

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

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Prorion Innoval, S.L., contra el Decreto, de 12 de septiembre de 2022, de la Concejala Presidente del Distrito de Moratalaz, adoptado por delegación, por el que se le excluye del Lote 1 y 2 del procedimiento de licitación del contrato de “Concesión de Servicios de las Instalaciones Deportivas Básicas “Dehesa de Moratalaz” y “Lilí Álvarez” del distrito de Moratalaz (2 Lotes)” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 115/2021/02244, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado el 18 de agosto en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento restringido con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.906.254,17 euros y su plazo de

duración será de cinco años sin posibilidad de prórroga.

A la presente licitación se presentaron, tanto al lote 1 como al 2, tres empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- El 12 de septiembre de 2022, la Concejal-Presidente del Distrito de Moratalaz, en virtud de las competencias delegadas, acuerda excluir la proposición presentada por Prorion Innoval, S.L. (en adelante PRORION), por no haber cumplimentado debidamente los requisitos mínimos exigidos para participar en los Lotes 1 y 2 de la licitación, todo ello de conformidad con lo estipulado en el artículo 160 y 162.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La citada resolución tiene su fundamento y motivación en el informe emitido por la Unidad de contratación de fecha 9 de septiembre de 2022, cuyo tenor literal se transcribe a continuación:

“La Mesa de Contratación del Distrito de Moratalaz, en su sesión de fecha 06 de septiembre de 2022, procedió a la celebración del Acto de apertura y calificación de la documentación administrativa y solicitudes de participación en el procedimiento restringido relativo al contrato de concesión denominado: CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS DE LAS INSTALACIONES DEPORTIVAS BÁSICAS “DEHESA DE MORATALAZ” Y “LILÍ ÁLVAREZ” DEL DISTRITO DE MORATALAZ (2 LOTES).

El artículo 160 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su apartado primero ‘En el procedimiento restringido cualquier empresa interesada podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria de licitación, especificando, en su apartado segundo, que “solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación.

La documentación administrativa requerida por el Órgano de Contratación para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para la admisión de las solicitudes

de participación, tal y como establece en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la presente licitación y se reiteró en el Anuncio de Licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 18 de agosto del año en curso a las 11:32 horas, consistía en:

- Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), aprobado a través del Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero.*
- Anexo VI “Declaración responsable relativa a hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres y pertenecer a grupo de empresas.*
- Anexo XII “Solicitud de participación”.*

La mesa de contratación comprobó que la mercantil PRORION INNOVA S.L., con CIF: B-67793059, presentó solicitud de participación en la licitación en fecha 02/09/2022 a las 13:33 horas, esto es dentro del plazo concedido a tal efecto.

Tras la apertura y calificación de la documentación administrativa, la mesa de contratación constató lo siguiente:

Primero.- Que la empresa PRORION INNOVA S.L. presenta, además de la documentación requerida, un segundo Documento Europeo Único de Contratación (DEUC), correspondiente a una tercera empresa que no ha presentado solicitud de participación. La denominación de dicha mercantil es SDI GRUPO ANIMÁS SL con B-86028586.

No se indica por parte de la empresa PRORION INNOVA S.L. la intención de conforma una Unión Temporal de Empresas (UTE) con la mercantil SDI GRUPO ANIMÁS S.L. motivo por el cual el documento presentado por esta última se debe tener por no presentado.

Segundo.- Entrando a calificar la documentación correspondiente a la empresa PRORION INNOVA S.L., la mesa de contratación verifica que el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) no está debidamente cumplimentado al no responder al apartado en el que se debe indicar si el operador económico cumple con los criterios

de selección requeridos. Tal incumplimiento se da tanto en el Lote 1 como en el Lote 2 de la licitación.

La falta de respuesta a dicha cuestión es considerada, por unanimidad de la mesa de contratación, como un incumplimiento de los requisitos de admisión y, en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 160 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, acuerda excluir de la participación en ambos lotes de la licitación a la empresa PRORION INNOVA S.L”.

Tercero.- El 17 de septiembre de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de PRORION en el que solicita que se admita el DEUC referido a la sociedad SDI Grupo Animás, S.L. (en adelante ANIMÁS), por ser la sociedad mediante la que va a integrar la solvencia de la licitadora y que se retrotraigan las actuaciones para que se le conceda un plazo para subsanar los defectos advertidos en la documentación administrativa. Además, solicita la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el presente recurso.

El 23 de septiembre de 2022, 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 22 de septiembre de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- 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 del procedimiento de 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).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 12 de septiembre, notificado el 14, e interpuesto el recurso, el 17, 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, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.c) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Por lo que se refiere al primer motivo de exclusión, alega el recurrente que el DEUC referido a la sociedad ANIMÁS no se aportó por error, sino que su finalidad no es otra más que cumplir con lo estipulado en el artículo 75 de la LCSP, dado que, como se indica en el DEUC de PRORION ésta va a integrar su solvencia económica por medios externos, que es la sociedad ANIMÁS. En cualquier caso, si la Mesa de contratación hubiese considerado que la documentación aportada adolecía de algún defecto no debería haber acordado su inadmisión directamente, sino que debió haber requerido para que el plazo de 3 días subsanase los errores, en cumplimiento del artículo 141.2. de la LCSP.

En cuanto al segundo motivo de exclusión, por no estar debidamente cumplimentado el DEUC al no responder el apartado en el que se indica si el operador económico cumple con los criterios de selección requeridos, considera el recurrente que es un defecto subsanable por lo que la Mesa debió haber requerido igualmente para que subsanase los errores advertidos. Sin embargo, no se le concedió dicho plazo y se le excluyó directamente.

Por ello, solita que se anule el acto impugnado por constituir una infracción del ordenamiento jurídico y que se acuerde la retroacción del procedimiento para que se le conceda plazo de subsanación.

Por su parte el órgano de contratación alega que la Mesa de contratación ha entendido que se trata de un defecto no subsanable, por cuanto la declaración responsable en el DEUC del íntegro cumplimiento de los requisitos de selección requeridos debe efectuarse dentro del plazo habido para la presentación de solicitudes de participación.

En definitiva, no se trataría de un simple defecto formal que *“resulte fácilmente subsanable”* que determinaría que la omisión del trámite de subsanación previsto en el artículo 141.2 LCSP fuera contraria a Derecho, sino de un elemento constitutivo básico de la propia solicitud de participación, lo que justificaría la calificación realiza

por la Mesa de contratación como defecto no subsanable, justificándose de esta forma la exclusión efectuada por el órgano de contratación a través de Decreto de 12 de septiembre de 2022, debidamente notificado al recurrente.

En referencia al DEUC de la empresa SDI Grupo Animás, S.L., el órgano de contratación no realiza ninguna manifestación.

Revisada la documentación presentada por PRORIÓN en el sobre 1. Se comprueba que consta entre otros documentos:

- Un DEUC en el que se informa que el operador económico es PRORIÓN INNOVA, S.L.

En dicho documento se indica:

“¿Se basa el operador económico en la capacidad de otras entidades para satisfacer los criterios de selección contemplados en la parte IV y los criterios y normas (en su caso) contemplados en la parte V, más abajo?”

● Sí

○ No

• *Facilite un formulario de DEUC aparte, que recoja la información exigida en las secciones A y B de esta parte y de la parte III, por cada una de las entidades de que se trate, debidamente cumplimentado y firmado por las entidades en cuestión”.*

“Respecto a los criterios de selección, el operador económico declara que:

Cumple todos los criterios de selección requeridos.

Indique la respuesta.

○ Sí

○ No”

- Un DEUC a nombre de SDI Grupo Animás, S.L.

Se establece en los PCAP la documentación que se debe incluir en el sobre A, que a efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar:

“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. 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. Además, deberán presentar la siguiente documentación: Declaración responsable conforme al modelo del Anexo VI relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”.

De conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aquellos licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un 2% de trabajadores con discapacidad, o a adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad. A estos efectos, los licitadores deberán aportar declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo VI sobre el cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. De conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano de contratación podrá hacer uso

de sus facultades de comprobación en relación con el cumplimiento de las citadas obligaciones. Asimismo, los licitadores harán constar que cumplen con los requisitos establecidos en la normativa vigente en materia laboral y social, así como que, en aquellos casos en los que corresponda, cumple con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, relativos a la elaboración y aplicación de un Plan de Igualdad. De conformidad con lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el órgano de contratación podrá hacer uso de las facultades de comprobación que tenga atribuidas en relación con el cumplimiento de las citadas obligación”.

De acuerdo con lo expuesto y tal como alega el recurrente la presentación del DEU de la entidad ANIMÁS responde a que PRORION declara en su DEUC que se basa en la capacidad de otras entidades. Por ello, la decisión de la Mesa de contratación de considerar no presentado dicho documento no es conforme a derecho.

En cualquier caso, si la Mesa hubiese tenido dudas debería haber solicitado aclaración al licitador sobre la naturaleza del documento, circunstancia que no se dio.

En cuanto a si cumple el recurrente los criterios de selección requeridos, efectivamente en su DEUC no cumplimenta este apartado.

Sobre la posibilidad de subsanación es preciso referirse al artículo 141 de la LCSP:

“1. Los órganos de contratación incluirán en el pliego, junto con la exigencia de declaración responsable, el modelo al que deberá ajustarse la misma. El modelo que recoja el pliego seguirá el formulario de documento europeo único de contratación aprobado en el seno de la Unión Europea, sin perjuicio de lo establecido en la letra c) del apartado 4 del artículo 159.

2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

Y al artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2021: “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

En igual sentido se indica en el PCAP “La Mesa de contratación calificará la declaración responsable y la restante documentación y si observase defectos subsanables, otorgará al empresario un plazo de tres días para que los corrija y, en su caso, un plazo de cinco días para que presente aclaraciones o documentos complementarios”.

En definitiva, la controversia se centra en determinar si dichos defectos son subsanables. Respecto a la subsanación de defectos que afecten a la documentación administrativa se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia un criterio unánime favorable, admitiendo la absoluta subsanabilidad, con el límite de que se puede acreditar que se cumplen los requisitos en el momento anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas. Este criterio antiformalista es el correlato de facilitar la mayor concurrencia de los licitadores respetando los principios de igualdad de trato licitadores.

Con carácter general, la JCCA viene entendiendo, valga el informe 18/10, de 24 de noviembre, que:

“Se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia 2415/2015 que:

“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, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de 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 (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012)”.

En la misma línea se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 1051/2020, de fecha 5 de octubre de 2020, citada por el recurrente, en la que se destaca que: *“Pues bien, siendo cierto que las mercantiles recurrentes no aportaron la documentación administrativa o general en la forma exigida por los Pliegos, también lo es que tal omisión es susceptible de subsanación mediante su aportación de conformidad con los artículos 81.2 y 83.6 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) por cuanto que dicha omisión se refiere a la acreditación de requisitos existentes, no a la existencia misma de los requisitos y no afecta a la formulación de las ofertas”.*

De acuerdo con lo anterior, la Mesa de contratación debió haber concedido un trámite de subsanación al licitador para cumplimentar correctamente la documentación presentada, igual sucede respecto del DEUC de la entidad ANIMÁS pues si le ofrece alguna duda puede solicitar aclaración.

Por ello, se estima el recurso interpuesto, ordenando la retroacción del procedimiento para que se le requiera al recurrente la subsanación de la documentación.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Prorion Innoval, S.L., contra el Decreto, de 12 de septiembre de 2022, de la Concejal Presidente del Distrito de Moratalaz, adoptado por delegación, por el que se le excluye del Lote 1 y 2 del procedimiento de licitación del contrato de “Concesión de Servicios de las Instalaciones Deportivas Básicas “Dehesa de Moratalaz” y “Lilí Álvarez” del distrito de Moratalaz (2 Lotes)” del Ayuntamiento de Madrid número de expediente 115/2021/02244, ordenando la retroacción del procedimiento en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal, el 22 de

septiembre de 2022, para el Lote 1 y 2.

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.