

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don C.S.L., en nombre y representación de Didoseg Documentos, S.A. y Ovelar, S.A., licitadoras en compromiso de UTE, contra la Resolución 110/2015, del Gerente del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de fecha 1 de diciembre, por la que se adjudica el contrato “Impresión, personalización y distribución de títulos académicos y profesionales acreditativos de la superación de las enseñanzas regladas no universitarias y certificados de nivel de idiomas”, número de expediente: COL 453/15, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 17 y 18 de septiembre de 2015 fue publicado respectivamente en el BOE y BOCM, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El anuncio se había enviado igualmente para su publicación en el DOUE, con fecha 19 de septiembre de 2015. El valor estimado del contrato es de 333.476 euros y el plazo de duración de un año.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece lo siguiente:

“Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones

.....
A) Sobre Nº 1 “Documentación Administrativa” que incluirá preceptivamente los siguientes documentos:

.....
6. Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad.

Declaración responsable, conforme al modelo fijado en el anexo VI al presente pliego, por la que, de resultar adjudicatario, asume, conforme con lo señalado en la cláusula 31 del presente pliego “Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad”, la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista está sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el R.D. 364/2005, de 8 de abril. En esta declaración se hará constar, además, que asume igualmente la obligación de acreditar ante el órgano de contratación cuando le fuese requerido durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva, el cumplimiento de la obligación anteriormente referida”.

El Anexo VI del PCAP incluye un modelo de declaración del siguiente tenor:

“Que, de resultar adjudicatario del contrato, y durante la vigencia del mismo, asume la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si ésta alcanza un número de 50 ó más trabajadores, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General

de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Asimismo, se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva”.

Tercero.- La Mesa de contratación se reunió el día 5 de noviembre de 2015 para calificar la documentación de los dos licitadores presentados, Signe, S.A., y la UTE Ovelar, S.A. y Didoseg Documentos, S.A., y acordó solicitar a la UTE que aportara el bastanteo de poder de representación y *“Declaración relativa a las empresas que están obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad, de cada una de las empresas que forman la Unión Temporal de Empresas”*, así como otra documentación. Se les concedió un plazo que finalizaba el día 11 de noviembre a las 14 horas.

Este requerimiento fue notificado el mismo día 5 de noviembre.

El día 11 de noviembre la empresa presenta escrito de subsanación acompañado de determinados documentos. Respecto de la declaración relativa a personal con discapacidad las declaraciones presentadas, en nombre de cada una de las empresas, indican en ambos casos, lo siguiente:

“DECLARO RESPONSABLEMENTE:

Que en referencia a la Ley de integración social del minusválido ley 13/1982 de 7 abril, la compañía DIDOSEG DOCUMENTOS, S.A. cumple con el porcentaje de contratación de personas con discapacidad”.

La Mesa se reúne el día 12 de noviembre de 2015, para proceder al examen de la documentación presentada en fase de subsanación y abrir los sobres de documentación técnica. A la vista de la documentación presentada, acuerda excluir

la oferta de la UTE Ovelar, S.A., y Didoseg Documentos, S.A., considerando que no han subsanado en su totalidad los defectos, *“al no presentar la documentación conforme a lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

Con fecha 19 de noviembre la Mesa se reúne nuevamente para proceder en acto público a la apertura de las proposiciones económicas de los licitadores admitidos, y tras las comprobaciones oportunas, acuerda proponer la adjudicación del contrato a favor de la empresa Signe, S.A.

Finalmente, por Resolución del Gerente del organismo, de 1 de diciembre de 2015, se adjudica el contrato a la empresa propuesta, haciendo constar que la exclusión de la UTE se ha producido por no subsanar en su totalidad los defectos u omisiones requeridos por la Mesa de calificación de la documentación administrativa.

La Resolución se notifica con esa misma fecha a todos los interesados.

Cuarto.- El 16 de diciembre de 2015, la representación de la UTE presentó recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, que requirió al órgano de contratación la remisión del expediente administrativo y el preceptivo informe sobre el recurso, conforme establece el artículo 46.2 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), el requerimiento fue atendido el día 18 de diciembre de 2015.

El órgano de contratación en su informe realiza un resumen de la tramitación del expediente que se ha hecho constar en los antecedentes de hecho y en relación con la documentación aportada por las empresas que forman la U.T.E., señala que omiten el Anexo VI establecido en los pliegos y, en su lugar, presentan un modelo en el que declaran cumplir los requisitos establecidos en la Ley 13/1982, que, al estar

derogada por el R.D. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, no permite constatar si la empresas cumplen y asumen los requisitos establecidos en la legislación vigente.

Quinto.- Con fecha 23 de diciembre de 2015, el Tribunal acordó el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de Signe, S.A., en el que expone que las declaraciones presentadas *“no solamente no se ajusta a la forma, sino en cuanto al contenido, ya que, según se puede comprobar en el expediente, se hace referencia al cumplimiento de lo establecido en la derogada Ley 13/1982, en lugar del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, con lo que no se ajusta a la legislación vigente”*, indicando igualmente otros incumplimientos relativos a la solvencia que a su juicio acreditan que no se ha producido la subsanación de defectos requerida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid es un organismo autónomo que forma parte del sector público autonómico, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del TRLCSP, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Didoseg Documentos, S.A. y Ovelar, S.A., licitadoras en compromiso de UTE, para interponer recurso

especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Resolución impugnada fue dictada el día 1 de diciembre de 2015, notificado el mismo día e interpuesto el recurso el día 16 de diciembre, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación, de un contrato de suministros, sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto las recurrentes alegan que, si bien consta en el expediente que se han aportado los dos certificados requeridos, *“a los efectos argumentales podemos incluso entrar a valorar que la Administración haya considerado inadecuado el modelo aportado (con lo cual debían haber dictado resolución que contuviera dicho argumento), y que a los efectos de resolver este recurso, para el caso de que el Tribunal considere que es suficiente el contenido de la resolución, esta parte entiende que la documentación aportada es suficiente para cumplir el trámite del requerimiento según está aportada. En dicho caso consideramos que se ha vulnerado el Ordenamiento Administrativo, por falta de proporcionalidad en la medida tomada, de excluir de la posible adjudicación porque a pesar de que queda claro en la documentación aportada a lo que se refiere el certificado de declaración responsable emitido por ambas empresas, en absoluto se corresponde, con la consecuencia, que es la exclusión de procedimiento, totalmente desproporcionada. A este respecto citamos la doctrina sobre el principio de proporcionalidad, principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible: “Significando “proporcional” en sentido estricto, ser, “ponderada” o*

equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto”.

Además consideran que “la forma de la redacción de los documentos aportados es suficiente para cumplir con los requisitos marcados, pues hace clara referencia al cumplimiento de la contratación de trabajadores minusválidos, que al fin y a la postre es lo que la Administración requiere, sea como sea redactado”.

Invocan también las recurrentes, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativo, de 15 enero 1999, RJ 1999\ 1312, en la que se dice que: “El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 Y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546) Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 8ª) Sentencia de 3 marzo 2010. F.J. cuarto, STS 26 de enero de 2.005 (R.J 2005\1452)”.

Solicitan en consecuencia, la anulación de la Resolución recurrida y retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión.

Analizadas las actuaciones seguidas y los documentos del expediente, el Tribunal aprecia lo siguiente:

La documentación presentada por las recurrentes no incluía, entre otros documentos, la declaración exigida por la cláusula 12 del PCAP, que debía presentarse según el modelo incluido como Anexo VI.

En este caso, efectivamente, el defecto tiene carácter subsanable y así se consideró por la Mesa, que concedió plazo para subsanación.

Las declaraciones presentadas en dicho plazo, relativas al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, no se han realizado en el modelo incluido en el PCAP, si bien en su contenido se indica que las empresas cumplen con el porcentaje requerido de personas con discapacidad, citando la Ley 13/1982, de 7 de abril que ha sido derogada por la Ley Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre y ese es el motivo de exclusión considerado por el órgano de contratación.

La Jurisprudencia que invocan las recurrentes, emanada del Tribunal Supremo y la doctrina, consideran que la actuación de la Administración no debe ser contraria al principio de libre competencia aplicando criterios formalistas que conduzcan a la no admisión de proposiciones por defectos fácilmente subsanables.

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), en vigor, en cuanto no se oponga al TRLCSP y su normativa de desarrollo parcial, en su artículo 81, se refiere a los defectos subsanables y los plazos para su subsanación, estableciendo que si se observasen defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada se comunicará a los interesados concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios.

El artículo 84 del mismo Reglamento, relativo al rechazo de las proposiciones, establece que si alguna proposición no guardase concordancia con la

documentación examinada y admitida, variará sustancialmente el modelo establecido o comportase error manifiesto en el importe de la proposición (...) será desechada por la Mesa. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno y la otra no altere su sentido, no será causa bastante par el rechazo de la oferta.

Procede por tanto examinar si las declaraciones presentadas en el plazo de subsanación, implican una alteración del sentido de la exigida por el PCAP.

La Ley 13/1982 de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, establecía en su artículo 38.1 lo siguiente: *“Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla.”*

El vigente texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, en su artículo 42. 1, dispone: *“Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.*

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83. 2 y 3, del Texto Refundido

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente”.

En consecuencia, de la redacción de los dos artículos se deduce claramente que el contenido es idéntico, estableciéndose en ambos la obligación de contar con un porcentaje de trabajadores con discapacidad del 2%, cuando la empresa emplee a un número igual o superior a 50 trabajadores, siendo incluso más exigente la regulación de la Ley anterior, puesto que no preveía la posibilidad de exención de esa obligación, por aplicación de medidas alternativas, que sí se contempla en el Texto Refundido.

De manera que la declaración realizada invocando una ley ya derogada pero que imponía un obligación idéntica a la ahora exigible, no puede considerarse incumplidora de la legislación, puesto que en definitiva lo que nos manifiestan las empresas es que cumplen la exigencia legal, anterior y actual, de contar con el 2% de trabajadores con discapacidad. Sin embargo, la declaración exigida por el PCAP va más allá del cumplimiento de la legislación puesto que exige que se obligue a mantener ese porcentaje durante toda la vigencia del contrato y a acreditar su cumplimiento cuando sea requerido para ello.

Sin embargo, el requerimiento de subsanación no hizo mención alguna a las cláusulas del PCAP ni al modelo exigido, limitándose a solicitar una declaración genérica sobre la obligación de contar con trabajadores con discapacidad lo que pudo llevar a error a las empresas licitadoras sobre los términos en que debería realizarse dicha declaración.

Por todo ello, este Tribunal aplicando la Jurisprudencia existente contraria a la restricción participativa en la contratación pública y la defensa del carácter antiformalista con que debe actuar la Administración para evitar la limitación de la

conurrencia y entendiendo que el requerimiento de subsanación en este punto adolecía de defectos que pudieron provocar un error en las empresas y las declaraciones presentadas si bien poseen un contenido parcial respecto del modelo recogido en el Anexo VI del PCAP, considera que procede estimar el recurso y retrotraer las actuaciones al momento de la subsanación de la declaración citada que deberá realizarse nuevamente adjuntando el modelo incluido en el Anexo VI del PCAP.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don C.S.L., en nombre y representación de Didoség Documentos, S.A. y Ovelar, S.A., licitadoras en compromiso de UTE, contra la Resolución 110/2015, del Gerente del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, de fecha 1 de diciembre, por la que se adjudica el contrato “Impresión, personalización y distribución de títulos académicos y profesionales acreditativos de la superación de las enseñanzas regladas no universitarias y certificados de nivel de idiomas”, anulando la adjudicación y retro trayendo las actuaciones al momento de solicitud de subsanación de la documentación administrativa.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.