

Recurso nº 361/2024

Resolución nº 387/2024

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

En Madrid, a 9 de octubre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación legal de la mercantil GENERA CUATRO, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 8 de agosto de 2024, por el que se le excluye de la licitación del contrato denominado "Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al Distrito de Usera (2 lotes)", con número de expediente 300/2024/00014, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados los días 9 y 10 de julio de 2024, respectivamente en el Perfil del Contratante del Distrito de Usera de Madrid, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, así como en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 6.452.519,84 euros y su plazo de

ejecución es de dos años.

A la licitación se presentaron 6 ofertas entre ellas, la del recurrente.

Segundo. - Con fecha 1 de agosto de 2024, se celebra sesión de la Mesa de contratación para la apertura del archivo electrónico número 1 de las plicas presentadas y calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para licitar.

Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores la mesa concluye que varios licitadores deben subsanar los defectos en su documentación, entre ellos, la recurrente, recogiendo el acta de la sesión lo siguiente:

...Tienen que subsanar los siguientes licitadores:

- *GENERA QUATRO, S.L. NIF: B97207567:*

1.- Deberán presentar la declaración del Anexo VI del PCAP de cada una de las

empresas en cuya capacidad se basa para la obtención de la solvencia.

2.- Respecto al equipo de inspección por rayos X deberá aportar alta en el Registro correspondiente, conforme al art. 74.e) del Real Decreto 1836/1999, de 3 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones nucleares y radiactivas, modificado por el Real Decreto 35/2008, de 18 de enero.

3.- Deberá aportar registro en vigor de la empresa como Empresa autorizada del Órgano competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su sede social, para la realización y el mantenimiento de las siguientes instalaciones: Electricidad y baja tensión (relativa a la realización y mantenimiento de la Iluminación interior y exterior de las instalaciones objeto del contrato) ...

Efectuado requerimiento a la recurrente en el sentido indicado y, cumplimentado dicho trámite por GENERA CUATRO, en nueva sesión de la Mesa de fecha 8 de agosto de 2024 se acuerda lo siguiente:

...2.- Subsanación: 300/2024/00014 - Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al Distrito de Usera (2 lotes)

Revisada la documentación aportada por los licitadores tras el requerimiento efectuado para subsanar el SOBRE A, se concluye lo siguiente:

(...)

Quedan excluidos los siguientes licitadores:

• GENERA QUATRO, S.L.: La Mesa acuerda excluir a la empresa Genera Quattro SL toda vez que se le requirió la presentación de la documentación actualizada del registro en vigor de la empresa como Empresa autorizada del Órgano competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su sede social, para Instalaciones: Electricidad y baja tensión. El documento presentado tiene fecha de caducidad de 28/05/2014...

El 12 de agosto de 2024 se notifica la exclusión a la recurrente a través de la Plataforma, indicando los recursos procedentes y el plazo de interposición.

El 14 de agosto de 2024 GENERA presentó escrito ante el órgano de contratación solicitando la revisión del acuerdo por entender que, en lo relativo a la forma, se trataba de un acto de gravamen susceptible de revisión conforme lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, en lo relativo al fondo, por entender que dicha exclusión no resultaba procedente ya que, en síntesis, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a

las actividades de servicios y su ejercicio, tanto las altas previas existentes como las nuevas altas de las empresas instaladoras en baja tensión pasaron a ser indefinidas.

El 21 de agosto el órgano de contratación remite contestación a la solicitud de revisión indicando que contra el acuerdo de exclusión procedería, en su caso, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

La tramitación del expediente ha continuado, no constando adjudicación del contrato.

Tercero. - Con fecha 3 de septiembre de 2024, se interpone ante el Tribunal, por la representación de GENERA CUATRO, S.L., recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación de fecha 8 de agosto de 2024, por entender la recurrente su exclusión contraria a Derecho. En dicho escrito se solicita la adopción de medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento.

El 6 de septiembre de 2024, 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 transpone 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. - 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 46.4 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 presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica 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).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de la Mesa impugnado es publicado en la Plataforma el 12 de agosto de 2024, fecha coincide con la notificación a la recurrente. Por su parte, el recurso fue interpuesto ante este Tribunal el día 3 de septiembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. – El recurso se interpone contra el acto de exclusión de la licitación acordado por la Mesa.

Señala el artículo 44.2.b) de la LCSP que “*Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:*

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o

perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

De este modo, el acto impugnado, acto de trámite que determina imposibilidad de continuar el procedimiento, puede considerarse acto de trámite cualificado y susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues se ha dictado en el marco de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - Son tres los motivos que centran el fondo del recurso y que concluyen con la improcedencia de la exclusión de la recurrente:

- El carácter indefinido de la habilitación de GENERA CUATRO, S.L. para la realización del mantenimiento de las instalaciones de electricidad y baja tensión.
- La indefinición e inconcreción del requerimiento efectuado a efectos de subsanación de la documentación presentada en su sobre 1.
- La improcedencia de excluir al licitador por circunstancias relativas a la capacidad y solvencia, condiciones únicamente exigibles al propuesto como adjudicatario.

Alega la recurrente que aportó al procedimiento de licitación el certificado de empresa instaladora emitido por la Generalitat Valenciana el 16 de septiembre de 2009, certificado por el que se acreditaba que la fecha de inscripción de GENERA en el registro fue el 28/05/2009 y que incorporaba como fecha de caducidad de la misma el 28/05/2014, en atención a la normativa que resultaba vigente al momento de la expedición del referido certificado pues, conforme a dicha normativa, las

inscripciones caducaban a los cinco años. Y que con posterioridad a la emisión del referido certificado, concretamente en fecha 22 de mayo de 2010 se publicó en el BOE el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el cual se creó el Registro Integrado Industrial (RII) y se modificaron diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Prosigue señalando que, tras dicha publicación, tanto las altas previas existentes como las nuevas altas de las empresas instaladoras en baja tensión pasaron a ser indefinidas conforme a lo dispuesto en la nueva redacción del artículo 22 del reglamento.

Por ello entiende que la previsión relativa a la fecha de caducidad de la inscripción que aparecía en su certificado de empresa instaladora dejó de existir por imperativo legal pasando a ser indefinido. Y añade que dicho certificado ha sido utilizado por esta mercantil desde aquél entonces para todas las licitaciones a las que se ha presentado sin que nunca se haya planteado esta problemática que atenta claramente contra el principio de libre concurrencia que inspira la contratación pública.

En lo concerniente a la indefinición e inconcreción del requerimiento de la mesa de 1 de agosto de 2024, la comunicación que se les envió señalaba: “*Deberá aportar registro en vigor de la empresa como Empresa autorizada del Órgano competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su sede social, para la realización y el mantenimiento de las siguientes instalaciones: Electricidad y baja tensión (relativa a la realización y mantenimiento de la Iluminación interior y exterior de las instalaciones objeto del contrato).*” Al no constar en el referido requerimiento referencia alguna a la supuesta caducidad del certificado aportado, se limitó a subir de nuevo a la plataforma el documento que siempre ha utilizado y que nunca ha

supuesto un problema (el certificado de 16 de septiembre de 2009) puesto que presupuso que no se había subido correctamente o que algún fallo informático lo había hecho ilegible. Y no fue hasta el 12 de agosto de 2024, con ocasión de la notificación del Acta de la Mesa de Contratación acordando su exclusión, cuando se les informó de que el certificado presentado tenía fijada fecha de caducidad (aun cuando la misma había desaparecido por imperativo legal).

A ello añade que la condición de empresa inscrita y válidamente habilitada puede consultarse a través de la sede electrónica del Registro Integrado Industrial dependiente del Ministerio de Industria que tiene como finalidad proporcionar a los administrados y al resto de administraciones la información correspondiente al contenido público del registro, por lo que una simple consulta por parte de la Mesa hubiere sido suficiente para su comprobación. Y apunta que la condición de empresa inscrita en el registro integrado industrial en el momento de formalizarse la oferta es incuestionable e incuestionada, por lo que la decisión de exclusión se funda exclusivamente en la incorrecta respuesta al inespecífico e inconcreto requerimiento de fecha 1 de agosto de 2024.

Apela al antiformalismo en la subsanación de defectos de la documentación y considera improcedente la exclusión de un licitador por circunstancias relativas a capacidad y solvencia, condiciones exigibles únicamente al contratista, apelando a la Resolución del TACRC número 113/2022, de 27 de enero de 2022 en la que el Tribunal viene a considerar que las circunstancias relativas a capacidad y solvencia deberán exigirse únicamente al contratista, no siendo posible la exclusión del licitador por falta de la habilitación al término del plazo para la presentación de proposiciones sino que la misma podría obtenerse, en su caso, al tiempo de presentar la documentación previa a la adjudicación.

Por todo ello solicita la nulidad del acuerdo de exclusión y la admisión de su oferta en la licitación para que sea valorada conforme a pliegos.

El órgano de contratación en su informe transcribe el requerimiento de documentación enviado a la recurrente e informa que, en respuesta al mismo, la empresa presenta el mismo documento que se había pedido subsanar con fecha de caducidad del año 2014 y sin ninguna aclaración al respecto.

Solicita que se tenga en cuenta que el documento caducado es de la Administración Autonómica Valenciana y la mesa de contratación es de la Comunidad de Madrid, por lo que resulta difícil conocer las características concretas de las 17 Consejerías de Industria, considerando que correspondía al propio licitador aclarar los extremos de la vigencia y no limitarse a presentar por dos veces un documento con fecha de caducidad del año 2014, caducado hace 10 años, lo cual debió hacerse en el trámite de subsanación otorgado.

Y compartiendo el criterio de que la contratación no debe estar regida por un excesivo formalismo, señala que los trámites de presentación de documentación y posterior de requerimiento están previstos en la legislación de contratos para justificar todos los extremos que no deben ser tenidos en cuenta en una fase posterior de alegaciones o vía de recurso.

Respecto a la improcedencia de excluir al licitador por circunstancias relativas a capacidad y solvencia, en los pliegos de condiciones se establecen los requisitos mínimos de solvencia que deben tener las empresas para presentarse a la licitación y en qué momento debe aportarse su acreditación, por lo que tanto la mesa de contratación como los licitadores deben ajustarse a este procedimiento previsto en los pliegos.

Vistas las alegaciones de las partes, interesa destacar a efectos de resolver este recurso lo establecido en los pliegos en relación al requisito de habilitación y a la forma y momento en que debe acreditarse.

Señala el apartado 10 del Anexo I al PCAP:

... 10.- Habilitación empresarial. (Cláusulas 13 y 30)

Procede: Sí

Los licitadores deberán presentar en el sobre de documentación administrativa la documentación que acredite su habilitación legal para realizar las prestaciones objeto del presente contrato a continuación relacionada, salvo que decida subcontratarlas.

En este último caso, deberá aportar la documentación que acredite la habilitación empresarial de la entidad que prestará el servicio por subcontratación, teniendo en cuenta, en todo caso, de no superar los límites previstos en el presente pliego:

- Registro de la empresa como Empresa autorizada del Órgano competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su sede social, para la realización y el mantenimiento de las siguientes instalaciones:

• Climatización, Ascensores, Sistemas de protección contra incendios, Fontanería, Gas, Electricidad y baja tensión (relativa a la realización y mantenimiento de la Iluminación interior y exterior de las instalaciones objeto del contrato)

• Equipo de inspección por rayos X: Alta en el Registro correspondiente, conforme al art. 74.e) del Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de instalaciones nucleares y radiactivas, modificado por el Real Decreto 35/2008, de 18 de enero.

- Certificado de inscripción en el registro de empresas de seguridad de la Dirección General de Policía como “Empresa de instalación y mantenimiento de aparatos, dispositivos y sistemas de seguridad...

Vista la redacción de los pliegos, procede acudir a la doctrina en virtud de la cual 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.

Estableciendo el pliego la necesaria acreditación del Registro de la empresa como Empresa autorizada del Órgano competente de la Comunidad Autónoma donde tenga su sede social, para la realización y el mantenimiento de las instalaciones en él previstas, debe entrarse en el análisis de la vigencia de la inscripción aportada por la licitadora ahora recurrente como empresa instaladora en baja tensión, pues fue la falta de vigencia de dicho certificado el único motivo de exclusión, recogiendo el acuerdo notificado que “El documento presentado tiene fecha de caducidad de 28/05/2014. “

En el caso que nos ocupa, la recurrente aportó, junto con su oferta, un certificado de inscripción como empresa instaladora, expedido por la Consejería de Industria de la Generalitat Valenciana, en el que consta fecha de inscripción de 28 de mayo de 2009 y fecha de caducidad de 28 de mayo de 2014.

Con fecha posterior a la expedición del referido certificado de inscripción, como señala la recurrente en su recurso, se publicó en el BOE nº 125, de 22 de mayo de 2010, el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Su Artículo séptimo, dedicado a la modificación del Real Decreto 842/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento electrotécnico para baja tensión, introduce una nueva redacción, en su apartado Seis, del artículo 22 del Real Decreto 842/2002, en el siguiente sentido:

“Artículo 22. Empresas instaladoras.

1. Las instalaciones eléctricas de baja tensión se ejecutarán por empresas instaladoras en baja tensión, que serán aquellas personas físicas o jurídicas que hayan presentado la declaración responsable de inicio de actividad según se establece en la correspondiente instrucción técnica complementaria. Ello se entiende sin perjuicio del posible proyecto y dirección de obra por técnicos titulados competentes que, en su caso, requieran las citadas instalaciones.

2. De acuerdo con la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, la declaración responsable habilita por tiempo indefinido a la empresa instaladora, desde el momento de su presentación ante la Administración competente, para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español, sin que puedan imponerse requisitos o condiciones adicionales.”

La redacción original del citado artículo 22.2 era la siguiente:

“Artículo 22. Instaladores autorizados.

(...)

Según lo establecido en el artículo 13.3 de la Ley 21/1992, de Industria, las autorizaciones concedidas por los correspondientes órganos competentes de las Comunidades Autónomas a los instaladores tendrán ámbito estatal.”

De acuerdo con la modificación operada, el concepto de “instalador autorizado” ha sido sustituido por el de “empresa instaladora” habilitada por tiempo indefinido tras la presentación de una previa declaración responsable.

La Mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada al órgano de contratación, debió tener en cuenta la normativa en vigor a la hora de calificar la documentación presentada por los licitadores, pudiendo a esos efectos, solicitar asesoramiento de los técnicos redactores de las prescripciones técnicas.

Señala el órgano de contratación en su informe que “el documento caducado es de la Administración Autonómica Valenciana y la mesa de contratación es de la

Comunidad de Madrid, por lo que resulta difícil conocer las características concretas de las 17 consejerías de industria del Estado español, por lo que se considera que correspondía al propio licitador aclarar los extremos de la vigencia y no limitarse a presentar por dos veces un documento con fecha de caducidad del año 2014, caducado hace 10 años.”

En relación con esta alegación, desea aclarar este Tribunal que el art. 13.7 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre modifica igualmente el artículo 21 de la Ley Industria, creando un Registro Integrado Industrial de carácter informativo y de ámbito estatal, adscrito al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, que tendrá los siguientes fines:

a) Integrar la información sobre la actividad industrial en todo el territorio español que sea necesaria para el ejercicio de las competencias atribuidas en materia de supervisión y control a las Administraciones Públicas en materia industrial, en particular sobre aquellas actividades sometidas a un régimen de comunicación o de declaración responsable.

b) Constituir el instrumento de información sobre la actividad industrial en todo el territorio español, como un servicio a las Administraciones Públicas, los ciudadanos y, particularmente, al sector empresarial.

(...)"

Consultado por este Tribunal el referido Registro, de libre acceso, consta inscrita GENERA CUATRO, S.L., coincidiendo el número de identificación del registro presentado por la licitadora con el que figura en el Registro integrado.

De conformidad con lo expuesto, el certificado presentado junto con la oferta cumplía la normativa vigente en el momento de su presentación, así como el requisito de habilitación previsto por el pliego, por lo que debe estimarse el recurso presentado anulando la exclusión de la recurrente, con retroacción de actuaciones en el procedimiento a efectos de la admisión de su oferta y posterior valoración.

No obstante lo anterior, debe precisarse que se hubiera evitado la impugnación analizada si el licitador hubiera actuado con la diligencia debida, esto es, si a requerimiento de la Mesa, requerimiento que sí considera este Tribunal que tenía concreción suficiente, pues recoge la necesaria aportación de “registro en vigor”, hubiera realizado la aclaración que efectuó posteriormente, una vez acordada la exclusión.

Resuelto el recurso, no procede adopción de medida cautelar solicitada por el recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, 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 representación legal de la mercantil GENERA CUATRO, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 8 de agosto de 2024, por el que se le excluye de la licitación del contrato denominado "Mantenimiento integral de los equipamientos adscritos al Distrito de Usera (2 lotes)", con número de expediente 300/2024/00014.

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 59.1 de la LCSP.