

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

En Madrid, a 18 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de BABLE GmbH contra la resolución de 5 de mayo de 2021 de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid de exclusión de la licitación “Acuerdo Marco titulado consultoría, diseño y factoría de servicios innovadores para la transformación digital de la comunidad de Madrid (2 lotes), para su adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, ecom-000238-2020 , este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de enero se publica la convocatoria del contrato en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid. El 1 de febrero en el DOUE y el 10 de febrero en el BOCM. El valor estimado de los dos lotes asciende a 64.000.000 de euros.

Segundo.- En fecha 13 de abril se publica en el Portal el requerimiento para la subsanación de la documentación, entre ellas el recurrente, la cual es instada de subsanación sobre diversos elementos de su proposición , entre ellos:

“Declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo VI al pliego de cláusulas administrativas, firmada electrónicamente por la persona que ostenta la representación de la empresa, y según lo establecido en la cláusula 14 apartado 2 del citado Pliego, en la que se haga constar expresamente lo siguiente:

Igualmente, si se trata de una empresa de más de 100 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 fecha 15 de abril presenta la subsanación de la documentación y sobre los extremos anteriores, afirma:

“Declara que el Anexo VI, con respecto a la declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, no aplica para la empresa BABLE GmbH ya que cuenta con menos de 30 empleados.

Asimismo, al tratarse de una empresa de menos de 100 trabajadores no 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 por tanto no aplica a comprometerse a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el Órgano de Contratación cuando sea requerido para ello”.

En fecha 5 de mayo se publica la exclusión de BABLE:

“No presenta la Declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo VI al pliego de cláusulas administrativas, y según lo establecido en la cláusula 14, apartado 2 del citado Pliego. En el documento aportado indica que <el compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, no aplica para la empresa

BABLE GmbH ya que cuenta con menos de 30 empleados>. Igualmente, en el documento aportado indica que <al tratarse de una empresa de menos de 100 trabajadores no 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 por tanto no aplica a comprometerse a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el Órgano de Contratación cuando sea requerido para ello>. La empresa debió aportar la declaración según el citado modelo, toda vez que resulta obligatorio presentar dicha declaración, con independencia del número de trabajadores que tengan en plantilla en el momento de presentar la oferta, puesto que si durante la ejecución del contrato se alcanza la cifra de 50 o más trabajadores, están obligados a tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2%, al menos de la plantilla de la empresa, o las correspondientes medidas alternativas, y se ha de comprometer a acreditarlo en cualquier momento ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva. En el mismo sentido, para la obligación de contar con un plan de igualdad”.

Tercero.- El 26 de mayo de 2021 tuvo entrada en el Registro de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid la “reclamación” en materia de contratación.

Cuarto.- El 8 de junio 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 (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 licitadora en el procedimiento, *“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).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso, consejero delegado de la empresa.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue publicado el 5 de mayo de 2021, e interpuesto el recurso el 26 de mayo de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión del contrato, 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.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente manifiesta debió darse plazo de subsanación sobre la documentación presentada en plazo de subsanación, tanto en lo que concierne a la declaración responsable de contratación de trabajadores con discapacidad, como al plan de igualdad, consignados en el antecedente segundo. Alega que interpretó mal el requerimiento de subsanación, tanto por la ambigüedad del texto de la declaración (anexo VI del Pliego) como por la propia comunicación publicada en el Portal de Contratación, que refería a “sí” se trata de una empresa de más de 100 trabajadores.

Entendió que refería al presente y no a la ejecución del contrato. Admite la declaración ambas interpretaciones. Además, el Art. 14 cláusula 2 del PCAP, habla en su título de la *“Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en*

su plantilla trabajadores con discapacidad”, lo que también aportó al presente error. El trámite de subsanación vendría exigido por el deber de la administración pública de informar al ciudadano, y el derecho a la audiencia antes de dictar una resolución desestimatoria. Aunque haya habido un anterior requerimiento, ha sido en el trámite de subsanación cuando se revelaba el error de la empresa de que las declaraciones del Anexo VI no se tenían que aportar, por no cumplir los criterios en la situación actual.

Argumenta el órgano de contratación que la declaración se exige a todos los licitadores con independencia de su plantilla y sus trabajadores minusválidos en el momento de la licitación, que el texto del Anexo VI es explícito, no existiendo ambigüedad en el requerimiento de subsanación inicial, que respondía precisamente a la primera declaración afirmando que no estaba obligado a presentar declaración, que simultáneamente al requerimiento se publicaron en el perfil del contratante los modelos de declaraciones a presentar. Es más, el 8 de marzo se publicó en el perfil una nota aclaratoria, para dar respuesta a consultas planteadas durante el periodo de licitación, en la que se indicaba que las empresas extranjeras debían igualmente cumplimentar el Anexo VI del PCAP relativo a la declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad. Así, citan resoluciones de este Tribunal nº 363/2018, de 28 de noviembre y nº 316/2019, de 17 de julio.

El anexo VI, cuando se publicó inicialmente, contenía un error en cuanto al número de trabajadores de las empresas que tienen obligación de contar con un Plan de Igualdad. El 3 de marzo, se publicó en el Perfil de Contratante la resolución de corrección de dicho error y ampliando el plazo para presentar ofertas hasta el 15 de marzo de 2021.

A juicio de este Tribunal no hay ambigüedad en el Pliego sobre la declaración de trabajadores con discapacidad y el plan de igualdad, refiriendo a la ejecución del contrato.

La cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato se indica que en el SOBRE Nº 1 "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA" se 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 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 100 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”.

La cláusula refiere claramente a la obligación durante la “vigencia” del contrato e igualmente a la forma de acreditarlo, mediante el modelo publicado en el anexo. También afirma que la obligación es del adjudicatario, y si su plantilla “alcanza” 50 o más trabajadores. Igualmente afirma la obligación de acreditar el cumplimiento de esta obligación si el adjudicatario es requerido para ello durante la vigencia del contrato y, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva.

Este texto se reproduce en la declaración del Anexo VI al PCAP, así como se vuelve a publicar al tiempo que la comunicación de subsanación, el 13 de abril.

Tampoco es equívoco el requerimiento de subsanación, que refiere expresamente a la cumplimentación del anexo VI del pliego de cláusulas administrativas particulares: *“conforme al modelo fijado en el Anexo VI al pliego”*. La condicionalidad respecto del plan de igualdad se enmarca igualmente en el modelo del anexo, siendo un párrafo textual del mismo: *“Igualmente, si se trata de una empresa de más de 100 trabajadores (...)”*.

La cláusula 34 del PCAP tampoco es equívoca: *“el contratista (...) durante la vigencia del contrato, asume entre sus obligaciones la de tener 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 (...)”*.

Igualmente afirma que el compromiso se acredita se verifica mediante la cumplimentación del modelo de declaración:

“La asunción de la citada obligación se realizará mediante la declaración responsable que se cita en la cláusula 14 “Forma y contenido de las proposiciones” de este pliego, sobre nº 1 “Documentación administrativa”, apartado 4 “Declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad””.

La comunicación de subsanación es sobre la documentación de la proposición, la documentación inicialmente presentada en la que ya afirmaba que no estaba obligada a presentar la declaración, por no tener más de 30 trabajadores:

“Declara que Anexo VI, con respecto a la declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad, no aplica para la empresa BABLE GmbH ya que cuenta con menos de 30 empleados.”

Es sobre este error que el órgano de contratación le da plazo de subsanación, expresando directamente que debía presentar la declaración del anexo VI, frente a su afirmación anterior. Anexo que lleva por título precisamente *“modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad”*.

Y nuevamente emite la declaración anterior que el órgano de contratación le requiere de subsanación.

Si bien puede ser entendible el primer error sobre el alcance o forma de acreditar el compromiso del anexo VI, el segundo solo es imputable al recurrente. Tal y como afirmó este Tribunal en Resolución nº 363/2018, de 28 de noviembre sobre un supuesto similar:

“El PCAP era claro al establecer la condición esencial y la forma de acreditarla y el licitador al presentar su oferta acepta de manera incondicionada el contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

En su requerimiento el órgano reiteró la necesidad de presentar el modelo del Anexo VI del PCAP, dando con ello al licitador la oportunidad de subsanar en tiempo y forma el error padecido, quedando obligado por tanto por sus propios actos a comprobar que lo aportado se ajusta exactamente lo requerido en aras al principio de igualdad de trato de todos los licitadores.

Por todo ello, la no presentación del modelo requerido es un error imputable directamente al licitador y no ajustándose la documentación presentada a lo requerido, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso”.

Por idéntica razón no procede conceder nuevo plazo de subsanación, conforme los artículos 1, 132, 139 y 141 de la LCSP.

Habiendo concedido ya el plazo de subsanación del artículo 141 de la LCSP (y cláusula 15 del PCAP), dar nueva oportunidad de subsanar vulneraría el principio de vinculación de las proposiciones a los pliegos y documentación que rige la licitación

(artículo 139.1 LCSP) y la igualdad de trato a los licitadores (artículos 1 y 132 LCSP). Tal y como afirma la Resolución nº 316/2019, de 17 de julio de este Tribunal:

“Si bien puede ser comprensible el error en la interpretación de los Pliegos por parte de los recurrentes, no se comprende que una vez requerido por el órgano de contratación para su subsanación persistiera en su error, no aportando la documentación exigida en el plazo concedido. Incluso en su escrito posterior de 1 de julio dirigido a la Mesa de contratación sigue planteando que la declaración presentada inicialmente era correcta y subsidiariamente que se admita las presentadas individualmente fuera de plazo.

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. 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.

Por todo ello, considerando que la documentación referida al Anexo VI presentada por los recurrentes no cumplía la exigencia de los Pliegos y que se solicitó su subsanación conforme a la cláusula 11 de los mismos, sin que fuera cumplimentada en el plazo concedido al efecto, procede la desestimación del recurso”.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso.

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 la representación legal de BABLE GmbH del contra la Resolución de 5 de mayo de 2021 de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid de exclusión de la licitación “Acuerdo Marco titulado consultoría, diseño y factoría de servicios innovadores para la transformación digital de la comunidad de Madrid (2 lotes), para su adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

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.