

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

En Madrid, a 10 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por don A.P.B., en nombre y representación de Innovación, Desarrollo y Transferencia de Tecnología, S.A. (en adelante IDETRA), contra la Orden de 1 de agosto de 2019 de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno por la que se declara desierto el contrato de servicios “Información, formación y consultoría de proyectos sobre programas europeos de gestión directa y sobre programas operativos INTERREG SUDOE e INTERREG EUROPE”, expediente A/SER-002048/2019, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 30 de abril, 3 y 4 de mayo de 2019, fue publicado en el DOUE, el BOCM y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación correspondiente al contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato es de 509.500 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Anexo VI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) incluye el modelo de declaración del siguiente tenor:

“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 ésta 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 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, o la de adoptar las medidas alternativas establecidas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

Asimismo, se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello, en cualquier momento durante la vigencia del contrato o, en todo caso, antes de la devolución de la garantía definitiva.

Igualmente, si se trata de una empresa de más de 250 trabajadores, asume la obligación de contar 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, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello.”

Tercero.- A la licitación han concurrido seis empresas, una de ellas el recurrente.

La Mesa de contratación reunida el día 17 de mayo de 2019 para proceder a la apertura de la documentación administrativa, aprecia determinadas deficiencias y solicita la subsanación. En concreto respecto de IDETRA consta en el acta: *“Deberá aportar Declaración Trabajadores Discapacitados conforme Anexo VI del PCAP”*.

Notificándolo a través del Tablón de anuncios del Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid.

El 23 de mayo de 2019, se reúne nuevamente la Mesa de contratación para proceder a la apertura en acto público de la documentación relativa a los criterios sometidos a juicio de valor y a la vista de la documentación presentada para la subsanación de los defectos u omisiones observados en el acto de calificación.

Consta en el Acta que *“La empresa INNOVACIÓN, DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, S.A. no ha presentado la documentación requerida: Declaración relativa a tener en su plantilla trabajadores con discapacidad y contar con un plan de igualdad, conforme al modelo fijado en el anexo VI.*

Por ello, al no haber atendido al requerimiento de subsanación publicado en el Tablón de Anuncios del Perfil del Contratante el 17 de mayo de 2019, tal y como se establece en la cláusula 10 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, teniendo en cuenta además que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos por los licitadores, se procede a su exclusión, si bien la Mesa considera que este modelo de Declaración fijado en el anexo VI puede generar confusión acerca de su aplicabilidad íntegra para empresas de menos de 250 trabajadores”.

No consta en el expediente que el Acuerdo de exclusión se haya notificado a la empresa.

Finalmente, tras la oportuna tramitación y propuesta de la Mesa de contratación, por Orden de 1 de agosto de 2019 de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno se declarada desierto el contrato al haber resultado excluidas todas las empresas licitadoras.

La Orden se notifica el 5 de agosto a todos los interesados.

Cuarto.- El 26 de agosto de 2019, la representación de IDETRA presentó recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal, contra su exclusión del procedimiento, en él alega que *“sí ha presentado una Declaración de Trabajadores*

discapacitados. La declaración presentada por IDETRA, que se adjunta al presente escrito, es la misma que la incluida en el Anexo VI del PCAP de la licitación con la salvedad de que no incluye el siguiente párrafo:

“Igualmente, si se trata de una empresa de más de 250 trabajadores, asume la obligación de contar 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, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello”

Al ser IDETRA una PYME con menos de 250 trabajadores considera que no le aplica el anterior párrafo y, por tanto, no lo incluyo en su Declaración Trabajadores discapacitados”.

En consecuencia, considera que no debió de ser excluida de la licitación y solicita que vuelva a ser considerada su oferta.

Por la Secretaria del Tribunal se requirió al órgano de contratación la remisión del expediente administrativo y el preceptivo informe sobre el recurso, conforme establece 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 (LCSP). El requerimiento fue atendido el día 2 de septiembre de 2019.

El órgano de contratación en su informe alega que *“si bien la Mesa de Contratación consideró que este modelo de Declaración responsable fijado en el Anexo VI puede generar confusión acerca de su aplicabilidad íntegra para empresas de menos de 250 trabajadores, también entendió que debió aportar la declaración según el citado modelo, toda vez que la obligación de contar con un plan de igualdad de mujeres y hombres surge desde el momento en que la empresa disponga de más de 250 trabajadores, lo cual puede suceder durante la ejecución, y en consecuencia debe comprometerse a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello, a semejanza de lo que ocurre*

en el tema de los trabajadores con discapacidad que se exige la correspondiente declaración a todas las empresas, con independencia del número de trabajadores que tengan en plantilla en el momento de presentar su oferta, puesto que en cuanto alcancen la cifra de 50 o más trabajadores, están obligados a tener empleados trabajadores con discapacidad en un 2%, al menos de la plantilla de la empresa o las correspondientes medidas alternativas y se comprometen a acreditarlo en cualquier momento ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello durante la vigencia del contrato y en todo caso antes de la devolución de la garantía definitiva.

En consecuencia, la Mesa de Contratación considera que la exclusión de esta empresa de la licitación fue ajustada a derecho y, por ello se solicita la desestimación en su totalidad del recurso interpuesto”.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso al resto de interesados, pues no van a tenerse en cuenta otros hechos o alegaciones que las que se deriven del expediente administrativo y del propio recurso, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, 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 un licitador excluido *“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.- En cuanto al plazo de interposición del recurso, el acto en el que se acuerda la exclusión se adoptó por la Mesa de contratación en su sesión del 23 de mayo de 2019, no constando notificación, debemos entender que el recurrente tuvo conocimiento de su exclusión con la notificación de la Orden de declaración de desierto, realizada el 5 de agosto de 2019. Por lo tanto, se debe concluir que el recurso especial se planteó en tiempo y forma, el día 26 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la fecha de remisión de la notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta en un contrato de suministros, cuyo importe es superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto el recurrente alega que el Anexo VI del PCAP fue correctamente cumplimentado ya que al ser una empresa con menos de 250 trabajadores no procedía indicar que asume la obligación de contar con un plan de igualdad.

Solicita en consecuencia, la anulación del acto recurrido y retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión.

Por contra el órgano de contratación opone que debió aportar la declaración según el citado modelo por las razones expuestas anteriormente.

Se debe advertir que 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, 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 145.1 del TRLCSP (139 de la LCSP vigente) la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, sin que conste hayan sido impugnados.

El requerimiento de subsanación dice textualmente: *“Deberá aportar Declaración Trabajadores Discapacitados conforme Anexo VI del PCAP”*.

Por su parte el Anexo VI, denominado “Modelo de declaración responsable relativa al compromiso de tener contratados trabajadores con discapacidad” respecto al plan de igualdad establece:

“si se trata de una empresa de más de 250 trabajadores, asume la obligación de contar 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, y se compromete a acreditar el cumplimiento de la referida obligación ante el órgano de contratación cuando sea requerido para ello.”

El Tribunal constata que, como ya apreció la Mesa, el modelo no es claro en su redacción que parece pensada exclusivamente para empresas con más de 250 trabajadores, que son las que deben asumir la obligación de contar con un plan de igualdad. Además, el requerimiento de subsanación tampoco es suficientemente concreto, puesto que en realidad no expone el defecto y la necesidad de subsanación, únicamente hace una referencia genérica a la declaración de trabajadores discapacitados, si bien es la denominación también recogida en la cláusula 12.A).2 del PCAP.

Sin embargo, la empresa licitadora, aunque pudo asumir que la declaración presentada era correcta debió atender el requerimiento de subsanación bien presentando un escrito aclaratorio o argumentando las razones por la que consideraba correcta la declaración.

Considera el Tribunal que la Mesa de contratación cuando acordó la exclusión de la recurrente no podía conocer las razones por las que la empresa no había atendido al requerimiento efectuado, razones que la empresa debió exponer en ese momento para que fuesen valoradas, por lo que en definitiva actuó correctamente al excluirla.

En consecuencia, 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, interpuesto por don A.P.B., en nombre y representación de Innovación, Desarrollo y Transferencia de Tecnología, S.A. (en adelante IDETRA), contra la Orden de 1 de agosto de 2019 de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno por la que se declarada desierto contrato de servicios “Información, formación y consultoría de proyectos sobre programas europeos de gestión directa y sobre programas operativos INTERREG SUDOE e INTERREG EUROPE”, expediente A/SER-002048/2019.

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.