

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.S.P. en nombre y representación de Cruz Roja España, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 4 de septiembre de 2018 por el que se excluye su proposición de la licitación al contrato de “Servicio integración social, promoción comunitaria y asistencia vecinal a los adjudicatarios de vivienda de la Agencia de Vivienda Social y el Realojo de Familias Residentes en el Sector 6 de la Cañada Real Galiana” de la Comunidad de Madrid, número de expediente: A/SER-012303/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de julio de 2018 se publicó en el DOUE anuncio de información previa correspondiente a esta contratación.

Con fecha 8 de agosto se publica en el DOUE el anuncio de licitación y en fecha 7 de agosto en el portal de contratación de la Comunidad de Madrid, donde se ponen los Pliegos de Condiciones a disposición de los licitadores.

Esta licitación está sujeta a regulación armonizada, se tramita mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, su plazo de ejecución es de dos años prorrogables por otros dos y su valor estimado asciende a 4.704.465,11 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

El 4 de septiembre de 2018 se reunió la Mesa de contratación para proceder a la apertura electrónica de las proposiciones, iniciándose con el descriptado del Documento Europeo Único de Contratación aportado por las licitadoras.

Constata la Mesa que el documento presentado por Cruz Roja España no está perfectamente cumplimentado, faltando la referencia del apartado:

“IV Criterios de Selección.

a) Indicación global relativa a todos los criterios de selección

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

Cumple todos los criterios de selección requeridos

Indique la respuesta

O SI

O NO”.

El 7 de septiembre de 2018, Cruz Roja España recibe notificación de la Mesa de contratación a fin de que subsane la documentación aportada, lo que verificó el 10 de septiembre mediante la aportación de un DEUC nuevo con la corrección del error detectado por la Mesa.

Con fecha 11 de septiembre se reúne la Mesa de contratación con el fin de calificar definitivamente la documentación administrativa presentada por Cruz Roja y proceder a la apertura del archivo que contiene la documentación a valorar mediante criterios sujetos a juicios de valor. Descriptado el documento presentado por Cruz

Roja se constata que no se encuentra firmado, por lo que la Mesa de contratación acuerda su exclusión de la licitación, que es notificada a la recurrente en fecha 12 de septiembre de 2018.

Tercero.- El 18 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Cruz Roja España en el que se solicita la anulación del Acuerdo de la Mesa de contratación sobre la exclusión a la licitación de su oferta así como la adopción de medidas cautelares de suspensión del procedimiento de licitación.

El 24 de septiembre 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).

Cuarto.- Con fecha 26 de septiembre de 2018, el Tribunal acordó denegar las medidas cautelares solicitadas por el recurrente, en base a la oposición del órgano de contratación y a la posibilidad de acordar la resolución en un breve plazo de tiempo, lo que ningún perjuicio depararía a la recurrente.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al otro licitador, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 27 de septiembre de 2018 se recibe escrito de AEBIA Tecnología y Servicios, S.L., en el que se indica que no se harán alegaciones.

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, licitador excluido del procedimiento, “*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 especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 4 de junio de 2018, practicada la notificación del mismo el día 12 de septiembre e interpuesto el recurso, en este Tribunal el día 18 de septiembre de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se excluye de la licitación a la recurrente, en el marco de un contrato de servicio con valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto la recurrente se opone a la exclusión de su oferta considerando que la notificación recibida en la que consta el documento a subsanar indicaba textualmente que “*el DEUC presentado no se adapta al modelo requerido. Ha de presentar un nuevo DEUC en el que se incluya la referencia al expediente de contratación que se tramita y venga expresamente cumplimentada la parte IV*”. El recurrente indica que el modelo presentado sí era el exigido en los PCAP, aunque asume no haber consignado la parte IV del documento.

En cuanto a los defectos encontrados en la subsanación, admite haber olvidado firmar electrónicamente el nuevo DEUC, alegando en su defensa que la presentación de dicho documento se realiza a través de certificado electrónico de representante de persona jurídica que solo está residenciado en el equipo informático del apoderado, por lo que la verificación de la persona que declara mediante el DEUC es inherente a su presentación electrónica.

Por su parte el órgano de contratación justifica el Acuerdo de exclusión adoptado en que *“La empresa licitadora presenta un nuevo DEUC a través de la Plataforma Licit@, resultando visible en el seno de la Mesa a través de la aplicación NEXUS. Según puede constatarse, el documento presentado carece de firma, ya sea firma electrónica u hológrafa, por lo que no puede verificarse que el compromiso haya sido realizado en nombre de la empresa por persona autorizada para ello. Sin perjuicio de lo anterior, tampoco se ha incluido la referencia del expediente que se tramita tal y como se indicó en el requerimiento de subsanación”*.

Así mismo el órgano de contratación invoca el Anexo V de los PCAP donde se describe pormenorizadamente el proceso para la obtención del DEUC y su presentación, alegando la improcedencia de subsanar lo subsanado invocando para ello, entre otras, la Resolución del TACRC 53/2014 y la Resolución de este Tribunal 159/2013.

Debe señalarse en primer lugar que del relato de los hechos efectuado por el órgano de contratación y por el licitador parece que nos encontramos ante un supuesto de doble subsanación, que de acuerdo con la doctrina consolidada no es posible, que sin embargo debe matizarse en este caso.

Es necesario advertir que la LCSP en su artículo 140.1 adopta el contenido del DEUC como declaración responsable para todas las contrataciones sea cual sea su importe y adelanta al día 9 de marzo de 2018 la digitalización de las licitaciones, si bien en las Directivas de contratos la utilización del DEUC era exclusiva para los

contratos sujetos a regulación armonizada, como es el caso que nos ocupa. Es necesario advertir también que la Directiva impone a lo largo de distintas fechas la digitalización de las licitaciones, culminando el proceso de adaptación el 18 de octubre de 2018, si bien desde la entrada en vigor de la LCSP toda licitación incluida en su ámbito de aplicación deberá ser electrónica.

La Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid a través de la plataforma licit@ cumple con los requisitos legales nacionales y europeos de tramitación electrónica.

Llegados a este punto debemos de hacer un esfuerzo de adaptación a las nuevas formas de presentación de las proposiciones. En este momento no se puede observar y enjuiciar solo el resultado final, sino que tenemos que partir del camino que se ha recorrido. El motivo de este recurso es sin duda un ejemplo claro de esta nueva visión que desde todos los operadores que participan en los procesos contractuales públicos debe observarse, superando la resistencia que produce el inicio de cualquier cambio la adopción de medidas o formas de comprobación novedosas.

La cumplimentación y presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar se efectúa a través del modelo oficial de Documento Europeo Único de Contratación. Su formulación y envío telemático al registro electrónico del órgano de contratación, se encuentra perfectamente detallada en los PCAP, Anexo V, indicando así mismo cómo el órgano de contratación ya ha procedido a la cumplimentación del anuncio y el resto de las instrucciones para culminar con éxito la presentación telemática de este.

Como se desprende del Anexo V de los PCAP, el licitador debería haber accedido a la dirección <https://ec.europa.eu/tools/esp/>, para la generación del DEUC, que será exportado a su ordenador personal una vez se indique el número de referencia por el que se accede al anuncio concreto ya cumplimentado por el

órgano de contratación en los datos que le son propios, entre los que se encuentra el nombre y número de referencia del contrato. Una vez se encuentre en el escritorio del usuario este lo rellenará, convertirá a formato PDF y firmará digitalmente. Cuando ya esté preparado, a través del programa licit@ se presentará telemáticamente.

Este Tribunal comprueba que la primera subsanación se basa en la ausencia de marcaje de una opción en el DEUC, relativa al cumplimiento de los requisitos de solvencia, que ha sido subsanada por el recurrente. Debe señalarse que se trata del marcaje de un punto del anuncio que no conlleva información adicional, sino que resume las declaraciones efectuadas con anterioridad.

En la subsanación del error manifestado anteriormente, con la aportación de un segundo DEUC, el recurrente olvida insertar la firma al final del documento. No debemos olvidar que estamos en un escenario de licitación electrónica que incluye una necesidad de identificación previa antes de acceder a los distintos procesos electrónicos del procedimiento de contratación con un perfil de licitador.

Este Tribunal ha accedido a la plataforma licit@ con el fin de analizar los pasos y la forma de presentación de ofertas, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Para acceder por primera vez es necesario dar de alta al licitador.
2. Si se trata un apoderado de persona jurídica solicita todos los datos personales y de apoderamiento del que pretende darse de alta como usuario. Igualmente, si se trata de una persona física que obra en nombre propio solicita todos los datos personales.
3. En todo caso el usuario, bien físico o apoderado de persona jurídica, debe poseer un certificado de firma digital que ha de aportar previamente a la utilización del sistema.
4. Una vez dado de alta el usuario, podrá iniciar la licitación.

Es decir, la presentación telemática de un documento está reservada al apoderado de la empresa, que tras verificar sus claves de acceso a su ordenador operará en este sistema.

Este Tribunal no pretende poner en duda que se hayan verificado en este caso los pasos que se enuncian más arriba, ahora bien, sí pone el énfasis en el hecho constatado de que para presentar cualquier documento, oferta o subsanación hay que utilizar una plataforma que inicialmente ha solicitado los datos necesarios para dar de alta al usuario.

De igual manera se advierte que nos encontramos ante una licitación electrónica que engloba la presentación de un documento (DEUC) que debería ser un formulario electrónico, pero no lo es. En su lugar se ofrece un documento que ha de convertirse en formato PDF para poder firmarlo, fórmula innecesaria si estuviéramos ante un verdadero documento/formulario electrónico. Este documento ya cumplimentado se presenta a través de una plataforma que inicialmente para su utilización obliga a inscribirse en ella, con la aportación de los datos de representación, personales y necesidad de utilización para todo ello de un certificado de firma electrónica.

El recurrente presenta un DEUC que a todas luces parece no haber sido exportado al escritorio con su número de referencia, sino generado por otros medios, convertido a PDF y firmado en su primera versión, que fue presentada a través de licit@. En dicho documento por error el recurrente no marcó una casilla. La Mesa de contratación requiere al licitador a fin de que subsane el defecto advertido y esta no puede hacerse sino con la generación de un nuevo DEUC, puesto que el inicialmente utilizado se ha consumado con su conversión a PDF y bloqueo ante la firma electrónica.

Alcanzado este punto se plantea la posibilidad de subsanación del DEUC o declaración responsable equivalente. Hemos de iniciar la exposición advirtiendo que

el artículo 141.1 de la LCSP indica que los órganos de contratación incluirán en el PCAP el modelo de declaración que haya de utilizarse, añadiendo que este modelo seguirá el formulario de documento europeo único de contratación.

Cuando la ley habla de formulario, lo hace refiriéndose a este documento electrónico, no manual. De esta forma lo que se plantea es la adopción del formulario y su total conversión en documento electrónico que además de cumplir su función como modelo de declaración, servirá para extrapolar sus datos que serán requeridos en distintos momentos y por distintas autoridades.

Unir lo electrónico y lo manual es imposible en sí mismo. La licitación electrónica precisa de formularios electrónicos que no necesitan de conversión a programas habituales para su signado, así mismo los formularios electrónicos avisan de la falta de cumplimentación de algún apartado o dato, como es el caso de los formularios que se utilizan en la Plataforma de Contratación del Sector Público. En este caso concreto tenemos la convivencia de dos sistemas que no deberían convivir, pues la versión electrónica debería ser la única admisible.

Si el formulario incluido en el PCAP o en su plataforma de licitación es un formulario electrónico, la cumplimentación de este no tendrá defectos, toda vez que el sistema alertará de ellos y no proseguirá su tramitación hasta que se hayan subsanado. De esta forma cuando se descifren por los custodios de las ofertas, no será necesario, en principio la subsanación. No obstante el artículo 141.2 párrafo segundo admite la posibilidad de subsanación y prevé el plazo para su ejecución.

Es necesario señalar que la subsanación, por definición, es completar lo ya presentado. En el caso del DEUC al tratarse de un formulario electrónico, su propia naturaleza impide la subsanación entendida como lo ha sido tradicionalmente en la doctrina, debiendo necesariamente proceder a la emisión de un nuevo documento. Esta singularidad viene a incidir sobre el carácter de formulario electrónico que ha de

poseer el DEUC en la versión que cada órgano de contratación incluya en sus PCAP.

La presentación del nuevo DEUC se efectúa a través de un portal de licitación en el cual, previos los trámites oportunos, figura de alta el licitador con la necesaria inserción de firma electrónica o digital, pero en ese versionado en PDF, olvida la firma, que sí constaba en el primero y que consta en el alta en la plataforma.

Bajo esta realidad, la exclusión de la licitación por la falta de firma en el segundo DEUC, cuando para su presentación se ha de estar dado de alta en la plataforma de licitación licit@ que solicita todos los datos personales y de apoderamiento del licitador, que no se facilita, se convierte en excesiva.

En el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que, con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que, apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015 considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“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”.

Este Tribunal considera que la falta de firma del segundo DEUC como defecto insubsanable, cuando para la presentación telemática de dicho documento previamente el apoderado de la persona jurídica licitadora ha de darse de alta como usuario, con la preceptiva aportación de datos y especialmente de certificado de firma electrónica, es excesiva y conculca el principio de libre concurrencia en la licitación. Por lo que procede la estimación 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.G.S.P. en nombre y representación de Cruz Roja España, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 4 de septiembre de 2018 por el que se excluye su proposición de la licitación por calificación desfavorable de la documentación administrativa presentada en el contrato de “Servicio integración social, promoción comunitaria y asistencia vecinal a los adjudicatarios de vivienda de la agencia de vivienda social y el realojo de familias residentes en el sector 6 de la Cañada Real Galiana” de la Comunidad de Madrid, número de expediente: A/SER-012303/2018.

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.