

Recurso 50/2024
Resolución 60/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **HORMIGONES ASFÁLTICOS ANDALUCES, S.A.**, y **ROVER RAIL, S.A.**, contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2023 por la que se las excluye del procedimiento de contratación denominado “Contrato de obra civil y superestructura de la prolongación sur del metropolitano de Granada. Tramo Armilla-Churriana de la Vega Granada” (Expte. CONTR/2022/1243266), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de diciembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, indicado en el encabezamiento, el valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 36.343.820,23 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación acuerda la exclusión de dichas entidades, que habría sido acordada por la mesa el día 29 de diciembre de 2023, publicado el día 22 de enero de 2024.

SEGUNDO. El 2 de febrero de 2024, las entidades recurrentes interpone en el Registro Electrónico General de la Junta de Andalucía, recurso especial en materia de contratación contra la citada exclusión.

La Secretaría del Tribunal, el día siguiente dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que ha sido recibida en este Tribunal con fecha 7 de febrero de 2024, entre ellos el informe al recurso especial.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles al resto licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas. Las entidades Azvi, S. A., Dragados, S. A. y Martín Casillas, S.L.U, presentan escrito de alegaciones común el 14 de febrero de 2024, al haberse presentado con compromiso de constitución en UTE.

En el escrito de recurso presentado se solicita la medida cautelar por la entidad recurrente. El 9 de febrero de 2024, se dictó la medida cautelar 17/2024, suspendiendo el procedimiento de contratación.

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.

Ostentan legitimación las entidades recurrentes presentadas con compromiso de constitución en UTE, para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión, de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido 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 según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por NEXT (MRR- NextGenerationEU) con una tasa de cofinanciación del 100 por ciento, 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 50.2 del Real Decreto- ley 36/2020, y 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. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

La razón de la exclusión se encuentra en la falta de la solvencia, requerida como suficiente en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

La resolución recurrida y su informe de motivación explican que la declaración responsable ajustada al formulario del Documento Europeo Único de contratación (DEUC) presentada por las dos entidades recurrentes se manifestaba cumplir con todos los criterios de selección de la parte IV del DEUC, de acuerdo con la cláusula 9.2.1. del PCAP en relación con lo especificado en el Anexo 1-apartado 6.

Comprobado el expediente de contratación, ambas entidades ahora recurrentes indicaban en la pregunta del apartado c) “Indique las referencias en las que se basa la inscripción o certificación de la Sección A de la Parte II, Información sobre el operador económico de sus respectivos DEUC la clasificación obtenida (grupo, subgrupo y categoría)”, con "NO" a la pregunta del apartado d) “¿Abarca la inscripción o certificación todos los criterios de selección exigidos?”.

Ambos miembros de la UTE manifestaron cumplir globalmente con todos los criterios de selección de la parte IV del DEUC. Las clasificaciones se indicaron por los miembros de la UTE en la Sección A de la Parte II, Información sobre el operador económico de los DEUC.

Asimismo, se aportó la declaración de compromiso de constitución en unión temporal suscrita por los dos miembros de la UTE, confeccionada conforme al Anexo VIII del PCAP, en la que indicaban, conforme a lo expresado por cada uno de ellos en su respectivo DEUC, que la participación en la UTE de cada uno de los miembros era del 50%.

Tras la tramitación del procedimiento y aplicación de los criterios de adjudicación previstos en el PCAP, el 29 de noviembre de 2023 la mesa de contratación eleva al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del contrato a la persona licitadora con mayor puntuación global, es decir, a la UTE que conformarían las dos entidades recurrentes. Tras otorgarse los diez días a efectos de la acreditación de los requisitos previos a la adjudicación, conforme al artículo 150.2 LCSP, la mesa de contratación el 29 de diciembre de 2023 excluye a las dos entidades recurrentes que se habían presentado con compromiso de ejecutar el contrato en UTE, debido a que no cumplía con la solvencia técnica y profesional exigida en la cláusula 10.7. letra c) del PCAP que rige la licitación de este contrato.

El acta de 29 de diciembre de 2023 señalaba:

"En relación con [a cláusula 10.7.2 letra c), Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, y el Anexo I punto 4. letra A Clasificación obligatoria: Grupo D, Subgrupo 1, Categoría 6, del PCAP, según se manifiesta en el informe sobre la solvencia técnica emitido con fecha 29 de diciembre de 2023 por el Comité Técnica se presentan los certificados de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público de cada una de las empresas miembros de la UTE:



- A84098219-ROVER RAIL S A, con fecha de emisión 2020-12-17, incluyendo, entre otras, la clasificación: Grupo D - FERROCARRILES, Subgrupo 01, Categoría 6, correspondiente a la clasificación requerido en el PCAP.

- A18036509-HORMIGONES ASFÁLTICOS ANDALUCES, S.L., con fecha de emisión de 26 de abril de 2016, incluyendo, entre otras, (la clasificación: Grupo A - MOVIMIENTO DE TIERRAS Y PERFORACIONES, B - PUENTES, VIADUCTOS Y GRANDES ESTRUCTURAS E - HIDRÁULICAS, G - VIALES Y PISTAS. - INSTALACIONES ELÉCTRICAS)".

Es decir, se comprobaba que conforme la declaración de compromiso de constitución en unión temporal suscrita por los dos miembros de la UTE, que indicaba expresamente la participación en la unión temporal de cada uno de los miembros al 50%, que ninguno de ellos no lo rebasaba. Por ello fue excluida.

1. Alegaciones de la recurrente.

Por un lado, considera que dicha argumentación es contraria al régimen de acumulación de las clasificaciones en las uniones temporales de empresas establecido en los citados 69.6 LCSP, 24.1 y 52 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), así como a la jurisprudencia y doctrina. Asimismo, los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en concreto los informes 38/2016 y 26/2012, resumiendo la doctrina de la siguiente forma:

“Como regla general, la solvencia de las entidades que componen una UTE se obtiene mediante la adición de las características acreditadas para cada uno de los integrantes de esta (artículo 24.1 del RGLCAP), y la RTACRC 1029/2020. Para que una UTE sea admitida a una licitación en la que se requiera una determinada clasificación resulta un requisito ineludible el que todas las empresas que concurren en la agrupación estén previamente clasificadas, sin que pueda admitirse que una de las empresas agrupadas carezca de tal clasificación. Todo ello sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea. (RTACRC 867/2016).

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

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

- La única excepción a las anteriores reglas tiene lugar cuando uno de los miembros de la UTE, por sí sólo, alcance la clasificación requerida, supuesto en el que el artículo 52 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que “la unión temporal alcanzará la clasificación exigida”. Ocurre en este caso que la acumulación es completamente innecesaria y, en consecuencia, no es imprescindible que las dos empresas estén clasificadas, requisito éste que sólo es necesario para proceder a la acumulación de clasificaciones y que no impide que la responsabilidad solidaria de los miembros de la UTE se pueda hacer efectiva sobre quien cumple, por sí sólo, las condiciones de clasificación requeridas”.

Alude a la Sentencia del Tribunal Supremo 886/2021, de 21 de junio (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera) y a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC (Resolución 34/2021, recurso 1098/2020, de 8 de enero de 2021.



Estima que el criterio general es el de la acumulación. Es decir, entiende que “la exigencia recogida en la citada cláusula 10.7.2 letra c), del PCAP que nos ocupa, referida a que deberán estar clasificadas individualmente al menos en uno de los grupos exigidos un número de empresas que representen más del 50 % de participación en la unión temporal, debe ser interpretada -para evitar su nulidad- conforme con el desarrollo reglamentario contenido en los citados artículos 24 y 52 del Reglamento de la Ley de Contratos, interpretación que debe llevar a considerar que, como en el caso que nos ocupa, si una de las empresas integrantes de la UTE tiene la clasificación por sí sola para contratar en un determinado subgrupo con categoría igual o superior a la pedida, disponiendo además la otra empresa integrante de la clasificación para el contrato de obras, la unión temporal alcanzará la clasificación exigida”.

Apela a un dictamen pericial aportado, y que ha sido elaborado por un ingeniero de caminos. Con cita al mismo se viene a argumentar que “la clasificación D-1-6 exigida para el tendido de vías de ferrocarril solo guarda relación con el capítulo de superestructura de vía que supone un 24,32% del total del presupuesto contratado, siendo el resto de las partidas (75,68% del presupuesto) de obra civil. Si la empresa ROVER RAIL hubiese licitado en solitario su solvencia de acuerdo con el PCAP habría sido indiscutible, por lo que no tiene ninguna lógica que la incorporación de una empresa local de obra civil reste solvencia al licitador, cuando la exigencia de la empresa ROVER RAIL sólo es necesaria para ejecutar el 24,32% de la obra”.

Subsidiariamente expresa que “cabría admitir una impugnación indirecta (...) confiada en una interpretación razonable de dicha cláusula, conforme se ha hecho en licitaciones anteriores, se encuentra sorpresivamente que en el presente caso dicha interpretación no se lleva cabo, convirtiendo desde ese momento la cuestionada cláusula en una disposición nula de pleno derecho en la medida en que contradice frontalmente un prescripción normativa de rango superior y de tipo imperativo, cual es la contenida en los artículos 24.1 y 52 del RGLCAP que ordenan, sin posibilidad de matiz o cambio a voluntad del órgano de contratación, que en caso de UTEs se acumularán las características de las distintas empresas que la integran a efectos de determinar la solvencia y clasificación”.

(...)

“Parece evidente por tanto que el criterio a seguir de modo imperativo es el de acumulación, máxime cuando se fomenta la libre competencia y la participación de empresas en los concursos públicos. Imponer, como hace la cláusula 10.7.2 letra c), un porcentaje de participación superior al 50% para una empresa clasificada individualmente supone una exigencia contraria al principio de acumulación establecido en la normativa, exigencia que además supone condiciones mucho más restrictivas que las indicadas en la normativa que regula la materia”.

Además, por último, apela a que como último remedio se le debió permitir la subsanación, a fin de cambiar la proporción de participación en la UTE, con arreglo a los artículos 141.2 y 326.2 a) LCSP. Estima que ello era posible sobre la base del artículo 68.9 LCSP, dado que el porcentaje de participación en la UTE que debe indicarse en la oferta es modificable antes de la formalización del contrato, pues “ni siquiera se exige autorización del órgano de contratación para proceder a esta modificación. Es más, la modificación del porcentaje de participación en la UTE durante la ejecución del contrato tampoco exige autorización del órgano de contratación, ya que tal autorización previa y expresa sólo es exigible, conforme al artículo 69.9.b) LCSP, “cuando la modificación de la composición de la unión temporal suponga el aumento del número de empresas, la disminución del mismo, o la sustitución de una o varias por otra u otras”, lo que no ocurre cuando las empresas unidas continúan siendo las mismas y tan sólo se modifica el porcentaje de participación”.

2. Alegaciones del órgano de contratación.



El informe al recurso especial emitido por el órgano de contratación al respecto, al citar los antecedentes, con respecto a la declaración de compromiso de constitución en UTE, señala que ya fue objeto de subsanación pues no era conforme a lo establecido en la cláusula 9.2.1.h del PCAP, pues dicha declaración no podía ser admitida ya que la declaración no estaba firmada debidamente. Es decir, justifica en este caso que ya se requirió una subsanación de dicha declaración, al no estar firmada, siendo concedido un plazo de tres días naturales. Esta solicitud de subsanación se llevó a cabo por el órgano de contratación tras el examen y calificación de los documentos aportados por los licitadores en el sobre nº 1. La mesa acordó requerir a tres licitadores (entre ellos, las entidades recurrentes) para que subsanaran alguna documentación o datos que habían aportado. En concreto, el 22 de septiembre de 2023 se envió un requerimiento a las recurrentes en el que se le manifestaba que no se aportó la declaración de compromiso en UTE debidamente firmada. Esto fue subsanado, pero es que además, volvía de nuevo a confirmar el porcentaje de participación de cada una de las empresas que concurrían bajo ese compromiso de constitución en unión temporal, del cincuenta por ciento cada una.

El 27 de septiembre de 2023, la mesa en una nueva reunión, confirma que las entidades a las que se solicitó subsanación lo habían hecho correctamente aparentemente pues eran libre de determinar el grado de participación. Señala que es tras la propuesta de adjudicación, cuando el día 29 de diciembre de 2023, la mesa se reúne de nuevo a efectos de analizar la documentación previa a la adjudicación ex art. 150.2 de la LCSP y acuerda su exclusión, pues no cumple con la solvencia técnica y profesional exigida en la cláusula 10,7. letra c) del PCAP.

Por otro lado, contestando a la cuestión relativa a la impugnación indirecta de los pliegos por nulidad, alega que no es causa de nulidad por las razones que constan en el informe, añadiendo que el "pliego es ley del contrato", es decir, que la presentación de la oferta por parte del licitador supone la aceptación incondicionada de los pliegos que vinculan por igual a todas las partes. En este sentido, en cuanto a la vulneración de la regla general de acumulación de los requisitos de solvencia para entidades que se presentan con compromiso de constitución en UTE, expresa que el pliego es contrario a los artículos 69.6 de la LCSP y 24.1 y 52 del RGLCAP, señala concretamente que *"el PCAP, que tiene la vinculación de ley entre las partes, en el apartado 4 del Anexo 1, y de acuerdo con lo establecido en la cláusula 6 del mismo, determinó como requisito de solvencia técnica y profesional de la persona licitadora, la clasificación en el grupo D, subgrupo 1, categoría 6, en el que únicamente se encontraba clasificada la empresa ROVER RAIL S A"*. En relación con la cláusula 6, centra en ella la cuestión discutida, es decir, cuando en la licitación se exige uno o varios grupos de clasificación, se exige en el PCAP que estas deberán estar clasificadas individualmente *"al menos en uno de los grupos exigidos un número de empresas que representen más del 50% de participación en la unión temporal"*. Afirma que tal cláusula no es contraria ni vulnera en modo alguno el criterio general de acumulación de la solvencia entre los miembros de una UTE, sino que sólo lo eleva ligeramente, señalando que el pliego fue recomendado por la Comisión Consultiva y que el pliego pasó el informe jurídico correspondiente. Entiende en cualquier caso que el pliego estaría consentido.

En cuanto a la posibilidad de haber solicitado una subsanación de la declaración de compromiso de UTE a la persona licitadora que desde el momento en que presentó su oferta no cumplía con el requisito de la clasificación, señala que no cabe subsanar las carencias probatorias de documentos formalmente correctos.

Por todo ello solicita que sea desestimado el recurso.

3. Alegaciones de los interesados.



Las entidades Azvi, S. A., Dragados, S. A. y Martín Casillas, S.L.U, presentan escrito de alegaciones común, al haberse presentado con compromiso de constitución en UTE, oponiéndose al recurso especial por las razones que constan en las actuaciones. Las razones de su oposición son que no cumplía en la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas, con el requisito de solvencia técnica. Asimismo, por entender que no es subsanable el requisito de solvencia, dado que decidió libre y voluntariamente el porcentaje de participación de cada miembro en la UTE. Por otro lado, por estimar que el PCAP constituye lex contractus, de tal modo que no se cumplen los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para plantear una impugnación indirecta de la cláusula controvertida.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre el contenido del PCAP: pretendida nulidad de la cláusula que exige un porcentaje mínimo de entidades licitadoras que concurren en UTE que estén clasificadas.

Como aproximación podemos comenzar haciendo referencia a que la regulación de las UTE si bien a efectos fiscales se encuentra en la Ley 18/1992, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, en la legislación de contratos la podemos observar en el artículo 69 de la LCSP y en el art. 24 RGLCAP. En este último artículo se expresa que *“en las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”*.

Es preciso recordar, algunas características de las UTE, las cuales deben ser tenidas en cuenta a efectos de resolver el presente recurso especial. La constitución de la UTE tiene carácter voluntario, es decir, no es preciso para acudir a la contratación pública. Con su constitución no se adquiere personalidad jurídica, sino que, se le dota de capacidad de obrar para contratar con la Administración, de tal modo que su duración está vinculada a las uniones de empresarios que contraten con la Administración, esto es, idéntica a la duración del propio contrato. Por último, entre las entidades que la conforman rige la responsabilidad solidaria entre ellas.

A efectos de participación en un procedimiento de licitación es suficiente para ser eficaz ante la Administración en la fase previa a la adjudicación que los integrantes de la unión de empresarios cumplan el art. 24.2 RGLCAP, es decir, indicar el nombre y circunstancias de los constituyentes, la participación de cada uno de ellos y que asuman el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal, en caso de resultar adjudicatarios. Ahora bien, habrá de constituirse en escritura pública una vez adjudicado el contrato y previamente a la formalización (en documento administrativo o escritura pública) de éste. Basta para ello el nombramiento de un representante único. Una de las principales ventajas es la posibilidad de la acumulación de la solvencia técnica o profesional y económica y financiera acreditada por cada una de las empresas integrantes de una UTE si ninguna de ellas acredita por sí misma la exigida en el PCAP, pero sí entre todas ellas, y si además alguna de ellas no acredita un mínimo de solvencia, sea ésta técnica, profesional o económica y financiera. El criterio general es el de la acumulación y así, aunque alguna de las empresas integrantes de la UTE no alcance las condiciones mínimas de solvencia técnica, económica y financiera exigidas en el pliego, deberá procederse a la acumulación de la solvencia de las empresas que forman la UTE, de forma que si su sumatorio o acumulación alcanza los niveles requeridos en el PCAP deberá entenderse que la UTE alcanza la solvencia exigida en el pliego.



En nuestro supuesto, se exige que, cuando son dos las entidades que conforman la UTE o más, al menos en uno de los grupos exigidos un determinado número de empresas clasificadas han de representar más del 50% de participación en la unión temporal (clasificación idónea y suficiente). Ante dicha exigencia se fundamenta el recurso, a la vista de la posibilidad de la ilegalidad de lo exigido. Es decir, la exigencia se entiende ahora contraria a la Ley por las entidades recurrentes.

El art. 74 LCSP establece respecto a la exigencia de solvencia que:

“1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo”.

El art.75 relativo a la integración de la solvencia con medios externos expresa que:

“1. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurren agrupados en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal. No obstante, con respecto a los criterios relativos a los títulos de estudios y profesionales que se indican en el artículo 90.1.e), o a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si estas van a ejecutar las obras o prestar servicios para los cuales son necesarias dichas capacidades.

2. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al poder adjudicador que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades. El compromiso a que se refiere el párrafo anterior se presentará por el licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 150, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 140.

3. Cuando una empresa recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicador podrá exigir formas de responsabilidad conjunta entre aquella entidad y las otras en la ejecución del contrato, incluso con carácter solidario.

4. En el caso de los contratos de obras, los contratos de servicios, o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el correspondiente pliego con indicación de los trabajos a los que se refiera”.

El art. 86 LCSP señala que:



“1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para un contrato se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo siguiente, para los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada el órgano de contratación, además de los documentos a los que se refiere el párrafo primero, podrá admitir de forma justificada otros medios de prueba de la solvencia distintos de los previstos en los artículos 87 a 91.

Cuando por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el órgano de contratación, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.

2. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional para la clasificación de empresas se acreditará mediante la aportación de los documentos reglamentariamente establecidos de entre los previstos en los artículos 87 a 91 de la presente Ley.

La clasificación del empresario acreditará su solvencia para la celebración de contratos del mismo tipo e importe que aquellos para los que se haya obtenido y para cuya celebración no se exija estar en posesión de la misma.

3. En los contratos de concesión de obras y concesiones de servicios en los que puedan identificarse sucesivas fases en su ejecución que requieran medios y capacidades distintas, los pliegos podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases.

En el caso de aquellos empresarios que, acogiéndose a la posibilidad prevista en el párrafo anterior, no acreditaran su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario”.

El art. 92 de la LCSP respecto de la concreción de los requisitos y criterios de solvencia expresa que:

“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos, en los que se concretarán las magnitudes, parámetros o ratios y los umbrales o rangos de valores que determinarán la admisión o exclusión de los licitadores o candidatos. En su ausencia serán de aplicación los establecidos en los artículos 87 a 90 para el tipo de contratos correspondiente, que tendrán igualmente carácter supletorio para los no concretados en los pliegos.

En todo caso, la clasificación del empresario en un determinado grupo o subgrupo se tendrá por prueba bastante de su solvencia para los contratos cuyo objeto esté incluido o se corresponda con el ámbito de actividades o trabajos de dicho grupo o subgrupo, y cuyo importe anual medio sea igual o inferior al correspondiente a su categoría de clasificación en el grupo o subgrupo. A tal efecto, en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos deberá indicarse el código o códigos del Vocabulario «Común de los Contratos Públicos» (CPV) correspondientes al objeto del contrato, los cuales determinarán el grupo o subgrupo de clasificación, si lo hubiera, en que se considera incluido el contrato.

Reglamentariamente podrá eximirse la exigencia de acreditación de la solvencia económica y financiera o de la solvencia técnica o profesional para los contratos cuyo importe no supere un determinado umbral”.

En cuanto a la UTE, la forma que ahora nos ocupa y en relación con la solvencia se señala expresamente en el art. 69 relativo a las uniones de empresarios lo siguiente: *“6. A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurren agrupados se atenderá, en la forma que*



reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el apartado 4 del presente artículo”. Es decir, el precepto deja abierto a posterior desarrollo reglamentario el régimen de acumulación, estableciendo como único requisito mínimo que las empresas agrupadas tengan la clasificación como empresas de obras. Sin perjuicio de dicho desarrollo reglamentario posterior, el precepto legal no parece oponerse a que los pliegos puedan incorporar algún requisito adicional a la acumulación de características de las empresas agrupadas, lo cual supone una interpretación conforme a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Directiva 2014/24.

La cláusula 6 del PCAP recoge la capacidad y solvencia de la persona licitadora para contratar, y en concreto en el apartado 1 su aptitud y capacidad señala:

“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 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 la cláusula 6.2 del PCAP se recoge (...) *“En las mismas condiciones, las personas empresarias que concurran agrupadas en las uniones temporales a que se refiere el artículo 69 de la LCSP, podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal. Cuando una empresa desee recurrir a las capacidades de otras entidades, demostrará al órgano de contratación que va a disponer de los recursos necesarios mediante la presentación a tal efecto del compromiso por escrito de dichas entidades, conforme a lo previsto en la cláusula 10.7. En el caso de las uniones temporales, tanto de personas físicas como jurídicas a los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de las personas empresarias que concurran agrupadas se atenderá a lo establecido en el artículo 69.6 de la LCSP.*

El órgano de contratación podrá exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por la propia persona licitadora o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el Anexo I-apartado 4 con indicación de los trabajos a los que se refiera.”

En la cláusula 9.2.1 del PCAP, respecto a la acreditación de los documentos previos, se expresa en relación a las Uniones temporales: *“Las personas empresarias que concurran 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 VIII, 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”.*



En la cláusula 10.7.2 c) respecto a los documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se expone en el apartado 1 que:

“Cuando sea exigible clasificación administrativa de acuerdo con la Ley, dicha circunstancia se hará constar en el Anexo I- apartado 4, indicándose el grupo o subgrupo y la categoría de clasificación del contrato, debiendo presentar la persona licitadora el certificado de clasificación administrativa exigido, expedido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado u órgano equivalente de una Comunidad Autónoma, acompañado de una declaración sobre su vigencia y de las circunstancias que sirvieron de base para la obtención de la misma.

La clasificación de las uniones temporales será la resultante de la acumulación de las clasificaciones de las empresas agrupadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 69.6 de la LCSP, así como en el artículo 52 del RGLCAP, y demás normas reguladoras de la clasificación de personas contratistas de obras. En todo caso para proceder a la acumulación todas habrán de haber obtenido previamente la clasificación como empresa de obras, sin perjuicio de lo previsto para empresas comunitarias y de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo conforme al artículo 69.5 del LCSP.

No obstante, lo anterior, si en la licitación se exigiese uno o varios grupos de clasificación, deberán estar clasificadas individualmente al menos en uno de los grupos exigidos un número de empresas que representen más del 50% de participación en la unión temporal”.

El Anexo I apartado 4 recoge la clasificación, señalando que es obligatoria, dado que el valor estimado del contrato es superior a 500.000 euros, exigiéndose el grupo D, subgrupo 1, categoría 6.

El Anexo VIII del PCAP recoge la declaración de compromiso de constitución en UTE, recogiendo la necesidad de que cada uno de los integrantes lo firme y asuma el tanto por ciento de participación en la UTE a los efectos de llevar a cabo la ejecución del contrato.

Una vez expuesta la regulación, y la forma de exigencia de la clasificación como solvencia, es cierto que la normativa sobre contratación pública, tiene entre sus fines el de favorecer la libre concurrencia y el fácil acceso al procedimiento de contratación pública; y en consonancia con ello, a fin de favorecer el acceso a la licitación de los contratos, se contemplan mecanismos por medio de los cuales las empresas puedan integrar o sumar sus capacidades o acudir a la utilización de medios ajenos a la propia empresa. No obstante, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de abril de 2016, en el asunto Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, apartado 39, respecto de las disposiciones de la Directiva 2004/18, no se oponen a que el ejercicio del derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de dicha Directiva se limite en circunstancias excepcionales.

Debemos partir de que en el asunto que se trata en el presente procedimiento no se establecen limitaciones a la acumulación de las capacidades entre entidades clasificadas que conforman una UTE, sino que nos encontramos ante una norma de mínimos de participación a los efectos de la acreditación de la solvencia exigida. Establecida esta en el PCAP para la correcta ejecución del contrato, que es que las empresas que están clasificadas participen en más de la mitad de la ejecución del contrato.

En este sentido el TJUE, en su sentencia de 10 de octubre de 2013 admitió la posibilidad de que el órgano administrativo de contratación rechace que el contrato de obra sea ejecutado por una UTE a pesar de que se acumule la solvencia: *“Ciertamente, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios*



operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate.”.

Asimismo, la referida sentencia menciona a partir del párrafo 39 que “*como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, las disposiciones de la Directiva 2004/18 no se oponen a que el ejercicio del derecho consagrado en los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de dicha Directiva se limite en circunstancias excepcionales (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 36).*

40 En efecto, no puede excluirse que existan obras que presenten particularidades que necesiten una determinada capacidad que no puede obtenerse uniendo capacidades inferiores de varios operadores. En ese supuesto, la entidad adjudicadora está facultada por ello para exigir que el nivel mínimo de la capacidad de que se trate sea alcanzado por un único operador económico o, en su caso, recurriendo a un número limitado de operadores económicos, en virtud del artículo 44, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, cuando dicha exigencia esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato de que se trate (sentencia de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, apartado 35).

41 Además, no puede excluirse que, en circunstancias particulares, habida cuenta de la naturaleza y de los objetivos de un contrato determinado, las capacidades de que dispone una entidad tercera, y que son necesarias para la ejecución de un contrato, no puedan transmitirse al licitador. Por consiguiente, en tales circunstancias, el licitador únicamente puede basarse en esas capacidades si la entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del contrato de que se trata.

(...) 49 Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones primera a tercera, quinta y sexta que los artículos 47, apartado 2, y 48, apartado 3, de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 44, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que:

- reconocen el derecho de todo operador económico a basarse, en relación con un determinado contrato, en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza de los vínculos que tenga con ellas, siempre que se demuestre al poder adjudicador que el candidato o el licitador dispondrá efectivamente de los medios de tales entidades necesarios para la ejecución de dicho contrato;*
- no se excluye que el ejercicio del citado derecho pueda ser limitado, en circunstancias particulares, habida cuenta del objeto del contrato de que se trate y de la finalidad perseguida por éste. Así sucede en particular cuando las capacidades de que dispone una entidad tercera, necesarias para la ejecución del contrato, no pueden ser transmitidas al candidato o al licitador, de modo que éste sólo puede basarse en tales capacidades si dicha entidad tercera participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato”.*

El artículo 19.2 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 recoge: “*2. Las agrupaciones de operadores económicos, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o una solicitud de participación.*

En caso necesario, los poderes adjudicadores podrán precisar en los pliegos de la contratación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos sobre situación económica y



financiera o capacidad técnica y profesional a que se refiere el artículo 58, siempre que ello esté justificado por motivos objetivos y sea proporcionado. Los Estados miembros podrán establecer unas condiciones normalizadas para la forma en que las agrupaciones de operadores económicos cumplan con dichas condiciones.

Las condiciones para la ejecución de un contrato por dichas agrupaciones de operadores económicos que sean diferentes a las que se impongan a participantes individuales también estarán justificadas por motivos objetivos y serán proporcionadas”.

El artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece: *“En las uniones temporales de empresarios cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento”.*

Respecto de la capacidad, es exigible a todas y cada una de las empresas o personas físicas que componen la UTE. Respecto de la solvencia técnica, es exigible asimismo a todos y cada uno de los componentes de la UTE, si bien con el criterio flexible de entender que la relación que tengan con el objeto del contrato puede ser directa o indirecta siempre que todas ellas tengan una finalidad social al menos relacionada con el objeto del contrato. Es decir, se exige a cada uno al menos un mínimo de solvencia técnica. Respecto de la solvencia económica también se exige a cada uno de los componentes de la UTE, (lo cual es obvio dada la responsabilidad solidaria de todos los componentes de la UTE tanto frente a la Administración como frente a terceros); si bien con el criterio flexible de entender que alguno de sus componentes puede probar su solvencia económica acreditando la capacidad económica de otra empresa perteneciente o no a la UTE, con la que tenga cualesquiera vínculos jurídicos, siempre que pruebe fehacientemente que puede disponer de los fondos económicos de ésta tercera empresa.

En aplicación de esta doctrina, consideramos proporcionada la redacción del PCAP, porque no exige que sea una única entidad la clasificada la que deba alcanzar ese 50 por ciento de participación en la UTE. El PCAP permite que sea una, dos, tres o todas aquellas que sean necesarias para que, acumuladamente se acredite que al menos el 50 % de las clasificadas participen en la UTE. Es decir, un mínimo de solvencia que puede alcanzarse individualmente o en UTE, sin expresar que deban serlo todas y cada una de ellas sino únicamente las que sean hasta alcanzar más del 50% de participación. Distinto sería el caso en el que se exigiera que al menos una de las integrantes de la UTE deba cumplir la totalidad de la solvencia, pues se estaría impidiendo acumular, es decir, se debería tener la totalidad de manera individual, lo cual afectaría a la libre competencia.

Si bien es cierto que el pliego establece una serie de condiciones a la participación en UTE diferente a las entidades o personas físicas que participan en la licitación individualmente, y si bien no consta justificado en el expediente el motivo de solicitar un plus en la participación de entidades clasificadas a efectos solvencia, puede estimarse proporcional esa exigencia consistente en que resulten clasificadas una proporción superior al 50 por ciento cuando varias entidades mercantiles concurren en UTE a esta licitación donde la clasificación es obligatoria, pues con ello se asegura que al menos más de la mitad de los responsables de la ejecución del contrato hayan acreditado que están en disposición de la clasificación, no existiendo razones para considerar la nulidad del pliego por este motivo, pues no se vulnera la posibilidad de la acumulación de solvencia, sino que afecta a la participación en una proporción superior al 50 por ciento.



No siendo el objeto del recurso especial los pliegos, sino la exclusión, la sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 (sentencia EVigilo), si bien matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos, considera el plazo como preclusivo para impugnarlos, y esto ocurre cuando el licitador «*tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción*», y en lo sustantivo esa infracción se concreta en que pliegos le sean «incomprensibles o [carezcan] de claridad». Es decir, es posible la impugnación indirecta solo cuando un «licitador razonablemente informado y normalmente diligente» no pudo comprender las condiciones de la licitación sino hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Obviamente tales circunstancias deben estar probadas y no concurren en este supuesto porque incluso le fue requerida la subsanación en un primer momento por falta de firma, que, si bien no alcanzaba la subsanación a la proporción en la participación dentro de la UTE, sí que suponía una especial llamada de atención a las entidades que se presentaban en compromiso de UTE a efectos de corroborar la debida cumplimentación de la declaración.

La UTE reclamante, conocía los pliegos o debía conocerlos y presentó una oferta acorde a los mismos, y no es hasta el momento de la exclusión cuando toma conocimiento de la cláusula 10 7 2 c).

Por todo ello debe ser desestimado este motivo del recurso.

2. Sobre la posibilidad de requerir subsanación con arreglo a los artículos 141.2 y 326.2 a) LCSP, y sobre la de subsanación de la documentación previa a la adjudicación ex artículo 150.2 de la LCSP.

El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presentase, a requerimiento del poder adjudicador, entre otros documentos, la documentación justificativa de la solvencia exigida. El precepto no menciona la posibilidad de subsanación o aclaración de la documentación aportada en cumplimiento de este concreto trámite, pero el recurrente afirma que debió concederse.

En este sentido, el apartado 3 del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE, primero del epígrafe titulado “Selección de los participantes y adjudicación de los contratos”, titulado “Principios generales”, establece que “*Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia.*”

El citado precepto comprende en su ámbito de aplicación cualquier información o documento que deban aportar los licitadores, sin distinguir si debe incluirse en la proposición a la que se refiere el artículo 139 de la LCSP, como parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), o como uno de los extremos que ha de acreditar el licitador que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP), que es el caso analizado. El artículo 141.2 de la LCSP permite la subsanación de defectos de la documentación recogida en el artículo 140 de la LCSP. En el mismo sentido el art.81.2 RGLCAP. Pero no existe una norma que recoja el mismo trámite para los documentos del artículo 150.2 de la LCSP.



No existe una regulación propia en la LCSP, para la subsanación con relación al trámite del artículo 150.2 LCSP. De tal modo que conforme al artículo 56.3 de la Directiva, como norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lleva a la conclusión de que los defectos de la documentación aportada por el adjudicatario que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP) son, en general, susceptibles de subsanación en los términos recogidos en el artículo citado. Sin embargo, habiendo sido ese documento ya subsanado ante la falta de firma conforme al artículo 141.2 de la LCSP, la posibilidad de subsanación no supone que se tenga un derecho absoluto a exigir un trámite de subsanación para cualquier defecto, sea cual sea su naturaleza. Por todo ello deben analizarse las circunstancias que concurren en este concreto supuesto.

Estimamos que en cuanto a la subsanación de la documentación no cabe, pues no se trata de que la documentación aportada adolezca de defectos o insuficiencias, puesto que contiene una declaración de ambas entidades, que además ya ha sido subsanada.

La petición de subsanación solicitada debería ir hasta el punto de indicarles que la proporción de la participación en la UTE, dada la clasificación presentada por ambas, resultaría insuficiente a la luz del PCAP, y que, a la vista de ello, el PCAP debería modificarse, es decir, no se trata de un simple error, sino que implica que las entidades que suscriben la oferta modifiquen su participación en la UTE para que puedan cumplir. Es decir, supondría un sustento o ayuda a efectos de construir la oferta a los efectos del PCAP, excediendo de las funciones propias del órgano de contratación de tramitación procedimental.

Por todo ello, la exclusión es simplemente la consecuencia natural de la finalización del plazo para realizar una actuación que no se ha cumplimentado válidamente. La subsanación equivaldría, en este caso, por un lado, a una ayuda no permitida por parte del órgano de contratación, y por otro lado, a la prórroga de un plazo que ya ha finalizado.

Como señala el órgano de contratación, se ha venido entendiendo que no cabe subsanar las carencias probatorias de documentos formalmente correctos (Resolución 138/2020, de 23 de octubre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi). Es decir, no puede subsanarse la incompatibilidad entre el contenido de un documento y los términos exigidos en los pliegos, ya que no se trata de un defecto del documento que le impide acreditar suficientemente un requisito, sino, por el contrario, de la acreditación de que dicho requisito no se satisface.

Respecto al artículo 81.2 RGLCAP, señala la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que se tratan de defectos subsanables aquellos que se refieran a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, en principio el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación (Informes 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000 o 18/2010 de 24 de noviembre. Y en el mismo sentido el Tribunal administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 275/2015, de 31 de julio y 77/2015, de 24 de febrero). No obstante, el artículo 69.8 de la LCSP establece la posibilidad de modificación de la composición, la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación, lo que nos lleva a pensar que en el momento del artículo 150.2 LCSP podría haber sido posible la alteración de la composición, siempre que esto hubiera sido puesto de manifiesto por las entidades ahora recurrentes, y el órgano de contratación lo hubiera rechazado.



Sin embargo, no es esto lo que ha sucedido, sino que la declaración de compromiso de constitución en UTE era válida y perfecta, la solvencia de una de las entidades acreditada y suficiente, aunque no lo era la proporción de participación en UTE. Solo eso hacía insuficiente la oferta a efectos de ser adjudicatarias las entidades presentadas en compromiso de UTE. Hasta el momento previo a su exclusión podría haberla modificado válidamente, si bien de *“motu proprio”* de tal modo que el órgano de contratación debía haberlo aceptado.

No obstante, su aquietamiento ante la facultad que le otorga el art. 69.8 de la LCSP no puede suponerle al órgano de contratación la obligación de solicitarle subsanación, pues lo sería a efectos de ayudarle a componer la oferta. Ello supondría una injerencia no permitida, instar a modificar la proporción de participación, con lo que ello conlleva, pues a pesar de regir la solidaridad de la responsabilidad entre los componentes de la UTE, sí tiene la responsabilidad efectos internos entre ellas. El hecho de que el órgano de contratación debiere solicitar la modificación de una declaración de voluntad inequívoca, además de no ser subsanable por ser una declaración válida, supondría una quiebra del principio de igualdad de partes ex arts. 1 y 132 LCSP.

La trascendencia del principio de igualdad es muy importante en sede contractual resultando básica su atención en el procedimiento contradictorio para la jurisprudencia comunitaria respecto del cual se señaló que está destinado *“a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas”* (sentencia Lombardini y Mantovani, apartado 57 y sentencia SAG ELV Slovensko, apartado 29). Así la STJUE de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, para saber del respeto a este principio, la igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos, pues no estaríamos lejos de permitir que el órgano de contratación solicitara aclaraciones de oferta dudosa, entraríamos en una situación tras haberse negociado confidencialmente con el adjudicatario en detrimento de los demás oferentes, vulnerándose con esta decisión del adjudicador, el principio de igualdad de trato.

A juicio de este Tribunal, y si bien el artículo 69.8 de la LCSP reconoce la posibilidad de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación, la documentación presentada por las recurrentes no incurriría en defectos subsanables, sino que habría que estar a su propia declaración, ratificada tras una primera subsanación.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **HORMIGONES ASFÁLTICOS ANDALUCES, S.A.**, y **ROVER RAIL, S.A.**, contra el acuerdo de 29 de diciembre de 2023 por el que se las excluye del procedimiento de contratación denominado “Contrato de obra civil y superestructura de la prolongación sur del metropolitano de Granada. Tramo Armilla-Churriana de la Vega GRANADA” (Expte. CONTR/2022/1243266), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.



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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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.

