

Informe 2/2012, de 1 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Oferta anormalmente baja presentada por una Unión Temporal de Empresas. Justificación aportada, a título individual, por uno de sus integrantes.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calanda (Teruel), se dirige con fecha 23 de noviembre de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

- I- *Que por el Ayuntamiento de Calanda se ha incoado expediente de contratación de una obra pública municipal.*
- II- *Presentadas por los licitadores las pertinentes ofertas y dado traslado de las mismas a la Mesa de Contratación, ésta alberga dudas sobre la correcta aplicación de la legislación de contratos en cuanto a la valoración y clasificación de una de las ofertas se refiere.*

En escrito ANEXO se exponen los hechos y consideraciones que motiva la presente consulta.

SOLICITA:

Tenga a bien admitir a trámite el presente escrito y, de conformidad con lo expuesto, se sirva emitir informe sobre la cuestión solicitada.

ANEXO

HECHOS Y CONSIDERACIONES LEGALES:

Por el Ayuntamiento de Calanda se instruye expediente de contratación de una obra municipal, por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación. Iniciado el procedimiento de adjudicación, formulan oferta las empresas VIVEROS DECORA, SL y EZAGUE, SL., asumiendo el compromiso de constituirse formalmente en UTE en caso de resultar adjudicatarias del contrato, anticipando que VIVEROS DECORA, SL ostentará la representación de la UTE y anunciando la participación de cada empresa en la futura unión temporal.

Abiertos los sobres comprensivos de la documentación evaluable mediante criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor, se procedió seguidamente a la apertura de las proposiciones económicas, constatando que la oferta de la proyectada UTE: VIVEROS DECORA, SL y EZAGUE, SL, con una baja del 40 %, se halla incurso en presunción de oferta anormal o desproporcionada, por lo que se le confiera audiencia a fin de que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma.

Dentro de plazo, aporta justificación VIVEROS DECORA, SL, cuyo representante legal la suscribe unilateralmente; no la suscribe el representante legal de EZAGUE, SL. Antes de que la Mesa de Contratación requiera la subsanación de dicha deficiencia, se recibe escrito de EZAGUE manifestando textualmente:

“Que por ese Ayuntamiento fue sacada a concurso público la adjudicación del contrato de obras de “INFRAESTRUCTURA MUNICIPAL DE DESARROLLO INDUSTRIAL AGRÍCOLA 5ª FASE, 8ª SEPARATA, TOMO III: EXPLANACIÓN Y URBANIZACIÓN” en la que participó la UTE VIVEROS DECORA, SL y EZAGUE, SL. Tras el acto de apertura de proposiciones, se comunicó por ese Ayuntamiento a la UTE VIVEROS DECORA, SL y EZAGUE, SL que calificaba su oferta presentada como desproporcionada, en baja temeraria, dando un plazo para que justificase la valoración de la oferta y precisase las condiciones de la misma, lo que la representación de la UTE, la otra integrante de la misma, realizó sin consultar con nosotros dada la premura de los plazos para presentar dicha justificación.

Que la empresa compareciente quiere manifestar a ese Ayuntamiento que al desconocer el contenido de dicha justificación presentada, no podemos respaldarla al desconocer si en la misma se han contemplado determinados riesgos que pueden provocar que por razones ajenas a la UTE no se pueda cumplir con la oferta presentada, lo que queremos poner de manifiesto a ese Ayuntamiento para lo tenga en consideración a la hora de valorar dicha justificación.

SOLICITO A ESE AYUNTAMIENTO que tenga por presentado este escrito y por realizadas las manifestaciones en el mismo contenidas”.

Ante tal estado de cosas entiende el Secretario-Interventor de este Ayuntamiento que no puede entenderse justificada la oferta anormalmente baja, por las siguientes razones:

a) La UTE no ha sido formalmente constituida, por lo que ninguna empresa puede erigirse en representante de la futura unión temporal ante el Ayuntamiento, debiendo por tanto justificar la anormal baja ambas empresas.

b) El escrito de EZAGUE, SL cuestiona la justificación aportada por VIVEROS DECORA, SL, desvinculándose de la misma y poniendo en duda la viabilidad de la oferta anormalmente baja. Mediante dicho escrito EZAGUE, SL desiste de justificar la oferta, evidenciando una disparidad de criterios entre ambas empresas en cuanto a dicha justificación se refiere.

En vista de lo cual, concluye el Secretario-Interventor, que la oferta formulada por VIVEROS DECORA, SL y EZAGUE, SL debe ser excluida de la clasificación, al no haberse acreditado que la misma puede ser cumplida como consecuencia de valores anormales o desproporcionados.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 1 de febrero de 2012, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento; a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva; no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calanda, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la posibilidad de admitir la justificación de una oferta considerada anormalmente baja realizada por una Unión Temporal de Empresas de forma exclusiva por uno de los componentes de la misma, en nombre propio, ya que ésta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2

del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Calanda es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Normativa aplicable a las Uniones Temporales de Empresas.

Por el Ayuntamiento de Calanda se solicita informe sobre la actuación llevada a cabo en el trámite de valoración de una oferta presentada por una Unión Temporal de Empresas, considerada, conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares anormalmente baja.

A la vista de la consulta, la cuestión general a analizar es la posibilidad de admitir la justificación de una oferta anormalmente baja —presentada conjuntamente por varios empresarios, con el compromiso de constituir una Unión Temporal de Empresas—, de forma exclusiva, por uno de sus futuros integrantes, y si resulta necesario requerir al resto de componentes para que, de forma conjunta, al igual que hicieron en la fase de presentación de ofertas, realicen la justificación o, como indica el Secretario Interventor de la Corporación, la propuesta debe ser excluida de la licitación.

Para ello, debemos, en primer lugar, analizar la normativa que resulta aplicable a las Uniones Temporales de Empresas, tanto general, como sectorial.

La regulación de las Uniones Temporales de Empresas se lleva a cabo, fundamentalmente, en una norma de tipo fiscal, la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial y Regional (en adelante LUTE), modificada posteriormente por otras Leyes (Ley 43/1995 y 66/1997, del Impuesto de Sociedades; Ley 46/2002 de Medidas Fiscales; Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social...), entre las que cabe destacar, la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico, que vino a

sustituir la figura de la Agrupación de Empresas, hasta entonces regulada en la LUTE, por la de la Agrupación de Interés Económico.

Se define la UTE como un sistema de agrupación de empresas que da lugar a una organización sin personalidad jurídica, que tiene como fin la ejecución de una obra, servicio o suministro determinado (hoy, extensible al resto de figuras contractuales), cuyas obligaciones se asumen por sus miembros de forma solidaria, cuya duración no es indefinida y en la que existirá un Gerente único, con poderes suficientes de todos y cada uno de los miembros para ejercitar los derechos y contraer las obligaciones correspondientes, debiendo actuar la UTE, precisamente, a través del Gerente y haciéndolo constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión.

Las Uniones Temporales de Empresas, se encuentran reguladas, en materia contractual, en los artículos 59, 66 y 149.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y en los artículos 24, 51, 52 y 61 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP).

El Artículo 59 TRLCSP, en su apartado segundo, establece lo siguiente:

«2. Los empresarios que concurran 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.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato».

Del tenor literal del precepto, el representante o apoderado único ejercerá los derechos y cumplirá las obligaciones derivadas del contrato; contrato ya adjudicado y una vez formalizado, momento en el que éste se perfecciona.

Por ello, y hasta tanto no se constituye la UTE en escritura pública, nos encontramos con un acuerdo privado y ajeno a la Administración contratante, de colaboración de empresarios, que asumen el compromiso de constituirse en Unión Temporal, en caso de resultar adjudicatarios. Se trata, por tanto, de un compromiso futuro, condicionado al resultado del procedimiento de adjudicación.

Hasta ese momento, los empresarios que concurren a la licitación, lo hacen a título individual, debiendo cada uno de ellos, acreditar que reúnen los requisitos para contratar con el sector público, suscribir su oferta económica y técnica, y justificarla cuando sean requeridos para ello.

Como ya manifestara esta Junta en su Informe 16/2011, de 8 de junio: *«...una unión temporal de empresarios es un sistema de colaboración que surge como consecuencia de un contrato asociativo, de carácter temporal, para la ejecución de un contrato, dando lugar a una organización distinta de la de sus miembros, pero sin personalidad jurídica propia o diferenciada. Se trata, por lo tanto, de una asociación de empresarios que —manteniendo su independencia jurídica, y siendo sus miembros los que asumen la condición de contratistas— disponen durante la vigencia del contrato de una estrategia de dirección unitaria para su ejecución, a la que no podrían hacer frente de manera individualizada.*

Esta ausencia de personalidad jurídica de la UTE determina que quienes contraten realmente sean sus empresarios integrantes, de manera que los requisitos de capacidad de obrar, habilitación empresarial o profesional, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar son directamente exigibles a cada uno de los miembros de la unión, y no a la misma...».

III. Actuaciones previas a la constitución de la UTE. Capacidad para actuar en nombre de otro empresario y en nombre de la futura Unión Temporal, y actuaciones a seguir, por la Mesa de Contratación, detectada la deficiencia.

Si bien la normativa en materia de contratación no se pronuncia respecto a la posibilidad de actuar en nombre de otro empresario, la doctrina jurisprudencial (STS 1968/2008, 4101/208, entre otras) reconoce legitimación activa a cualquiera de los partícipes para litigar en beneficio de una comunidad. Ahora bien, añade la doctrina *«con la única consecuencia de que la sentencia dictada a su favor aprovecha a los demás, sin que les perjudique la adversa o contraria»* y, por otro lado, *«sin oposición de los restantes»*. Ello deviene del reconocimiento de capacidad procesal, por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a las uniones sin personalidad.

En el procedimiento de adjudicación, nos encontramos ante una actuación de la futura Unión Temporal —la justificación de una oferta anormalmente baja— no calificable de «mero trámite», en la que pueda presumirse la representación y de la que, su adecuada o inadecuada realización tendrá consecuencias jurídicas, favorables o desfavorables para los empresarios integrantes, por lo que no es posible admitir la justificación por uno sólo de ellos.

Detectada por la Mesa de Contratación la falta de justificación de la oferta por el conjunto de empresarios componentes de la futura Unión Temporal la actuación ajustada a derecho pasaría por conceder un plazo de subsanación, consistente en la justificación conjunta de todos los componentes. Ello, porque de forma conjunta presentaron la oferta.

La Mesa de Contratación, o alguno de sus miembros, no puede establecer presunciones, ni concluir la exclusión de una oferta, por el mero hecho de que una de las empresas, que no ha suscrito la justificación, realice unas manifestaciones en las que indica que no la puede respaldar por desconocerla. Además, ha de actuar al margen de los problemas internos que puedan existir

entre empresarios y exigir, como se ha indicado, una confirmación o desistimiento conjunto de los integrantes de la futura UTE.

III. CONCLUSIONES

I. Las actuaciones previas a la adjudicación de un contrato deberán ser suscritas por todos los empresarios componentes de una futura Unión Temporal de Empresas.

II. La justificación, a título particular, por parte de uno de los empresarios, de la oferta presentada por la futura Unión Temporal de Empresas, aunque éste sea el identificado en el compromiso como futuro representante de la misma, no es suficiente y no puede presumirse que ostenta la representación de la UTE, por no tratarse de un mero acto de trámite.

III. La actuación a seguir por la Mesa de Contratación consistirá —observado el defecto— en requerir a la futura Unión Temporal de Empresas, para que proceda a su subsanación, que consistirá en una justificación conjunta de todos sus integrantes, al igual que, de forma conjunta, presentaron su oferta.

Informe 2/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.