



Recursos nº 1244/2018 C.A. Islas Baleares 90/2018
Resolución nº 209/2019

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

En Madrid, a 8 de marzo de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. M. M. E., en representación de MARFINA, S.L., D. J. M. M. E., en representación de AUTOCARES SECO RODRIGUEZ, S.L.U. y de SARFA, S.L. (al ser el representante, persona física, de la administradora única de ambas sociedades, es que es la mercantil MARFINA, S.L.) contra el “*acuerdo de exclusión*” de la licitación convocada por el Consorcio de Transportes de Mallorca para contratar la “*concesión de servicios de transporte regular de uso general de viajeros*”, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consorcio de Transportes de Mallorca, convocó mediante anuncios publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea de 1 de junio de 2018 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la misma fecha, la licitación del contrato de concesión de servicios del transporte regular de uso general, de viajeros por carretera de Mallorca.

El valor estimado del contrato asciende a 740.640.016, 44 euros. El contrato se divide en tres lotes, correspondientes a las zonas de división geográfica de Mallorca.

El plazo de ejecución del contrato es de diez años.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del

Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP) y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. La mesa de contratación, en su reunión del día 6 de noviembre de 2018, acordó la exclusión de los tres lotes, de los licitadores ahora recurrentes que concurrían al procedimiento en Unión Temporal de Empresas, denominada UTE MOVENTIS MALLORCA, siendo frente a este acuerdo frente al que se interpone el presente recurso especial en materia de contratación.

Las tres empresas recurrentes concurren a la licitación con la voluntad de constituirse en una persona jurídica en el caso de resultar adjudicatarias, constando en la documentación administrativa la “Declaración compromiso constitución de UTE”, en la que consta que sus participaciones son las siguientes:

MARFINA, S.L.- 70%

SARFA, S.L.- 15%

AUTOCARES SECO RODRIGUEZ, S.L.U.- 15%

Tras la apertura del sobre que contenía la documentación administrativa el día 26 de octubre de 2018, la mesa de contratación acordó, en los siguientes términos, requerir a las mismas la subsanación:

“CIF: B59372755 MARFINA, SL (Moventis Mallorca) Tendrá que aportar de nuevo la documentación necesaria para el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- *Falta indicar en el DEUC -MARFINA, SL, el volumen anual de negocios y el número de vehículos utilizados, de los últimos tres años.*
- *Falta indicar en el DEUC - AUTOCARES SECO RODRIGUEZ, SLU, el volumen anual de negocios y el número de vehículos utilizados, de los últimos tres años.*
- *Falta indicar en el DEUC - SARFA, SL, el número de vehículos utilizados de los últimos tres años.*

- *Falta que la Garantía provisional tenga la verificación de la representación, efectuada por la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.*

Atendido el requerimiento por las mercantiles, se observó que, por parte de la primera, MARFINA, en el DEUC nuevamente presentado, la mercantil declaraba que sus datos eran otros distintos a los presentados en el sobre ya abierto, siendo los nuevos, siguientes:

- Año 2015: 28.696.972 euros
- Año 2016: 30.595.424 euros
- Año 2017: 31.424.408 euros

Al diferir, por tanto, estos datos de los inicialmente trasladados por MARFINA, se solicitaron de oficio, por el órgano de contratación, los mismos al Registro Mercantil, siendo los datos proporcionados por este, coincidentes con el volumen anual medio declarado por MARFINA la primera vez:

- Año 2015: 3.802.659 euros
- Año 2016: 4.427.021 euros
- Año 2017: 4.996.708 euros

Requerida la mercantil a fin de ofrecer una explicación sobre la segunda declaración en la que alteraba los datos inicialmente ofrecidos (acuerdo de aclaración adoptado por la mesa de contratación en su reunión del día 2 de noviembre de 2018), ésta señaló que en el momento del requerimiento de subsanación, a la vista de la previsión contenida en el apartado 1.5 del PCAP (Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares), decidió sumar los volúmenes de negocios de tres empresas que apoyan su solvencia: Empresa CASAS, LA VALLESANA Y MARFINA BUS, aportando también en ese momento, y por primera vez, un compromiso de puesta a disposición de sus solvencias a favor de MARFINA, S.L., cuya fecha era anterior a la de finalización de la presentación de ofertas.

La mesa de contratación, en su reunión de 6 de noviembre de 2018 acordó la exclusión de estas tres empresas concurrentes, en los siguientes términos:

“Quedan excluidos los siguientes licitadores: “CIF: B59372755 MARFINA, S.L. (MOVENTIS MALLORCA)”, al no cumplirse el requisito de la solvencia económica y financiera, puesto que el volumen anual de negocios de 6.915.223,45 euros (resultado del sumatorio del volumen anual del mejor ejercicio de los tres últimos declarados de cada empresa participante, ponderado según el porcentaje de participación de cada una de ellas en la agrupación) no supera ninguno de los importes fijados para cada lote”.

Esto, no obstante, por escrito de 9 de noviembre de 2018, las empresas SARFA y AUTOCARES SECO RODRIGUEZ presentaron un documento solicitando la participación en el procedimiento como UTE y con un porcentaje del 50% de participación de cada una de ellas, que motivó que la mesa de contratación, en su reunión de fecha 23 de noviembre de 2018, se ratificase en el acuerdo de exclusión de 6 de noviembre de 2018, que ahora se recurre.

Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 del LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido el mismo, así como también el correspondiente informe de fecha 22 de noviembre de 2018.

Al amparo del artículo 56.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas la UTE TRANSMALLORCA y la UTE GLOBALIA AUTOCARES, concurrentes a esta licitación también. La primera, además, interpuso el recurso 1199/2018 y la segunda los recursos 1197/2018 y 118/2018 que se tramitan ante este Tribunal.

Quinto. El 26 de noviembre de 2018, la Secretaria de este Tribunal, en el seno de otros tres procedimientos, con nº 1188/2018, 1197/2018 y 1199/2018, en los que se impugnaban acuerdos de exclusión de licitadores que habían concurrido a este procedimiento, dictó resolución por la que se acordaba la adopción de la medida

provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el marco del Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, sobre atribución de competencia de recursos contractuales, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de diciembre de 2012.

Segundo. Se impugna el acuerdo de exclusión del procedimiento de licitación de un contrato de concesión de servicios, cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, siendo por tanto un acto, de trámite, susceptible de recurso especial en materia de contratación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP, apartados 1 c) y 2 b).

Tercero. En cuanto al plazo para la interposición del recurso se refiere, el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP, se ha interpuesto dentro del mismo.

Cuarto. En cuanto al último de los requisitos de admisibilidad se refiere, el de la legitimación, las mercantiles recurrentes sí que gozan de la misma, al haber participado como licitadoras en el procedimiento, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Quinto. Corresponde ahora ya el análisis del fondo del recurso, en el que se formulan varias alegaciones, procediéndose a analizar la primera la de ellas, la relativa a la causa que ha motivado su exclusión, y que ha sido la consistente en que la agrupación de empresas ahora recurrentes, las de la UTE MOVENTIS MALLORCA no cumplen con el requisito de solvencia económica y financiera, porque el volumen anual de negocios de la misma, que asciende a 6.915.223,45, no supera ninguna de los importes mínimos fijados para cada lote.

En relación con la misma, consta en el expediente el informe previo a la adopción de la decisión de exclusión, relativo a la comprobación de la solvencia económica y financiera

declarada por el licitador UTE TRANSMALLORCA, de fecha 6 de noviembre de 2018, firmado por el secretario y presidente de la mesa, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“De acuerdo con lo establecido en la cláusula 1.5 del Pliego de cláusulas administrativas del contrato referido, se considera que el licitador tiene suficiente solvencia económica y financiera cuando su volumen anual de negocios, referido al mejor ejercicio de los tres últimos concluidos, haya sido igual o superior a 7.797.728 euros para el lote 1, a 10.310.947 euros para el lote 2, y a 9.743.123 euros para el lote 3. Si los licitadores participaran en el procedimiento en agrupación de empresas, el volumen anual de negocio se obtendrá por el sumatorio de la facturación de cada una de las empresas agrupadas ponderada por la participación de cada una de ellas en dicha agrupación.

La tabla siguiente muestra los datos que contiene el sobre 1 presentado por el licitador UTE MARFINA, S.L., para los lotes 1, 2 y 3, en aras de comprobar la solvencia económica y financiera exigible para cada lote del contrato.

(...)

Al tratarse la UTE MARFINA, S.L. de una agrupación de empresas, el volumen anual de negocios obtenido, de 6.915.223,45 euros, resulta del sumatorio del volumen anual de negocios del mejor ejercicio de los tres últimos declarado de cada empresa participante (V), ponderado según el porcentaje de participación (PP) de cada una de ellas en la agrupación.

Por tanto, puesto que el volumen anual de negocios del licitador UTE MARFINA, S.L., de 6.915.223,45 euros, obtenido a partir de los datos declarados en el sobre 1 presentado, no supera ninguno de los importes fijados para cada lote, queda excluida del procedimiento de licitación para los tres lotes del contrato de concesión de servicio público de transporte regular y de uso general de viajeros por carretera de Mallorca”.

Antes de comenzar con el análisis de esta alegación, que es idéntica a la que ya ha sido objeto de estudio en los tres recursos antes citados, debe ser expuesto que el mismo recaerá sobre la oferta inicialmente presentada por las tres empresas concurrentes en UTE, aquella sobre la cual se requirió la subsanación por parte de la mesa de

contratación, y sobre la que se acuerda la exclusión por parte del órgano de contratación el 6 de noviembre de 2018.

De este modo, por tanto, se pone de relieve que, no va a ser tenido en consideración y por tanto no se van a analizar, por razones de estricta legalidad, las sucesivas alteraciones de la oferta formuladas por las empresas recurrentes, tal y como han quedado relacionados los hechos en el relato fáctico de la primera parte de esta resolución.

Sexto. Tal y como se señala en el informe transcrito en el apartado anterior, la cláusula 1.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, relativa a la solvencia, dispone en cuanto a la económica y financiera, lo siguiente:

“La solvencia económica y financiera se acreditará mediante la presentación de las cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda. Si no hubiese vencido el plazo de presentación y no se encuentran depositadas, deberán presentarse acompañadas de la certificación de su aprobación por el órgano de administración competente. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil deberán acreditarlo mediante la presentación de los libros de inventarios y cuentas anuales legalizadas por el Registro Mercantil.

Cuando por una razón válida un licitador no esté en condiciones de presentar los certificados o documentos acreditativos señalados, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el órgano de contratación considere apropiado.

Se considerará que el licitador tiene suficiente solvencia económica y financiera cuando su volumen anual de negocios, referido al mejor ejercicio de los tres últimos concluidos, haya sido igual o superior a los siguientes importes, que representan el 70 por ciento del presupuesto del primer año de contrato para cada lote:

- Lote 1: 7.797.728 euros
- Lote 2: 10.310.947 euros
- Lote 3: 9.743.123 euros

Si los licitadores participaran en el procedimiento en agrupación de empresarios, el volumen anual de negocios se obtendrá por el sumatorio de la facturación de cada una de las empresas agrupadas ponderada por la participación de cada una de ellas en dicha agrupación.

(...)

La acreditación de la solvencia podrá realizarse o completarse con los medios que consten en el certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

(...)

Para acreditar la solvencia necesaria 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 concurran agrupados en una unión temporal podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal.

En todo caso, la integración de solvencia con medios externos estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 75 de la LCSP”.

En relación con esta cláusula 1.5 del PCAP en la que se funda la exclusión de la UTE, se expone en el recurso que la misma es contraria a Derecho, al suponer “una infracción del régimen legal aplicable a la acreditación de la solvencia en el seno de las uniones temporal de empresas previsto en el artículo 69 de la LCSP”, implicando también “una restricción indebida y desproporcionada en el acceso a la licitación, manifiestamente contraria a los principios de igualdad, transparencia y libre competencia que consagra el artículo 132.1 de la LCSP, al tiempo que comporta un trato discriminatorio entre licitadores”.

En último lugar se remite al artículo 75 de la LCSP, que permite la integración de la solvencia con medios externos.

Séptimo. El órgano de contratación, a la vista de las alegaciones y argumentos jurídicos expuestos por el recurrente, lo que en primer lugar invoca es que no resulta de aplicación la fórmula para la acreditación de la solvencia que se emplea para las Uniones Temporales de Empresas (UTE en lo sucesivo), toda vez que si las agrupaciones de empresas que concurren resultan adjudicatarias del contrato, se tienen que constituir en persona jurídica adecuada a los fines propuestos, por imperativo del artículo 70.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, integrado en el capítulo dedicado a la adjudicación de la explotación de los servicios regulares permanentes de uso general, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“Podrán asimismo concurrir al concurso de forma conjunta varias Empresas haciendo una única oferta de acuerdo con lo que el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones en su caso determine, siempre que adquieran formalmente el compromiso de constituir, en caso de que dicha oferta resultara la seleccionada, una persona jurídica a la que se realizaría la adjudicación definitiva”.

Señala también el órgano de contratación, que en el pliego existen otras referencias a este supuesto de concurrir un conjunto de empresas a la licitación, con la obligación de constituirse en persona jurídica en el supuesto de resultar adjudicatarias, y que son las siguientes:

- Cláusula 1.4. Capacidad de contratar: *“Pueden contratar con la Administración las empresas que concurren en agrupación, haciendo una única oferta, siempre que adquieran el compromiso de constituir, en caso de que aquella resultara seleccionada, una persona jurídica (sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado), a la que se realizaría la adjudicación del contrato”.*

- Cláusula 2.5.1. Documentación General (Sobre nº 1):

“b) Compromiso de constitución de persona jurídica, en su caso.

En el caso de empresas que concurren en agrupación, se deberá presentar un compromiso de constituirse formalmente en una persona jurídica adecuada a los

finés propuestos, con expresión de la participación de cada uno de ellos en la futura sociedad. Este documento debe ir firmado por los representantes de cada una de las empresas integrantes de la agrupación.

Los miembros de la agrupación deben indicar los nombres y circunstancias de los empresarios que la componen y la participación de cada uno de ellos”.

- Cláusula 3. Formalización del contrato:

“Cuando el adjudicatario sea una agrupación empresarial, dentro del mismo plazo y con anterioridad a la firma del contrato, deberá aportar escritura pública de que las empresas integrantes de la agrupación han constituido una persona jurídica de las enumeradas en el artículo 42.1. a) del ROTT”.

Con fundamento en estos argumentos el órgano de contratación considera que la literalidad de los términos en los que se encuentra redactada la cláusula 1.5 impide otra interpretación que no sea la que llevó a cabo por la mesa de contratación, y que ha implicado por tanto que no se pueda considerar acreditada por las empresas licitadoras integrantes de la denominada UTE MOVENTIS MALLORCA la solvencia económica y financiera requerida al efecto en cada uno de los tres lotes del contrato a los que la misma concurre. Invoca también el órgano de contratación que su disconformidad con la cláusula debió haber sido objeto de impugnación, si no estaba el licitador conforme con la misma, como ahora manifiesta a través del presente recurso.

Octavo. Expuestos en estos términos la alegación de la UTE recurrente y del órgano de contratación, y sus correspondientes fundamentos jurídicos, considera este Tribunal, con respeto, en todo caso, a la doctrina de que no es posible una impugnación indirecta de los pliegos reguladores del contrato a través de esta vía, que el del órgano de contratación, el Consorcio de Transportes de Mallorca, debió haber interpretado la cláusula 1.5 del PCAP de forma integral, lógica y sistemática, haciendo así uso de la posibilidad expresamente prevista de en la misma, de que los licitadores concurrentes pudieran completar su solvencia con la de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ella, que lleva a que en modo alguno pueda interpretarse que no pueda acudir a la total solvencia técnica de las integrantes

de la agrupación, es decir, las de las propias agrupadas, ya que si se puede acudir a medios externos, con mayor motivo, a los demás medios y capacidades de las empresas que licitan conjuntamente en agrupación.

No obstante lo anterior, no debemos olvidar que si cabe la impugnación indirecta del PCAP fundada en una causa de nulidad de pleno derecho, respecto de la concreta cláusula relativa a solvencia técnica de los licitadores que concurren en agrupación, en cuanto que la interpretación que de dicha cláusula efectúa el órgano de contratación determina una quiebra directa de los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación en la contratación, que son trasunto de los principios de igualdad y no discriminación de carácter general. Consideramos que, en este caso, la recurrente pretende la nulidad de la cláusula referida en el caso de interpretarse en los términos que alega el órgano de contratación, y subsidiariamente la propia cláusula, en otro caso, lo que nos permite entrar a examinar ese motivo de nulidad del acto recurrido mediante impugnación indirecta del pliego, sobre la base de la nulidad de pleno derecho de la cláusula invocada por el órgano de contratación. Ahora bien, esa pretensión solo se plantearía de no prosperar una interpretación de la citada cláusula acorde con los principios citados.

Con ese fin, debemos poner de manifiesto que no compartimos la interpretación de la citada cláusula efectuada por el órgano de contratación, basada, en esencia, en su literalidad, por las razones que pasamos a exponer, todas ellas reconducibles a la quiebra de los principios citados, en concreto, la igualdad y no discriminación de todos los licitadores:

1. El criterio seguido por la Mesa de contratación parte de la literalidad de la cláusula 1.5 del PCAP, que implícitamente se basa en considerar que la solvencia que se mide es la de la agrupación persona jurídica a constituir, de resultar la oferta de los licitadores concurrentes agrupados como la mejor puntuada, interpretación que se pone claramente de manifiesto en el informe del órgano de contratación a este recurso. Pero esa interpretación literalista, obvia que la proposición de los empresarios que liciten agrupados en cualquier forma, si bien es única, es de todo y cada uno de ellos, por lo que, aunque licitan colectivamente, todos y cada uno de ellos son licitadores, por lo que toda su solvencia, la de cada uno y la de todos, es la que ha de tenerse en cuenta para

apreciar el requisito de solvencia y, en este caso de empresarios agrupados, del conjunto de todos ellos.

Quienes licitan son los empresarios agrupados, no la persona jurídica que finalmente deba constituirse por imperativo del Pliego o norma legal, por lo que los requisitos de solvencia se predicán de ellos, y ellos han de cumplirlos y poseerlos.

2. Identifica la Mesa la concurrencia a la licitación de empresarios agrupados con la modalidad especial de licitación colectiva de varios empresarios agrupados con el compromiso de constituir una persona jurídica. Esa posibilidad es una de las que permite la normativa vigente respecto del derecho a licitar colectivamente varios empresarios agrupados, pero en la normativa de contratación del sector público la concurrencia de varias empresas de forma colectiva se articula siempre a través de la fórmula de las uniones temporales de empresarios, que no es lo mismo que las uniones temporales de empresa de la normativa fiscal.

En este sentido, el artículo 19.2, de la Directiva 2014/24/UE determina lo siguiente:

*“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”.*

Y en su apartado 3 determina:

“No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los poderes adjudicadores podrán exigir a las agrupaciones de operadores económicos que adopten una forma jurídica determinada cuando se les haya adjudicado el contrato, en la medida en que dicha transformación sea necesaria para la correcta ejecución del mismo”

De dicho precepto resulta que no cabe identificar la licitación de varios empresarios agrupados con una modalidad determinada de agrupación, sino con todas aquellas en las que liciten conjuntamente varios formulando una sola oferta. Por ello, es agrupación cualquier asociación temporal, y lo es también aquella que exige la constitución posterior de una persona jurídica, como ocurre, en especial, en este caso, que se trata de la

licitación de una concesión, figura que, ex artículo 66 de la LCSP, prevé la licitación individual o **conjunta de varios empresarios** con el compromiso de constituir una persona jurídica que será la titular de la concesión.

3. Por la misma razón, el órgano de contratación identifica las uniones de empresarios con las uniones temporales de empresas de carácter fiscal. El artículo citado más arriba de la Directiva 2014/24 se refiere a las agrupaciones en general, **incluidas las asociaciones temporales**. Por su parte, el artículo 69 de la LCSP se refiere a las uniones de empresarios, y el hecho de que se constituyan temporalmente al efecto no implica que deban identificarse con lo que se conoce fiscalmente como Uniones Temporales de Empresas, que lo son para un solo contrato, lo que no es el caso de las uniones de empresarios en el ámbito de la contratación del sector público, que pueden constituirse para más de un contrato.

Las uniones de empresarios o las uniones temporales de empresarios de la legislación de contratación pública es la forma y régimen que deben adoptar las empresas que desean licitar conjuntamente, con independencia de que la legislación sectorial exija en su ámbito que, en su caso, los empresarios agrupados, deban constituir posteriormente una persona jurídica en el caso de ser seleccionada su oferta, en especial, cuando se trata de la licitación de una concesión.

4. El hecho de que existan diversas posibilidades o modalidades de agrupación o, incluso, que en cualquiera de ellas la normativa sectorial interna exija que los empresarios agrupados en una licitación para presentar una oferta conjunta, constituyan una persona jurídica en el caso de ser seleccionada su proposición, no excluye la aplicación de la regla del artículo 69 de la LCSP de acumulación de características de cada una de ellas agrupadas para determinar la solvencia del conjunto, como se deduce del sistema del régimen de acumulación de las respectivas clasificaciones de los agrupados a que se refiere el precepto citado y que concreta el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), y del artículo 24 de ese Reglamento.

Por tanto, siempre que liciten conjuntamente varias empresas agrupadas, la solvencia es la del conjunto de todos ellos, como determina el artículo 69 de la LCSP, pues la oferta es

de todos y cada uno de ellos y todos responden solidariamente, y que es la norma concreta aplicable, al ser un caso especial, en los casos en que se exija clasificación.

En nuestro caso, la cláusula sobre solvencia de la agrupación debe interpretarse, como a continuación concretamos, no como limitación de la acumulación de las capacidades y solvencias de las agrupadas, sino como ponderación de las capacidades y solvencias de cada uno en función de su participación, pero a los solos efectos de alcanzar la solvencia mínima exigible a cada licitador individual en el PCAP, pero su cumplimiento no excluye la toma en consideración y valoración del resto de las capacidades y solvencia de cada agrupada, para determinar, por la integración de las solvencias y capacidades reales de los agrupados, la del conjunto de los licitadores agrupados, es decir, de la agrupación.

En caso contrario, se infringiría directamente el artículo 69 de la LCSP, el artículo 24 del RGLCAP y el artículo 19 en relación con el 58, ambos de la Directiva 2014/24/UE.

Se infringirían, además, los principios de igualdad y no discriminación, pues se estaría exigiendo indebidamente a los empresarios agrupados con obligación de constituir una persona jurídica una mayor solvencia que a los agrupados sin esa obligación, y, a su vez, respecto de los no agrupados, todo ello sin causa o razón legal alguna. Además, como indicamos a continuación, esa interpretación generaría una clara incongruencia con las determinaciones del PCAP para el caso común de UTE, integración de la solvencia con medios externos y acreditación de la solvencia mediante la clasificación exigida en el PCAP, en especial en este último supuesto, en el que no puede operar la limitación que invoca el órgano de contratación en la cláusula aplicada, para restringir la consideración del resto de capacidades y solvencias de las agrupadas, y no tenerlas en cuenta para apreciar si alcanza o no la solvencia requerida en el PCAP, que ni siquiera prevé.

Todo ello determinaría, de seguirse la interpretación del órgano de contratación, la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho de la citada cláusula que determinaría su anulación.

Así expresamente dispone la citada cláusula 1.5 del PCAP, al respecto:

“Para acreditar la solvencia necesaria 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, la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En las mismas condiciones, los empresarios que concurran agrupados podrán recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la agrupación empresarial.

En todo caso, la integración de solvencia con medios externos estará sujeta a lo dispuesto en el artículo 75 de la LCSP”.

Y es que considera este Tribunal que, al igual que las agrupaciones de empresarios pueden recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la agrupación empresarial en igualdad de condiciones, como expresamente consta en los pliegos, también deben poder recurrir a las propias no destinadas a la constitución de la mercantil concesionaria del contrato de transporte, toda vez que si es posible servirse de medios ajenos para acreditar la solvencia, con independencia incluso, de la naturaleza jurídica del vínculo que tenga con ella, con más motivo entendemos que podrá hacerlo con los propios medios que la empresa integrante de la agrupación no destina a la constitución de la misma, en el supuesto de resultar adjudicataria, que es la regla natural y general establecida en la normativa de contratación del sector público para apreciar la solvencia de los licitadores que concurran en la licitación colectivamente agrupados, aunque sea en asociación temporal.

Es aquí donde este Tribunal considera que el pliego debe ser interpretado en los términos expuestos, pues sino de lo contrario se llega a una solución que se considera, a nuestro juicio, como no ajustada a derecho y que permitiría entonces que tengan lugar soluciones tan extrañas y paradójicas como las siguientes: *“Una empresa licitadora que concurra al Lote 1 con un volumen de facturación de 7.997.728,00 euros (importe requerido por el Pliego) cumple con la exigencia de solvencia económica y financiera (y es, por consiguiente, admitida a la licitación), y no así otra licitadora que concurre al mismo Lote 1 pero agrupada en forma de UTE, aportando un volumen de facturación justificado de 37.996.152,01 euros, que representa una proporción de 4,87 veces más de facturación que el importe requerido (y que, sin embargo, resulta excluida de la licitación)”.*

De este modo entendemos que debió el órgano de contratación haber interpretado la cláusula 1.5 del PCAP en los términos ahora expuestos, interpretación que hubiera supuesto que la mesa de contratación considerara como válido para completar la solvencia, la toma en consideración de los medios de las empresas agrupadas que excediesen de la acumulación de sus medios y capacidades mediante su ponderación según su participación en la agrupación en que concurren conjuntamente a la licitación presentando una sola oferta conjunta o colectiva.

Y es que es doctrina de este Tribunal, expuesta entre otras resoluciones en la reciente de fecha 19 de octubre de 2018 (nº 961/2018), con cita de la resolución nº 1090/2017, la siguiente:

“Por las razones y criterios expuestos, concluimos que: Todo licitador tiene derecho a integrar su solvencia con medios de otras entidades. Corresponde al licitador que acude a los medios de terceros para integrar su solvencia la libertad de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con las otras entidades cuya capacidad invoca a efectos de la ejecución de ese contrato y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esos vínculos, uno de los cuales es el compromiso suscrito por los terceros titulares de los medios. Los poderes adjudicadores no pueden, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades. No se establece en ningún sitio que el licitador deba ejecutar necesariamente una parte de la prestación del contrato con medios propios que no sean de tercero, entre otras razones, porque cara al órgano de contratación, los medios de terceros a disposición del licitador son medios propios del mismo. En su caso, tal exigencia debe establecerse previamente en los Pliegos del contrato. Una cosa es la solvencia, sea la propia o la de los terceros, cuya existencia debe existir a la fecha límite de presentación de proposiciones, y otra muy distinta la acreditación por el licitador de que dispondrá de esos medios de terceros, que ha de acreditarse antes de la adjudicación por el propuesto como adjudicatario”.

Consideramos por lo expuesto que procede la estimación de la alegación del recurrente, y la anulación por tanto de la resolución de exclusión, a fin de que previa retroacción de las actuaciones, se permita a las empresas que concurren en esta UTE MOVENTIS MALLORCA, recurrir también a las capacidades no destinadas a la agrupación con que concurren a la licitación.

Noveno. En segundo lugar, alega el recurrente que es nulo el acuerdo de exclusión, así como también todos los demás acuerdos de la mesa de contratación, por cuanto su configuración infringe flagrantemente las reglas de composición de las mismas previstas en el artículo 326 de la LCSP

Sobre este precepto, este Tribunal ya se ha pronunciado en la resolución nº 78/2019, que pone fin al citado recurso nº 1188/2019, en la que se afirma el carácter no básico del mismo, y se concluye que la composición de la mesa de contratación del Consorcio de Transportes de Mallorca es válida, por carecer el artículo 326 de la LCSP del señalado carácter básico, y estar, por tanto, válidamente constituida conforme a la normativa balear aplicable.

Por este motivo, se procede a su reproducción:

“Noveno. Se invoca como segundo motivo de impugnación, el relativo a la composición de la mesa de contratación que adoptó el acuerdo de exclusión, alegando en concreto lo siguiente:

- *Ausencia de un vocal con funciones de asesoramiento jurídico en el CTM*
- *Participación como vocal del Jefe de operaciones del CMT quien, por razón del puesto que desempeña, ha intervenido en la redacción de la documentación técnica del contrato.”*

Añade el recurrente que la mesa de contratación del día 26 de octubre de 2018, tenía la siguiente composición:

- *Presidente: Director Gerente del CTM*

- *Vocales: Administrativa, Jefe de Gestión Financiera del CTM y Jefe del Área de Operaciones*
- *Secretaría: Jefa del Área Jurídica.*

En relación con esta alegación, el órgano de contratación efectúa una prolija exposición sobre derecho constitucional, a fin de que justificar que la regulación que sobre las mesas de contratación se efectúa y se ha efectuado en la normativa estatal sobre contratación pública, no tiene el carácter de básico, y que por tanto su configuración en el ámbito de la comunidad autónoma balear se lleva a cabo a través de su propia normativa.

A este respecto señala que la composición de la mesa de contratación del Consorcio de Transportes se ha designado de manera permanente mediante acuerdo publicado en el Boletín Oficial de Illes Balears (BOIB número 139 de fecha 21 de enero de 2010), siendo sus miembros los siguientes:

- Presidente/a

Titular: Director/a Gerente del CTM

Suplente: Adjunto/a Gerencia o persona que designe la Gerencia

- Vocal 1

Titular: Jefe de Gestión Financiera del CTM

Suplente: Jefe de Gestión Económica del CTM

- Vocal 2

Titular: representante del Área Jurídica del CTM

Suplente: representante de los Servicios Jurídicos de la Consejería a la que este adscrito el CTM

- Vocal 3: representante del área promotora del CTM

- Secretario/a

Titular: Jefe de la unidad de Contratación del CTM

Suplente: Asistente/a Gerencia

Señala el informe que esta composición es conforme con la previsión contenida en el texto consolidado del Decreto sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprobado por Decreto 14/2016, de 11 de marzo, cuyo artículo 3, relativo a la mesa de contratación, dispone lo siguiente:

“1. La mesa de contratación estará presidida por el secretario general de la consejería contratante, o por el secretario de la entidad en los casos de organismos autónomos y otras entidades instrumentales del sector público autonómico, o por aquellos que se designen para cada caso, y como mínimo formarán parte de la misma un vocal representante de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que, cuando se trate de entidades instrumentales con presupuesto propio, podrá serlo el de la unidad que tenga asignada la función de control económico en dichas entidades; un vocal representante de la asesoría jurídica, que puede pertenecer, indistintamente, a la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma o al servicio que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un vocal perteneciente al servicio promotor del expediente. Deberá actuar como secretario de la mesa el jefe de la unidad administrativa de contratación que tramite el expediente.

2. Todos los miembros de las mesas serán designados por el órgano de contratación, quien podrá hacerlo para cada contrato o de forma permanente mediante acuerdo publicado en el BOIB, sin perjuicio, en este último caso, de poder incorporar nuevos vocales en aquellas contrataciones que por su especialidad o importancia así determine el propio órgano de contratación”.

A continuación, se refiere el informe a las normas sobre la constitución de los órganos colegiados, para concluir señalando que en las mesas de apertura de los sobres estuvieron presentes la totalidad de los miembros de la mesa permanente, concluyendo así por tanto que la mesa se encontraba válidamente constituida.

En último lugar, señalar que, el dato aportado por el órgano de contratación relativo a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la composición de la mesa de contratación es manifiestamente erróneo, de modo que habiéndose tratado de localizar en el boletín oficial por la fecha aportada o por el número facilitado el acuerdo de nombramiento de la mesa, no ha sido posible.

Décimo. Considera este Tribunal, a la vista de la alegación ahora expuesta con los argumentos vertidos sobre la misma por ambas partes, que no le corresponde al mismo el análisis de constitucional de la normativa balear, no teniendo efectivamente el artículo 326 de la LCSP, que regula la mesa de contratación, el carácter de básico.

De este modo, para atender a la válida constitución de la mesa de contratación nos remitiremos a la normativa balear, siendo así que como se ha expuesto, que el artículo 3 del texto refundido del Decreto sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se dispone que corresponde la presidencia al secretario de la entidad, debiendo formar parte de la misma un vocal representante de la Intervención General o la persona que tenga asignada la función de control económico de las entidades, un vocal jurídico que puede ser un miembro de la Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma o un miembro del equipo que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, así como también un vocal perteneciente al servicio promotor del expediente. Como secretario de la mesa de contratación actuará el jefe de la unidad administrativa de contratación que tramite el expediente.

De conformidad con esta norma, la composición de la mesa de contratación del Consorcio de Transportes de Mallorca acordada y publicada, que se nos ha comunicado, sería correcta y ajustada por ello a derecho.

Y también lo es la composición que la misma ha tenido en las diferentes sesiones celebradas y en las que se ha conocido de este procedimiento de licitación, sin perjuicio de que, como resulta, la secretaría de la mesa sea ejercida por la Jefa del Área Jurídica y de la Unidad de Contratación del CTM, cuya participación en la mesa en esta condición, resulta posible al amparo de la previsión contenida en el 16.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que, al referirse a la figura del secretario de los órganos colegiados, dispone que en el caso de el “*secretario no miembro sea*



suplido por un miembro del órgano colegiado, éste conservará todos sus derechos como tal”, pudiendo por tanto entenderse por este motivo que la actuación en calidad de secretario del jefe del área jurídica y de la unidad de contratación del CTM, no es óbice para entender que, no obstante asumir esta función de secretaria, participó en el órgano de contratación con todos los derechos inherentes a su condición de vocal jurídico.

En cuanto a la presencia del Jefe del Área de Operaciones del CTM, que alega también el recurrente, su participación en la mesa de contratación se considera válida, al considerar que forman parte de la misma un representante del área promotora del contrato”.

Undécimo. En cuanto a la alegación formulada en el fundamento de derecho quinto, su formulación se hace con carácter subsidiario, para el supuesto de no prosperar ninguno de los motivos de impugnación planteados con carácter previo, motivo este por el cual no se procede a su análisis.

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. M. M. E., en representación de MARFINA, S.L., D. J. M. M. E., en representación de AUTOCARES SECO RODRIGUEZ, S.L.U. y de SARFA, S.L. (al ser el representante, persona física, de la administradora única de ambas sociedades, es que es la mercantil MARFINA, S.L.) contra el *“acuerdo de exclusión”* de la licitación convocada por el Consorcio de Transportes de Mallorca para contratar la *“concesión de servicios de transporte regular de uso general de viajeros”*, anulando la misma, a fin de que previa retroacción de las actuaciones, se analice la solvencia de las empresas recurrentes, de conformidad con lo previsto en el Fundamento de Derecho octavo de esta resolución.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento de conformidad con el artículo 57.3 LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.