

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

En Madrid, a 17 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eurocop Security Systems, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Parla de fecha 2 de febrero de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Suministro para la adquisición e implementación de un sistema integral de información y gestión para el Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad, su mantenimiento y asistencia técnica en el Ayuntamiento de Parla” número de expediente: 23/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 21 de febrero de 2020, se convocó la licitación del suministro de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación. Con fecha 25 de mayo de 2020, se publicó la rectificación del anuncio de licitación.

El valor estimado de contrato asciende a 854.453,94 euros, con un plazo de ejecución de 3 años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Sobre la presente licitación se presentaron dos recursos especiales resueltos mediante acuerdos 133/2021 de 25 de marzo y 543/2021, de 2 de diciembre.

La última de estas resoluciones acuerda la exclusión de la empresa Eurocop Security Systems, S.L., (en adelante Eurocop) de la licitación por incumplimiento de los requisitos previos y necesarios para licitar.

Presentado el recurso especial en materia de contratación nº 520/2021 que dio lugar a la Resolución 543/2021, fue trasladado el expediente al hoy recurrente a fin de que efectuara las alegaciones que a su derecho considerara, presentando escrito ante este Tribunal el 24 de noviembre de 2021.

Contra dicha Resolución, el recurrente ha interpuesto recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera Procedimiento Ordinario 222/2022.

Tercero.- El 3 de marzo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eurocop contra la su la adjudicación acordada en base a la necesaria exclusión de las ofertas presentadas por modificación de estas e incumplimiento de los requisitos de solvencia mediante la adscripción de medios personales.

El 8 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió copia del expediente y el preceptivo informe del órgano de contratación a que se refiere el artículo 56.2 la Ley 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no se ha presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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.- Se acredita la legitimación activa de Eurocop para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP por tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación, sin que conste la firmeza de tal situación y *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Se acredita igualmente la representación con que actúa el firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado

fue adoptado el 2 de febrero de 2022, y notificado el 10 de febrero de 2022, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 3 de marzo de 2022.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, acto susceptible de recurso en virtud del artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al motivo de recurso, considera Eurocop que la adjudicataria no cumple los requisitos de solvencia exigidos mediante la adscripción de medios personales, sin acudir a medios externos tal y como declaro en el DEUC.

Manifiesta que en dicho documento, cuya naturaleza jurídica es de declaración e insubsanable se ha falseado la realidad o peor aún se ha modificado con posterioridad, lo que en cualquiera de los dos casos, conllevaría la exclusión de la oferta efectuada a los lotes 1 y 2.

Invoca distintas resoluciones que destacan el carácter de declaración responsable del DEUC y de las consecuencias de las posibles falsedades que allí puedan verse.

Pone de relieve que la empresa adjudicataria se vale de medios externos, en concreto de una empresa distribuidora de su producto para la ejecución del contrato, cuestión esta que no declaro en el DEUC y en consecuencia ahora no puede pretender valerse de otros medios para cumplir con dicho requisito de solvencia. Añade y subraya que en el momento de presentación de ofertas no cumplía los requisitos de solvencia exigidos.

Pone en evidencia que no es hasta la apertura del sobre C donde consta la memoria técnica cuando indica que tienen un acuerdo marco con una empresa denominada Eboga y ello indica que Vinfoval, reconoce la necesidad de medios externos.

Considera que la exclusión de la empresa adjudicataria debe de efectuarse, so pena de conculcar el principio de igualdad entre licitadores.

Invoca la Resolución del TACRC 995/2019 de 6 de septiembre que considera que: *“En todo caso la cumplimentación del DEUC con respuestas que no respondían a la verdad de los hechos lo colocó en una posición de ventaja respecto de aquellos que, en su misma situación, los certificaron correctamente, exigiéndoles por ello el cumplimiento de la obligación prevista en el PCAP, cumpliendo tal obligación o siendo excluido por no cumplirla, mientras que la recurrente eludía el cumplimiento de la obligación impuesta en el PCAP, vulnerando con ello los principios de igualdad de trato y no discriminación que presiden la contratación administrativa, conforme a los artículos 1.1 y 132 de la LCSP.*

Por ello, no procedía subsanar el vicio, aun aceptando que se produjo por error, en el trámite del artículo 150.2 LCSP, pues era insubsanable, tanto porque no puede corregirse después de completada la fase de valoración, pues la declaración debía presentarse con la oferta conforme al artículo 215.2.a) LCSP, como porque tal subsanación, de admitirse extemporáneamente una vez propuesta la adjudicación del contrato, vulneraría los principios, no solo contractuales sino constitucionales, de igualdad de trato y no discriminación, respecto de aquellos licitadores que, en idéntica situación de hecho, por haber cumplimentado correctamente el DEUC, a diferencia de la recurrente, cumplieron la obligación del PCAP en tiempo y forma, o fueron excluidos por no cumplirla”.

Por su parte el órgano de contratación indica que: *“A lo manifestado por la recurrente, se debe decir que en el sobre A, consta en relación con el lote 1, la declaración responsable técnica (folio 536 B4) y el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos (folio 536 B7), y para el lote número 2, la declaración técnica (folio 536 B 15) y el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos (folio 536 B18) es importante señalar que esta documentación se presenta antes de requerirles la presentación del DEUC.*

Por lo expuesto, queda acreditado que la Entidad Mercantil, en la documentación administrativa adjuntó compromiso para la integración de la solvencia con medios externos y declaración responsable técnica, y ello evidencia que tenía intención de utilizar los medios que señala en la referida documentación. Distinto es que, efectivamente y al observar detenidamente los DEUC presentados con posterioridad, y aportados tras efectuar el requerimiento el órgano competente, la entidad mercantil SUITABLE SOFTWARE VINFOVAL, señalara en los mismos que no participa junto con otros y que no tiene intención de subcontratar. Todo lo anterior parece evidenciar, un error material por parte de la Entidad Mercantil. Se trataría de un error involuntario, que no le coloca en posición de ventaja, ni supone vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación.

De la documentación presentada en el sobre A) se deduce claramente la voluntad inequívoca de la licitadora de integrar su solvencia con medios externos. En ningún momento se ha sustituido la voluntad de la adjudicataria o ha habido que ejercer juicio valorativo alguno, sino que esta es la única interpretación posible dentro del marco legal.

La exclusión de la licitadora por no ajustarse con carácter estricto a lo consignado en el DEUC, supondría una interpretación excesivamente formalista de los Pliegos, lo que atentaría contra el principio de proporcionalidad previsto tanto en el artículo 132 de la LCSP como en la jurisprudencia comunitaria, y limitaría la libre concurrencia.

Con independencia de lo expuesto, se debe señalar lo que dispone la cláusula 10 del anexo I del Pliego administrativo, denominado, concreción de las condiciones de solvencia, la página 114 del mismo y en relación con el compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales, expresamente dice:

b) Los licitadores deberán adscribir a la ejecución del contrato, como mínimo, 2 personas con una experiencia mínima de 3 años en la realización de tareas similares a las del objeto del contrato, instalación y conexión de cableados de fibra óptica, con una formación profesional como mínimo de segundo grado en electricidad, telecomunicaciones o electrónica.

c) los licitadores deberán incluir los nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato: Sí la cualificación profesional.

El propio Pliego Administrativo establece la obligatoriedad de incluir la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación objeto del contrato, no así el nombre. Es decir, para el cumplimiento de dicho requisito habría bastado con que la licitadora hiciese referencia a la cualificación profesional del personal, sin embargo, además, como se puede comprobar en la documentación administrativa y para el lote 1 (folio 536 B4) incluye relación de personas, más exactamente el nombre de 6, y su cualificación profesional, y en el modelo de compromiso para la integración aparecen los nombres de dos personas. Y para el lote 2, (folio 536 B15) consta la relación de 5 personas con su cualificación profesional, y en el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos, se refleja el nombre de dos personas y su cualificación”.

En relación a la discrepancia entre la documentación aportada en el sobre A y el contenido del DEUC, la resolución número 103/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de 12 de mayo de 2020, que considera. *“Así las cosas, del conjunto de la oferta de la adjudicataria puede deducirse claramente su voluntad de subcontratar, por lo que a juicio de este Tribunal una interpretación antiformalista del pliego en este supuesto, permite admitir la proposición sin proceder a su exclusión pese a no ajustarse con carácter estricto a lo consignado en el DEUC, encontrando pleno fundamento en el principio de proporcionalidad”.*

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal considera que el DEUC presentado contiene un error a la hora de declarar si recurre a medios externos para acreditar la solvencia, como es el caso según se desprende de la documentación aportada.

Es necesario traer a colación la Cláusula 15 del PCAP: *“Integración de la solvencia con medios externos. Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar*

un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, 14 independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar. (...)

Por tanto, los licitadores podrán acreditar los requisitos específicos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional recogidos en el apartado 9 del Anexo I referido a cada lote, basándose en la solvencia y medios de otras entidades. De conformidad con el artículo 75.1 LCSP, con respecto a los criterios relativos a la experiencia profesional pertinente, las empresas únicamente podrán recurrir a las capacidades de otras entidades si éstas van a prestar los servicios relativos a trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministros, para los cuales son necesarias dichas capacidades. (...)

En el caso de servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75.4 LCSP, los poderes adjudicadores podrán exigir que determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, sean ejecutadas directamente por el propio licitador o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, siempre que así se haya previsto en el pliego. Dicha posibilidad se encuentra regulada en el apartado 23 del Anexo I al Pliego referido a cada lote”.

Debemos destacar asimismo la cláusula 24 A) apartado 2 del mismo pliego:
“2.- Integración de la solvencia con medios externos. Cuando se recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 LCSP, cada una de ellas deberán presentar la declaración responsable debidamente cumplimentada y firmada, cuyo modelo consiste en el documento europeo único de contratación (DEUC), aprobado a través del Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero (<https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espdl>). En este caso, se deberá cumplimentar las secciones A y B de la parte II, la parte III y la parte VI. Siempre que resulte pertinente en lo que respecta a la capacidad o capacidades específicas en

que se base el operador económico, se consignará la información exigida en las partes IV y V por cada una de las entidades de que se trate”.

Y el apartado 16 del Anexo I al PCAP: “16.1) Las proposiciones deberán presentarse en Tres sobres: uno de ellos contendrá la “documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”, otro sobre incluirá la “documentación referente a criterios no valorables en cifras o porcentajes” y finalmente un tercer sobre recogerá la “documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”. La inclusión de documentos en sobres que no correspondan según la distribución anteriormente expuesta que pudiera llevar a desvelar la oferta de cualquier licitador anticipadamente al momento en que ésta haya de ser valorada, será causa de exclusión”.

Por último el Anexo VII recoge el modelo de compromiso para la integración de la solvencia con medios externos.

Como es sabido, es doctrina consagrada que 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.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

A la vista de la situación descrita por las partes y de la comprobación que este Tribunal ha efectuado del expediente de licitación, consideramos hechos ciertos que Vinfoval no incluyó en el DEUC la intención de acreditar su solvencia con medios externos en cuanto a la adscripción al contrato de determinados medios humanos.

Asimismo Eboga no presento el correspondiente DEUC tal y como establece el artículo 75 de la LCSP, con todas las declaraciones que contienen y que no se reducen sin más a su presencia en el contrato.

Cierto es que la información como tal de recurrir a esta empresa para acreditar la adscripción de medios humanos, es declarada mediante el oportuno documento que figura en el PCAP en su momento y forma.

Se trata en definitiva de dilucidar si el error cometido por Vinfoval a la hora de rellenar el DEUC y la falta de presentación de este modelo europeo de declaración responsable deben invalidar la oferta de la adjudicataria y en consecuencia acordar su exclusión del procedimiento o bien son defectos subsanables.

Se ha de destacar como dato especialmente relevante que el hecho de que la adjudicataria se sirva de sus propios medios o de medios externos para la adscripción de los medios personales requeridos en nada afectan ni a la oferta ni a la propia ejecución del contrato, pues serán los méritos de estos profesionales los que determinen tanto los méritos como el cumplimiento de los requisitos exigidos, no su procedencia.

Siguiendo el criterio del TARCJA en su ya nombrada Resolución 103/2020 de 12 de mayo, en la contratación pública se ha de huir de formalismos extremos que lleven a excluir ofertas y con ello a reducir la competitividad. La doctrina del Tribunal Supremo reflejada entre otras en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no

admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, son contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados actualmente en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Si el error se limitara a la falta de indicación por parte de Vinfoval de la utilización de medios externos para acreditar su solvencia, sin duda estaríamos ante un mero error material, fácilmente salvable a la vista de la documentación que se acompaña.

Pero en este caso nos encontramos ante la ausencia de declaración por parte de la empresa Eboga y esa falta de declaración total sobre múltiples aspectos preceptivos y previos a la admisión de la oferta, ya no puede ser subsanada.

Retomando la interpretación que efectúa el Tribunal Central de Recursos contractuales en su Resolución, a través de la declaración responsable conforme al DEUC o por este directamente, el declarante certifica hechos y por tanto asume el deber de decir la verdad sobre ellos, haciéndose responsables ante el órgano de contratación de lo manifestado y en particular que reúne los requisitos de aptitud para contratar y ausencia de prohibiciones para ello.

Bien es cierto que la falta de declaración responsable por parte de Eboga no altera la oferta efectuada. Pero desconocemos si esta empresa al momento de terminar el plazo de licitación era apta para contratar con la administración, en todos los términos que la ley prevé.

Llegados a este punto debemos dilucidar si la falta de presentación del DEUC o declaración responsable por parte de Eboga es subsanable o por el contrario ya no lo es en este momento procesal.

Cierto es que la mesa de contratación a la apertura del sobre A, en el que se encontraba el anexo VII, debería haber solicitado la declaración responsable a la empresa Eboga y la corrección de errores a la empresa Vinfoval. No obstante subsanar significar corregir, completar algún documento ya presentado, no se puede subsanar lo no presentado, pues se trataría de completar.

Distintas son las respuestas que la doctrina ha dado a esta posibilidad desde las más antiformalistas que entienden perfectamente subsanable la aportación de un documento extemporáneamente, hasta aquellas que consideran insubsanable la no presentación de cualquier documento, memoria, muestra etc..., que exija el PCAP.

Este Tribunal considera que el antiformalismo tiene como límite la modificación bien de la oferta o bien del desarrollo del procedimiento en cada caso concreto.

En el presente caso la falta de declaración responsable por parte de Eboga no produce ningún efecto sobre el desarrollo del procedimiento o sobre la calificación de la oferta siempre y cuando ahora este en posición de declarar, y ya por el momento procesal en que nos encontramos acreditar, el cumplimiento de todos los requisitos exigidos tanto en la LCSP como en el PACP, a la fecha de finalización de la presentación de ofertas y hasta el momento actual.

Por todo ello, este Tribunal considera que el error cometido en el DEUC por parte de la adjudicataria, no debe ser causa de exclusión de su oferta ni entendido como modificación de esta, pues la realidad no es otra que la previa comunicación de la intención de recurrir a medios externos para adscribir el personal requerido que manifiesta en el mismo momento procesal con la presentación del Anexo VII compromiso de utilización de medios externos.

Ahora bien, es necesario que antes de adjudicar el contrato la empresa Eboga acredite ante el órgano de contratación su aptitud para contratar y el cumplimiento de los requisitos que marca el PCAP a la fecha de finalización del plazo de licitación

y hasta la actualidad, de dicha comprobación se desprenderá la posibilidad de adjudicar el contrato o en su defecto excluir la oferta presentada por Vinfoval y en consecuencia declarar desierto el procedimiento de contratación.

En consecuencia se estima parcialmente el recurso planteado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Eurocop Security Systems, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Parla de fecha 2 de febrero de 2022, por el que se adjudica el contrato de “Suministro para la adquisición e implementación de un sistema integral de información y gestión para el Área de Seguridad Ciudadana y Movilidad, su mantenimiento y asistencia técnica en el Ayuntamiento de Parla” número de expediente: 23/2019, anulando la adjudicación y retro trayendo las actuaciones al momento de acreditar la solvencia exigida tanto para Vinfoval como para Eboga así como las condiciones y aptitud de ambas empresas para contratar con la administración.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.