. acreditó hallarse clasificada en el grupo O, subgrupos 01, 02, 03, 04, 05 y 06, en categorías que van de la A a la D; y en el grupo P, subgrupos 01, 02 y 03, en todos ellos con categoría A. Concretamente para el grupo O “Servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles”, subgrupo 01 “Conservación y mantenimiento de edificios” que son los exigidos por el pliego de la presente licitación, ECISA se encuentra clasificada con la categoría B, superior a la exigida por el pliego.

Por lo que se refiere a HISPANA de Instalaciones S.A., Ingenieros Industriales, en la documentación remitida al Tribunal consta acreditación de que se encuentra clasificada como empresa de servicios, en el grupo P “Servicios de mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones”, subgrupo 03 “Mantenimiento y reparación de equipos e instalaciones de calefacción y aire acondicionado”, categoría C.

Es cierto, como señala la mesa de contratación, que la empresa Hispana de Instalaciones S.A., Ingenieros Industriales, no se encuentra clasificada en el grupo y subgrupo exigidos en el pliego para participar en la presente licitación, pero no es menos cierto que se encuentra clasificada como empresa de servicios en el grupo P, subgrupo 03, categoría C, y la única exigencia de la Ley para poder proceder a la acumulación de las clasificaciones de las empresas que concurren en UTE es que todas ellas se hallen clasificadas como empresas, en este caso de servicios, requisito que se cumple en el supuesto que nos ocupa.

Hay que concluir por tanto que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, resulta claro que la UTE dispone de la clasificación requerida para participar en la licitación.

Tal como señala la UTE recurrente, distintos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa avalan dicha interpretación de la normativa de contratación.

Cabe citar por la similitud con el caso que nos ocupa los informes 46/02, de 28 de febrero de 2003 y 2/2004, de 12 de marzo de 2004. En el primero de dichos Informes, la Junta Consultiva señala, entre otras cuestiones “que en la clasificación para contratos de obras o de servicios las empresas integrantes de una unión temporal han de estar clasificadas necesariamente como contratistas de obras o de servicios, respectivamente, pero no en los mismos grupos y subgrupos exigidos”. En el informe 2/2004, por su parte, se afirma textualmente que “en las uniones temporales de empresarios, cuando una de las empresas que concurren en la unión ostenta la clasificación en el subgrupo exigido con categoría igual o superior a la pedida, la unión temporal alcanza directamente dicha clasificación con independencia del porcentaje que dicha empresa tenga en la unión”.

Por todo ello, hay que concluir que la UTE pendiente de constituir formada por las empresas ECISA, Compañía General de Construcciones, S.A. e Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, sí que disponen de la clasificación necesaria para concurrir a la licitación ahora impugnada, por lo que su proposición no debió ser excluida. En este mismo sentido se ha manifestado este Tribunal en resoluciones anteriores, entre las que cabe citar las 158/2011 y 206/2011.

Quinto. Respecto a las alegaciones formuladas por la empresa GENERA Quatro, S.L. cabe añadir a lo hasta aquí expuesto que no es posible admitir el planteamiento de esta empresa en relación con la forma de envío y la consiguiente extemporaneidad en la presentación de la oferta por parte de la ahora recurrente, ya que es ésta una cuestión no planteada en el recurso interpuesto por la UTE ni formulada por el órgano de contratación. Nada impediría que GENERA Quatro, S.L. interpusiese recurso con base en el motivo ahora alegado, si ello conviniese a su derecho, pero un escrito de alegaciones frente a un determinado recurso no puede ser utilizado para interponer, a su vez, otro recurso con base en hechos diferentes de los planteados en aquel y sin cumplir los requisitos formales y de procedimiento legalmente exigidos para tal actuación. Hay que tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 47.2 del TRLCSP la resolución del recurso “será congruente con la petición”, debiendo decidir motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En el recurso interpuesto por la UTE ECISA Compañía General de Construcciones, S.A.- Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, no se plantea cuestión alguna relativa a la forma de presentación de las

proposiciones por parte de los licitadores, ni ha habido cuestionamiento alguno en tal sentido por parte de la mesa o del órgano de contratación a lo largo de proceso ahora impugnado, por lo que no tiene objeto el análisis y pronunciamiento sobre tal alegación formulada por GENERA Quatro. En cualquier caso, el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aplicable a la licitación ahora impugnada, regula en sus apartados segundo, tercero y cuarto los lugares y forma en que podrán presentarse los sobres con las proposiciones de los licitadores, sin que quepa deducir de la documentación del expediente remitida al Tribunal, que la ahora recurrente haya incumplido precepto alguno al respecto.

Y en relación con la normativa aplicable a la licitación ahora impugnada y al recurso interpuesto, es cierto, como afirma GENERA Quatro, S.L., que es el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, el texto legal de aplicación en el que debe fundamentarse el citado recurso, pero conviene recordar que, como ha señalado el Tribunal en reiteradas Resoluciones previas, el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter (artículo 110.2 de la Ley 30/1992). En el caso que nos ocupa, incluso es correcta la calificación del recurso efectuada por el recurrente, si bien cita como fundamento jurídico distintos artículos de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en lugar de referirse al Texto Refundido que ha venido a derogar y sustituir a dicho texto legal. Entiende este Tribunal que esta cuestión alegada por GENERA Quatro no constituye motivo alguno de inadmisión del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. V.G.M en representación de ECISA Compañía General de Construcciones, S.A. y de la UTE ECISA, Compañía General de Construcciones, S.A.- Hispana de Instalaciones, S.A., Ingenieros Industriales, contra la exclusión de la citada UTE de la licitación convocada por el Fondo de Garantía Salarial

(FOGASA) para la contratación del Servicio de Mantenimiento Integral del edificio de la Secretaría General sito en la calle Sagasta 10 de Madrid, anulando el acuerdo de exclusión de la citada UTE y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento previo a aquél en que se produjo tal exclusión.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada por el Tribunal el 21 de marzo de 2012.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.