

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

En Madrid, a 17 de julio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.O.P., en representación de la empresa Adenetwork Consultores, S.L. y don J.L.V., en representación de la empresa Bos Consulting Milenium, S.L., que participan con compromiso de creación de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 28 de junio de 2019, por el que se excluye la oferta de las recurrentes por no subsanar la documentación requerida en plazo, en la licitación del contrato de servicios “Diagnóstico Global del pequeño comercio minorista de la Comunidad de Madrid 2019”, convocado por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de fecha 4 de junio de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 383.415,44 euros y un plazo de

duración de seis meses.

Interesa a efectos de resolver el presente recurso que la cláusula 12, apartado A del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP):

“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, debiendo acompañar asimismo un escrito de compromiso en el que indicarán los nombres y circunstancias de los empresarios que se agrupan, el porcentaje de participación de cada uno de ellos y la designación de un representante o apoderado único de la unión, que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de la misma frente a la Administración. El citado documento deberá estar firmado por los representantes de cada una de las empresas que componen la unión”.

En la misma cláusula se señala:

“Declaración relativa a las empresa que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad.

Declaración responsable, conforme al modelo fijado en el anexo VI al presente pliego, por la que, de resultar adjudicatario, asume, conforme con lo señalado en la cláusula 34 del presente pliego "Medidas de contratación con empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad", la obligación de tener empleados, durante la vigencia del contrato, trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa, si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores y el contratista esté sujeto a tal obligación, de acuerdo con el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas desarrolladas reglamentariamente por el R.D. 364/2005, de

8 de abril. En esta declaración se hará constar, además, que asume igualmente la obligación de acreditar ante el órgano de contratación cuando le fuese requerido durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva, el cumplimiento de la obligación anteriormente referida.

Asimismo, en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, en la citada declaración se indicará que cuentan con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres”.

Segundo.- A la presente licitación se han presentado dos licitadores.

Tras la tramitación del procedimiento la Mesa de contratación requirió a la recurrente para que en el plazo de tres días aporte *“declaración responsable relativa a las empresas que estén obligadas a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad: modelo fijado en el anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, firmado electrónicamente por su representante”.*

Con fecha 28 de junio la Mesa de contratación acuerda *“excluir a las empresas integrantes de la UTE: BOS CONSULTING MILENIUM, S.L. y ADENETWORK CONSULTORES, S.L., al no subsanar la documentación requerida en el plazo establecido al efecto”.*

El día 1 de julio de 2019 se recibió a través del correo electrónico señalado en el perfil del contratante y también del Registro de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, escrito de don M.A.O.P. y don J.L.V. en representación respectivamente de las mercantiles Aenetwork Consultores S.L. y Bos Consulting Milenium S.L., por el que solicitan que se anule el requerimiento de la documentación solicitada en tanto que, según argumentan, ya fue presentada en tiempo y forma haciendo referencia a la UTE y subsidiariamente se acepte la presentación de las declaraciones responsables de cada una de las empresas que conforman la UTE.

Con fecha 4 de julio se constituyó la Mesa de contratación al objeto de emitir informe previo a la resolución de las alegaciones realizadas por los representantes de la UTE.

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.

De todo ello se dejó constancia en el acta de fecha 4 de julio publicada en el Perfil del Contratante el mismo día.

Tercero.- El 3 de julio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de las empresas recurrentes en el que solicita la anulación de su exclusión.

El 8 de julio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, oponiéndose a la estimación del recurso.

Cuarto.- 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. No se han recibido alegaciones al respecto.

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 que ha sido excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 28 de junio de 2019, publicándose el 2 de julio, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 3 de julio de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso los recurrentes manifiestan que Las UTEs no tienen personalidad jurídica pero si capacidad de obrar. La UTE Bos – T4 es la sociedad que ejecutaría el contrato si resultase adjudicataria.

Como tal, y dado que tiene capacidad de obrar, puede contratar a personal y debe cumplir, como adjudicataria del contrato, entre otras, con las obligaciones del anexo VI. Cabe recordar que el modelo del mismo anexo dice *“DECLARA (...) Que*

de resultar adjudicatario del contrato y durante la vigencia del mismo, asume la obligación de tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2 por 100, al menos, de la plantilla de la empresa si esta alcanza un número de 50 o más trabajadores, de acuerdo con el artículo 42 del Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005 de 8 de abril". Por tanto, no se presentó el modelo por parte de las empresas al no ser las adjudicatarias del mismo. Por ello se presentó el modelo cumplimentado por ambas empresas asumiendo, por parte de sus representantes, que la UTE, durante la vigencia del contrato, asume tal obligación.

Consideran, así mismo, que no es motivo suficiente para excluir a la UTE de este procedimiento, en tanto en cuanto hay numerosa jurisprudencia tendente a favorecer al máximo la concurrencia en los procedimientos de contratación pública, toda vez se ha presentado toda la documentación exigida en tiempo y plazo.

Finalmente señalan que al advertir el pasado 1 de julio la existencia, con fecha de firma 24 de julio, de requerimiento de subsanación en el plazo de tres días, como acto de buena fe y en aras de agilizar el procedimiento, se remitió ese mismo día el mencionado anexo cumplimentado por las empresas, los cuales complementarían al presentado por la UTE que sería la ejecutora del contrato.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que para lo no previsto en los pliegos, el contrato se rige por la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público a tenor de la cual las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rijan la licitación suponiendo su presentación la aceptación incondicional por el empresario de la totalidad de las cláusulas o condiciones (art. 139.1 LCSP). Considera que el PCAP establece 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,

a tenor de la cual “... 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, así como el resto de los documentos exigidos en este apartado de la presente cláusula...”, entre los que se incluye la declaración responsable relativa al compromiso de tener trabajadores con discapacidad.

Así mismo, alega que la notificación a las empresas que conformaban la UTE, se realizó por los cauces previstos en los Pliegos, a los que las empresas licitadoras se someten expresamente aceptando todas sus cláusulas y condiciones, constituyendo un deber de diligencia mínima exigible a los licitadores la comprobación de las notificaciones y publicaciones que el órgano de contratación realice a través de los cauces previstos al efecto.

Finalmente señala que no procede la admisión de las declaraciones individualizadas de las empresas constitutivas de la UTE aportadas “extemporáneamente” conforme indica el propio escrito de recurso por encontrarse fuera del plazo establecido al efecto, lo que de otro modo conculcaría el principio de igualdad de los licitadores que debe regir la contratación pública.

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 documentación referida al Anexo VI presentada por los recurrentes no cumplía la exigencia de los Pliegos y que se solicitó su subsanación conforme a la cláusula 11 de los mismos, sin que fuera cumplimentada en el plazo concedido al efecto, procede la desestimación 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.O.P., en representación de la empresa Adenetwork Consultores, S.L. y don J.L.V., en representación de la empresa Bos Consulting Milenium, S.L., que participan con compromiso de creación de UTE, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 28 de junio de 2019, por el que se excluye la oferta de la recurrente por no subsanar la documentación requerida en plazo, en la licitación del contrato de servicios “Diagnóstico Global del pequeño comercio minorista de la Comunidad de Madrid 2019”, convocado por la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda de la Comunidad de Madrid.

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.