

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

En Madrid, a 23 de enero de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.M.G., en nombre y representación de la Fundación ACRESERE, contra su exclusión del contrato de servicios denominado “Servicio gratuito de atención telefónica e información sobre recursos de apoyo y asistencia a la maternidad”, expediente nº 4/2019 (A/SER-013800/2018), de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 16 de noviembre de 2018, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación del contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 247.500,18 euros, con un plazo de ejecución de doce meses, prorrogable hasta un máximo de veinticuatro meses.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cinco ofertas entre ellas la de la recurrente.

La Mesa de contratación en sesión ordinaria celebrada el día 4 de diciembre de 2018 para la apertura de la documentación administrativa presentadas por las empresas que concurrieron a la licitación del contrato de referencia comprobó que la documentación presentada por la Fundación ACRESERE (en adelante la Fundación) no estaba completa por lo que acuerda requerir su subsanación debiendo aportar firmado electrónicamente el Anexo VI del PCAP: “*Modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad*”. Lo que se publica en el tablón de anuncios del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid a las 14:32 horas del 4 de diciembre, concediendo un plazo de tres días naturales para ello, e indicando expresamente que finaliza el 7 de diciembre de 2018.

Reunida nuevamente la Mesa el 10 de diciembre para proceder al estudio de la documentación presentada para subsanar las deficiencias de la documentación administrativa y a la apertura de los sobres que contienen la documentación que se valorará mediante juicios de valor, comprobó que la documentación presentada por la recurrente con fecha 10 de diciembre se encuentra fuera de plazo, por lo que acuerda su exclusión de la licitación, haciendo constar en el Acta de la Sesión que “*El 10 de diciembre de 2018, fuera del plazo concedido, se recibe la siguiente documentación de la FUNDACIÓN ACRESERE:*

Anexo VI PCAP firmado por el Presidente de la Fundación. Si bien el documento presentado lleva fecha de 7 de diciembre, atendiendo a la fecha de la huella de la firma digital, se observa que el documento se ha firmado el 10 de diciembre de 2018.

Escrito firmado por el Presidente de la Fundación, en el que solicita a la mesa de contratación que no se les excluya del procedimiento, considerando a su juicio, que:

- 1. El Anexo VI que se pide en este momento, se tendría que solicitar, en su caso, tras la adjudicación provisional.*
- 2. El compromiso que se nos exige no es de aplicación a las Fundaciones, solo es para las empresas privadas o públicas.*
- 3. El Anexo VI, es exigible a empresas que tengan, en la actualidad, un tamaño de 50 trabajadores.*

4. En todo caso, el plazo para presentar esta subsanación, tendría que haber sido hasta el 10 de diciembre. Por ello, y aun entendiendo que no estamos obligados a presentar ese Anexo VI, y en esta fase del concurso, ni en ningún momento por no ser una empresa, hemos presentado en el día de hoy 10 de diciembre, antes de la apertura del sobre 2, el Anexo debidamente firmado por representante legal.”

Al día siguiente el Secretario de la Mesa de contratación emitió un certificado del acuerdo de exclusión adoptado y lo notificó a la licitadora el 13 de diciembre. Consta en el expediente el envío de la notificación dándose por notificado el recurrente en dicha fecha.

Con fecha 27 de diciembre de 2018 se reúne la Mesa de Contratación, con objeto de proceder al estudio del informe técnico elaborado por la Dirección General de la Familia y el Menor respecto de la documentación que se valora mediante juicios de valor correspondiente al expediente de contratación objeto del recurso.

Tercero.- El 27 de diciembre de 2018, la Fundación presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita se anule el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación el 10 de diciembre de 2018. Solicita además la suspensión del procedimiento.

El 28 de diciembre de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) en el que solicita la desestimación del recurso, por los motivos que se expondrán al examinar el fondo de la cuestión e informa que, siguiendo la doctrina de este Tribunal ha decidido suspender la tramitación hasta la resolución del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo

establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 de la LCSP.

Quinto.- Este Tribunal no considera necesario adoptar Resolución expresa sobre la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, solicitada por la recurrente en su escrito de interposición, ante la suspensión de oficio adoptada por el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitadora cuya oferta ha sido rechazada por lo tanto “*cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto el mismo se contrae al examen de la adecuación a derecho del rechazo de la oferta de la recurrente o su consideración como retirada, por no haber cumplimentado en plazo el requerimiento de subsanación de documentación efectuado por la Mesa de contratación.

Interesa conocer a efectos de la resolución del recurso que la cláusula 12 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), en relación con la forma y contenido de las proposiciones, establece:

"A) SOBRE Nº 1 'DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA' que incluirá, preceptivamente, los siguientes documentos:

2. 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 34 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 esté 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.

Asimismo, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, en la citada declaración se indicará que cuentan con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres."

En la cláusula 13 el PCAP establece que "Finalizado el plazo de admisión de proposiciones, se constituirá la Mesa de contratación, con objeto de proceder a la apertura del sobre que contiene la documentación administrativa. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, concediéndose un plazo de tres días naturales para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios.”

La Fundación en su escrito de interposición alega que el 10 de diciembre a las 08:55 horas, y por tanto antes de la reunión de la mesa convocada para ese día a las 10,30 horas, presentó un escrito de alegaciones en el que solicitaba no se la excluyera de la licitación con las consideraciones expuestas en el antecedente segundo de la presente Resolución. Argumentos que reitera en su recurso, así afirma que la cuota de reserva legalmente establecida para contratación de personal con discapacidad solo rige para las empresas ya sean pública o privadas y por tanto la declaración responsable solo es exigible a empresas y no a Fundaciones al no tener forma mercantil, basándose en la literalidad de las cláusulas 12, 17 y 34 del PCAP, que aluden a empresas, y al tenor literal del artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), en el Criterio técnico expresado por la Dirección General de la Inspección de trabajo y seguridad social, en su informe 98/2016; de 24 de junio de 2016, apartado 2, que claramente señala: “están afectadas por la obligación todas las empresas, cualquiera que sea su forma jurídica (...).”.

En todo caso, sostiene que la presentación de la propuesta por la Fundación implica la aceptación expresa de todo el contenido de los pliegos, incluida la obligación establecida en la cláusula 34 del PCAP, “*Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad*”, por lo que resulta excesiva su exclusión.

El órgano de contratación afirma que la documentación aportada para subsanar la documentación de la recurrente no se presentó dentro del plazo establecido que finalizaba el 7 de diciembre de 2018. Sostiene que el plazo dado el 4 de diciembre de 3 días está referido a días naturales conforme dispone el artículo 141 de la LCSP en relación con la disposición adicional duodécima de dicha Ley, y la cláusula 13 del PCAP, sin que sea admisible el argumento de la recurrente, de que la documentación se entregó antes de que fuera celebrada la Mesa de

contratación, dado que el plazo de subsanación es el que marca la Ley y el Pliego, debiendo ser igual para todos los licitadores, ya que de lo contrario se estaría conculcando uno de los principios básicos de la contratación pública, como es la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1.1 de la LCSP), con independencia de cuando se celebre la Mesa.

Añade que la Fundación si tenía obligación de aportar el Anexo VI del PCAP, declaración en dicha la que además asume la obligación de contar con un Plan de igualdad, obligaciones impuestas por la normativa social a los empleadores, cualquiera que sea la forma jurídica que revista, ya sea empresa o fundación. Por otra parte, este documento se debe aportar independientemente del número de trabajadores que el licitador tenga, pues éste podría variar durante la ejecución del contrato.

Expuestas las posiciones de las partes, debe señalarse que como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, ya que no consta que los Pliegos hayan sido impugnados.

Este Tribunal comprueba que ambas partes reconocen expresamente que el requerimiento de subsanación de la documentación se efectuó el día 4 de diciembre, y que el plazo concedido es de tres días naturales, conforme a lo dispuesto en el PCAP -cláusula 13- y en la LCSP -artículo 141.2 último párrafo y disposición adicional duodécima, que regula el cómputo de plazos en la Ley-.

Por tanto, resulta acreditado que la decisión de exclusión de la Fundación por la Mesa de contratación es conforme a derecho, dado que es indubitable que el plazo

otorgado para la subsanación de la documentación administrativa exigida en pliegos finalizaba el 7 de diciembre, y que la recurrente presentó la documentación el día 10 de diciembre fuera del plazo concedido.

En cuanto a la argumentación efectuada por la recurrente, relativa a que la documentación requerida por la Mesa no es de aplicación a las Fundaciones, siendo sólo exigible para las empresas privadas o públicas, basada en la acepción literal de “empresa” utilizada en las cláusulas 12, 17 y 34 del PCAP, cae por su propio peso tras una somera lectura del pliego. Así, a lo largo de todo el clausulado el PCAP utiliza tanto la expresión “empresa” como “empresario”, en innumerables ocasiones, de una manera amplia, en un sentido análogo a licitador o persona natural o jurídica apta para contratar, sin que de ello quepa interpretar que no afectan a las fundaciones los criterios de selección, la habilitación, los plazos, las garantías, la presentación de proposiciones, etc. al no citarlas expresamente. A sensu contrario, empleando la argumentación utilizada por la recurrente, cabría mantener que la Fundación no podría concurrir a la licitación puesto que literalmente el PCAP en ninguna de sus cláusulas se refiere a las fundaciones.

Por otra parte, es claro que considerar aceptable la interpretación alegada por la recurrente vulneraría los principios fundamentales de la contratación, recogidos en los artículos 1 y 132 de la LCSP, relativos a la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores. En este sentido, se ha de resaltar que no cabe establecer diferentes exigencias en la licitación de un contrato, que puedan suponer un beneficio o una limitación a la participación de los concurrentes en el procedimiento de contratación, atendiendo a la forma jurídica o el ánimo de lucro, sin perjuicio de los requisitos expresamente recogidos en la Ley, pudiendo citarse a título de ejemplo las previsiones recogidas para uniones de empresarios, empresas extranjeras o contratos reservados.

Por lo expuesto, este Tribunal considera procedente desestimar el recurso presentado por la Fundación, puesto que ni la Mesa ni el órgano de contratación se pueden apartar de las previsiones del PCAP de obligado cumplimiento a la hora de requerir la documentación y cumplir con los plazos de presentación o de

subsanación de la documentación exigible, de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos 1, 132, 139 y 141 de la LCSP.

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

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.M.G., en nombre y representación de la Fundación ACRESCERE, contra su exclusión del contrato de servicios denominado “Servicio gratuito de atención telefónica e información sobre recursos de apoyo y asistencia a la maternidad”, expediente nº 4/2019 (A/SER-013800/2018), de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, por haber subsanado la documentación exigida en pliegos fuera del plazo establecido.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de

conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.