

Expediente nº: 0952073/13

Asunto: RESOLUCIÓN DEL SR. CONSEJERO DEL ÁREA DE CULTURA, EDUCACION Y MEDIO AMBIENTE.- EN LA INMORTAL CIUDAD DE ZARAGOZA A 16 DE DICIEMBRE DE 2013

JUSTICIA DE ARAGÓN

Don Juan de Aragón nº 7
50001 ZARAGOZA

El Consejero de Cultura, Educación y Medio Ambiente, por delegación de competencias, resolvió con fecha 16 de diciembre de 2013, lo siguiente:

PRIMERO.- Inadmitir las sugerencias formuladas en la resolución DI-1946/2013-2 de El Justicia de Aragón, por la que se resolvía la queja formulada por la asociación PROMOTORA DE ACCION INFANTIL en relación con el procedimiento de contratación llevado a cabo por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. por que se adjudicó el contrato de servicios denominado "REDACCION Y POSTERIOR EJECUCION DE UN PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA, DURANTE LA CELEBRACION DE LAS FIESTAS DEL PILAR" (Ref. 6/2013) por entender que los fundamentos jurídicos contenidos en la misma son contrarios a la normativa vigente que resulta de aplicación a los procedimientos de contratación aplicables a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U, conforme a lo expuesto en el informe-propuesta jurídica de fecha 16 de diciembre de 2013 emitida por el Servicio Administrativo de Cultura y Educación del Área de Cultura, Educación y Medio Ambiente del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

SEGUNDO- Solicitar a El Justicia de Aragón la rectificación de su resolución DI-1946/2013-2, por entenderla no ajustada a derecho, conforme a los argumentos recogidos en el informe-propuesta jurídica del Servicio Administrativo de Cultura y Educación del Área de Cultura, Educación y Medio Ambiente del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.

TERCERO- Notificar íntegramente esta resolución, junto con el informe-propuesta jurídica emitida por el Servicio Administrativo de Cultura y Educación que se reproduce a continuación, a la institución de El Justicia de Aragón, así como a los interesados en el expediente.

INFORME JURIDICO DE FECHA 16 DE DICIEMBRE DE 2013:

En fecha 29 de octubre de 2013 tuvo entrada en el Registro Municipal la resolución DI1946/2013-2 del Justicia de Aragón en la que se plantean sugerencias en relación con la queja formulada el 30 de septiembre de 2013 ante esa institución, en relación con presuntas irregularidades ocurridas en el procedimiento de contratación nº 6/2013 llevado a cabo por la SOCIEDAD MUNICIPAL ZARAGOZA CULTURAL S.A.U, en el que se adjudicó el contrato de servicios denominado "REDACCION Y POSTERIOR EJECUCION DE UN PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA, DURANTE LA CELEBRACION DE LAS FIESTAS DEL PILAR", por procedimiento abierto.

-/-

CONTENIDO DE LA SUGERENCIA

El Justicia de Aragón efectúa un análisis de los hechos que dice concurren en el caso, manifestando que el día 30 de septiembre de 2013 tuvo entrada en esa Institución una queja denunciando irregularidades en el procedimiento de contratación tramitado para adjudicar el contrato de servicios denominado "REDACCION Y POSTERIOR EJECUCION DE UN PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA, DURANTE LA CELEBRACION DE LAS FIESTAS DEL PILAR". (Ref 6/2013)

Las cuestiones que se plantean en la resolución de El Justicia de Aragón se refieren a la atención dispensada al denunciante en relación con el acceso al expediente de contratación y a la denegación de las

copias del mismo que había solicitado, así una serie de supuestas irregularidades en el procedimiento de adjudicación del contrato, que son examinadas más adelante.

El Justicia de Aragón finaliza con una resolución que dice textualmente:

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Ayuntamiento de Zaragoza, y más concretamente a su Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. las siguientes sugerencias:

Primera.- Que en las notificaciones que deriven de los expedientes de contratación facilite a los licitadores los datos necesarios para poder fundamentar, en su caso, los pertinentes recursos contra la decisión de adjudicación.

Segunda.- Que habida cuenta de las deficiencias detectadas en el expediente para la contratación del "Parque Infantil Delicias" estudie la procedencia de su revisión.

Y termina solicitando comunicación respecto a si se aceptan o no las sugerencias formuladas, indicando en caso negativo las razones en que funde su negativa.

-II- ANTECEDENTES

El contrato en cuestión es un contrato de servicios conforme a lo establecido en el artículo 10 del Real Decreto Legislativo 3/2011 que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), incluido en la categoría 26 del Anexo II de dicho texto legal, habiéndose tramitado por procedimiento abierto conforme a las Normas Internas de Contratación de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U (ZARAGOZA CULTURAL).

Conforme a lo establecido en el artículo 13 en relación con el artículo 16 TRLCSP el contrato no está sujeto a regulación armonizada.

A los efectos contenidos en los artículos 109.4 y 137.2 del TRLCSP, ZARAGOZA CULTURAL, es una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal. Por ello en lo que a sus contratos se refiere, es un poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública en lo que al ámbito de la contratación pública se refiere , conforme a lo dispuesto en el artículo 3.3.b) TRLCSP.

Por ello el contrato objeto de recurso tiene la consideración de contrato privado, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del TRLCSP, rigiéndose, en cuanto a su preparación y adjudicación, por lo establecido en las Normas Internas de Contratación, aprobadas por acuerdo del Consejo de Administración de ZARAGOZA CULTURAL de fecha 15 de mayo de 2008 (accesibles en el perfil del contratante de la sociedad municipal), en las Bases del procedimiento y para lo no previsto en ellas, por la normativa vigente en materia de contratación administrativa, fundamentalmente por el TRLCSP.

De acuerdo con lo dispuesto en los Estatutos de ZARAGOZA CULTURAL, el órgano de contratación es su Consejo de Administración, tal como se especifica en la cláusula 3 de las Bases que rigieron el procedimiento y que tienen carácter contractual.

Dicho Consejo de Administración en sesión celebrada el día 26 de marzo de 2013 acordó aprobar las Bases del procedimiento para la contratación del servicio mencionado, con un presupuesto de licitación para los dos años de duración inicial del contrato de 57.851,24 euros (IVA excluido); 70.000 euros (IVA incluido), iniciándose el procedimiento de adjudicación mediante la publicación de la licitación tal y como consta en el expediente, habiéndose presentado dos ofertas; plica 1 Asociación PROMOTORA DE ACCION INFANTIL (PAI) y plica 2, Unión Temporal de Empresas formada por las mercantiles siguientes: BROTHERS PROJECTIONS S.L., NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L. y GESTIÓ Y ASSESORAMENT D'ACTES CULTURALS S.L. Conforme a lo dispuesto en la cláusula 6 de dichas Bases la duración del contrato es de dos años con la posibilidad de una prórroga anual.

Tras los trámites preceptivos el órgano de contratación, a la vista de la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación, acordó en sesión celebrada el día 24 de julio de 2013 adjudicar el contrato a la Unión Temporal de Empresas formada por las mercantiles siguientes: BROTHERS PROJECTIONS S.L. (CIF B621381144), NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L. (CIF B77342891) y GESTIÓ Y ASSESORAMENT D

'ACTES CULTURALS S.L. (CIF B63511687) por un importe de 55.371,90 euros (IVA excluido); 67.000,00 euros (IVA incluido) para los dos años de duración inicial del contrato, por ser la oferta económicamente más ventajosa, al haber obtenido la mayor puntuación en la valoración de la documentación sujeta a los criterios de valoración evaluables mediante juicios de valor (Sobre 2) contenidos en las Bases del Procedimiento y que consta en el informe técnico emitido con fecha 8 de julio de 2013, así como por tratarse de la mejor oferta económica (Sobre 3) al haber resultado la más barata.

En cuanto a la oferta presentada por PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL, la misma fue admitida al procedimiento, si bien no resultó adjudicataria, al haber obtenido menor puntuación que la oferta de la UTE a la que se adjudicó el contrato, tanto en aplicación de los criterios de valoración establecidos en las Bases valorables conforme a criterios no sujetos a formulas (Sobre nº 2), cómo en la documentación valorable de manera automática (Sobre nº 3), sin que dichos criterios de valoración hubieran sido impugnados en tiempo y forma.

En escrito de El Justicia de Aragón fechado el 3 de octubre de 2013, recibido en el Registro General del Ayuntamiento de Zaragoza el 8 de octubre de 2013 (expediente municipal nº 0884591/13), esa Institución solicitó al Ayuntamiento de Zaragoza, información sobre la cuestión planteada en la queja, en concreto, y únicamente, en relación con la atención dispensada a la asociación PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL, entidad identificada en dicho escrito como denunciante.

A fin de cumplimentar lo requerido, el Servicio Administrativo de Cultura y Educación emitió con fecha 16 de octubre de 2013, informe en el que manifestaba que no eran ciertas las afirmaciones de la entidad denunciante, puesto que se les había dado vista del contenido completo del expediente de contratación en reiteradas ocasiones. Junto con el citado informe y en esa misma fecha se hizo entrega de una copia del expediente de contratación, personalmente a un representante de El Justicia de Aragón, personado con ese fin en las dependencias municipales del Área de Cultura, Educación y Medio Ambiente (C/ Torrenueva nº 25, Torreón Fortea).

Puesto que el contrato adjudicado, objeto de la queja, fue tramitado por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U., el Gerente de la sociedad, con fecha 5 de noviembre de 2013, remitió escrito a El Justicia de Aragón en el que manifestaba que habiendo tenido conocimiento de la publicación en la web de El Justicia de Aragón de la resolución DI1946/2013-2 y puesto que no se había tenido conocimiento, y por tanto no se había podido informar al respecto, de las cuestiones contenidas en la queja formulada por la asociación PROMOTORA DE ACCION INFANTIL (a excepción de la cuestión relativa al acceso al expediente de contratación), solicitaba copia del expediente de la queja o, en su caso, acceso a su contenido al objeto de poder ejercitar los derechos y acciones que pudieran resultar oportunos.

El Justicia de Aragón, con fecha 11 de noviembre de 2013, contestó a la solicitud del Gerente de ZARAGOZA CULTURAL, denegando el acceso al contenido del expediente de la queja, justificándolo en que "no es preciso remitir ningún documento al no existir datos que desconozcan..." y afirmando que "únicamente existe un dato que pueden desconocer, y es el de la persona que presenta la queja, pero no se lo podemos facilitar porque, conforme a lo previsto en el artículo 15.5 de nuestra Ley reguladora en cualquier caso se mantendrá en secreto el nombre de las personas que formulen quejas", afirmación que, al menos, es sorprendente puesto que en el escrito de El Justicia de Aragón de fecha 3 de octubre, citado más arriba, aparecía claramente identificada la persona que formulaba la queja. Lo solicitado por el Gerente de ZARAGOZA CULTURAL no se refería, por ello, a la identificación del denunciante (cuestión que por otra parte era evidente al tratarse del único licitador que no había resultado adjudicatario) sino a los motivos esgrimidos en la misma en cuanto al procedimiento de contratación. Es decir no se pudo tener acceso al contenido de la queja, desconociendo en aquel momento, si El Justicia de Aragón, había dado trámite de audiencia al otro interesado en el procedimiento, esto es a la Unión Temporal de Empresas que había resultado adjudicataria del contrato.

Posteriormente, con fecha 15 de noviembre de 2013, tuvo entrada en las dependencias administrativas de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U., escrito firmado por los representantes legales de cada una de las tres empresas integrantes de la UTE contratista en el que ponían de manifiesto que enterados por la edición digital de un medio de comunicación de la publicación del contenido de la resolución de El Justicia de Aragón, y desconociendo las actuaciones llevadas a cabo por dicha Institución, solicitaban información como interesados en el expediente.

Con fecha 17 de octubre de 2013, la asociación PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL formuló recurso administrativo contra la adjudicación del contrato de servicios denominado "REDACCION Y POSTERIOR EJECUCION DE UN PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA, DURANTE LA CELEBRACION DE LAS FIESTAS DEL PILAR", acordada por el

Consejo de Administración de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. el día 24 de julio de 2013, así como reclamación previa al ejercicio de acciones civiles.

**-III-
FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Primero.- Competencias de la Institución de El Justicia de Aragón.

La Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora de la institución de El Justicia de Aragón permite en el artículo 2.2 que el Justicia de Aragón pueda también “supervisar la actuación de los Entes locales aragoneses en todo lo que afecte a materias en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencia a la Comunidad de Aragón”, bien entendido que, según la interpretación que de este artículo de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 142/1988, de 12 de julio, “...la supervisión en él establecida se entienda restringida a las actividades de los entes locales que supongan ejercicio de competencias por transferencia o delegación de la Comunidad Autónoma o se trate de la simple gestión ordinaria de servicios de ésta, ya que en tales casos actuarían los entes locales no en el ejercicio de actividades de su propia autonomía, sino como entes descentralizados de la Administración Autónoma... En conclusión, el art. 2.2 de la Ley 4./1985, de 27 de junio, no es inconstitucional ni desborda los límites del art. 33.2 del E.A.A., siempre que se interprete que las facultades de supervisión del Justicia de Aragón sobre la actuación de los entes locales aragoneses sólo podrán ejercerse en materias <en las que el Estatuto de Autonomía atribuya competencias a la Comunidad Autónoma de Aragón> (art. 2.2) y respecto de las que ésta haya, además, transferido o delegado en los entes locales. Sólo así puede entenderse que el Justicia se mantiene dentro del ámbito de actuación de supervisión de la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma que le confiere el art. 33.2 del E.A.A.”.

Por lo tanto, se entiende que, en virtud de esta interpretación jurisprudencial, no corresponde al Justicia de Aragón la supervisión de las actuaciones municipales en materia de contratos de las entidades locales, Sociedades cuyo capital pertenezca íntegramente al Ayuntamiento, y sus organismos autónomos puesto que no se trata de una competencia autonómica que haya sido delegada a los Ayuntamientos, como tampoco tiene competencia en materias que sean competencia estatal.

No obstante, al amparo del artículo 22 de la Ley 4/1985, sí se permite al Justicia formular a los organismos y autoridades afectados advertencias, recomendaciones, sugerencias y recordatorios relativos a sus deberes legales, si bien las resoluciones del Justicia no podrán, en ningún caso, modificar o anular actos o resoluciones administrativas. Es dentro de estos parámetros como debe entenderse la legitimación del Justicia de Aragón para plantear la sugerencia al Ayuntamiento de Zaragoza.

Por otro lado , el artículo 15 en su apartado 3 , establece que “El Justicia rechazará las quejas anónimas y podrá hacerlo respecto de aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación pueda irrogar perjuicio al legítimo derecho de tercera persona , limite éste a su intervención que en todo caso debería haber valorado de manera cautelar, antes de formular la SUGERENCIA objeto del presente informe, toda vez que concurren Derechos legítimos de terceras personas, como son los derivados del contrato adjudicado por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural SAU, y que vía Sugerencia el Justicia de Aragón , viene a instar , en esencia, la revisión de oficio del mismo.

Entendemos, y dicho sea en estrictos términos de defensa , que en la instrucción del Procedimiento de la Queja que nos ocupa, no nos consta que por el Justicia de Aragón se hayan observado las reglas contenidas en el Artículo 16 del texto legal citado, (“Una vez admitida la queja o iniciado el expediente de oficio, el Justicia de Aragón adoptará las medidas de investigación que considere oportunas. Podrá dar cuenta al órgano administrativo, entidad o corporación afectada, para que en el plazo que determine, su responsable le envíe un informe escrito sobre la cuestión suscitada”), pues en la remisión de copia del expediente administrativo junto con el informe del Servicio Administrativo de Cultura y Educación de fecha 16 de octubre de 2013 contestando al único motivo de la queja que El Justicia de Aragón había puesto de manifiesto (acceso al expediente de contratación), junto con el hecho de que no se diera audiencia y posibilidad de formular alegaciones a la UTE adjudicataria del contrato, impide entender cumplido este trámite, debiendo haber solicitado información por escrito al órgano de contratación sobre todas y cada una de las cuestiones planteadas en la queja, así como haber conferido un plazo a la adjudicataria, y todo ello con carácter previo a la formulación de la Sugerencia.

Segundo. Análisis material de las diversas cuestiones planteadas en la resolución de El Justicia de Aragón:

La resolución de El Justicia de Aragón analiza las cuestiones planteadas por PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL en su queja, por lo que se procede a continuación al análisis pormenorizado de las mismas.

1.- En relación con la alegada falta de acceso al expediente de contratación y no obtención de copias.

Examinado el contenido del expediente este Servicio Administrativo de Cultura y Educación entiende que en este punto las actuaciones llevadas a cabo por ZARAGOZA CULTURAL, no han vulnerado el derecho de acceso al expediente de contratación y ello con base en las argumentaciones que más adelante se dirán.

En primer lugar y con objeto de centrar la cuestión hay que informar lo siguiente:

Según consta en el acta de la Mesa de Contratación celebrada el día 11 de julio de 2013, se dio cuenta en acto público del resultado del informe técnico de fecha 8 de julio de 2013, con asistencia de representantes de los dos licitadores admitidos, conociendo en aquel acto cual había sido la puntuación obtenida por cada una de las propuestas. Finalizada la reunión de la Mesa de Contratación, se procedió a dar vista del citado informe a los representantes de las empresas licitadoras de tal forma que pudieran conocer el detalle de las valoraciones técnicas realizadas.

Con fecha 21 de agosto de 2013 la entidad PROMOTORA DE ACCION INFANTIL solicitó conocer el proyecto presentado por el licitador que resultó adjudicatario, así como tener acceso de nuevo el informe técnico de valoración de las ofertas presentadas, y copias de los documentos.

Con objeto de salvaguardar la posible confidencialidad de la oferta presentada por la UTE que había resultado adjudicataria, se requirió a ésta para que indicase lo que a su juicio considerase oportuno, obteniendo respuesta con fecha 17 de septiembre de 2013, no existiendo inconveniente por su parte para que la entidad PROMOTORA DE ACCION INFANTIL (PAI) tuviera acceso al proyecto de parque presentado por dicha UTE.

En esa misma fecha, 17 de septiembre de 2013 se recibió por un representante de la asociación PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL, según consta en el expediente, el escrito de ZARAGOZA CULTURAL en el que se le ponía de manifiesto que no existía inconveniente en acceder a lo solicitado, entendiendo que el acceso a un expediente de contratación se cumplía dando vista de su contenido.

El 18 de septiembre de 2013, el representante de la PAI, D. Jesús López Yrizar, en escrito presentado en las dependencias de la sociedad municipal, solicitaba copias del proyecto de la adjudicataria y del informe técnico de constante referencia con base en su condición de interesado y conforme a lo dispuesto en el artículo 35.a) de la LRJPAC, manifestando expresamente que había tenido “conocimiento del contenido del proyecto que finalmente obtuvo la mayor puntuación en el concurso referente al Parque Infantil de Fiestas a instalar durante las Fiestas del Pilar en el Parque Infantil Delicias de Zaragoza, así como el contenido del informe que resultó definitivo para la adjudicación del contrato”. En este aspecto, por tanto, no es cierta la afirmación de que la entidad denunciante no ha tenido acceso al proyecto presentado por el licitador que resultó adjudicatario. PROMOTORA DE ACCION INFANTIL tuvo acceso completo a todo el expediente de contratación así como a todos los documentos que conformaban la oferta de la adjudicataria.

Constan en el expediente 6/2013 de ZARAGOZA CULTURAL diversas comparecencias y diligencias de distintas fechas (18, 24 y 30 de septiembre de 2013) mediante las que se acredita que distintas personas en representación de la asociación denunciante, tuvieron acceso al citado expediente de contratación, habiendo tomado cuantas notas consideraron oportunas.

Consta igualmente en dicho expediente escrito de fecha 20 de septiembre de 2013 (con acuse de recibo el día 24 de septiembre de 2013) de ZARAGOZA CULTURAL en el que se comunicaba a la PAI que se entendía cumplido el derecho de acceso al expediente de contratación al haberle dado vista de su contenido en diversas ocasiones y a diversas personas, y en el que se denegaba la obtención de copia con motivación basada en el criterio seguido en este punto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por otra parte hay que decir que con fecha 17 de octubre de 2013, PROMOTORA DE ACCION INFANTIL interpuso recurso administrativo contra la adjudicación del contrato alegando igual motivo que el recogido en la resolución de El Justicia de Aragón que nos ocupa, es decir, que no se había respetado el derecho de acceso al expediente, y que no habían podido conocer las razones por las que no habían resultado adjudicatarios. Los hechos son contrarios a esa afirmación, como se desprende, por ejemplo, del hecho de que en el recurso administrativo interpuesto figura una transcripción literal del informe técnico de valoración emitido por los responsables del Departamento de Producción y del Departamento de Programación de ZARAGOZA CULTURAL, e igualmente se transcribe un fragmento del contenido del acta de la Mesa de Contratación de 11 de julio de 2013 en lo relativo a los importes de las ofertas económicas de ambos licitadores, así como el contenido de otros documentos como la escritura pública en la que se formalizaba la constitución de la UTE, contenido del sobre nº 1 de documentación administrativa de la adjudicataria, como se deduce de la alegación formulada sobre su falta de solvencia, circunstancias que corroboran lo ya dicho en relación con que, efectivamente, la recurrente tuvo cumplido acceso al expediente de contratación y a la información en él contenida.

En el escrito de 17 de octubre de 2013 PAI formula, además del recurso administrativo contra la adjudicación del contrato, reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, solicitando una indemnización por los daños y perjuicios causados, en su opinión, por vulneración de derechos de propiedad intelectual.

En cuanto al fondo del asunto y una vez examinado el expediente y las actuaciones llevadas a cabo por ZARAGOZA CULTURAL se informa lo siguiente:

Se entiende debidamente cumplido el derecho de acceso al expediente contratación al haberse dado vista de su contenido en diversas ocasiones y a diversas personas en representación del denunciante, en las dependencias de ZARAGOZA CULTURAL, habiendo tomado nota y examinado pormenorizadamente el contenido tanto del expediente como del proyecto presentado por la adjudicataria.

La normativa aplicable a los contratos adjudicados por ZARAGOZA CULTURAL son sus Instrucciones Internas de Contratación disponibles en su perfil del contratante, así como las Bases del procedimiento aprobadas por el Consejo de Administración de ésta y en aquello no previsto en ellas el Real Decreto Legislativo 3/2011, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF), tal como se especifica en la cláusula primera de las Bases que rigen el procedimiento.

El derecho de los ciudadanos al acceso a expedientes administrativos tiene su reconocimiento en el artículo 105 de la Constitución y su implementación en la Ley 30/1992, LRJPAC en la que se establecen límites y condiciones para su ejercicio. En concreto el artículo 35 LRJPAC establece el derecho de acceso a los expedientes administrativos en lo que se tenga la condición de interesado y a obtener copia de los mismos.

Sin embargo no hay que olvidar que el procedimiento de adjudicación de un contrato del sector público es un procedimiento especial, con su propias normas específicas y por tanto prima la aplicación de la norma especial sobre la norma general. Así el artículo 151 TRLCSF es la norma especial que prima sobre el artículo 35.a) LRJPAC, que en materia de contratación tiene carácter supletorio.

La especialidad del procedimiento de contratación no es una cuestión nueva. Ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se pronunciaba en este sentido en su informe nº 40/1996, de 22 de julio, y en su informe nº 46/2009, de 26 de febrero, señalaba, al hilo de un asunto similar al que aquí nos ocupa lo siguiente:

“si alguno de los licitadores o candidatos deseara conocer en toda su extensión el contenido de las proposiciones, el órgano de contratación está obligado a ponerlo de manifiesto, lo que conlleva la posibilidad de examinar el expediente e incluso tomar notas respecto de él, pero en absoluto puede ser interpretado en el sentido de que se entregue copia de todo lo presentado por otros licitadores, especialmente si se trata de proyectos u otros documentos similares respecto de los cuales pueda existir un derecho de propiedad intelectual o industrial a favor del licitador” y concluye manifestando que “la obligación de motivar el acto de adjudicación y de notificar los motivos de ésta a los interesados no implica la obligación de remitir copia de la totalidad de la documentación que integra las distintas proposiciones, sin perjuicio de que se ponga de manifiesto a todos los licitadores y candidatos con la finalidad de que puedan fundar suficientemente los recursos que deseen interponer contra ellas”

En igual sentido se pronuncia, entre otros, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su informe 15/2012, de 19 de septiembre, y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su resolución 5/2011 y en su acuerdo 20/2012, de 14 de junio.

El hecho de que en varias ocasiones, representantes de la asociación PROMOTORA DE ACCION INFANTIL accedieran al expediente de contratación, analizando su contenido y tomando cuantas notas consideraron oportunas, facilitó, sin ningún género de duda, el conocimiento de las razones por las que su proposición no resultó ser la más ventajosa, dado que el expediente contiene tanto el informe técnico de valoración de las ofertas como el acta de la Mesa de Contratación en la que se dio cuenta a los representantes de ambos licitadores, presentes en dicho acto público, de las puntuaciones obtenidas por sus propuestas técnicas y en la que se procedió a la apertura de las ofertas económicas. Como ya se ha dicho, una vez finalizada la reunión de la Mesa de Contratación, ambos licitadores tuvieron acceso al informe técnico de valoración por lo que pudieron conocer los motivos de las puntuaciones en él obtenidas, y posteriormente pudieron examinarlo de nuevo junto con el resto del expediente de contratación y el proyecto presentado por la UTE que resultó adjudicataria.

Así pues, cumplidas las exigencias del artículo 151 TRLCSP, este Servicio entiende que las actuaciones seguidas por ZARAGOZA CULTURAL, en cuanto al acceso al expediente de contratación nº 6/2013, por los representantes del licitador que no resultó adjudicatario, PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL, han sido correctas y ajustadas a derecho, sin que la negativa a proporcionar copias produzca indefensión puesto que como ya se ha puesto de manifiesto, PROMOTORA DE ACCION INFANTIL, ha tenido a su disposición la información necesaria para fundar suficientemente cuantas actuaciones considerasen oportunas.

Por tanto el contenido de la resolución de El Justicia de Aragón en relación con el acceso al expediente de contratación y denegación de copias, consistente en afirmar que no resulta justificada la denegación de copias de determinados documentos del expediente solicitadas por los reclamantes, al no tratarse de datos confidenciales del adjudicatario y ser precisas para fundamentar un recurso, dado que la notificación no contenía los elementos necesarios a tal objeto no tiene fundamento alguno.

Según lo expuesto y en síntesis porque el derecho de acceso al expediente de contratación fue sobradamente cumplido por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U., sin que se produjera indefensión. La no obtención de copias no vulneró sus derechos, puesto que conocieron todos y cada uno de los documentos integrantes del expediente de contratación, como queda acreditado dado que con fecha 17 de octubre de 2013 la entidad denunciante, interpuso recurso administrativo contra la adjudicación del contrato y contra el procedimiento de contratación así como reclamación previa al ejercicio de acciones civiles, reproduciendo en dicho recurso el contenido de numerosos documentos del expediente de contratación, y con fundamento en las argumentaciones realizadas en este informe.

2.- En cuanto a las afirmaciones relativas al incorrecto cálculo del presupuesto de licitación del contrato y de su valor estimado.

La resolución de El Justicia de Aragón afirma que el valor estimado del contrato está mal calculado al no haber incluido el importe de los gastos a realizar en la ejecución del proyecto y no haber establecido la obligatoriedad de incluirlos en la oferta económica. Afirma igualmente que el importe total del contrato es la suma del caché de la empresa que presta el servicio objeto del contrato y de los demás gastos generados y que aunque se separen los conceptos, deriva todo del mismo contrato y se factura a la entidad contratante, por lo que debería ser incluido en las Bases debidamente especificado y seguir el procedimiento contractual acorde con el precio a pagar.

En este sentido se considera que, en contra del juicio realizado en la resolución de El Justicia de Aragón, la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. actuó correctamente puesto que tal y como se especificaba en las Bases del procedimiento de contratación los importes destinados a la contratación de actores, compra de materiales, estructuras y equipamientos no forman parte del precio del contrato puesto que no suponen retribución del contratista, tratándose de cantidades imputables a la sociedad municipal previa la justificación de su realización sin que supongan retribución de servicio alguno.

En cuanto los gastos a realizar en la ejecución del proyecto, del contenido del expediente se comprueba que la denunciante los cuantificaba en 152.200 euros frente a los 155.375 euros de la UTE que resultó adjudicataria. En este punto hay que decir que tales importes no forman parte del precio del contrato al no constituir retribución del contratista, puesto que se trata de un importe que con carácter de máximo asumiría ZARAGOZA CULTURAL para la producción y desarrollo del Parque, siempre teniendo en cuenta que se trata de gastos máximos y que deben justificarse pormenorizadamente por la entidad que los lleva a cabo y que no retribuyen el servicio prestado. La afirmación de que no han sido valorados en la oferta

económica es correcta puesta que no se incluyeron en los criterios de valoración y por tanto no podían valorarse.

3.- Consideración y alcance del Impuesto sobre el Valor Añadido en las Bases del Procedimiento, en las actuaciones de la Mesa de Contratación y en las ofertas económicas presentadas por los licitadores.

La resolución de El Justicia de Aragón considera incorrecta la aplicación de la fórmula de valoración de la oferta económica presentada por la asociación que formula la queja lo que supondría una vulneración de las Bases del procedimiento, al entender que la oferta económica mas ventajosa resultaba ser la de PROMOTORA DE ACCION INFANTIL, al disfrutar de una exención del IVA.

Las afirmaciones contenidas en dicha resolución son consideradas erróneas por parte de este Servicio.

En tal sentido la resolución de El Justicia de Aragón afirma lo siguiente:

1. Que las Bases posibilitaban la doble posibilidad de facturar con IVA o sin IVA dependiendo de que el contratista disfrutase o no de exención tributaria. En este punto hay que afirmar que ello no es del todo cierto; las Bases no posibilitan tal cosa sino que lo que hacen es recoger la obligación legal de desglosar los importes ofertados (así como los incluidos en la factura) indicando su importe sin IVA y el importe con IVA, y para aquellos supuestos en los que la entidad licitadora y/o adjudicataria disfrutase de exención de IVA establecían la obligación de acreditar tal extremo (certificado expedido por la Agencia Española de la Administración Tributaria).

2. Que en el año 2012, las facturas expedidas por la entidad contratista estaban exentas de este impuesto. En este punto hay que afirmar que evidentemente ello fue así porque no podía ser de otra forma, dado que el adjudicatario del contrato en aquella ocasión había sido una entidad exenta de IVA (la misma que presenta la queja), por lo que las facturas emitidas y abonadas por la sociedad municipal no podían cargar dicho impuesto al operar la exención tributaria citada.

3. Que a pesar de lo previsto en las Bases y de la experiencia anterior se adjudicó el contrato a una oferta económica superior a la ofertada por la entidad que planteaba la queja al no haberse tenido en cuenta que al disfrutar de exención del IVA, la oferta de esta entidad era menor que la que había resultado adjudicataria (unión temporal de empresas sujeta a IVA al no disfrutar de exención)

En primer lugar ya se adelanta que la forma de proceder de la Mesa de Contratación fue correcta. La propuesta de adjudicación formulada por la Mesa al órgano de administración se hizo al licitador que obteniendo la mayor puntuación en la valoración técnica de la documentación contenida en el sobre 2 (mediante criterios de valoración no evaluables de forma automática) había resultado más barato desde el punto de vista económico, dado que el Impuesto sobre el Valor Añadido no es un importe que retribuya al contratista. Afirmar lo contrario, es como poco, desconocer el régimen jurídico de la contratación pública y la configuración neutral de dicho tributo.

Procede en este punto analizar el contenido de las Bases y la actuación de la Mesa de Contratación en este punto.

Las Bases del procedimiento de contratación establecían en cuanto a la oferta económica lo siguiente:

La cláusula 5 de las Bases:

“El presupuesto de licitación asciende a la cantidad de 57.851,24 euros (IVA excluido); al que adicionando el 21% de IVA (12.148,76 €), supone un presupuesto total de 70.000,00 euros (IVA incluido), atendida la duración inicial del contrato de dos años.

[El presupuesto anual asciende, por tanto, a la cantidad de 28.925,62 euros (IVA excluido), al que adicionando el 21% de IVA (6.074,38 €), supone un presupuesto total anual de 35.000,00 euros (IVA incluido)].

Los licitadores podrán modificar el presupuesto de licitación establecido, mejorándolo a la baja, conforme al modelo de oferta económica incorporado como Anexo II de estas Bases”.

La cláusula 14.2 de las Bases, apartado relativo al contenido del Sobre nº 1 de documentación Administrativa, número 15º establece que las entidades que gocen de exención del Impuesto sobre el Valor deberán incluir el documento acreditativo de la misma, aportando certificado expedido por la Agencia Española de la Administración Tributaria, con objeto de justificar su alcance y condiciones.

La cláusula 14.2 de las Bases, apartado relativo al contenido del Sobre número 3 estableció los documentos a aportar relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, debiendo incluir en dicho Sobre “una sola oferta económica, mejorando a la baja el presupuesto indicado en la cláusula 5, según Modelo de Oferta que figura como Anexo II de estas Bases. Los licitadores que en su oferta económica superen el presupuesto de licitación serán excluidos del procedimiento”.

La cláusula 27 de las Bases relativa al pago del precio al contratista establecía que el importe de la factura será el resultado de calcular el importe anual de los servicios prestados teniendo en cuenta la oferta del contratista, a la que se adicionará el Impuesto sobre el Valor Añadido vigente en cada momento, mediante la expedición de la correspondiente factura, una vez finalizados los trabajos con la conformidad de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. En el caso de que la entidad contratista estuviese exenta del IVA, la factura se expedirá especificando tal extremo, y sin cargar dicho impuesto.

Y el Anexo II de las Bases contenía el modelo de oferta económica a presentar por los licitadores en la que se especificaba claramente que debía realizarse para los dos años de duración inicial del contrato, especificando en letra y en número el importe sin IVA, así como la cantidad de IVA que en su caso correspondiese, y el importe total IVA incluido, debiendo aquellas entidades exentas del IVA especificar expresamente tal circunstancia en dicha oferta económica.

Una vez analizadas las Bases que rigieron el procedimiento de contratación en lo relativo a las ofertas económicas, procede analizar los trámites procedimentales llevadas a cabo en este punto por ZARAGOZA CULTURAL:

Según consta en el acta de la Mesa de Contratación celebrada el día 11 de julio de 2013 , se dio cuenta en acto público del resultado del informe técnico de fecha 8 de julio de 2013, con asistencia de representantes de los dos licitadores admitidos, y se procedió a la apertura del sobre número 3, conteniendo la oferta económica con el siguiente resultado:

*Plica 1.- PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL:
57.851,24 euros (exento de IVA)*

*Plica 2.- UTE formada por las empresas BROTHERS PROJECTIONS S.L, GESTIÓ Y ASSESORAMENT D' ACTS CULTURALS S.L. y NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L.
55.371,90 euros (IVA excluido); 67.000 euros (IVA incluido)*

Fácilmente se comprueba que la oferta de la entidad que plantea la queja se corresponde con el presupuesto de licitación [57.851,24 euros (IVA excluido) establecido en la cláusula 5 de las Bases] habiendo optado por no realizar baja alguna, y que contiene la mención, debidamente acreditada, de encontrarse exenta de IVA.

En cuanto a la oferta de la plica número 2, que resultó adjudicataria del contrato, se formulo oferta económica especificando de manera independiente el importe sin IVA y con IVA [55.371,90 euros (IVA excluido); 67.000 euros (IVA incluido)], al no disfrutar de exención de este impuesto.

La resolución de El Justicia de Aragón afirma que la propuesta económica de la denunciante es menor que la presentada por la UTE que resultó adjudicataria dado que ofertó 57.851,24 euros (exento IVA) frente a 67.000 euros (IVA incluido) de la UTE adjudicataria, y tacha de incorrecta la actuación de la Mesa de Contratación que consideró más económica la oferta del licitador que no estaba exento de IVA.

En cuanto al criterio de valoración de las ofertas económicas en los supuestos en que como el que nos ocupa concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos, este Servicio entiende que la actuación llevada a cabo por la Mesa de Contratación es ajustada a derecho, al haberse aplicado las consideraciones jurídicas de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diversos informes relativos a esta cuestión. Así por ejemplo puede citarse el informe 07/08, de 29 de septiembre de 2008 en el que al hilo de la consulta realizada por un Ayuntamiento en referencia a la valoración económica de las ofertas en un procedimiento en el que concurren licitadores exentos de IVA junto con otros no exentos, y en el que se producía un supuesto de hecho idéntico al objeto de este informe “... en tales casos puede resultar beneficiado el licitador que estando exento del pago del IVA presente una oferta que, atendiendo exclusivamente al importe de la prestación, pueda ser de importe superior a la presentada por otros licitadores no exentos, y que, sin embargo, computado el Impuesto, suponga un coste inferior para el órgano de contratación, y dado que en tales casos surge la duda razonable acerca de si debe o no computarse a efectos de valoración de la oferta el importe del IVA” se pronunció en el sentido que a continuación se indica, concluyendo que la valoración del precio como criterio de adjudicación de un contrato sujeto a la Ley de Contratos del Sector Público debe hacerse sin tomar en consideración el Impuesto sobre el Valor Añadido que recae sobre el mismo.

“La Ley de Contratos del Sector Público contiene una primera manifestación al respecto, al señalar en su artículo 75 que “en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto... los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado”. Del mencionado precepto parece derivarse la idea de que en la fijación del precio del contrato ha de atenderse a los costes del mismo, sin tomar en consideración la concurrencia de gravámenes de carácter fiscal que alteren su importe final, puesto que éstos últimos no pueden considerarse como “retribución del contratista”. De otra forma no se entendería que la Ley una los conceptos precio del contrato y retribución del contratista, por una parte y, por otra, imponga a los órganos de contratación la obligación de cuidar para que el precio sea adecuado “para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe”. Todo ello podría llevarnos a pensar que cuando la Ley habla de precio del contrato lo hace tomando en consideración los costes reales de la prestación, sin atender al importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava de modo específico la operación en que el objeto del contrato consiste.

Ella no obstante, en el informe nº 43 de 2008 de esta Junta se sentó como criterio que “a este respecto, el término precio debe ser interpretado a tenor de lo dispuesto en el artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público que lo considera como la retribución del contratista, que podrá consistir tanto en metálico como en la entrega de otras contraprestaciones si la Ley así lo prevé. Siendo así, es criterio de esta Junta Consultiva que cuando en la Ley de Contratos del Sector Público se habla de precio del contrato debe entenderse el importe íntegro que por la ejecución del contrato percibe el contratista. Ello resuelve a su vez la problemática referente a si en el precio debe o no incluirse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava la operación. Se puede plantear la duda porque el artículo 75.2 de la Ley dispone que “En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración”. Esta expresión puede interpretarse tanto en el sentido de que el Impuesto forma parte del precio, si bien debe hacerse constar separadamente su importe, como que éste es partida independiente del precio. La conclusión más adecuada, sin duda, es considerar que en el precio está incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, como se desprende por el hecho de que se mencione, aunque sea para decir que se haga constar separadamente, en el artículo que regula con carácter general el precio de los contratos.

Las consideraciones anteriores nos permiten sentar la conclusión de que en el precio del contrato debe incorporarse el importe devengado en la ejecución del mismo en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido. Sin embargo, cuestión unida a ésta, y a la vez diferente de ella, es la de si establecido el concepto de precio con arreglo a la Ley y determinado el principio de que en él debe incluirse el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (o tributo equivalente que lo grave), debe o no tenerse en cuenta éste a la hora de valorar el precio como criterio de adjudicación del contrato.

Esta es evidentemente la cuestión fundamental de cara a resolver la aparente desigualdad que podría plantearse con respecto a la adjudicación de los contratos entre aquellos licitadores que estén sujetos al pago del Impuesto y aquellos que no lo estén.

En un primer análisis de la cuestión parece que debería tenerse en consideración el principio establecido en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”. Precepto que aparece reiterado en el artículo 123 de la misma a cuyo tenor “los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”.

De conformidad con ambos artículos, y, con objeto de evitar la discriminación que se derivaría de la diferente posición en relación con el pago del Impuesto sobre el Valor Añadido de los diferentes licitadores, el importe de éste no debería tomarse en consideración a la hora de valorar el precio como criterio de adjudicación de los contratos.

Frente a ello cabría entender que precisamente la Ley reguladora del Impuesto, al declarar la exención a favor de determinadas personas lo que ha hecho es establecer un criterio discriminatorio a favor de ellas, por lo que de no tomarse en consideración el Impuesto a la hora de valorar el precio de las ofertas presentadas en una licitación pública se estaría dejando sin efecto, indirectamente, lo establecido por la norma fiscal.

Sin embargo, a juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe tenerse en consideración en primer lugar que el reconocimiento de una exención subjetiva en materia fiscal es siempre una norma de carácter excepcional que como tal debe ser interpretada restrictivamente. Es decir, no puede extenderse a personas que no sean estrictamente las indicadas en la Ley ni a actos respecto de los cuales sea dudosa la procedencia de aplicarla.

Tal es precisamente el caso de la contratación administrativa en la que impera el interés general que debe presidirla, y exige el tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores. Principio de no discriminación que, además, es una exigencia del propio derecho comunitario que se incorpora en nuestra legislación por mor del contenido de las directivas sobre la materia.

Tampoco cabe argumentar que la interpretación preconizada en el presente dictamen, supone dejar sin contenido la exención reconocida en el artículo 20.1 8º) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, de conformidad con el cual se reconoce la exención del Impuesto a favor de las entidades de Derecho público o las entidades o establecimientos de derecho privado de carácter social por las prestaciones de esta misma naturaleza que realicen.

Y no cabe aducirlo porque el beneficio se hace efectivo en relación con todas las actividades de carácter social que dichas entidades realicen y que no tengan como destinatario inmediato a un poder adjudicador incluido en el ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público. De igual manera, el beneficio fiscal se hace efectivo, también en los casos en que la prestación sea objeto de un contrato de los regulados en esta Ley, pues en caso de resultar adjudicataria la entidad que tiene derecho a él, quedará exenta del pago del impuesto tantas veces mencionado.

A idéntica conclusión llegó la Abogacía General del Estado en la Instrucción nº 1 del año 2003 sobre unificación de criterios en la emisión, por parte de las Abogacías del Estado de los departamentos ministeriales, de informes sobre pliegos de cláusulas administrativas, en la que con referencia a un supuesto distinto del que contemplamos pero con importante similitud respecto de él sentó el criterio de que "con objeto de poder comparar la proposición o proposiciones económicas que, por la razón indicada, no incluyen el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido con aquellas otras proposiciones u ofertas que han de incluirlo, así como para poder confrontar las ofertas que no han de incluir dicho tributo con el presupuesto de licitación, deberá recogerse en el pliego la expresa previsión de que, a esos solos efectos, a las ofertas o proposiciones que, según lo dicho, no deban incluir el importe del repetido tributo se les sumará la cantidad que resulte de aplicar a su importe el tipo de gravamen del Impuesto sobre el Valor Añadido, quedando excluida aquella o aquellas ofertas cuando el resultado de dicha adición o incremento exceda del presupuesto de licitación.

Esta conclusión de la Abogacía General del Estado supone de hecho establecer el principio de que para la valoración de las ofertas cuando parte de ellas deben incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido y otra u otras no, debe hacerse sin tomar en consideración el importe de éste, bien sea incrementando las ofertas que no deben incluirlo como el importe teórico del mismo, bien sea reduciéndolo de las demás, operación que resultará facilitada por el hecho de que en el documento que contenga la oferta debe hacerse constar por separado el importe del Impuesto indicado".

Igualmente en sus Informes 43/08, de 28 de julio de 2008 y 26/08, de 2 de diciembre de 2008, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, estableció el criterio aplicable al alcance de los términos precio, cuantía, importe y otros similares utilizados en numerosos preceptos de la Ley 30/2007 de la Ley de Contratos del Sector Público, totalmente aplicable a los preceptos del actualmente vigente Real Decreto Legislativo 3/2011 que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estableciendo que deben identificarse "con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado. En base a ello, siempre que el término empleado sea distinto de precio, valor estimado o presupuesto, deberá entenderse que, por regla general, si el artículo hace referencia a la fase de preparación o adjudicación del contrato, el término que se emplea (cuantía, importe o cualquier otro similar) deberá referirse al concepto de presupuesto, lo cual supone

estar a lo dispuesto en los artículos 131, 189 y 195 del Reglamento, si bien, en ningún caso, deberá considerarse incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido”.

Por tanto, y a la vista de lo expuesto, ha de considerarse, en el presente caso, como oferta económica más ventajosa, aquella que, sin tener en cuenta el IVA, sea más barata, dado que las Bases establecían que dicha oferta podía mejorar a la baja el presupuesto de licitación contemplado en las mismas, por lo que evidentemente la oferta económica más ventajosa resulta ser la de la UTE que resulto adjudicataria, por un importe de 55.371,90 euros, frente a los 57.851,24 euros ofertados por el otro licitador.

4.- En cuanto a las afirmaciones relativas al comité de expertos previsto en el artículo 150.2 TRLCSP y su aplicación al presente contrato.

La resolución de El Justicia de Aragón utiliza los mismos argumentos que la asociación PROMOTORA DE ACCIÓN INFANTIL en su recurso administrativo contra la adjudicación del contrato. En ambos casos se achaca un vicio invalidante al hecho de que no se constituyera el comité de expertos previsto en el artículo 150.2 TRLCSP. La asociación recurrente también alegaba que el hecho de que el informe técnico ha sido “firmado únicamente por dos técnicos” supone un vicio del procedimiento; alegación que no tiene fundamento alguno.

Parece que la entidad denunciante, quiere referirse a la exigencia que el artículo 150.2 TRLCSP impone en aquellas licitaciones que se sigan por procedimiento abierto o restringido cuando los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas supongan una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, que impone la obligación de constituir un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con una cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos criterios.

La denunciante parece que, sin nombrarlo expresamente, plantea como vicio del procedimiento la no constitución de lo que comúnmente se ha venido denominando comité de expertos en la doctrina y práctica de la contratación administrativa.

La resolución de El Justicia de Aragón, sin embargo, afirma directamente que debería haberse constituido el comité de expertos previsto en el artículo 150.2 TRLCSP por lo que el procedimiento de contratación adolece de un vicio de nulidad, ignorando que en el presente caso no se trata de un contrato adjudicado por un poder adjudicador que tenga carácter de Administración Pública, sino que se trata de un contrato privado, sometido a las reglas de la contratación pública en cuanto a su preparación y adjudicación, dado que la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. es una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal y que conforme al 3.3.b) TRLCSP es un poder administrador sin el carácter de Administración Pública, por lo que no opera la exigencia del artículo 150.2 TRLCSP en relación con ese comité de expertos, puesto que el Capítulo II, Título I del Libro III (artículos 189 y siguientes) TRLCSP establece unas normas especiales aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y que expresamente para el supuesto de contratos sujetos a regulación armonizada excluye la aplicación de las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos. Para aquellos casos en los que, como el que nos ocupa, se trate de contratos no sujetos a regulación armonizada, el procedimiento de adjudicación deberá respetar los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y las normas contenidas en las Instrucciones Internas de Contratación que garanticen la efectividad de esos principios de tal forma que se adjudique el contrato a quien presente la oferta económicamente más ventajosa.

La Instrucciones Internas de Contratación de ZARAGOZA CULTURAL no establecen la obligatoriedad de constituir un comité de expertos cuando los criterios de valoración automáticos tengan una ponderación inferior a la establecida para los criterios subjetivos, estando disponibles para cualquier interesado en participar en los procedimientos de contratación de ZARAGOZA CULTURAL, en su perfil del contratante. Son las Bases del procedimiento las que concretan el régimen jurídico y trámites a seguir para la adjudicación y en el presente caso, éstas tampoco recogen la necesidad de constituir Comité de Expertos por lo que es evidente que el acuerdo de la Mesa de Contratación designando a los dos técnicos encargados de valorar el contenido del Sobre número 2, cumple sobradamente las exigencias establecidas en las Instrucciones Internas de Contratación y en las Bases del procedimiento, por lo que tampoco en este punto puede afirmarse que la sociedad municipal actuara incorrectamente.

Además y a la vista del contenido del informe técnico hay que decir lo siguiente:

Del contenido del expediente se desprende y se acredita que en el procedimiento se han seguido los trámites procedimentales exigidos por la normativa aplicable y en especial, por relevante, los que se refieren a la valoración previa y diferenciada de los criterios sujetos a juicio de valor respecto de los de valoración automática tal y como prescribe el artículo 150.2 TRLCSP y, asimismo, que de esa valoración se dio publicidad en el acto público de apertura de ofertas económicas, tal y como exige el artículo 30.3 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Por ello, la valoración de las ofertas se ha realizado con todas las garantías procedimentales, sin que la valoración en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor haya podido ser contaminada por el conocimiento de la parte sujeta a valoración automática, y los licitador así pudieron comprobarlo en el acto de apertura de las ofertas económicas, acto en el que asimismo y previamente se les dio conocimiento de las puntuaciones obtenidas en cuanto a la documentación no valorable automáticamente y con arreglo a los criterios de valoración fijados en las Bases del procedimiento.

Analizado el informe técnico de fecha 8 de julio de 2013 en el que aplicando los criterios de valoración establecidos en las Bases del Procedimiento evaluables mediante juicios de valor, se valoraban las dos ofertas presentadas, hay que informar que es suficientemente detallado, no apreciándose error material ni arbitrariedad, en cuanto que se ha dado un trato igualitario a las ofertas presentadas, dado que la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos que aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados y sus apreciaciones gozan de presunción "iuris tantum" y sólo se pueden desvirtuar por desviación de poder o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, en consonancia, entre otras, con la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003, así como por los acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus acuerdos 26/2013 y 27/2013. Se han cumplido escrupulosamente los principios y trámites legales, motivando debidamente el mencionado informe, resultando sus conclusiones racionales y razonables.

Por tanto la afirmación contenida en la resolución de El Justicia de Aragón relativa a que la actuación de la Mesa de Contratación asignando la elaboración del informe relativo a la aplicación de los criterios de valoración no sujetos a fórmulas por dos técnicos de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. fue incorrecta dado que debía haberse constituido el comité de expertos previsto en el artículo 150 TRLCSP, con un número de miembros no inferior a tres y sin vinculación alguna con el órgano que proponga la celebración del contrato, citando el informe 21/2009 de 16 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en apoyo de su argumentación y concluyendo con la afirmación de que el informe elaborado por los dos técnicos de la sociedad municipal no sustituye la valoración del comité de expertos previsto en el TRLCSP, "no puede reputarse válido a efectos de justificar la adjudicación", carece de fundamento. En primer lugar porque las Bases del procedimiento de licitación no podían recoger la exigencia de constituir el referido comité de expertos previsto en el artículo 150.2 TRLCSP porque dicho precepto no le es aplicable a los poderes adjudicadores que conforme a dicho texto legal no tienen el carácter de Administración Pública, salvo que sus Normas Internas de Contratación así lo hubieran establecido, cosa que no ocurre en el caso de ZARAGOZA CULTURAL, siendo, como poco, sorprendente que se cite en la resolución de El Justicia de Aragón el artículo 150.2 TRLCSP pero sin embargo no se mencionen los artículos 189 y siguientes del TRLCSP que establecen normas especiales para los procedimientos de contratación de poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas como es el caso de ZARAGOZA CULTURAL y se ignore lo establecido en las Instrucciones Internas de Contratación disponibles en el perfil del contratante de dicha mercantil y en las Bases del procedimiento que no exigen la constitución de dicho comité de expertos.

5.- Afirmaciones relativas a la formula matemática utilizada para la valoración de las ofertas económicas y al incorrecto cálculo del valor estimado del contrato.

La resolución de El Justicia de Aragón afirma que la fórmula aritmética para valorar las ofertas económicas incluida en las Bases del procedimiento desvirtúa la importancia del valor teórico asignado al precio en los pliegos (Bases en el procedimiento que nos ocupa) respecto del total de los criterios de adjudicación aplicados, al no poner en relación las bajas ofertadas con el presupuesto de licitación, con fundamento en informes de la Cámara de Cuentas de Aragón.

Sin entrar en la bondad de la fórmula matemática utilizada para valorar la oferta, fórmula que viene siendo utilizada, es cierto, con habitualidad (en este sentido pueden consultarse multitud de pliegos en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Zaragoza ya que es muy utilizada, no sólo por la sociedad municipal que promovió la presente contratación) basta hacerse una simple pregunta para darse cuenta de que la relación entre las puntuaciones obtenidas en la valoración de la oferta económica con una formula

aritmética distinta hubiera sido exactamente la misma y el resultado también hubiera sido el mismo: ¿qué resultado distinto se hubiese producido en la valoración de las ofertas económicas habiéndose presentado únicamente dos ofertas y ser la ofertada por la entidad que presenta la queja la menos económica?.

La fórmula de valoración de la oferta económica se fijaba en la cláusula 15.2 de las Bases, asignándole un máximo de 25 puntos sobre un total de 100 puntos, valorando cada oferta aplicando un criterio de proporcionalidad respecto de la oferta mas reducida, a la que se atribuirá la puntuación máxima (25 puntos), calculando la ponderación de las demás ofertas con arreglo a la fórmula siguiente:

$$P = \frac{(25 \times \text{Min})}{\text{Of.}}$$

(Siendo P la puntuación obtenida, Min. el importe de la oferta más reducida y Of. la oferta correspondiente al licitador que se valora).

En cualquier caso y cualquiera que hubiera sido la fórmula de valoración de las ofertas económicas, la oferta de la UTE que resultó adjudicataria hubiera obtenido mayor puntuación que la oferta de la recurrente por resultar más barata y ello por los motivos que a continuación se exponen.

6.- En cuanto a la afirmación de que la valoración total de las ofertas presentadas no es correcta al no haber aplicado la fórmula prevista en las Bases para valorar las ofertas económicas.

En este punto hay que informar que la afirmación relativa a que la valoración total de las ofertas presentadas no es correcta al no haber aplicado la fórmula prevista para valorar las ofertas económicas es necesario examinar si la actuación del órgano y la Mesa se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público y, en especial, a las Bases que constituyen la ley de contrato.

De manera que la Mesa a la vista de las puntuaciones obtenidas por los dos licitadores en el informe técnico de 8 de julio de 2013, en el que la proposición técnica (sobre 2) de la UTE que posteriormente resultaría adjudicataria había obtenido mayor puntuación que el otro licitador, al abrir el sobre 3, en presencia de representantes de ambos licitadores, y comprobar que el importe económico ofertado por la UTE era más barato que el ofertado por la recurrente, tuvo claro, sin ningún género de duda, que aplicando la fórmula de valoración de la oferta económica contenida en las Bases, la plica nº 2 de la reiterada UTE alcanzaba la puntuación máxima prevista en los criterios de valoración de dicha oferta económica (25 puntos) por lo que siendo claro y suficientemente preciso de forma indubitada que la mayor puntuación derivada de la suma de las puntuaciones obtenidas en la valoración de los sobres 2 y 3 correspondía a esta Plica nº 2, propuso al órgano de contratación que la adjudicación del contrato recayera en dicha UTE.

No puede aceptarse la afirmación relativa al hecho de que no recoger por escrito la aplicación de la fórmula de valoración de las ofertas económicas suponga un vicio de nulidad o de anulabilidad, amparándose en un exceso de formalismo que por innecesario resulta inútil, cuando además el hecho de que existieran solamente dos ofertas hace que el resultado fuese absolutamente evidente.

Así por parte de este Servicio se considera que la actuación de la Mesa resultó ajustada al régimen jurídico de la contratación del sector público. Y a mayor abundamiento en un simple ejercicio de análisis se puede comprobar que aplicando dicha fórmula de valoración a las ofertas presentadas el resultado es que la plica 2 de la UTE formada por las empresas BROTHERS PROJECTIONS S.L., GESTIÓ Y ASSESORAMENT D' ACTS CULTURALS S.L. y NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L., obtenía la puntuación máxima prevista en las Bases del procedimiento, para la oferta económica, esto es 25 puntos, al ser su importe económico ofertado el más reducido, y la plica 1 de PROMOTORA DE ACCION INFANTIL obtenía, aplicando la formula aritmética, 23,93 puntos.

Ademas, y aún en el supuesto de que la fórmula de valoración hubiera sido otra distinta a la contenida en las Bases del procedimiento, el resultado a la vista de los importes ofertados hubiera sido que la oferta de la UTE que resultó adjudicataria hubiera obtenido la puntuación máxima, al ser la mas económica, y en ningún caso la recurrente hubiera obtenido más puntuación que el otro licitador, al ser su oferta económica más elevada.

Las puntuaciones totales de ambos licitadores no dejan ninguna duda, a la vista de lo expuesto, de que la proposición presentada por la UTE formada por las empresas BROTHERS PROJECTIONS S.L., GESTIÓ Y ASSESORAMENT D' ACTS CULTURALS S.L. y NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L. con un total de 82 puntos (57 puntos del Sobre 2 + 25 puntos del sobre 3) obtuvo mayor puntuación tanto en la documentación a valorar sin aplicar fórmulas aritméticas (Sobre 2) como en la documentación valorable

mediante fórmulas (Sobre 3), frente a los 73,93 puntos totales (50 puntos del Sobre 2 + 23,93 puntos del sobre 3) obtenidos por la PROMOTORA DE ACCION INFANTIL.

7.- En cuanto a la tardía subsanación de la documentación administrativa por el licitador que posteriormente resultaría adjudicatario.

La resolución de El Justicia de Aragón afirma que la escritura de constitución de una de las sociedades integrantes de la UTE fue presentada en idioma castellano fuera de los tres días concedidos al efecto ya que inicialmente se había presentado en lengua catalana, lo que debería haber supuesto la exclusión del procedimiento dado el carácter preclusivo de este plazo.

Analizado el contenido del expediente de contratación puede observarse, en relación con este punto, que consta la siguiente documentación:

– Escrito del Departamento de Administración de la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U, fechado el 7 de junio de 2013, de comunicación a la empresa GESTIÓ I ASSESSORAMENT D'ACTES CULTURALS S.L. de la concesión por la Mesa de Contratación celebrada en esa misma fecha, de un plazo de 3 días hábiles para subsanar la documentación administrativa, consistente en que la escritura de constitución de la sociedad presentada en lengua catalana, debía aportarse en castellano, sin que conste fecha alguna de acuse de recibo de dicho documento.(folio 84)

– Copia del correo electrónico enviado desde dicho departamento de la sociedad municipal ese mismo día 7 de junio de 2013 a las 14:05 horas, a la ya citada empresa, sin que, igualmente, conste fecha de recepción.(folio 85).

– Escrito de fecha 11 de junio de 2013 firmado por intérprete jurado de catalán-castellano certificando que la escritura de constitución de sociedad limitada traducido al castellano es traducción fiel y completa del documento original en catalán. (Folio 87).

– Escrito de 12 de junio de 2013 de la empresa GESTIÓ I ASSESSORAMENT D' ACTES CULTURALS S.L, aportando la documentación requerida, constando como fecha de recepción en la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. el día 13 de junio de 2013.

A la vista del contenido del expediente de contratación los únicos datos que pueden afirmarse ciertos son los siguientes

- El 7 de junio de 2013, viernes, a las 14,05 horas se envía por correo electronico el requerimiento para subsanar la documentación administrativa.
- El 13 de junio de 2013, jueves, se recibe en la sociedad municipal la documentación para cumplimentar la subsanación.

No puede, por tanto, afirmarse categóricamente como hace la resolución de El Justicia de Aragón la tardía subsanación de la documentación administrativa, por los siguientes motivos:

El régimen jurídico aplicable a la notificación del requerimiento de subsanación de la documentación administrativa, y en concreto al momento en que se inicia el cómputo del plazo para dicha subsanación se establece en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable supletoriamente en materia de contratación pública, al objeto de tener en cuenta que el cómputo del plazo se inicia desde el día siguiente al de recepción de la notificación. Dado que no puede conocerse el momento exacto en que el licitador recibió el requerimiento enviado por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. al no constar acreditación de tal hecho, y a la vista de que el periodo transcurrido hasta la subsanación efectiva de la documentación no se dilató en el tiempo (13 de junio de 2013), este Servicio considera que la actuación de la Mesa declarando admitida a la empresa citada fue correcta.

Por otra parte y según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales

Igualmente puede afirmarse que la documentación a subsanar no se refería al contenido material de la documentación, sino a un defecto formal, es decir a la necesidad de que la escritura de constitución apareciese en idioma castellano. La escritura de constitución se había aportado en el plazo de presentación de las ofertas, pero en idioma catalán. La subsanación no se refería a cualidades de aptitud que no se

poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación, es decir la personalidad del licitador y su aptitud existían con anterioridad a la fecha en que expiraba el plazo de presentación de proposiciones, por lo que afirmar que la no presentación en plazo de dicho documento, caso de haberse producido, habría debido suponer la exclusión del procedimiento de la empresa, con un rigorista formalismo, sin duda alguna, sería contrario a los principios de la contratación pública, por lo que este Servicio considera que dado el defecto formal concreto, su correcta subsanación, el voto unánime de todos los vocales integrantes de la Mesa de Contratación, y la debida acreditación de la personalidad jurídica de la empresa al momento de presentación de las ofertas, hace concluir que la actuación de la Mesa de Contratación no fue incorrecta.

8.- En cuanto a afirmación relativa a la invalidez del contrato formalizado con la UTE adjudicataria al haberse materializado con anterioridad a la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, y ello porque tal circunstancia impide a la UTE adquirir capacidad de obrar.

La resolución de El Justicia de Aragón afirma que el contrato entre la sociedad municipal y la UTE adjudicataria no puede considerarse válido al haberse formalizado con anterioridad a la inscripción de ésta en el Registro Mercantil, incumpliendo el artículo 72 del TRLCSP relativo a los requisitos para acreditar la capacidad de obrar de los contratistas personas jurídicas.

No puede estarse en mayor desacuerdo dado que tal afirmación parece desconocer el régimen jurídico aplicable a las uniones temporales de empresas. La capacidad de obrar de la UTE no resulta de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que careciendo la UTE, por imperativo legal, de personalidad jurídica, su capacidad de obrar deriva de la capacidad de obrar de las mercantiles que la integran.

El artículo 59.1 del TRLCSP establece que “podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor”.

La cláusula 14.2, apartado 9º, de las Bases del procedimiento, relativo a la documentación a incluir en el Sobre 1 de documentación administrativa permite la posibilidad de concurrir en unión temporal de empresarios, estableciendo que “Cuando dos o más empresas o profesionales acudan a la licitación con el compromiso de constituir una Unión Temporal para el supuesto de resultar adjudicatarios de acuerdo con el artículo 59 del TRLCSP, los documentos a aportar serán los generales enumerados en los apartados precedentes respecto a cada una de las empresas o profesionales que la constituyan. Además, cada uno ellos deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 54, 75 y 78 del TRLCSP, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma.

Para que en la fase previa a la adjudicación sea eficaz la Unión Temporal frente a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A. será necesario que los empresarios o profesionales que deseen concurrir integrados en ella indiquen los nombres y circunstancias de cada uno de los que la vayan a constituirla, con indicación del porcentaje de participación de cada uno de ellos en la Unión Temporal, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en Unión Temporal si resultasen adjudicatarios del contrato (artículo 59 del TRLCSP), así como la designación de la persona o entidad que durante la vigencia del contrato haya de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.

El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las empresas o profesionales componentes de la unión”.

A la vista del contenido de las Bases y analizada la documentación aportada en el Sobre nº 1 se observa que efectivamente las empresas “BROTHERS PROJECTIONS S.L.”, “GESTIÓ I ASSESSORAMENT D’ACTS CULTURALS S.L.” y “NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L.” incluyen en dicho Sobre nº 1 el documento de compromiso de constituirse en una unión temporal de empresas con indicación de las mercantiles que, en caso de resultar adjudicatarios, formalizarían en escritura pública dicha unión, indicando que el porcentaje de participación de cada una de ellas en la UTE es del 33,33%, designado a Dª Roser Vila Puig, como representante de la UTE durante la vigencia del contrato, documento que aparece firmado por la citada señora en representación de BROTHERS PROJECTIONS S.L., por D. Juan Ignacio Vilar García en representación de NACHO VILAR PRODUCCIONES S.L. Y D. Ricard Torrens en representación de GESTIÓ I ASSESSORAMENT D’ACTS CULTURALS S.L., por lo que se han cumplido los requisitos exigidos en las Bases.

Dado que una UTE carece de personalidad jurídica, cabe preguntarse cual sería la forma adecuada en que las empresas integrantes de una UTE deben acreditar su capacidad de obrar.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 21/10, de 24 de noviembre de 2010, resolviendo una consulta en la que entre otras cuestiones se planteaba la forma en que debe acreditarse la capacitación de las empresas para la ejecución de un contrato, es decir cómo debe considerarse cumplido de forma adecuada el requisito de que las empresas estén capacitadas para la realización del objeto del contrato, estableció para ello la interpretación finalista de los preceptos legales relativos a la capacidad de obrar, dado que la exigencia de este requisito no tiene otra finalidad que la de evitar que presenten ofertas empresas que no cuentan con la capacitación suficiente, de tal forma que la concurrencia sea real y no restrinja la concurrencia, con un formalismo contrario a los principios de la contratación del sector público. La apreciación de la cualidad de capacitación de una empresa no debe hacerse únicamente con el análisis de su objeto social. Si la actividad a que se refiere el objeto del contrato puede incluirse en su objeto social puede concluirse que la empresa está capacitada para ejecutar el contrato. En el caso de la recurrente, el hecho de que entre sus fines y actividades no se recoja expresamente la actividad que constituye el objeto contractual no impidió a la Mesa de Contratación declararla admitida a la licitación, al tener en cuenta que había sido adjudicataria de contratos idénticos con anterioridad.

Conviene recordar que la Unión Temporal de Empresas es una figura asociativa de colaboración empresarial, aceptada en el ámbito de la contratación pública por la que dos o más empresarios pueden participar en un procedimiento de licitación, constituyendo una estructura organizativa común, pero sin llegar a conformar la existencia de un sujeto de derecho distinto de los propios empresarios que la integran. Esta posibilidad está recogida en el TRLCSP, y así lo recogían las Bases del procedimiento.

Ese sistema de colaboración empresarial se articula, ad intra, mediante el propio contrato de UTE que suscriben sus integrantes, y ad extra mediante la participación de esa UTE en el procedimiento de licitación del contrato. Esta articulación ad extra culmina con la obligación de elevar a escritura pública ante Notario la formalización de la UTE, si resulta adjudicataria del contrato público.

La UTE se constituye, en el orden de la contratación pública, en el momento de concurrencia de voluntades de diversas empresas con ese fin. El artículo 59.1 TRLCSP establece que “podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor”, afirmando la existencia de la Unión Temporal en el momento en que se presenta la oferta.

La indispensable obligación de formalizar la UTE en escritura pública una vez haya resultado adjudicataria, se establece en 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, porque ello es un requisito para que los socios puedan acogerse a los beneficios fiscales de esa ley, siendo claro que ya antes de esa formalización el contrato de UTE ha desplegado sus efectos.

Por tanto la UTE no es una persona jurídica nueva, carece de personalidad jurídica (artículo 7 de la Ley 18/1982), cuenta con un régimen de responsabilidad solidaria que asumen todos y cada uno de los empresarios que la integran, su duración tiene carácter temporal y debe formalizarse mediante escritura pública ante Notario si resulta adjudicataria de un contrato público; razones por las que no debe confundirse la UTE con la Agrupación de Interés Económico cuyo régimen tributario se regula en la Ley 18/1982 y que si goza de personalidad jurídica propia (en este sentido pueden citarse el informe 7/1992, de 27 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y la resolución 68/2012, de 14 de marzo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Igualmente hay que tener en cuenta que la Ley 18/1982 es una norma cuya finalidad es establecer un régimen fiscal especial, y que, por esa razón, no tiene conexión con la legislación de contratos del sector público.

Afirmar que la UTE formalizada en escritura pública no tiene capacidad de obrar es erróneo. En primer lugar porque no puede olvidarse que una Unión Temporal de Empresarios, como ya se ha dicho, no tiene personalidad jurídica y su capacidad de obrar es la de sus integrantes,

La escritura pública en la que se formaliza la UTE no es el documento que acredita su capacidad de obrar, puesto que como ya se ha puesto de manifiesto de manera reiterada a lo largo de este informe la personalidad jurídica y la capacidad de obrar ha de referirse a la de sus miembros, al carecer la UTE de personalidad.

No puede aplicarse al supuesto que nos ocupa el criterio de negar la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan contratar con sociedades en formación o irregulares, con fundamento en que el requisito de la personalidad es exigible para contratar con las Administraciones Públicas y careciendo de tal requisito las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Mercantil no pueden contratar con las citadas Administraciones, puesto que dicho criterio no es aplicable en el presente caso, puesto que en el expediente 6/2013 ZARAGOZA CULTURAL adjudicó el contrato a una Unión Temporal de Empresas, que no tiene personalidad jurídica propia y que por supuesto no se le puede aplicar analógicamente el régimen de las sociedades en formación, puesto que dicha Unión no llega a ser nunca y en ningún caso una nueva persona jurídica distinta de las que la integran. Afirmar que a fecha 30 de julio de 2013, día de formalización del contrato entre ZARAGOZA CULTURAL y la adjudicataria, la UTE no tenía capacidad de obrar para firmar el contrato al no estar en aquella fecha inscrita en el Registro Mercantil y por tanto no tener personalidad jurídica, es absolutamente erróneo.

Por todo lo expuesto, este Servicio entiende que se han seguido por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. todas las formalidades legales en el procedimiento de contratación seguido para la adjudicación del contrato de servicios denominado REDACCIÓN Y POSTERIOR EJECUCIÓN DE UN PROYECTO DE PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR DURANTE LAS FIESTAS DEL PILAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA (Ref. 6/2013), por lo que no procede aceptar las sugerencias formuladas, por lo que se propone al órgano competente, Consejero de Cultura, Educación y Medio Ambiente, la adopción de la siguiente resolución por la que se comunique a El Justicia de Aragón los términos en los que se rechazan sus sugerencias:

PRIMERO.- *Inadmitir las sugerencias formuladas en la resolución DI-1946/2013-2 de El Justicia de Aragón, por la que se resolvía una queja formulada en relación con el procedimiento de contratación llevado a cabo por la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U. por que se adjudicó el contrato de servicios denominado "REDACCION Y POSTERIOR EJECUCION DE UN PARQUE INFANTIL DE FIESTAS A INSTALAR EN EL PARQUE DELICIAS DE ZARAGOZA, DURANTE LA CELEBRACION DE LAS FIESTAS DEL PILAR" (Ref. 6/2013) por entender que los fundamentos jurídicos contenidos en la misma son contrarios a la normativa vigente que resulta de aplicación a los procedimientos de contratación aplicables a la Sociedad Municipal Zaragoza Cultural S.A.U, conforme a lo expuesto en la propuesta jurídica de fecha 16 de diciembre de 2013 emitida por el Servicio Administrativo de Cultura y Educación del Área de Cultura, Educación y Medio Ambiente del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.*

SEGUNDO- *Solicitar a El Justicia de Aragón la rectificación de su resolución DI-1946/2013-2, por entenderla no ajustada a derecho, conforme a los argumentos recogidos en la propuesta-informe jurídico del Servicio Administrativo de Cultura y Educación del Área de Cultura, Educación y Medio Ambiente del Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza.*

TERCERO- *Notificar íntegramente esta resolución, junto con el informe-propuesta jurídica emitida por el Servicio Administrativo de Cultura y Educación, a la institución de El Justicia de Aragón.*

I.C. de Zaragoza, a 20 de diciembre de 2013.