

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

En Madrid, a 2 de octubre de 2019.

VISTA la Reclamación interpuesta por don A.L.P., en nombre y representación de Emo Obras, Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U. (en adelante Emo), contra su exclusión del procedimiento de contratación de “Obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa”, expediente 02/2019, de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., dividido en dos lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria del procedimiento de licitación se publicó el 4 de junio de 2019, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, y el 11 de junio de 2019, en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 15.753.000 euros para una duración de tres años prorrogable hasta un máximo de 5 años.

Segundo.- A la licitación del contrato concurrieron 9 empresas, 4 de ellas al lote 2, entre las que se encuentra la reclamante.

Con fecha 25 de junio de 2019, la empresa Emo interpone ante este Tribunal reclamación contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del procedimiento de licitación, que fue resuelto mediante Resolución 311/2019, de 17 de julio de 2019, con estimación parcial de la reclamación debiendo tenerse por no puesta la parte de la cláusula recogida en el Anexo I en su punto 1, en los términos señalados en el fundamento de derecho quinto.

El 24 de julio de 2019, en el acto público de apertura de las proposiciones económicas de los licitadores admitidos al procedimiento de licitación la Mesa de Contratación comunicó a la reclamante el acuerdo de exclusión de su oferta al no haber incluido en el sobre nº 1 ninguna documentación relativa a las Especificaciones Técnicas tal como se requería en el apartado 6 del Anexo 1 del PCAP.

Dos días después Emo presentó escrito solicitando que se tuviese por subsanado el defecto adjuntando la declaración responsable que faltaba.

Tercero.- El 6 de agosto de 2019 tuvo entrada en este Tribunal, escrito de reclamación en materia de contratación formulado por la representación de Emo en el que solicita se anule la decisión, considerando subsanable la omisión de la documentación, concediendo plazo de subsanación y continuando con el procedimiento de adjudicación; o bien que se tenga por subsanado con la declaración responsable presentada el 26 de julio de 2019, retrotrayendo las actuaciones al momento de apertura pública del sobre nº 3 de la reclamante, continuando con el procedimiento de adjudicación.

Cuarto.- El Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación el cual remite el 12 de agosto de 2019 el expediente y el correspondiente informe, a tenor de lo previsto en el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante LCSE), normativa que rige el contrato, en el que concluye que se *“desestime la reclamación interpuesta contra la decisión de la Mesa*

de Contratación de excluir la oferta de la reclamante al contrato del Lote 2 del procedimiento de licitación 02/ 2019 de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. para la contratación de "Obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa", por ser conforme a derecho la citada decisión."

Quinto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones porque dado el objeto del recurso no se van a tener en cuenta otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas que las que ha realizado la reclamante o constan en el expediente administrativo, 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 dispuesto en el artículo 56 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).

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación del lote 2 se encuentra suspendida por acuerdo de este Tribunal de 22 de agosto de 2019, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, ante el avanzado estado de tramitación del procedimiento que podía llegar a la adjudicación del contrato sin haberse decidido sobre el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el Artículo 56.3 de la LCSP y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sociedad Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., es una empresa del grupo Canal de Isabel II, cuyo accionista único es la empresa Canal de Isabel II Gestión, S.A.

El objeto principal de la sociedad es la gestión del ciclo integral del agua en las islas de Lanzarote y La Graciosa. A tal efecto, la sociedad es titular, por cesión de Canal de Isabel II Gestión, S.A., del contrato para la “Gestión de los servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y reutilización de las islas de Lanzarote y La Graciosa”, adjudicado a Canal de Isabel II Gestión, S.A. por el Consorcio del Agua de Lanzarote.

Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública de las previstas en el artículo 2, apartado 2 c), subapartado 1, de la Ley 1/1984, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la Reclamación planteada.

Segundo.- Asimismo, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. es una empresa pública cuyo sector de actividad, la gestión del ciclo integral del agua, queda encuadrado en el marco de la LCSE, que a tenor del apartado 2 b) del artículo 3, tiene la consideración de entidad contratante, quedando sujeta a la citada ley siempre que realice alguna de las actividades a que se refiere su artículo 7 y que el importe del contrato sea igual o superior a los umbrales establecidos en su artículo 16.b) (en la actualidad el umbral es de 5.548.000 euros, IVA excluido).

El contrato de “Obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa” es un contrato de obras con un valor

estimado de 15.753.000 euros, por tanto sujeto a la LCSE y sometido al régimen de reclamación previsto en los artículos 101 y siguientes de la citada ley.

Tercero.- La reclamación ha sido interpuesta por persona jurídica legitimada para ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la LCSE, dado que “podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”, puesto que la empresa ha sido excluida de la licitación del contrato al que había concurrido.

Igualmente se reconoce la capacidad con que actúa el firmante de la misma.

Cuarto.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, se interpuso el 6 de agosto de 2019 contra la exclusión comunicada verbalmente en el acto público de apertura de ofertas de 24 de julio de 2019, dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 104.2 de la LCSE.

Quinto.- Con carácter previo a entrar a analizar el fondo del asunto se detallan a continuación las condiciones de los pliegos que resultan de interés en la resolución del recurso.

El Anexo I del PCAP al regular las “Características del contrato” define el objeto del contrato en su apartado 1 disponiendo entre otras cuestiones que *“Los licitadores únicamente se podrán presentar a uno de los dos lotes.”*

El apartado 6 al regular el “Formato de las especificaciones técnicas” indica: *“... La siguiente documentación deberá incluirse en el Sobre Nº 1, y deberá presentarse en castellano. El no cumplimiento de estos requisitos mínimos será causa de exclusión del presente procedimiento.*

- *Ubicación de los centros de trabajo donde se concentrará el personal dedicado a las actividades adjudicadas.*

- *Ubicación de almacenes para gestionar el material necesario para afrontar con plenas garantías el desarrollo de los trabajos que se han de realizar.*
- *Se debe acreditar la disponibilidad, mediante compromiso formal, para atender avisos y trabajos urgentes durante horario no laborable, fines de semana y festivos, del taller y del personal especializado para ejecutar trabajos de soldadura y calderería.*
- *Se debe acreditar la disponibilidad, mediante compromiso formal, de los talleres e instalaciones.*

La oferta que no cumpla con los apartados definidos anteriormente o las especificaciones técnicas mínimas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas no será tomada en consideración en el presente procedimiento de licitación.”

La cláusula 12 al regular la “Constitución de la Mesa de contratación y apertura de proposiciones.” Prevé: “La Mesa de contratación se constituirá con carácter previo a la apertura del Sobre nº 1 de las ofertas de los licitadores presentados...”

La Mesa de contratación calificará la documentación administrativa correspondiente a los licitadores presentados. Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles computados a partir del día hábil siguiente a la comunicación para que los licitadores los corrijan o subsanen o para que presenten aclaraciones o documentos complementarlos. Asimismo, se les indicará a los interesados que si los defectos no fueran subsanados, no se tendrá en consideración su oferta. Una vez examinada la documentación aportada, la Mesa de contratación determinará las empresas admitidas a licitación, las rechazadas y las causas de su rechazo, según proceda.

En caso de que no exista Sobre nº 2 los servicios técnicos comprobarán si las especificaciones técnicas de los licitadores cumplen las especificaciones técnicas mínimas.

(...)En caso de que no exista Sobre nº 2, se manifestará en el acto público de apertura de proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas el resultado de la calificación de los documentos presentados en el Sobre nº 1, con expresión de las ofertas admitidas, de las rechazadas y la causa

o causas de inadmisión de estas últimas, y se notificará el resultado de la calificación. Asimismo, se comunicará si las especificaciones técnicas de los licitadores cumplen las especificaciones técnicas mínimas.

(...) Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. se reserva el derecho a solicitar las aclaraciones, documentación y a realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas. En este sentido, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. podrá solicitar aclaraciones a los licitadores mediante correo electrónico para conocer claramente cuestiones que estime fundamentales en la oferta, tanto referidas a la documentación administrativa, como a las especificaciones técnicas ofertadas, las proposiciones de los licitadores relativas a los criterios sujetos a un juicio de valor y a las proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas. Los licitadores tendrán un plazo no superior a tres días hábiles computados a partir del día hábil siguiente a la comunicación para contestar a las mismas. En caso de que los licitadores no den respuesta a las aclaraciones solicitadas en el citado plazo, las ofertas presentadas por éstos no se tendrán en consideración en el presente procedimiento de licitación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 84.3 de la Ley 31/2007, Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. comunicará a todo candidato o licitador descartado en un plazo que no podrá en ningún caso sobrepasar los quince días a partir de la recepción de una solicitud por escrito los motivos del rechazo de su candidatura o de su oferta, incluidos los motivos de su decisión de no equivalencia o de su decisión de que las prestaciones propuestas no se ajustan a las prescripciones de rendimiento o a las exigencias funcionales requeridas y, con respecto a todo contratista que haya efectuado una oferta admisible, las características y ventajas relativas de la oferta seleccionada, así como el nombre del adjudicatario o las partes en el acuerdo marco...

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, una vez finalizado el acto público de apertura de proposiciones relativas a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, los interesados podrán asimismo acudir a la División Jurídica y de Contratación de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. para solicitar aclaración sobre la motivación de la exclusión de su oferta, o cualquier otra cuestión que consideren oportuna.”

La reclamante afirma que la declaración de compromiso formal del apartado 6 del Anexo I, se firmó el 8 de julio de 2019 y se aportó con el escrito presentado el 26 de julio, en el que también se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LCSE, información de los motivos de exclusión, sin que haya recibido respuesta, asimismo alega que desconoce por qué la declaración no figura en el sobre nº 1 pudiendo encontrarse por error en el sobre nº 3, o haberse extraviado en la apertura del sobre nº 1.

Emo plantea que en todo caso se trata de una omisión subsanable de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP, y que la declaración jurada verse sobre cuestiones técnicas no la convierte en un documento técnico, siendo una declaración de carácter administrativo. En conclusión, manifiesta que la decisión de exclusión adoptada por la mesa de contratación no solo es de un excesivo rigor formal, que permitiría anular su decisión por vulnerar los principios de libre concurrencia y competitividad, sino que, además, al haberse acordado sin conceder trámite para subsanar, vulnera lo dispuesto en el artículo 141 de la LCSP, vulneración aún más grave por tratarse de una declaración responsable que debía encontrarse en el sobre de documentación administrativa, y que únicamente pide que se declare que se cumplen unos requisitos que, en caso de resultar adjudicatario, va a haber que acreditar con abundante documentación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe señala que el PCAP distingue claramente entre la "Documentación administrativa" y las "Especificaciones Técnicas", la documentación administrativa que deben presentar los licitadores se recoge en las cláusulas 11 A) y 13 y la obligación de presentar especificaciones técnicas se recoge en el apartado 6 del Anexo 1, donde además de relacionar la documentación indica expresamente que deberá incluirse en el sobre nº 1, y que el no cumplimiento de estos requisitos mínimos será causa de exclusión del presente procedimiento. Así considera fundamental esta distinción a los efectos de la posibilidad de subsanación, indicando que no se trata de corregir o completar datos de las especificaciones técnicas sino que el reclamante no ha aportado nada.

Respecto a la no contestación al escrito presentado el 26 de julio por Emo indica que el citado artículo 84.3 concede a la entidad contratante un plazo para contestar, que no podrá exceder de los quince días a partir de la recepción del citado escrito, que no ha vencido luego no ha incumplido la obligación de contestar. Por otra parte, la reclamante había solicitado se le informase de los motivos de la decisión de excluir su oferta, habiendo demostrado en el escrito de recurso, conocerlos sobradamente ya que fue debidamente informado de forma verbal en el acto de apertura de ofertas.

Este Tribunal constata de lo actuado en el expediente de contratación y de lo alegado por las partes que no se ha concedido plazo de subsanación a la documentación requerida conforme a lo dispuesto en la cláusula 12 del PCAP, por lo que la Mesa de contratación no ha dado cumplimiento a lo previsto en la citada cláusula. La omisión de la declaración exigida en el PCAP es un defecto que efectivamente daría lugar a la exclusión como prevé el apartado 6 del Anexo I si concedido plazo de subsanación por la Mesa de contratación, como prevé la cláusula 12, la reclamante no hubiese subsanado.

Es criterio unánime, en las resoluciones e informes de Tribunales y de Juntas Consultivas, la subsanación de defectos en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos para contratar presentada por los licitadores, determinando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y los incluidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

El artículo 19 de la LCSE determina los principios informadores de este tipo de contratación indicando que “Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia.”

Por otra parte, aun cuando el régimen jurídico aplicable al contrato viene constituido por la LCSE, a estos efectos conviene recordar que el órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en relación a la solvencia o requerirle para la presentación de otros complementarios, como expresamente prevé la cláusula 12 del PCAP y el artículo 95 de la LCSP al regular la documentación e información complementaria.

A estos efectos resulta de interés citar que, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

De lo expuesto se desprende claramente que con carácter previo a la exclusión el órgano de contratación debería haber concedido al licitador plazo de aclaración o subsanación a la documentación que denomina técnica, y que consiste en una mera declaración formal del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, sin que además de la citada omisión se pueda desprender, como afirma el órgano de contratación, que el licitador no ha aportado nada. Es además determinante que la citada cláusula 12 del PCAP prevé expresamente la solicitud por parte de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U. de aclaraciones, documentación y realizar las actuaciones que considere necesarias para verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos para la presentación de ofertas, solicitud que en ningún caso puede tener carácter arbitrario.

Por todo lo expuesto, este Tribunal teniendo en consideración que se ha producido un error involuntario en la presentación de la documentación por parte de la reclamante, del que no se puede derivar una automática exclusión sin conceder el preceptivo plazo de subsanación previsto en la cláusula 12 del PCAP, considera que procede estimar la reclamación presentada por Emo admitiendo su oferta y retrotrayendo las actuaciones.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en los artículos 101 y 106 de la LCSE, en relación al 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.- Estimar la reclamación interpuesta don A.L.P., en nombre y representación de E.M.O. Construcciones, Contratas y Proyectos, S.L.U., contra su exclusión del procedimiento de contratación de “Obras de actuaciones urgentes de renovación y reparación en las redes de las islas de Lanzarote y la Graciosa”, expediente 02/2019, de Canal Gestión Lanzarote, S.A.U., dividido en dos lotes, debiendo anularse la exclusión adoptada por la mesa de contratación con retrotracción de las actuaciones dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del PCAP.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento que fue adoptada por este Tribunal mediante acuerdo de 22 de agosto de 2019.

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 108 de la LCSE.