

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

En Madrid, a 23 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Doña M.D.S. y Don J.G.G., representantes legales de las empresas Moycosa, S.A. y Obras y Servicios Taga, S.A., empresas que concurrieron en compromiso de UTE, contra la Orden, de 19 de diciembre de 2012, del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, por la que se declara el decaimiento en la adjudicación del contrato “*Servicio de Conservación y Mantenimiento Integral del Parque de Polvoranca en el término municipal de Leganés*”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Resolución, de 3 de julio de 2012, del Viceconsejero de Asuntos Generales de la Vicepresidencia, por delegación del Vicepresidente, Consejero de Cultura y Deportes y Portavoz del Gobierno (de 1 de agosto de 2011), se aprobó el expediente de contratación para la adjudicación del “*Servicio de Conservación y Mantenimiento Integral del Parque de Polvoranca en el término municipal de Leganés*”, mediante procedimiento abierto y criterio precio, con un valor estimado 1.713.958,96 euros.

Segundo.- El anuncio de la convocatoria se publicó en el DOUE de 17 de julio de 2012, en BOE de 11 de julio y en el BOCM de 27 de julio de dicho año.

El objeto del contrato establecido en el Anexo I del PCAP y según las condiciones establecidas en el PPT, consiste en el mantenimiento y conservación de jardines existentes en el parque de Polvoranca.

La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero.- Sobre el objeto del recurso hay que precisar que el PCAP en su cláusula 14 "Adjudicación del contrato" dispone: *"El licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar, a requerimiento del órgano de contratación, hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, a cuyo efecto se le otorgará un plazo de diez días hábiles. Dicha acreditación se efectuará de acuerdo con lo siguiente:*

Obligaciones tributarias:

a) Original o copia compulsada del alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, siempre que ejerza actividades sujetas a dicho impuesto, en relación con las que venga realizando a la fecha de presentación de su proposición, referida al ejercicio corriente, o el último recibo, completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

Los sujetos pasivos que estén exentos del impuesto deberán presentar declaración responsable indicando la causa de exención. En el supuesto de

encontrarse en alguna de las exenciones establecidas en el artículo 82.1 apartados e) y f) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, deberán presentar asimismo resolución expresa de la concesión de la exención de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Las agrupaciones y uniones temporales de empresas deberán acreditar el alta en el Impuesto, sin perjuicio de la tributación que corresponda a las empresas integrantes de la misma”.

Cuarto.- La Mesa de contratación, en su reunión del día 13 de noviembre de 2012, formuló propuesta de adjudicación del contrato a favor de las empresas Moycosa, S.A. y Obras y Servicios Taga, S.A., en compromiso de constitución de Unión Temporal de Empresas (UTE). El acuerdo les fue notificado el día 14, requiriéndoles para que presentasen en el plazo de 10 días hábiles, desde la notificación del requerimiento, según prevé el artículo 151.2 del TRLCSP, entre otra documentación, la acreditación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, así como el alta en el Impuesto de Actividades Económicas o, en su defecto, el último recibo completado con la declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula de citado impuesto.

Atendiendo el requerimiento, el 20 de noviembre se presenta por Moycosa SA la documentación, entre la que figura el documento de ingreso realizado el 22 de octubre de 2012 en entidad bancaria, por el concepto de Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) del periodo septiembre a noviembre de 2012, en el epígrafe de construcción completa, reparación y conservación de edificaciones y acompaña el alta en la matrícula del impuesto por dicho epígrafe.

El 12 de diciembre se le requiere de nuevo por correo electrónico, para que siguiendo instrucciones de la Intervención delegada aporte el alta en el IAE correspondiente al epígrafe del objeto del contrato y en relación con las actividades que viniese desarrollando en la fecha de presentación de proposiciones.

El mismo día responde Moyconsa, S.A. comunicando que la empresa Obras y Servicios Taga, S.A., con la que concurren en compromiso de UTE, sí aportó el alta en dicho impuesto y aporta la documentación relativa a su alta en la matrícula del impuesto antes presentada y añade la correspondiente a la de los epígrafes de artículos de ferretería y cerrajería y de juguetes y artículos de deporte.

El día 19 de diciembre de 2012 se dicta Orden del Consejero, por la que se declara a las antedichas empresas decaídas en su derecho a ser adjudicatarias al no haber acreditado Moycosa, S.A., el cumplimiento de las obligaciones tributarias en el plazo establecido. La mencionada Orden se les notifica el mismo día.

Quinto.- El 10 de enero de 2013, tuvo entrada en el Tribunal, remitido por el órgano de contratación, el escrito de Doña M.D.S. y Don J.G.G., representantes legales, respectivamente, de las empresas Moycosa, S.A. y Obras y Servicios Taga, S.A., que se presentaron a la licitación en compromiso de UTE. Junto con el expediente el órgano de contratación remite el informe sobre el recurso.

El recurso se dirige contra la mencionada Orden del Consejero de 19 de diciembre de 2012.

En el recurso se alega que no se les concedió el plazo para subsanar el error advertido, que establece el artículo 78 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) para no quebrantar los derechos de los administrados y que se ha infringido. Manifiesta que se le ha causado indefensión y considera que por ello es nula de pleno derecho la referida resolución al incurrir en vicio procedimental.

Alega igualmente que la Orden carece de motivación al no especificar a qué obligaciones tributarias se refiere y cita diversas Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la motivación de los actos administrativos. Finalmente alega que Moycosa, S.A. sí acreditó las obligaciones tributarias a que se refiere la cláusula 14 del PCAP.

Solicita la suspensión de la tramitación del expediente de contratación, que se estime el recurso, se anule la Orden recurrida y se acuerde la continuación del procedimiento de adjudicación a favor de la UTE, por tener acreditadas las obligaciones tributarias.

Sexto.- El órgano de contratación en su informe sobre el recurso, cuestiona, en primer lugar, si el incumplimiento de la acreditación dentro del plazo contemplado en el artículo 151.2 del TRLCSP es susceptible de ampliación o no; y en segundo lugar, si el defecto en la documentación presentada por la empresa referida es o no subsanable. En cuanto a la primera cuestión interpreta que tanto en el TRLCSP como el RGLCAP en los artículos 80. 4 y el 81.2, se contemplan ampliaciones de plazo en determinados supuestos, así como en el artículo 19 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General Contratación Pública de la Comunidad Madrid.

Aduce también que el artículo 151.2 del TRLCSP establece un plazo de 10 días hábiles para que el licitador propuesto como adjudicatario, presente la documentación necesaria para que le sea adjudicado el contrato, y el artículo 161.1 del mismo texto establece la obligación de que en aquellos contratos donde el único criterio a considerar sea el precio, la adjudicación recaiga en el plazo máximo de 15 días desde el siguiente a la apertura de las proposiciones, contemplando como única excepción aquellos supuestos en los que se detecten proposiciones que puedan considerarse como desproporcionadas o anormales. Entiende que lo dispuesto en el artículo 76.2 de la LRJ-PAC, no es conjugable con los anteriores ya que dicha normativa es de aplicación con efectos subsidiarios, como establece la disposición final tercera del TRLCSP en su punto primero.

En cuanto a la consideración de defecto subsanable o no, manifiesta que es obligatoria la tenencia de la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP para cada uno de los licitadores desde el momento que presentan su proposición como dispone la cláusula 14 del PCAP y el artículo 13.1.a) del RGLCAP y en

concreto, sobre la obligación de estar dado alta el alta en el IAE correspondiente al objeto del contrato, añade que al ser una UTE, dicha obligación corresponderá a las dos empresas que la integran.

Añade que la falta de acreditación del pago del IAE correspondiente al objeto del contrato por parte de la empresa Moycosa, S.A., debe considerarse como una falta de cumplimiento de sus obligaciones tributarias, cumplimiento por otra parte declarado por la misma con la presentación de la proposición por parte de la U.T.E. Por ello considera que no cabría, en ningún caso, plazo para la subsanación de la documentación presentada, que no es subsanable, al no ser posible que se dé de alta en el epígrafe correspondiente del citado impuesto con efectos retroactivos.

Sobre la falta de motivación alegada y la indefensión producida, entiende que la Orden estaba suficientemente motivada al estar basada en la falta de cumplimiento de las obligaciones tributarias que los miembros de la UTE deben poseer a la fecha de la presentación de su proposición, y que se detallan en la cláusula 14 del PCAP. Sobre la supuesta indefensión que se alega, se acompaña el correo electrónico enviado a la empresa Moycosa, S.A., en el que se le solicita el alta en el IAE en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato, al entender que dicho impuesto ha de estar en correspondencia con el contrato, que no es otro que la prestación de servicios de mantenimiento y conservación de jardines y no el de construcción completa, reparación y conservación de edificaciones como se recoge en el apartado 111, punto 42 del IAE de la citada empresa.

Séptimo.- Con fecha 16 de enero de 2013, el Tribunal acordó la suspensión de la tramitación del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Octavo.- El Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Finalizado el plazo se han recibido alegaciones por la representación de la empresa Talher, S.A., que considera que a las recurrentes se les concedió posibilidad de subsanar el defecto de aportación documental por lo que no se les ha producido indefensión. Igualmente, manifiesta que no existe causa de nulidad ni de anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la LRJ-PAC, sin que en el recurso se precise en qué supuestos se encuentra el hecho que alega, pues no se ha dictado un acto que lesione sus derechos y libertades, ni se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento. Tampoco existe un defecto de forma para apreciar la nulidad. Por ello considera que la resolución objeto del recurso especial es ajustada a derecho y procede la desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se considera acreditada en el expediente la legitimación de las recurrentes para interponer el recurso especial, al tratarse de entidades en las que sus derechos e intereses legítimos resultan afectados por la resolución dictada; e igualmente, se acredita la representación para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Segundo.- En cuanto al acto recurrido se trata de una Orden dictada por el órgano de contratación por la que se declara decaída en su derecho a ser adjudicataria, al no haber acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias a una de las empresas que concurren en compromiso de UTE, lo que se entiende, según prevé el artículo 151.2 del TRLCSP, como retirada de su oferta.

Esta Orden conlleva graves consecuencias para el licitador que resulta excluido, por lo que el Tribunal considera que debe calificarse como un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, y que en virtud de lo previsto en el artículo 40.2. b) del TRLCSP, es susceptible de recurso especial en materia de contratación ya que de lo contrario se provocaría indefensión.

También queda acreditado que el recurso se interpone contra un acto adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios de categoría 1 sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) y 2 b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues la Orden impugnada fue adoptada el 19 de diciembre de 2012, practicada la notificación el mismo día e interpuesto el recurso el 8 de enero de 2013, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

La falta de anuncio previo al órgano de contratación, se entiende subsanada por la presentación del recurso en el Registro del órgano de contratación que, a juicio de este Tribunal, y de acuerdo con el principio de eficacia procedimental, implica la comunicación previa exigida.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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.

Quinto.- La cuestión de fondo planteada en el recurso se centra, en primer lugar, en considerar que no se le concedió plazo para subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de las obligaciones tributarias, que para no quebrantar los derechos de los administrados concede el artículo 78 de LRJAP-PAC, que se considera infringido.

1.- Sobre esta cuestión expuesta en el punto cuarto de los antecedentes de hecho, alega la recurrente que no se le ha concedido ampliación de plazo para aportar la documentación requerida en el artículo 151.2 del TRLCSP citando Resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 8/2011 y del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía 25/2012, de 20

de marzo, sobre la posibilidad de subsanación de documentación en este trámite, en los supuestos a que se refieren aquéllas.

Este Tribunal considera, del mismo modo que los dos Tribunales antes citados, que la posibilidad de ampliación debe interpretarse según lo previsto en la Disposición final tercera del TRLCSP, sobre aplicación supletoria de la LRJ-PAC, en el sentido de que ésta será de aplicación cuando la normativa de contratación pública no contenga regulación de la materia y la norma supletoria no sea contraria al contenido y principios generales que inspiran la contratación pública.

En todo caso habrá que estar a los supuestos concretos que se pueden presentar y en el caso concreto, a que se refiere el recurso, se produjo de hecho una ampliación del plazo previsto para que pudiese subsanar, ya que el requerimiento inicial se realizó el 14 de noviembre y el 12 de diciembre y al no presentar la documentación en los términos solicitados se le vuelve a requerir para que presentase el alta en la matrícula del impuesto correspondiente al epígrafe objeto del contrato.

2.- En segundo lugar procede analizar si se trataba de defecto subsanable o no. El artículo 13.1.a) del RGLCAP en vigor, por cuanto no se opone a lo dispuesto en el TRLCSP ni a su normativa de desarrollo, concreta sobre la obligación de estar dado alta en el IAE, que debe ser en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato y en relación con las actividades que vengán realizando a la fecha de presentación de proposiciones, y el artículo 24 del RGLCAP exige para las Uniones temporales de empresas que cada uno de los que la componen acredite la capacidad y solvencia conforme a los artículos 9 a 16 del mismo.

La cláusula 14 del PCAP, concretamente sobre el alta en el IAE, precisaba que las actividades se *“viniese realizando a la fecha de presentación de su proposición, referida al ejercicio corriente, o el último recibo, completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto”*.

Los PCAP como dispone el artículo 115 del TRLCSP contienen los pactos y condiciones que definen los derechos y obligaciones de las partes y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo, normas y condiciones que fueron aceptadas por los recurrentes al concurrir a la licitación.

Resulta de todo ello que la empresa Moycosa, S.A., no acreditó estar dada de alta en el IAE en el epígrafe que estuviese en correspondencia con el objeto del contrato, consistente en el mantenimiento y conservación de parques y jardines como consta en los PCAP y PPT, cuyo objeto no se corresponde con las actividades en que se encuentra dada de alta en el IAE. Por otra parte, no acredita el cumplimiento de este requisito ni a la fecha de presentación de la proposición, ni cuando se efectúa la propuesta de adjudicación, momentos ambos en los que por carecer del mismo, se trataba de un defecto insubsanable.

Sobre el momento de acreditación de estas obligaciones, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de febrero de 2006, sobre el pago de las cotizaciones de Seguridad Social, así como de impuestos y tributos en los asuntos acumulados C-226/04 y C-228/04, La Cascina Soc. coop.arl, Zilch Srl (asunto C-226/04) y Consorzio G.f.M. contra Ministero della Difesa, La Cascina Soc. coop. arl, (asunto C-228/04) en su apartado 30 remite, para determinar el momento en el que hay que apreciar si el candidato ha cumplido sus obligaciones, a las disposiciones del Estado miembro al decir “(...) *debe señalarse que el artículo 29, párrafo primero, letras e) y f), de la Directiva se remite a las disposiciones legales de los Estados miembros con el fin de establecer el contenido del concepto «haber cumplido sus obligaciones»*” y en el apartado 31 concreta “(...) *corresponde a las normas nacionales determinar hasta qué momento o dentro de qué plazo deben los interesados haber efectuado los pagos correspondientes a sus obligaciones*”.

“(...) Este plazo puede ser, en particular, la fecha límite para la presentación de la solicitud de participación en la licitación, la fecha de envío de la convocatoria para la presentación de ofertas, la fecha límite de la presentación de las ofertas de

los candidatos, la fecha de apreciación de las ofertas por la entidad adjudicadora o, incluso, el momento que precede inmediatamente a la adjudicación del contrato público”.

Por ello, no cabe admitir este motivo de impugnación, ya que la Orden no ha infringido ningún trámite procedimental para que se invoque su nulidad al amparo del artículo 62 de la LRJ-PAC.

El artículo 32 del TRLCSP establece entre las causas de nulidad de derecho administrativo las establecidas en el artículo 62.1 de la LRJ-PAC. De las causas relacionadas en dicha disposición, no se entienden de aplicación a este supuesto las establecidas en los apartados b), c), d) y f). Tampoco se consideran de aplicación las restantes causas del apartado 1 del artículo 62 que se refieren a los actos siguientes: a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptible de amparo constitucional, e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

En cuanto a las causas de anulabilidad de derecho administrativo, según el artículo 33 del TRLCSP serán las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en concreto, las de las reglas contenidas en dicho texto, de conformidad con el artículo 63 de la LRJ-PAC.

A la vista de los supuestos de invalidez que establece la normativa y lo alegado por el recurrente, que no precisa cuál de las causas del artículo 62 de la LRJ-PAC constituye fundamento para considerar la nulidad de la Orden impugnada, no se observa que se haya incurrido en ninguna causa de nulidad ni de anulabilidad.

No se aprecia que haya sido vulnerado el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, se ha concedido plazo de subsanación por lo que no se le ha causado indefensión y se ha seguido el procedimiento establecido en el TRLCSP y en el RGLCAP.

3.- Alega igualmente que la Orden carece de motivación al no especificar a qué obligaciones tributarias se refiere y cita diversas Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la motivación de los actos administrativos.

Dicha alegación carece de fundamento ya que en el requerimiento posterior realizado el 12 de diciembre, se expresa claramente que siguiendo instrucciones de la Intervención Delegada, debe aportar el alta en el IAE en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato y en relación con las actividades que viniese desarrollando en la fecha de presentación de proposiciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 Doña M.D.S. y Don J.G.G., representantes legales de las empresas Moycosa, S.A. y Obras y Servicios Taga, S.A., que concurren en compromiso de UTE, contra la Orden, de 19 de diciembre de 2012, del Consejero de Presidencia, Justicia y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid por la que se declara decaída en su derecho a ser adjudicataria del contrato “*Servicio de Conservación y Mantenimiento Integral del Parque de Polvoranca en el término municipal de Leganés*”.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 16 de enero de 2013, en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.2 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.