



Roj: **SAN 4502/2014 - ECLI:ES:AN:2014:4502**

Id Cendoj: **28079230032014100690**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/10/2014**

Nº de Recurso: **808/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUCIA ACIN AGUADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a treinta de octubre de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 808/13 que ante esta *Sección Tercera* de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **D. Joaquin Fanjul de Antonio** en representación de la UTE "**SOFTWARE A.G. ESPAÑA S.A., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIOS S.L., MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L., GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS**", así como de las mercantiles **SOFTWARE AG ESPAÑA S.A. (SAG), MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., (MNEMO), BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L., y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIO S.L. (PWC)**, contra la resolución de 11 de mayo de 2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (nº 107/2012) por la que se desestima el recurso 83/2012 interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 27 de marzo de 2012 en virtud de la cual se adjudicaba el acuerdo Marco para la contratación del desarrollo de sistemas de información (expediente de contratación AM 26/2011). Ha intervenido como demandada la Dirección General de Patrimonio del Estado representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Subdirección General de Compras convocó mediante anuncio publicado en el BOE el 7 de mayo de 2011, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un acuerdo marco para la contratación de servicios de desarrollo de sistemas de desarrollo por el procedimiento especial de adopción de tipos, en la que presentaron oferta las empresas recurrentes **SOFTWARE A.G. ESPAÑA S.A., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIOS S.L., MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L., GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA, S.L** comprometiéndose a la constitución caso de resultar adjudicatarias como Unión Temporal de Empresas. El 27 de junio de 2011, la Mesa de Contratación procedió a la apertura de las ofertas económicas presentadas por las empresas licitadoras (documento 14 del expediente).

El 12 de julio de 2011, se procedió a efectuar propuesta de adjudicación a favor de las empresas cuyas ofertas se consideraron como más favorables, así como a la exclusión de las ofertas presentadas por determinados licitadores.

En fecha 13 de octubre de 2011, previa solicitud y comprobación de que las empresas a favor de las cuales se proponía la adjudicación se encontraban al día en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social y en materia tributaria procedió a dictar la correspondiente resolución de adjudicación del Acuerdo Marco. Entre las adjudicatarias respecto de las que se había comprobado que estaban al día en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social y en materia tributaria se encontraban **PwC, MNEMO, BABEL, SAG y GPM**, que concurrieron con el compromiso de constituir la correspondiente UTE.



Contra la referida adjudicación se procedió a interponer recurso especial en materia de contratación por un elevado número de licitadores. En varios de ellos se dictó resolución estimatoria.

En fecha 29 de diciembre de 2011, se dictó resolución en virtud de la cual y como consecuencia de la estimación de gran parte de los recursos interpuestos se procedió a anular la adjudicación y a retrotraer el procedimiento a la valoración de ofertas.

Se realizó por la Subdirección General de Compras nuevo informe de valoración de las ofertas, resultando de nuevo entre las adjudicatarias las integrantes de la Unión Temporal de Empresas (PwC, MNEMO, BABEL, SAG y GPM).

El 15 de febrero de 2012, la Mesa de Contratación requirió a los licitadores seleccionados la aportación de nuevos certificados acreditativos de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social por haber transcurrido más de 6 meses desde la expedición de los aportados con ocasión de la presentación de sus ofertas. Examinados los certificados aportados por los componentes de la Unión Temporal de Empresas aquí recurrente, la Mesa de Contratación apreció que los certificados correspondientes a la mercantil Gestores de Proyectos Multimedia SL tenían una antigüedad superior a 6 meses, por lo que mediante oficio notificado a la mercantil se le concedió un plazo de 3 días para subsanación..

El 1 de marzo de 2012 dentro del indicado plazo los recurrentes presentaron un escrito en el que manifestaban: i) se tuviera por manifestada la pérdida de interés de GPM en la licitación; ii) se tuviera por manifestado el compromiso de SAG, MNEMO, BABEL y PWC de cumplir sin variación alguna los términos de la oferta presentada a la licitación y previos los trámites legales oportunos se procediera a la adjudicación del Acuerdo Marco a éstas empresas; iii) se tuviera por manifestada la puesta a disposición del Órgano Contratante de las 148 personas amparadas por certificado CMNI-DEV y una cobertura de 12 provincias; iv) subsidiariamente si se considerase que no es posible la adjudicación a SAG, MNEMO, BABEL y PWC se concediese nuevo plazo para la aportación de los correspondientes certificados de GPM.

El fecha 27 de marzo de 2012 La Dirección General del Patrimonio, se procedió a: 1) la adjudicación del Acuerdo Marco; 2) tener por decaída a la UTE aquí recurrente de su derecho a la adjudicación del contrato con base al siguiente razonamiento " *solicitado informe a la Abogacía del Estado respecto a esa posibilidad de modificación en los componentes de la UTE, y dado que esa modificación altera la oferta de la unión temporal, se obtiene informe desfavorable habida cuenta de la alteración de la puntuación obtenida por la misma como consecuencia de la renuncia de la empresa GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA SL a continuar en el proceso*"

El 16 de abril de 2012 la recurrente interpuso recurso especial en materia de contratación que fue desestimado por resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 12 de junio de 2013.

SEGUNDO: El 11 de julio de 2012 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de mayo de 2012 ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional donde fueron turnadas a la sección tercera. Admitido a trámite y una vez recibido el expediente administrativo se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo el 18 de abril de 2013 en el que solicitó " 1) *Que, teniendo por presentado este escrito de demanda y previos los trámites legalmente oportunos se proceda a) Declarar la nulidad o a anular la adjudicación del Acuerdo Marco y la resolución dictada por el Tribunal Administrativo Especial en Materia de Contratación de conformidad con lo dispuesto por los artículos 62 y 63 de la LRJ-PAC por no resultar conformes a Derecho, procediéndose de Forma inmediata a la convocatoria de un nuevo procedimiento de licitación y cesando la contratación a través del Acuerdo Marco. b) Subsidiariamente y en el caso de que se considere que la licitación no es susceptible de ser anulada o declarada nula se ordene la retroacción de la misma al momento en que se tomaron en consideración las ofertas presentadas por las empresas referidas en el HECHO III, o al menos al de la consideración de mis representadas, como desistidas de su derecho a la adjudicación y al momento en que se procedió a la atribución de puntuación a las ofertas admitidas. 2) Que, se proceda a indemnizar a mis representadas cómo consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación de la Dirección General de Patrimonio.*

Emplazado la Dirección General de Patrimonio del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 16 de octubre de 2013 en el que solicitó se desestime el recurso y se impongan las costas a la parte recurrente.

Acordado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes a salvo de la ratificación de la prueba pericial y presentadas conclusiones, se declararon conclusas las actuaciones el 20 de junio de 2014. Se señaló para votación y fallo el 14 de octubre de 2014 en que efectivamente tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución de 11 de mayo de 2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (nº 107/2012) por la que se desestima el recurso 83/2012 interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 27 de marzo de 2012 en virtud de la cual se adjudicaba el acuerdo Marco para la contratación del desarrollo de sistemas de información (expediente de contratación AM 26/2011).

La parte recurrente al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

- 1) La improcedencia de tener por decaídas a las recurrentes en su derecho a la adjudicación por el hecho de que una de las iniciales integrantes de la Unión Temporal de Empresas se hubiera desvinculado de ella.
- 2) El hecho de que para la adjudicación del acuerdo Marco, el órgano de contratación no haya procedido a solicitar a la totalidad de los licitadores de la documentación que se le requirió al recurrente
- 3) La incorrecta valoración de las ofertas de otros licitadores que obligaría a retrotraer lo actuado al momento de valoración de las ofertas.
- 4) La falta de motivación de la resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 27 de marzo de 2012 en relación al acuerdo adoptado en relación con las recurrentes y la falta de motivación de la adjudicación.

Todas estas cuestiones ya las planteó la actora en vía administrativa y en relación a la segunda y tercera cuestión tal como señala el Tribunal Central de Recursos Contractuales (TCRC) carece de legitimación para plantearlas, ya que los recurrentes, no obtendrían ya beneficio inmediato o cierto alguno de la eventual anulación del proceso de licitación, por la revisión de las puntuaciones asignadas a otros licitadores o de la propia exclusión de alguno de ellos, mas allá de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarles el que tampoco resulten adjudicatarias algunas otras empresas licitadoras, ambos insuficientes a los efectos de legitimación, asumido que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública. En este caso en el recurso contencioso-administrativo la parte actora tampoco alega el beneficio que obtendría de la eventual anulación del proceso de licitación, por lo que procede mantener el razonamiento de la resolución impugnada.

Por lo tanto la dos cuestiones a resolver son 1) si la renuncia de uno de los cinco licitadores integrantes de la UTE (GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA, S.L) antes de la adjudicación impide que el resto de las empresas SOFTWARE A.G. ESPAÑA S.A., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIOS S.L., MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L) puedan ser adjudicatarias y 2) la falta de motivación del acuerdo adoptado en relación con la exclusión de los recurrentes.

SEGUNDO: En relación a la cuestión de si la renuncia de uno de los licitadores integrantes de la Unión Temporal de Empresas (UTE) antes de la adjudicación impide que el resto de las empresas puedan ser adjudicatarias se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de forma constante en varias resoluciones señalando que el desistimiento de uno de los integrantes de una UTE que haya concurrido a una licitación no es, en principio y con abstracción de otras consideraciones, óbice insalvable para que pueda realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes si ostentan la clasificación o la solvencia económica, financiera y técnica exigida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares y cumplen con el resto de los requisitos previstos para los adjudicatarios, siempre que ello no implique una modificación sobrevenida de la oferta en su momento presentada por la UTE, lo cual sería contrario a los principios de igualdad y no discriminación consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En este caso el TACRC concluye que no puede realizarse la adjudicación en favor de los restantes componentes ya que el desistimiento de uno de los integrantes de la UTE determina una modificación sobrevenida de la oferta presentada toda vez que no podían seguir considerándose ofertados los concretos empleados y unidades organizativas adscritas que así se hubieran reflejado en la declaración responsable.

El recurrente señala que el órgano de contratación y el TACRC realizan una interpretación excesivamente estricta de la normativa de contratación conforme a los criterios establecidos por jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 26 de abril de 2001 , 10 de noviembre de 2006 y 21 de septiembre de 2004) y del Tribunal Constitucional (sentencia 110/1985 y 179/1998) señalando que el criterio mantenido por la Administración resultaría contrario al interés general, representado por proporcionar al órgano de Contratación el mayor número posible de opciones a la hora de elegir las ofertas adjudicatarias del Acuerdo Marco. Añade que ofrecieron a la Mesa de Contratación el cumplimiento de la oferta en sus exactos términos aunque para ello hubieran tenido que contar con medios de GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA, S.L (GPM) o en último caso a la sustitución de perfiles de dicha empresa por otros idénticos ya que el hecho de la pérdida de interés



de GPM no supone que las mismas no pudieran disponer del personal ofertado e incluso de un número de perfiles idénticos a los ofertados.

TERCERO : Ciertamente no existe en la normativa reguladora de la contratación pública precepto alguno que prohíba la adjudicación del acuerdo licitado a favor de los restantes miembros que concurrieron a la licitación con el compromiso de constituir una UTE, cuando uno de los que concurrió conjuntamente decide abandonar la licitación. Así lo ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2001 . Ahora bien dicha sentencia no se pronuncia sobre la cuestión aquí planteada referida a que si es posible realizar esa adjudicación en el caso de que se produzca una modificación de las condiciones económicas y técnicas de la oferta. Las sentencias que cita el recurrente avalan precisamente lo contrario ya que vienen a establecer que no se puede mantener una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos que se calificaron de formales no esenciales: la sentencia de 21 de septiembre de 2004 se refiere a la falta de firma de la proposición económica, la sentencia de 10 de noviembre de 2006 se refiere a la no admisión a concurso de una oferta al haberse presentado en sobre abierto valorando que esa circunstancia no le concede a dichas empresas posición alguna de ventaja sobre los demás licitadores". Es decir, los casos analizados por el Tribunal Supremo se refieren a supuestos en los que no se ha producido un cambio del contenido de la oferta. Las sentencias del Tribunal Constitucional no se refieren a temas de licitaciones públicas. La sentencia del Tribunal Constitucional 110/85 declara la nulidad de un auto del Tribunal Supremo que acordó no haber lugar a la admisión del recurso, porque las infracciones alegadas debieron plantearse en párrafos numerados los fundamentos doctrinales y legales aducidos y no agrupadas y la sentencia del Tribunal Constitucional 179/1998 de 16 de septiembre es un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de las Cortes de Castilla y León 3/1990, de 16 de marzo, de Seguridad Industrial de Castilla y León.

En este caso la retirada de Gestión de Proyectos Multimedia (GPM) una de las 5 empresas que constituía la UTE, no afecta al cumplimiento de los requisitos para participar en la licitación referidos a la solvencia económica financiera, y clasificación empresarial (supuesto en que podía haber sido adjudicatarias el resto de las empresas que formaban parte de UTE ya que el resto de las empresas cumplían esos requisitos). No se cuestiona tampoco por la Administración que el resto de las empresas que integraban la UTE tienen capacidad para presentar el mismo número de trabajadores que los ofertados y de la misma cualificación técnica que los presentados en su oferta inicial. El problema es que ello implica la modificación de la oferta tal como se requería que fuera presentada en relación a uno de los criterios que servían de base para la adjudicación previstos en la cláusula IX del pliego de cláusulas administrativas particulares y en concreto el referido a los "modelos de mejora de procesos"

Dicho apartado establecía lo siguiente:

Para establecer la puntuación correspondiente de cada oferta en el criterio modelos de mejora de procesos se calcularán 0.04 puntos por cada empleado puesto a disposición de la ejecución del acuerdo marco por la empresa licitadora con uno de los perfiles profesionales definidos en la cláusula III de este pliego que trabaje en cada una de las unidades organizativas radicadas en España de la empresa licitadora, auditadas/evaluadas dentro del alcance de un modelo de mejora de procesos CMMi- DEV o de evaluación de procesos ISO 15504.

Se realizará una declaración responsable, de acuerdo con el modelo incluido en el anexo VI, relacionando, por cada unidad organizativa radicada en España de la empresa licitadora, el número de empleados puestos a disposición para la ejecución de los contratos basados en el acuerdo marco que posean alguno de los perfiles profesionales definidos en la cláusula III de este pliego y que trabajen dentro del alcance de un modelo de mejora de procesos CMMi-DEV o de evaluación ISO 15504.

El número de empleados a contabilizar se extraerá de esta declaración responsable realizada conforme al modelo del anexo VI, que se entregará en el sobre "C" pero sólo serán contabilizados aquellos empleados que trabajen en unidades respecto de las cuales se haya aportado el correspondiente certificado. Dichos certificados deberán incluirse asimismo en el sobre "C".

En este caso no se podrían seguir ofertando los empleados y las unidades organizativas a ellas adscritas que se hubieran reflejado en la declaración responsable realizada conforme al modelo del anexo VI, ya que en la declaración responsable presentada conforme al anexo VI se incluyeron 63 empleados de la unidad organizativa GPM Central de Salamanca con nivel 3, y 1 empleado de la unidad organizativa GPM Valladolid con nivel 3 y 84 empleados de la unidad organizativa Software AG España Departamento de Telecomunicaciones con nivel 3 y conforme a la cláusula IX el número de empleados a contabilizar debía extraerse de esa declaración responsable. Es decir no se cuestiona que el resto de miembros de la UTE tenían capacidad para ofertar el mismo número de empleador y la misma cualificación técnica que los presentados por GPM, la cuestión es que el pliego de cláusulas administrativas particulares exigía que los empleados a contabilizar



se debían extraer de la declaración responsable realizada conforme al modelo del anexo VI y en ese modelo constaban que esos empleados eran de dos concretas unidades organizativas de GPM.

Por tanto tal como señala la resolución recurrida, la propuesta efectuada por los restantes miembros de la UTE implicaba un cambio de la oferta presentada respecto a uno de los criterios de adjudicación el relativo a los medios personales y en concreto el establecido en la cláusula IX del pliego referido a "modelos de mejora de procesos".

CUARTO: En cuanto a la falta de motivación, alegan las recurrentes que la resolución dictada por la Dirección General de Patrimonio carece de la motivación mínima exigida en lo que se refiere a la desposesión de PWC, MNEMO, SAG y BABEL de su condición de adjudicatarios ya que el órgano de contratación no procedió a contestar al requerimiento formulado por las recurrentes el 1 de marzo de 2012 (recogido en los antecedentes de hecho de esta sentencia) sino que procedió directamente a adjudicar el acuerdo Marco, incluyéndose en el mismo una mención a esa petición que no se puede considerar a juicio de la recurrente como una motivación.

A juicio de esta Sala no se aprecia la existencia de una deficiente motivación que le haya causado indefensión ya que en la resolución de la Dirección General del Patrimonio se les indica lo siguiente: *solicitado informe a la Abogacía del Estado respecto a esa posibilidad de modificación en los componentes de la UTE, y dado que esa modificación altera la oferta de la unión temporal, se obtiene informe desfavorable habida cuenta de la alteración de la puntuación obtenida por la misma como consecuencia de la renuncia de la empresa GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA SL a continuar en el proceso*".

Ese informe de la Abogacía del Estado (documento 105, folio 1484 y ss del expediente administrativo) fue examinado por la parte recurrente (ciertamente con un escaso margen de tiempo dada la demora de la Administración en contestar a la petición formulada por el interesado de que se le diera traslado del expediente formulada en el anuncio de interposición del recurso), pudiendo presentar las alegaciones oportunas ante el TACRC, (documento nº 5 del expediente administrativo) y que fueron analizadas en su resolución.

QUINTO: Conforme a lo expuesto procede desestimar el recurso . En cuanto a las costas, procede imponerlas a la parte actora a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre que establece que *"En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho"*.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **la UTE "SOFTWARE A.G. ESPAÑA S.A., PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIOS S.L., MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L., GESTORES DE PROYECTOS MULTIMEDIA, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS"**, así como de las mercantiles **SOFTWARE AG ESPAÑA S.A. (SAG), MNEMO EVOLUTION & INTEGRATION SERVICES S.A., (MNEMO), BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L., y PRICEWATERHOUSECOOPERS ASESORES DE NEGOCIO S.L. (PWC)** contra la resolución de 11 de mayo de 2012 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (nº 107/2012) por la que se desestima el recurso 83/2012 interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 27 de marzo de 2012 en virtud de la cual se adjudicaba el acuerdo Marco para la contratación del desarrollo de sistemas de información (expediente de contratación AM 26/2011) por ser dicha resoluciones en los extremos examinados conforme a derecho. Las costas se imponen a la parte actora.

Contra esta sentencia puede interponerse recurso de casación, que -en su caso- habrá de prepararse ante este Tribunal en el plazo de diez días contados desde el siguiente al de su notificación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. FRANCISCO DIAZ FRAILE D^a ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO

D^a LUCIA ACIN AGUADO ANA MARIA SANGUESA CABEZUDO

PUBLICACIÓN.-

Una vez firmada y publicada la anterior Sentencia es entregada en esta Secretaría para su notificación, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos.



Madrid a Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ