

Recurso nº 45/2021

Resolución nº 65/2021

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

En Madrid, a 4 de febrero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Ofs Architects, S. Coop. Profesional, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación celebrada el 29 de diciembre, por el que acuerda la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación relativo al expediente denominado, “Elaboración de proyecto básico, trabajos complementarios, proyecto de ejecución y dirección facultativa de obras de construcción de edificio de viviendas VPPA y consumo de energía casi nulo,-Parcela 63-PAU 4-Móstoles”, número de expediente A/SER-017354/2020, de la Agencia de Vivienda Social, Consejería de Vivienda y Administración Local, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 18 de noviembre de 2020, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y el 23 de noviembre de 2020, en el DOUE se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.269.590,72 euros y su plazo de

duración será de 55 meses.

A la presente licitación se presentaron 18 licitadores.

Segundo.- El 22 de diciembre se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura y calificación de la documentación administrativa presentada por los empresarios interesados en la licitación del contrato, acordando en ese acto las empresas que debían subsanar/aportar documentación, entre ellas se encuentra Ofis Architects, S. Coop. Profesional (en adelante OFS). El mismo día 22 se publica en el Tablón de anuncios del Perfil del Contratante de la Comunidad de Madrid la comunicación de subsanación, concediéndose un plazo que finalizaba el día 28 de diciembre. A la recurrente se le solicitaba lo siguiente:

“Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad. Conforme al modelo fijado en el anexo VI del Pliego, Según lo establecido en la cláusula 12.A.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

El día 28 de diciembre se publica en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el acta que reflejaba la reunión de la Mesa de Contratación.

El 29 de diciembre se reúne la Mesa para comprobar la documentación requerida a los licitadores y acuerda excluir, entre otras, a la empresa recurrente por no subsanar lo contemplado en el requerimiento. El 4 de enero de 2021, se publica en el citado Portal el Acta de la Mesa de contratación.

Tercero.- El 22 de enero de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de OFS, en el que solicita que se declare que el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 29 de diciembre de 2020, por el que se acuerda la exclusión de su representada de la licitación, no es ajustado a derecho.

El 27 de enero de 2021, el órgano de contratación remitió el 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 transponen 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).

El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso al considerar que la documentación solicitada y la comunicación de subsanación se ajusta a lo establecido en los Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y en la LCSP.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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 de la LCSP.

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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

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

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo se adoptó el 29 de diciembre de 2020, se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la

Comunidad de Madrid el 4 de enero de 2021, y el recurso se interpuso el 22 de enero de 2021, ante el Tribunal, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado, exclusión de la oferta de la recurrente, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar por un lado, si la comunicación del requerimiento ha sido realizada conforme al procedimiento legalmente establecido y, por otro, si la documentación requerida es conforme a los PCAP y a la LCSP.

A los efectos de la resolución del presente recurso procede reproducir el ANEXO VI que consta en los PCAP del contrato de referencia:

“ANEXO VI. MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE RELATIVA AL COMPROMISO DE TENER CONTRATADOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y PLAN DE IGUALDAD.”

D./Dña....., en nombre propio o en representación de la empresa con N.I.F. nº....., en calidad de

DECLARA: 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 o 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.

Igualmente, si se trata de una empresa de más de 150 trabajadores, asume la obligación de contar 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, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello.

En....., a de de

Firmado:".

El recurrente alega que “*mi representada aportó en tiempo y forma con su licitación la declaración a que hace referencia el primer párrafo transrito, por la que asumía la obligación de contar con trabajadores con discapacidad en un 2 % de la plantilla, si ésta alcanza un número de 50 o más trabajadores.(...). Sin embargo, mi representada no cuenta en su plantilla con más de 150 trabajadores por lo que, conforme a la Cláusula 12.A.2) no venía obligada a aportar la declaración de contar con un plan de igualdad, lo cual resulta únicamente exigible, según el Pliego ‘en el caso de empresas de más de 150 trabajadores’.*”

Así mismo alega que:

“*El requerimiento para subsanación realizado a mi representada indicaba que OFS ARCHITECS, S. COOP. no había aportado lo siguiente:*

‘*Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad. Conforme al modelo fijado en el anexo VI del Pliego. Según lo establecido en la cláusula 12.A.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares’.*

‘*Sin embargo, como ya hemos acreditado, mi representada sí había presentado esa ‘declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad’.*

‘*Si la Mesa de contratación se estaba refiriendo en el requerimiento de subsanación a la declaración de contar con un plan de igualdad, debía haberlo*

señalado de forma clara, pues de lo contrario se impide a mi representada la subsanación, que es un derecho que le corresponde según el artículo 13 del Pliego.

En cualquier caso, tal requerimiento, de referirse al plan de igualdad, resultaba improcedente, habida cuenta de que mi representada no tiene ciento cincuenta empleados.

Sea como fuere, queremos significar que, pese a no venir obligada a ello, mi representada incluyó en el Anexo nº 6 su compromiso de elaborar un plan de igualdad en los términos previstos en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de hombres y mujeres, al que se remite expresamente el Pliego”.

Por su parte el órgano de contratación alega que “De conformidad con lo previsto en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la licitación (en adelante PCAP), Las proposiciones constarán de tres sobres, siendo el primero de ellos (SOBRE 1) el correspondiente a la “Documentación Administrativa”. En dicho sobre se incluirá, con carácter preceptivo, la declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad. Conforme al modelo fijado en el anexo VI del Pliego. Según lo establecido en la cláusula 12.A.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”.

El órgano de contratación expone que el motivo de volver a solicitar el Anexo VI es que la declaración aportada responde a modelos anteriores y no conforme al modelo que se facilitó en el pliego.

El Anexo VI que se adjunta difiere en el último apartado cuyo tenor literal es:

“Igualmente, si se trata de una empresa de más de 250 trabajadores, asume la obligación de contar 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, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello”.

“Como se puede observar, aporta una declaración con la expresión “más de 250 trabajadores”. Es más, en la documentación presentada fuera de plazo a través

del eReg, del día 30 de diciembre de 2020, vuelve a presentar la misma declaración con la misma expresión de “más de 250 trabajadores”.

El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, modifica la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, estableciendo que las empresas de más de 150 trabajadores asumen la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de dicha Ley Orgánica.

Al no fijar la cantidad de trabajadores legal -150 trabajadores-, el licitador se está obligando a contar con un plan de igualdad solo a partir de los 250 trabajadores que recoge en su declaración. Declaración que, por otro lado, no es la que aparece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación”.

Vistas las alegaciones de las partes es preciso remitirse a la cláusula 12 del PCAP que en su apartado A) indica la documentación administrativa, que se incluirá en el sobre 1, con carácter preceptivo, esto es, obligatoriamente. Entre esta documentación se cita la “*Declaración relativa a las empresas a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla a trabajadores con discapacidad y plan de igualdad*”, al respecto indicar que la presentación de esta declaración responsable no establece ninguna excepción.

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.

El recurrente trata de justificar que no presentó la declaración porque no tiene 250 trabajadores, pero sin embargo si presenta dicha declaración con respecto a 150 trabajadores, lo que no guarda ninguna coherencia puesto que según alega el recurrente, tampoco alcanza a ese número de trabajadores.

En definitiva, lo que se pone de manifiesto es que el interesado presentó un Anexo VI de unos pliegos antiguos, que no se corresponde con el que consta en los pliegos publicados para la licitación de referencia, no pudiendo aplicarse en este caso un criterio antiformalista porque los compromisos que se adquieren en cada uno de los modelos son distintos debido al cambio de legislación.

Por último, el recurrente para hacer valer sus pretensiones cita la Resolución 232/2020 de este Tribunal, pero es destacable que no es aplicable al presente supuesto, pues en este caso si se le ha requerido de subsanación.

Por lo tanto, este Tribunal concluye que el requerimiento efectuado por la Mesa de contratación es conforme con los PCAP.

En segundo lugar, alega la recurrente que ha presentado dentro de plazo la subsanación requerida, ya que el acta que recoge lo ocurrido en la sesión de la Mesa de contratación del día 22 de diciembre de 2020, y dónde se acordó requerirle para que subsanara, se publicó el día 28 de diciembre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y por lo tanto el plazo expiraba el 31 de diciembre de 2020.

Según consta en el informe del órgano de contratación “*los días 30 de diciembre de 2020, y 5 de enero de 2021, la recurrente presenta a través del Registro Electrónico sendos escritos en donde aporta documentación que considera la requerida por la Mesa de Contratación para subsanar; y documentación justificativa de presentación en plazo, según la recurrente, de dicha documentación*”.

Al respecto señalar que, la Cláusula 11 del PCAP dispone que “*a través del Tablón de Anuncios Electrónico se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante- (<http://www.madrid.org/contratospublicos>)*”.

Por su parte, la cláusula 13 del PCAP dice, a su vez, que, si la Mesa 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.

Añade el órgano de contratación que en la propia licitación en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, se dice que el resultado de la calificación de la documentación administrativa se comunicará en el Perfil del Contratante de la página web de la Comunidad de Madrid (<https://ar.madrid.org/sslvpn/PT/><http://www.madrid.org/contratospublicos>) a partir de las 14:00 horas del tercer día natural a contar desde el día siguiente al de la finalización de la presentación de ofertas. Siendo que el plazo de presentación de plicas finalizó el 18 de diciembre de 2020, y resultando que la comunicación de la subsanación se publicó el día 22 de diciembre de 2020, también se demuestra que este Organismo ha cumplido con lo dispuesto en el Portal de Contratación.

Existe, por tanto, apartados concretos y específicos en el PCAP destinados a la comunicación de los defectos de la documentación presentada y, existe, a su vez, información en el propio Portal de Contratación que avisa y comunica de cuándo y dónde se va a publicar la referida subsanación.

El órgano de contratación alega que es importante incidir en que una cosa es el comunicado para la subsanación de documentación administrativa, que debe

publicarse en el Tablón de Anuncios en virtud de las mencionadas cláusulas undécima y decimotercera del Pliego y, otra muy diferente, es el Acta que también debe ser publicada en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.3.e) de la LCSP. No pudiéndose ni confundir ni considerar que el plazo de subsanación comienza a partir del día siguiente al de la publicación del Acta.

Concluye el órgano de contratación que “*Por todo lo cual, queda demostrado que la recurrente presentó extemporáneamente la documentación solicitada en la comunicación de defectos a subsanar cuyo plazo finalizó el día 28 de diciembre de 2020, resultando que la presentación de la misma se hizo el 30 de diciembre (...)*”.

Vistas las alegaciones de las partes, este Tribunal coincide con el órgano de contratación, puesto que la comunicación de subsanación se realizó conforme al procedimiento legalmente establecido.

En consecuencia, se desestiman las pretensiones del interesado.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 la representación de Ofs Architects, S. Coop. Profesional, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación celebrada el 29 de diciembre, por el que acuerda la exclusión de la recurrente del procedimiento de licitación relativo al expediente denominado, “Elaboración de proyecto básico, trabajos complementarios, proyecto de ejecución y dirección facultativa de obras de construcción de edificio de viviendas VPPA y consumo de energía casi nulo,-Parcela 63-PAU 4-Móstoles”, número de expediente

A/SER-017354/2020, de la Agencia de Vivienda Social, Consejería de Vivienda y Administración Local,

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.- 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.