

Recurso nº 39/2021

Resolución nº 64/2021

**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 don C.F.A., don F.N.R., don L.H.F., don C.F.A. y doña Y.P.P., en su propio nombre y todos ellos miembros de la UTE Carlos Ferrán Alfaro-Fernando Navazo Rivero-Luis Herrero Fernández-Carlos Ferrán Aranaz-Yolanda Palomar Pastor, (en adelante UTE), contra los Acuerdos de las mesas celebradas en fechas 22 y 29 de diciembre, de subsanación de documentación y de exclusión 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 la UTE. 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:

“Cada miembro de la UTE deberá aportar de forma separada e individualizada la siguiente declaración:

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 Tablón de Anuncios del Portal de Contratación 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 se publica en el citado tablón de anuncios el acta de la Mesa de contratación.

Tercero.- El 19 de enero de 2021 tuvo entrada en el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación formulado por la UTE, que posteriormente fue remitido a este Tribunal el 21 de enero de 2021. En dicho recurso solicita que:

- Adopte la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato de referencia de 22 y 29 de diciembre y en consecuencia se ordene la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas que debe incluir también a la UTE.
- Subsidiariamente, para el caso de que se desestime la pretensión anterior, que se declare subsanada en tiempo y forma la omisión de la declaración separada e individualizada.
- Subsidiariamente, para el caso de que desestimen las dos pretensiones anteriores, solicitan que se anule el trámite de subsanación de las ofertas defectuosamente sustanciado y ordene rehabilitar el plazo de subsanación la forma y por el tiempo debidos.

El 21 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 (LCSP).

El órgano de contratación informa que la actuación de la mesa de contratación y las comunicaciones efectuadas, a efecto de aclarar o subsanar las deficiencias detectadas, se ajustó a los Pliegos y a la legislación vigente en materia de contratos públicos por lo que solicita la desestimación del recurso especial.

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 UTE 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 19 de enero de 2021 ante el órgano de contratación, 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.

El recurrente alega que en la comunicación del requerimiento que consta en el acta del día 22 la Administración incurre en defectos formales que provocan

indefensión, razón más que suficiente para proceder a su anulación y a la rehabilitación del plazo para subsanar la omisión de las declaraciones individualizadas y separadas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 de la LCSP y 48.2. de la LPAC.

Fundamenta sus pretensiones en que *“El acta de la reunión del día 22 de diciembre de 2020 se publica en el portal de la contratación pública en el enlace denominado "Actas de las Mesas" el día 28 de diciembre de 2020. Con lo cual es claro que el plazo para la subsanación concluía el día 31 de diciembre de 2020. Y en cumplimiento del mismo, presentamos las declaraciones responsables de los cinco miembros de la unión temporal el día 29, dentro del que creíamos que era el plazo habilitado.”*

Ocurre, sin embargo, que en paralelo, el mismo día 22 de diciembre de 2020, se emite por la Administración un llamado *“Comunicado para subsanación”* donde se otorga un plazo que termina justamente el día 28 de diciembre de 2020 para cumplir la muy referida subsanación; esto es, un plazo diferente a los tres días naturales a los que se refiere el acta publicada el día 28 de diciembre”.

Continúa añadiendo que el *“comunicado para la subsanación”* no aparece en la página principal del portal de contratación y que es de difícil acceso.

En resumen, considera que *“la Administración incurre en una clara contradicción entre los distintos documentos que se publican de la misma reunión de la mesa de contratación del día 22 de diciembre de 2020, ya que dicen cosas distintas y se publican en distintos días y dan distintos plazos”.*

En relación con esta cuestión, este Tribunal coincide plenamente con lo expuesto por el órgano de contratación en su informe pues la recurrente confunde el procedimiento de requerimiento de subsanación y no distingue la comunicación de subsanación con la publicación de las actas.

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.

Asimismo, 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.

Existen, 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.

Por otro lado, no se alcanza a comprender la dificultad de acceso al tablón de anuncios alegada por la recurrente, pues el mismo como se puede comprobar aparece en la página principal del contrato objeto de consulta al acceder al Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

De acuerdo con lo expuesto, el requerimiento de subsanación se realizó de conformidad con el procedimiento establecido y en consecuencia la documentación presentada por la UTE fuera de plazo establecido no puede ser admitida, como tampoco puede ordenarse la rehabilitación del plazo de subsanación.

Otra actuación, como admitir la subsanación de la documentación presentada fuera de plazo o rehabilitar el plazo de subsanación supondría infringir los principios de igualdad de trato y no discriminación de los licitadores, que impregnán toda la normativa de contratación.

La segunda de las alegaciones de la recurrente va referida a la improcedencia de solicitar que cada miembro de la UTE cumpliera el Anexo VI: *“La mesa de contratación al exigir a cada uno de los miembros de la UTE de “forma separada e individualizada” la “declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad” desconoce completamente la razón y funcionalidad de las uniones temporales de empresarios en el marco del régimen jurídico de la contratación del sector público”.*

Para sustentar sus pretensiones cita diversa legislación, entre otros, el artículo 69 de la *LCSP* “podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor” y el artículo 69.3 de la *LCSP* “Los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa”.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato”.

Y, concluye la recurrente que “De acuerdo con todo lo expuesto, es muy claro que en esta fase del procedimiento esa declaración responsable, conforme establece el artículo 69.3 *LCSP*, corresponde únicamente al representante de la unión temporal de empresarios y no, desde luego, a todos y cada uno de sus integrantes”.

Por su parte el órgano de contratación alega que la petición de volver a aportar la declaración corresponde a una doble motivación:

“1.- La declaración aportada corresponde al modelo antiguo:

En la documentación aportada en el sobre 1 “Documentación Administrativa”, se observa que se presenta una única declaración del anexo VI, relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad, conforme a modelos anteriores y no conforme al modelo que se facilitó en el Pliego. Como se puede observar, el representante de la UTE aporta una declaración con la expresión “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.

2.- Cada miembro de la UTE debía aportar de forma separada e individualizada la declaración del anexo VI.

(..)La recurrente intenta justificar desde la innecesidad de la misma por su escaso valor jurídico hasta la innecesidad de su aportación por parte de todos los miembros de la UTE.

El artículo 139.1 de la LCSP establece que “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.”

El PCAP regula, a su vez, la obligación para cada una de las empresas que conformen una UTE de aportar la documentación que se indica en el mismo. Así lo dispone la cláusula 12, apartado A, entre los que se incluye la declaración responsable relativa al compromiso de tener trabajadores con discapacidad.

Dice, además, la cláusula 12 del PCAP que “Si varios empresarios concurren constituyendo una unión temporal, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad de obrar presentando todos y cada uno de ellos un formulario DEUC separado, así como el resto de los documentos exigidos en este apartado de la presente cláusula”.

Este Tribunal, no se va a pronunciar sobre el primer motivo que alega el órgano de contratación para requerir la declaración a la UTE, puesto que no existe constancia

en la propia Acta de la Mesa de Contratación y porque el motivo de exclusión no es ese, sino que es el no haber presentado de forma separada e individualizada por cada uno de sus miembros la declaración del anexo VI que coincide con el requerimiento efectuado.

El órgano de contratación en su informe cita la Resolución 316/2019 de este Tribunal que resuelve, desestimando, un caso análogo al presente:

“En dicho acto, la Mesa de contratación informó la procedencia de desestimar dichas alegaciones ya que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares cada uno de los componentes de la UTE debe aportar los documentos exigidos en la misma. No pudiendo admitirse tampoco los escritos con las declaraciones responsables de cada una de las empresas constitutivas de la UTE por haberse presentado una vez finalizado el plazo de subsanación concedido.

(...)

Del análisis de la citada cláusula 12, apartado A no se plantea ninguna duda para este Tribunal de la obligación que establece el PCAP para las UTEs de presentar por separado cada una de sus componentes todos los documentos exigidos en la misma, entre los que se encuentra obviamente el anexo VI sobre declaración responsable sobre la obligación de las empresas de disponer en su plantilla personal con discapacidad. Se trata de una declaración responsable, por lo que carece de sentido la alegación de los recurrentes cuando manifiestan que “no se presentó el modelo por parte de las empresas al no ser las adjudicatarias del mismo”.

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 Cláusula 12, apartado A de los PCAP del contrato de referencia establece que si varios empresarios concurren constituyendo una unión temporal, cada uno de los que la componen deberán presentar los documentos exigidos en este apartado de la presente cláusula, entre los que se incluye la “declaración relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad y plan de igualdad” y que se solicitó su subsanación conforme a ello, sin que fuera cumplimentada en el plazo concedido al efecto, procede la desestimación del recurso.

En cuanto a la solicitud de suspensión de la ejecución del acto impugnado, una vez resuelto el recurso, carece de sentido pronunciarse sobre la misma al haber fijado este Tribunal su posición sobre dicho acto.

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 don C.F.A., don F.N.R., don L.H.F., don C.F.A. y doña Y.P.P., en su propio nombre y todos ellos miembros de la UTE Carlos Ferrán Alfaro-Fernando Navazo Rivero-Luis Herrero Fernández-Carlos Ferrán Aranaz-Yolanda Palomar Pastor, contra los actos de las mesas celebradas en fechas 22 y 29 de diciembre, de subsanación de documentación y de exclusión 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.