EB 2018/054

Resolución 076/2018, de 11 de junio de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Colectivo Focus6 contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicio de comunicación para Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A." (lote 1), tramitado por Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de mayo de 2018, la Unión Temporal de Empresas Colectivo Focus6 (en adelante, Focus6) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicio de comunicación para Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A." (lote 1), tramitado por Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A. (en adelante, STTZ).

SEGUNDO: El recurso fue trasladado al poder adjudicador el mismo día 8 de mayo y el expediente se recibió el día 10 de mayo. Por lo que se refiere al informe establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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), entre la documentación aportada por STZZ consta el informe jurídico de 17 de abril, que fundamenta el acto impugnado y que el poder adjudicador parece considerar como su respuesta al recurso.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 17 de mayo, el día 23 de mayo se recibieron las alegaciones de la empresa COMUNICACIÓN INTERACTIVA ADIMEDIA, S.L., adjudicataria impugnada (en adelante, ADIMEDIA).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, "Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato." La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de Gipuzkoa de 30 de enero de 2018, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que "En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor." El acto impugnado se dictó el día 19 de abril de 2018, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 y siguientes de la LCSP.

SEGUNDO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de D. M.F.S.R., que actúa en su nombre.

TERCERO: El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

CUARTO: El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, STTZ tiene la condición de poder adjudicador aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SÉPTIMO: Los motivos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La resolución de adjudicación impugnada entiende que la recurrente ha retirado su oferta, afirmación que no se comparte. Focus6 presentó, a requerimiento del poder adjudicador, la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP); en el documento privado entregado al presentar las ofertas que contenía el compromiso de constituirse en Unión Temporal de Empresas (UTE) en el caso de resultar adjudicatario figura la persona física C.E.V. como tal persona física, pero en la escritura de constitución de la UTE consta como administrador solidario de la mercantil "Ando Diseñando, S.L.". En esta discrepancia se basa STZZ para no aceptar la facturación emitida por C.E.V. en el momento de acreditar la solvencia económica y financiera.

b) Se da la circunstancia de que C.E.V. es el único empleado de "Ando Diseñando" y, a efectos prácticos, la denominación de la persona física es sinónima de la denominación de la empresa mercantil, de ahí que al firmar el compromiso de constitución en UTE firme como persona física.

c) STZZ hace una interpretación demasiado estricta para no aceptar la facturación emitida por “Ando Diseñando” durante los ejercicios 2016 y 2017, lo que hace que Focus6 no alcance la solvencia exigida.

d) Finalmente, se solicita que se acepte la facturación emitida por “Ando Diseñando, S.L.” durante los ejercicios de 2016 y 2017 para que pueda resolverse de una manera definitiva el proceso de contratación a la recurrente.

OCTAVO: Las alegaciones de ADIMEDIA para oponerse al recurso son las que a continuación se resumen:

a) La recurrente ha modificado su oferta y procede su exclusión, pues presentó una proposición en la que todos los miembros de la UTE eran personas físicas (incluso detallando las funciones de cada una de ellas); pretender acreditar la solvencia de uno de ellos con una persona jurídica ajena a la licitación no es aceptable.

b) La resolución impugnada señala también (y el recurso no se opone a este reproche) la falta de acreditación de la solvencia económica requerida, pues la presentada no se refiere a los “negocios en el ámbito al que se refiera el contrato”, como piden los pliegos.

NOVENO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando lo siguiente:

a) El documento privado de compromiso de constitución en UTE fue suscrito por cinco personas físicas, sin que conste que ninguna de ellas actuara en nombre de tercero; asimismo, las declaraciones responsables de dichas personas se suscribieron en nombre propio. En cambio, la UTE ya constituida no se corresponde con lo anterior porque incluye una nueva persona jurídica (Ando Diseñando) y no la integra C.E.V.

b) Aunque el desistimiento de uno de los miembros de la UTE previstos no es, en principio, obstáculo para adjudicar a los restantes componentes siempre que no se modifique la proposición, éstos deben ostentar la solvencia exigible; en este caso, para computar dicha solvencia no cabe sumar la de Ando Diseñando porque ello supondría modificar la oferta sobrevenidamente y desconocer la diferencia entre las sociedades mercantiles y las personas físicas y la razón por la que las primeras se crean. Además, los servicios de formación prestados por dos de los integrantes de la UTE (P.M.A. y A.S.) no podían considerarse por no estar incluidos en el ámbito al que se refiere el lote 1 del contrato (Asesoramiento y estrategia en comunicación, Creatividad y comunicación directa mediante medios digitales); análoga consideración merecen los servicios acreditados por M.F.S, que se corresponden con el lote 2 del mismo expediente. Consecuentemente, debe entenderse que Focus6 ha retirado su oferta y requerir la correspondiente documentación al siguiente clasificado.

DÉCIMO: La pretensión del recurso consiste en que se considere como solvencia aportada por uno de los componentes de la UTE el listado de servicios prestados por una entidad que no es uno de los suscriptores del compromiso de constitución al que se refiere el artículo 59.2 del TRLCSP. Esta petición debe desestimarse. Es posible, en abstracto, que un miembro de una UTE aluda a la solvencia de entidades distintas de él para acreditar la que aporta a la Unión, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios (artículo 63 del TRLCSP, la denominada “integración de la solvencia”); sin embargo, en este caso, en la declaración responsable (modelo del Anexo II) de C.E.V., en la que se declara cumplir todos los requisitos de solvencia exigidos en los pliegos, no se hace mención alguna a esta opción, a pesar de que el modelo dispone de un espacio expresamente destinado a manifestarla, incluyendo el nombre de la empresa cuya solvencia va a integrarse con la propia. Como ya ha señalado este Órgano (Resolución 54/2018, referido en concreto al Documento Europeo Único de Contratación), no cabe acreditar la solvencia de un modo distinto al que se señaló en la declaración responsable; ello sería contrario a la misma

esencia de este documento, que es probar preliminarmente que, en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas, ya se satisfacían los requisitos de admisión exigibles y se estaba en disposición de probarlo en cualquier momento procedimental en que se le exigiese, precisamente en los términos expresados en la declaración. En el mismo sentido, el artículo 69.4 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, de aplicación supletoria a los procedimientos regulados en el TRLCSP (ver su Disposición Final tercera), dispone que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato que se incorpore a una declaración responsable determinará, entre otras consecuencias, la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho; la sustitución de la declaración inicial de no integración de la solvencia por una posterior en sentido contrario, ha de entenderse como de carácter esencial, ya que afecta a una de las condiciones personales del licitador imprescindibles para acceder al contrato (art. 32.b) TRLCSP).

Finalmente, debe señalarse que no es admisible el argumento de que, materialmente y a la vista de sus vínculos, C.E.V. y Ando Diseñando son la misma persona, de modo que los servicios de esta última son atribuibles a la primera; como bien indica el poder adjudicador, entender tal cosa supondría desconocer que las sociedades mercantiles se crean precisamente para distinguir la responsabilidad de los actos que les son atribuibles de la de las personas físicas que ocupan cargos orgánicos en ellas o tienen la titularidad de su capital social.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas Colectivo Focus6 contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicio de comunicación para Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A." (lote 1), tramitado por Servicios de Txingudi – Txingudiko Zerbitzuak, S.A.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko ekainaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de junio de 2018