

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía todas las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitirían acceder al original

Recurso nº 290/2023
Resolución nº 310/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 10 de agosto de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa AXPE Consulting, S.L., contra Resolución de la Consejera Delegada de la Agencia de Administración Digital de la Comunidad de Madrid de 3ª prórroga del Contrato “Servicios de Soporte Multicanal al Usuario de los Sistemas de Información y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid”- Expte: ECON/000206/2017, suscrito por la misma con la UTE IT Corporate Solutions Spain, S.L.U. y AXPE Consulting, S.L., este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 29 de junio de 2018, se suscribió contrato entre la Agencia y la UTE formada por IT Corporate Solutions Spain, S.L.U. y AXPE Consulting, S.L. - UTE Ley 1811982, abreviadamente (UTE ITCS y AXPE), que tiene por objeto la prestación de los servicios de soporte multicanal al usuario de los sistemas de información y comunicaciones de la Comunidad de Madrid, por un plazo de ejecución de treinta y seis meses y un importe máximo de 39.103.614,41- euros, IVA incluido. El contrato trae causa de la convocatoria pública el 28 de diciembre de 2017, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y el 9 de enero de

2018, en el Boletín Oficial, con un valor estimado de 75.210.111,21 euros y un presupuesto base de licitación de 47.749.135,42 euros.

Segundo.- Sobre este contrato AXPE ha recurrido en esta vía dos modificaciones del mismo, que dieron lugar a las Resoluciones 296/2021 de 1 de Julio y 27/2022 de 20 de enero, que inadmitieron los recursos por falta de legitimación de un miembro de la UTE para recurrir contra el acuerdo ratificado por la representación de la misma. Las dos están recurridas en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Tercero.- En data 30 de junio de 2023, se notifica la Resolución de prórroga del contrato por el otro integrante y representante de la UTE.

Cuarto.- Con fecha 19 de julio de 2023, se interpone recurso especial en materia de contratación. Se pide el recibimiento a prueba sobre informes periciales que aporta.

Quinto- Requerida para presentación del informe y expediente de contratación la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid, conforme al artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), lo verifica en fecha 4 de agosto de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de prórroga fue comunicado el 30 de junio de 2023, y el recurso se interpuso el 19 de julio por tanto dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Tercero.- El acto impugnado no es recurrible, como alegan el órgano de contratación y la representación de la UTE.

Con independencia que la prórroga es obligatoria para el contratista a tenor del artículo 29 de la LCSP, este acto no se encuentra entre los recurribles, conforme al artículo 44.2 de la LCSP, como hemos señalado en reiteradas ocasiones (por todas Resolución 505/2021 de 28 de octubre):

Son recurribles:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

Tal y como afirma el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 610/2020 de 14 de mayo de 2020:

“el acuerdo de prórroga adoptado se enmarca en la fase de ejecución contractual, propiciando una extensión de su plazo de duración inicial. Se trata así de un acto que no se produce el procedimiento de preparación y adjudicación del contrato y que no puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación.

Así lo ha declarado ya este Tribunal en otras ocasiones, pudiendo recoger aquí lo que razonábamos en nuestra Resolución nº 885/2014.

(...)

Y ello por la sencilla razón de que la prórroga no constituye ni un nuevo contrato ni una modificación del contrato anterior sino una simple prolongación del contrato originario, con idénticas condiciones, durante el período previsto para ello en el contrato original, no siendo por ello ninguno de los actos relacionados con la prórrogas contractuales susceptible del presente recurso especial en materia de contratación, reservado exclusivamente a los actos referidos en el citado art. 40 del TRLCSP”.

(...)

Tales consideraciones siguen siendo aplicables bajo el régimen de la vigente LCSP, a la vista del elenco de actos impugnables recogido en el art. 44.2, donde no se incluyen los acuerdos de prórroga contractual”.

La prórroga no es susceptible de recurso por tratarse de un contrato privado y de acuerdo con el artículo 21.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), aplicable al Contrato por razones temporales, la única competente para conocer de las controversias que se susciten sobre ella es la jurisdicción civil. Afirma que la misma conclusión se alcanza bajo la actual regulación, según ordena el artículo 27.2 de la LCSP, el cual afirma que:

“2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver:

a) Las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales citadas en las letras b) y c) del apartado anterior”.

La prórroga es perfectamente legal ajustándose a los límites establecidos en a los límites establecidos en la cláusula I.16 del PCJ y el artículo 23 del TRLCSP. La prórroga está prevista en los Pliegos, ajustándose a sus límites temporales máximos.

Procede también reiterar la falta de la legitimación de un miembro de la UTE para recurrir una actuación (la prórroga del contrato) en contra del otro miembro de la UTE, sin perjuicio de manifestarnos sobre las nuevas alegaciones del recurrente acerca de un supuesto cambio jurisprudencial sobre la legitimación de los miembros de la UTE y sobre la pericial que aporta.

Esta falta de legitimación también la alega el órgano de contratación y se ha recogido en resoluciones anteriores de este Tribunal.

El artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales admite esta legitimación en cuanto a los recursos contra la adjudicación del contrato en los siguientes términos:

“2. En el caso de que varias empresas concurren a una licitación bajo el compromiso de constituir unión temporal de empresas para el caso de que resulten adjudicatarias del contrato, cualquiera de ellas podrá interponer el recurso, siempre que sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

Si alguna de las empresas firmantes del compromiso no deseara interponer el recurso podrá ponerlo de manifiesto al Tribunal en cualquier momento del

procedimiento anterior a la resolución. En tal caso no se le tendrá por comparecida en el mismo y en el supuesto de que el Tribunal acuerde la imposición de multa por temeridad o mala fe, en los términos previstos en el artículo 47.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la misma solo será exigible a la entidad o entidades recurrentes”.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia núm. 456/2021 de 26 marzo (RJ\2021\1366) hace acopio de jurisprudencia y reconoce legitimación a un solo integrante de la UTE en el recurso especial en materia de contratación contra un acto de adjudicación.

La particularidad del caso presente es que es una UTE ya constituida y una de las empresas y la representación de la UTE no solo no acompañan en la formalización del recurso especial en materia de contratación o se opone al mismo, sino que ha conformado con el órgano de contratación la prórroga del contrato que es objeto del recurso, formalización que el Gerente verifica en nombre y representación de la UTE.

A tenor del artículo 69 de la LCSP los empresarios agrupados en UTE quedan obligados solidariamente debiendo nombrar un apoderado único:

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

Los empresarios agrupados en UTE constituyen una comunidad de derechos que se rigen por lo pactado entre ellos y a falta de pacto aplica la doctrina las normas generales de la comunidad de bienes. Conforme a sus reglas cada partícipe

puede realizar en nombre propio los actos en defensa de la comunidad, cuyos efectos se transmiten a los otros comuneros (artículo 394 Código civil en interpretación jurisprudencial).

En sentido contrario, la jurisprudencia no reconoce legitimación procesal al miembro de la UTE que actúa al margen del interés de la comunidad. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 22 junio 2009 (RJ\2009\5865):

“SEXTO.- Esta Sala y Sección en supuestos como los examinados en las STS de 28 de febrero de 2005, 11 de julio de 2006, 13 de mayo y 23 de julio de 2008 entiende procedente el ejercicio de acciones por uno de los miembros que componen la asociación empresarial. Presentan la particularidad de evidenciar una voluntad común de los integrantes aunque la interposición del recurso jurisdiccional fuere individual.

Sin embargo, en el supuesto objeto aquí de recurso de casación no cabe aceptar la pretensión de la recurrente respecto a que el caso concernido fuere similar al enjuiciado en la STS de 28 de febrero de 2005. Todo lo contrario. De los hechos reflejados en la antedicha sentencia no se colige la existencia de disidencia alguna entre los componentes de la agrupación temporal como aquí sí sucede. Y tales hechos no pueden ser desgajados de la sentencia cuyo quebranto se invoca.

De la situación fáctica reflejada en la sentencia de instancia, así como de la argumentación de la administración oponiéndose al recurso, queda patente que la otra empresa componente de la agrupación temporal renunció, anticipadamente, al ejercicio de cualquier acción judicial. Desistimiento que también realizó la persona física designada por todos los componentes de la asociación temporal de empresas para su representación en las actuaciones a llevar a cabo.

Por ello, debe aplicarse, mas ‘a sensu contrario’ la doctrina plasmada en las sentencias de 13 de mayo y 23 de julio de 2008 que expresan que tal actuación de los copartícipes es admisible cuando se realiza ‘sin oposición de los restantes’. Y si aquí consta expresamente que uno de los componentes mostró su oposición clara a la interposición de cualquier recurso jurisdiccional es obvio que la Sala de instancia no ha quebrantado el conjunto de preceptos esgrimidos. Y, por lo mismo, tampoco

se ha conculcado la doctrina sobre los intereses legítimos ya que la eventual anulación del acto ningún beneficio reportaría a los recurrentes ante la patente inexistencia de la unión temporal de empresas que concurrió al concurso dada la renuncia de uno de sus integrantes”.

En el caso no es solo oposición clara al recurso sino actuación contraria al mismo.

AXPE manifiesta que ejerce el interés propio en orden a nueva adjudicación de la prórroga del contrato y que el interesado en la misma es la otra empresa, y en sentido contrario perjudicado por la interposición del recurso.

La propia LCSP no admite otra interlocución que con el representante único de la UTE, trasladando el recurso a este Tribunal un litigio que debe resolverse en el ámbito interno conforme a los compromisos que tengan suscritos entre los componentes de la UTE.

AXPE funda su legitimación precisamente como miembro de la UTE por el perjuicio que le causa la prórroga contractual como parte de la unión de empresas de la que forma parte y que tiene que ejecutar, y el beneficio que obtendría de una licitación independiente de esa parte, elementos que en este recurso se pretende acreditar mediante la aportación de informes periciales que evaluarían tanto el daño emergente que se causa a AXPE por los modificados que tiene que ejecutar con el otro componente de la UTE, como el lucro cesante consecuencia de no sacarlo a un nuevo concurso, del que el recurrente se presume necesariamente adjudicatario.

AXPE en cuanto ha decidido libremente concurrir a este contrato en una agrupación de empresas ha vinculado su interés al conjunto de la agrupación, careciendo de legitimación al margen de la misma. Tal y como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha: 18/02/2015 nº de recurso de casación, 1440/2013:

“En este sentido la asociación de empresas es una forma jurídica que contempla el ordenamiento como una de las varias posibles para participar en este tipo de adjudicaciones. De esta manera, cuando una empresa concurre bajo esa cobertura jurídica lo hace como una opción libre, en vez de hacerlo de forma separada. Al optar por esa forma de concurrir está libremente vinculando su interés al conjunto de la asociación de empresas, que será la entidad afectada por la decisión de la Administración convocante tanto si se le adjudica el concurso como si no. En caso afirmativo, la agrupación de empresas debía constituir una forma jurídica apropiada a la gestión de la concesión que sería la titular de los derechos y obligaciones derivados de la adjudicación y, en caso contrario, la propia agrupación sería la perjudicada por la decisión administrativa. En ambos casos será la entidad colectiva la que, por libre decisión de sus integrantes, ostentará jurídicamente un interés legítimo para recurrir cualquier decisión de la Administración sobre el concurso, empezando por la propia adjudicación. En este sentido, las empresas que integran la asociación no poseen a título individual relevancia jurídica, puesto que no han concurrido como tales al concurso”.

Careciendo de legitimación el recurrente procede la inadmisión del recurso.

Añade en este recurso AXPE, que la doctrina jurisprudencial sobre la legitimación de los miembros de la UTE para impugnar una actuación del órgano de contratación por sí mismos ha variado y se encuentra reconocida por nuevas sentencias, citando al respecto S. nº 216 de 17 de febrero de 2020 (RJ 2020/466), S. nº 456, de 26 de marzo de 2021 (RJ 2021/1366), S. nº 702, de 19 de mayo de 2021 (RJ 2021/2721), Auto de 25 de Febrero de 2020 (JUR. 2020/70711). Si bien solo expone el contenido de la Sentencia 702/2021 de 19 de mayo.

Parte de estas sentencias ya son citadas por este Tribunal como fundamento de la no legitimación, tal y como recuerda el órgano de contratación, no constituyendo novedad alguna. Las Resoluciones nº 296/2021, de 6 de julio, y 27/2022, de 24 de enero, de este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de

la Comunidad de Madrid, por las que se inadmiten los recursos mencionados, citan, ambas, una de las sentencias invocadas por la actora como novedosa y que, a su juicio, ha sido tenida en cuenta por ese Tribunal a la hora de inadmitir los dos anteriores recursos especiales en materia de contratación planteados por la recurrente. En concreto, la Sentencia número 456/2021, de 26 marzo (RJ\2021\1366). En relación con la misma se puede comprobar que en ambas inadmisiones este Tribunal no solo ha hecho referencia a esta Sentencia, sino que, además, respecto a la misma ha dicho literalmente que «hace acopio de jurisprudencia y reconoce legitimación a un solo integrante de la UTE en el recurso especial en materia de contratación contra un acto de adjudicación». Entre la jurisprudencia que «acopia» la mencionada Sentencia 456/2021, de 26 marzo, se incluye la Sentencia 216/2020, de 17 de febrero (recurso de casación nº 36/2018), que es otra de las sentencias mencionadas por la recurrente como novedosa o superadora de la doctrina anterior.

En cuanto a la sentencia 702/2021 no se aprecia ese cambio jurisprudencial, independientemente que una sola sentencia no le constituiría, pues refiere a un supuesto concreto: al acto de adjudicación y a la incautación de la garantía definitiva, por no haber formalizado el contrato, al existir un defecto en la documentación presentada por la UTE (la falta de bastanteo de un poder). En el sentido que se afirma en el cuerpo de la Sentencia sobre un precedente, la incautación de la garantía repercute sobre las integrantes de la UTE y la recurrente tenía un interés legítimo en impugnar el acto de incautación de las garantías y evitar el perjuicio jurídico que para tal mercantil implicaría la eventual repetición contra las empresas integrantes de la UTE como obligadas solidarias. Sólo se pronuncia sobre este extremo:

“QUINTO.- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

Falta solamente dar respuesta a la cuestión que nos ha sometido el auto de la Sección Primera de 23 de junio de 2018 y, tras los razonamientos que hemos expuesto, ha de ser coincidente con la que establecimos en las sentencias n.º

216/2020, de 17 de febrero (casación n.º 36/2018), n.º 456/2021, de 26 de marzo (casación n.º 1749/2019) y n.º 1327/2019, de 8 de octubre (casación n.º 5824/2017).

Es decir, la interpretación del artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción en relación con el principio pro actione en las particulares circunstancias del caso, lleva a concluir que Asturservicios La Productora, S.A.L. tenía un interés legítimo en impugnar la incautación de las garantías definitivas acordada por la resolución de la Consejería de Derechos y Servicios Sociales de 26 de septiembre de 2018”.

Recuerda el otro componente de la UTE, que esta sentencia no es novedosa, que su doctrina sobre la legitimación de un miembro para impugnar la incautación de la garantía es reiteración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre ese tema.

No existe un pronunciamiento general que los integrantes de una UTE tengan legitimidad por sí mismos para impugnar cualquier actuación del órgano de contratación, siempre que acrediten un interés, con independencia de la opinión de los otros integrantes de la UTE o de quien ostente la representación de la misma, lo que en el orden material haría inviable la ejecución de cualquier contrato si el órgano de contratación tuviera que conformar a todos los integrantes de las UTEs. Tendría que renovarse cada vez la formalización de la UTE. Como afirma la propia Sentencia 702/2021: *“es claro que el asunto presenta múltiples facetas y que, por la singularidad que representa cada caso, en las distintas sentencias aparecen los rasgos específicos del litigio correspondiente. Así, se ha destacado que no es lo mismo pretender un resarcimiento o evitar la incautación de las garantías presentadas en su día que instar la adjudicación del contrato o concesión. Se ha valorado si hay o no oposición de los demás integrantes de la proyectada unión temporal de empresas o si la que actúa en el pleito a resolver tenía o no la condición de representante único de la misma. Esos son los matices que aparecen en las sentencias invocadas”.*

Evidentemente no es lo mismo la eventual estimación de un recurso contra la incautación de la garantía, que, siendo un acto de gravamen, beneficia a todos los

componentes de la UTE unidos por vínculos de solidaridad, que la estimación de un recurso contra modificados o prórrogas, con los que están conformes los miembros de la UTE menos el recurrente.

Es que, además, en este caso, como en los modificados anteriores, el recurrente no acredita un interés legítimo actual, que a resultas de la estimación del recurso le produzca un beneficio inmediato y real, no meramente hipotético, o le evite un perjuicio, tal y como requiere unánime jurisprudencia, incluso constitucional, sobre la legitimación. Lo que alega es que podría sacarse a concurso la parte no modificada o no prorrogada del contrato, de lo que no se deduce un beneficio directo, podría participar en el concurso y de reunir los requisitos exigidos, resultar adjudicatario si su proposición es la mejor, siempre y cuando tal parte del contrato se saque a licitación. Es un futuro.

Igualmente, sobre los perjuicios no se acredita nada, y debiera dirigirse contra el otro miembro de la UTE que muestra su conformidad a las actuaciones de la Agencia, pues esta última se limita a ejercer sus facultades de modificación y prórroga del contrato. Expresamente, DXC afirma que: *“el recurso perjudica a la UTE porque, de prosperar, determinaría la extinción del Contrato que ha sido aceptado, lo que perjudica gravemente los intereses de la propia UTE. Es decir, AXPE, con su actuación, apunta directamente a los intereses de la UTE de la que forma parte, a los que pretende perjudicar”*.

Procede entender no legitimado a AXPE para recurrir la prórroga del contrato.

Procediendo la inadmisión del recurso por las dos causas expuestas, no ha lugar a la suspensión del procedimiento, ni procede recibirlo a prueba, tal y como solicita el recurrente, prueba que versaría sobre informes periciales que tratan de evaluar el daño emergente que le producen las modificaciones a AXPE y el lucro cesante por comparación con el beneficio que obtendría en una nueva adjudicación sobre esta parte del contrato, sobre todo lo cual ya se ha adelantado nuestra

opinión. Estos informes periciales se aportan ahora por primera vez, y ni siquiera refieren a la prórroga que es objeto de recurso, sino a las modificaciones contractuales ya valoradas por este Tribunal y que dieran lugar a las dos Resoluciones ya comentadas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AXPE Consulting, S.L., contra Resolución de la Consejera Delegada de la Agencia de Administración Digital de la Comunidad de Madrid de 3^a prórroga del Contrato “Servicios de Soporte Multicanal al Usuario de los Sistemas de Información y Comunicaciones de la Comunidad de Madrid”- Expte: ECON/000206/2017, suscrito por la misma con la UTE IT Corporate Solutions Spain, S.L.U. y AXPE Consulting, S.L, por no ser un acto recurrible y por falta de legitimación activa, letras c) y b) del artículo 55 de la LCSP.

Segundo.- 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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y

contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL
Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP
EL VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ JOSE MIGUEL
Fecha: 2023 08 18 09:34