

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

Resolución nº 200/2016

En Madrid, a 6 de octubre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por don J.F.N. en nombre y representación de Imesapi, S.A. (en lo sucesivo IMESAPI), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de julio de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Conservación y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de San Martín de la Vega y la ejecución de instalaciones en apoyo a actividades culturales y festivas”, número de expediente: 2016/08, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de San Martín de la Vega, de 27 de mayo de 2016, se dispuso la publicación de la convocatoria del contrato de servicios mencionado, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria. Se han efectuado las publicaciones pertinentes, en fecha 23 de mayo de 2016 en el DOUE, y el 8 de junio de 2016 en el BOE del anuncio y de la convocatoria de la licitación del contrato a adjudicar mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y criterio único el precio. El valor estimado del contrato asciende a 708.400 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con los motivos del recurso, que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su Cláusula 12.1 establece que el sobre nº 1 “Documentación Administrativa” debía contener “el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 6 del mismo mes, <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf> siguiendo las instrucciones para la utilización del mismo que se establecen en el anexo 1 de dicho Reglamento y la recomendación de la Junta Consultiva de Contratación sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, recomendación publicada en el BOE núm. 85 de fecha 8 de abril de 2016”.

Se añade en esta cláusula que “La inclusión en este sobre de la proposición económica o de cualquier otro documento relativo a los criterios de adjudicación que deben contenerse en los sobres nº 2 y 3, será motivo de rechazo de la proposición”.

Tercero.- A la licitación convocada se presentaron once empresas entre ellas, la recurrente.

El 8 de julio de 2016, se reúne la Mesa de contratación para la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos indicados en el PCAP y tras el examen de la documentación presentada por las licitadoras, acordó conceder plazo hasta el martes 12 de julio de 2016 a las 12:30 horas para aportar el formulario normalizado exigido en la cláusula 12.1 del PCAP.

Las empresas a las que habiendo aportado un modelo distinto al exigido en el PCAP se le efectuó el requerimiento mediante correo electrónico fueron:

- VALORIZA FACILITIES, S.A.U.
- IMESAPI, S.A.
- GRUPO RENDER INDUSTRIAL INGENIERÍA Y MONTAJES, S.L.
- ELECNOR, S.A.

Cuarto.- El 12 de julio de 2016, se reúne de nuevo la Mesa de contratación para el estudio de las subsanaciones aportadas y la apertura de las proposiciones económicas.

Todas las empresas citadas aportaron para la subsanación de la deficiencia el formulario normalizado al que se accedía a través de la dirección de Internet que figuraba en el PCAP, excepto IMESAPI que aportó a las 10:35 horas del día 12 de julio de 2016 la siguiente documentación:

1) Certificado de clasificación Grupo P Subgrupo 1 Categoría D, expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, dicha clasificación equivale a la exigida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato, esto es, a la clasificación Grupo P, Subgrupo 1, Categoría 2.

2) Declaración jurada en relación con la disposición de dicha clasificación.

A la vista de lo cual la Mesa de Contratación, en su sesión celebrada el 12 de julio de 2016, acordó “excluir del procedimiento de contratación a la mercantil IMESAPI SA, al no haber presentado el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de

enero de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 6 del mismo mes, conforme al modelo que se publica en la dirección de Internet <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf> como fue requerido por la Mesa de Contratación en sesión de fecha 8 de julio de 2016”.

El Acuerdo de exclusión fue notificado a la licitadora, mediante correo electrónico el 13 de julio de 2016.

Quinto.- El 20 de julio de 2016, previo anuncio el día 18 de julio, tuvo entrada el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de IMESAPI.

Alega en primer lugar la recurrente que el citado Acuerdo de exclusión no resulta conforme a Derecho, por cuanto el órgano contratante no ha tenido en cuenta que el Sobre nº 1 (Documentación administrativa) de la oferta presentada ya contenía el formulario del DEUC, si bien dicho formulario se obtuvo y cumplimentó a través del dominio web del que dispone la Comisión Europea para ofrecer el servicio de cumplimentación y reutilización del DEUC: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/espd/filter?lang=es> (así se desprende de su pie de página); el cual coincide plenamente con el formulario que figura en el Anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016.

El 22 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, en el que defiende la adecuación a derecho de su actuación, puesto que el formulario presentado por IMESAPI no coincide en su totalidad con el exigido en el PCAP.

Sexto- Con fecha 28 de julio de 2016, el Tribunal acordó la suspensión del expediente de contratación en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, 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 no se ha recibido escrito de alegaciones de los restantes licitadores.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en la redacción dada por el artículo único de la Ley 5/2016, de 22 de julio, por la que se modifica la Regulación del

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, ya que se trata de una persona jurídica excluida que pretende su inclusión en el procedimiento y la estimación del recurso puede significar su admisión y la posibilidad de obtener la condición de adjudicatario.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto impugnado fue adoptado por la Mesa de contratación el 12 de julio de 2016 y fue notificado a la empresa por el correo electrónico el 13 de julio, pero sin indicación de que contra dicho Decreto cabe la interposición del recurso especial en materia de contratación, sino recurso ordinario de alzada, circunstancia que sin embargo, no tiene incidencia en la presentación del recurso. Por lo tanto, interpuesto el recurso el 20 de julio, está dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

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 sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la recurrente por no haber subsanado los defectos indicados por la Mesa, concretamente no haber aportado el formulario normalizado que figura en el Anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 6 del mismo mes, <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf>.

Alega la recurrente que el formulario del DEUC ya había sido aportado en el plazo de presentación de ofertas en el sobre nº 1. No obstante, en plazo de subsanación aportó declaración jurada sobre su clasificación de Empresa Consultora y de Servicios otorgada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según expediente nº 541, lo que se acredita con la Certificación expedida por dicha Junta, que continúa vigente ya que subsisten las circunstancias que motivaron a la clasificación como Empresa Consultora y de Servicios en la que consta que IMESAPI posee actualmente la clasificación P-1-2, solicitada en el expediente para la conservación y mantenimiento de las instalaciones en apoyo a actividades culturales y festivas (CON 2016/08).

El órgano de contratación en su informe después de precisar que la exclusión no se efectuó por el Secretario de la Mesa de Contratación que carece de competencia alguna para excluir a ninguna mercantil de un procedimiento de licitación, señala que el documento presentado por IMESAPI no corresponde con el documento recogido en la dirección de Internet del PCAP, sino que es el publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, hecho reconocido expresamente por el recurrente. En concreto mantiene que si se examinan los dos documentos, resulta que no son coincidentes en su totalidad. Por ejemplo en el apartado C de la Parte III, Motivos de exclusión, el modelo contemplado en el PCAP, recoge una serie de preguntas que son obviadas en el documento presentado por IMESAPI. Así, en el primer modelo se recoge la pregunta: “¿Ha celebrado el operador económico acuerdos contra otros operadores económicos destinados a falsear la competencia?”, no recogiendo la misma en el documento presentado por IMESAPI, que además no responde a ninguno de los motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional del modelo presentado.

En la parte IV “Criterios de selección” se limita a responder a la pregunta de si cumple todos los criterios de selección requeridos, no reflejándose en el documento el resto de preguntas que sí se recogen en el documento que figura en el PCAP.

Explica que la Mesa de Contratación concedió a distintas mercantiles un plazo de subsanación, que además garantizaba una mayor competencia en el procedimiento en beneficio del interés público, por lo que admitir el recurso presentado, una vez incumplido el requerimiento, supondría ir en contra del principio de igualdad respecto a los demás licitadores que sí procedieron a efectuar la subsanación. Concluye que en ningún caso se ha producido indefensión a IMESAPI, y que la exigencia del modelo de documento en el PCAP deriva de que constituye una declaración responsable de cumplimiento de las condiciones para ser adjudicatario del contrato que sustituye a toda la documentación que sí debe presentar el adjudicatario del contrato. Por tanto si el documento presentado por IMESAPI, no reúne las declaraciones exigidas, la Administración no puede tener la garantía de la declaración responsable y, por tanto, no podría exigir responsabilidad alguna en el supuesto de que luego se comprobara que no reúne dichas condiciones para ser contratista, por lo que entiende que el acuerdo de exclusión del licitador se ajusta a derecho.

Procede por tanto determinar el carácter obligatorio o no del modelo de formulario exigido en la Cláusula 12.1 del PCAP, a saber, el formulario normalizado que figura en el Anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 6 del mismo mes, <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf>, teniendo en cuenta que el contrato se rige por el pliego de cláusulas administrativas particulares y que el Documento Europeo Único de Contratación (DEUC) es un formulario normalizado consistente en una declaración formal y actualizada de la empresa interesada, en sustitución de la documentación acreditativa de estos requisitos, que confirma que la empresa cumple los mismos, y más concretamente: que cuenta con las condiciones de aptitud exigidas,

incluida la de no estar incurso en prohibición de contratar, que cumple los requisitos de solvencia económica y financiera, y técnica o profesional, así como los demás criterios de selección y requisitos de participación que establezcan los pliegos de la contratación, cuya publicación oficial figura en el DOUE a la que se accede a través de la página oficial de la Comisión.

Como es sabido, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación (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 y también los órganos de contratación. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

El artículo 59 de la Directiva 2014/24/UE dispone que “los poderes adjudicadores aceptarán el documento europeo único de contratación (DEUC), como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos previos para participar en un procedimiento de licitación”. Este documento constituye una declaración actualizada de la persona interesada, en la que se indica que no está incurso en ninguna prohibición para contratar y que cuenta con las condiciones de aptitud, de solvencia económica y financiera, técnica o profesional, así como con el resto de criterios de selección exigidos en los pliegos. Este artículo viene a sustituir conceptualmente a la declaración responsable prevista en el artículo 146, para la que se viene a establecer un nuevo contenido normalizado, accesible y homogéneo para todos los potenciales licitadores en toda la UE.

Ante la falta de transposición en el ordenamiento jurídico español de la citada Directiva y al disponer un mandato claro, preciso e incondicionado, este precepto tiene efecto directo desde el día 18 de abril de 2016, en sus apartados 1, 2, 4 y 6, tal y como se expone en el documento elaborado por los Tribunales de Contratación pública en marzo de 2016. Igualmente, es de aplicación el Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación, que de acuerdo con sus artículos 1 y 2 “Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro” a partir del 18 de abril de 2016.

Con este documento la Comisión Europea pretende sustituir las diversas declaraciones nacionales de las personas interesadas en las licitaciones, con la intención de reducir los problemas relacionados con la precisión de la redacción de las declaraciones formales y los problemas lingüísticos, al estar disponible el formulario en las lenguas oficiales y, especialmente, persigue favorecer un aumento de la participación transfronteriza en los procedimientos de contratación pública.

En cuanto al carácter del documento, el Informe 1/2016 de 6 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su conclusión II, parece considerar el mismo como una obligación para los operadores económicos, cuando afirma “A partir del 18 de abril de 2016 resulta aplicable la obligación de utilizar el documento único europeo de contratación. De acuerdo con el formulario normalizado facilitado por la Comisión, en contratos sujetos a regulación armonizada”.

No obstante la Resolución, también de 6 de abril de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la utilización del Documento Europeo Único de Contratación previsto en la nueva Directiva de contratación pública, considera que la utilización del DEUC es un derecho para la persona licitadora y no un deber al afirmar que el DEUC tiene un doble objetivo:

“-Facilitar a los órganos de contratación la aplicación de la DN y del Reglamento (UE) nº 2166/7.

-Ayudar a las empresas interesadas a cumplimentar correctamente el formulario normalizado del DEUC según ha quedado éste aprobado por el citado Reglamento comunitario.

Cuando el tipo de procedimiento y de contrato impliquen la aplicación del DEUC los órganos de contratación deberán reconocer expresamente en los pliegos el derecho de las empresas a acreditar el cumplimiento de los requisitos previos de acceso que enumera el artículo 59.1 DN mediante la presentación de una declaración responsable que siga el formulario normalizado del DEUC establecido por el Reglamento (UE) nº 2016/7. Dicho en otras palabras, las empresas deben tener la posibilidad, que no la obligación de presentar el DEUC en esta primera fase que da acceso a la licitación”.

Este mismo informe, en su apartado 2.3.2.a) relativo al formulario normalizado DEUC señala que el Anexo II del Reglamento (UE) nº 2016/7 explica que “las empresas que figuren inscritas en una “lista oficial de operadores económicos autorizados” solo deberán facilitar en cada Parte del formulario aquéllos datos e informaciones que, en su caso concreto, no estén inscritos en estas “listas oficiales”. Así en España las empresas no estarán obligadas a facilitar aquéllos datos que ya figuren inscritos de manera actualizada en el Registro de Licitadores que corresponda, ya sea el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (“ROLECE”) o el equivalente a nivel autonómico con el alcance previsto en el artículo 327.1 del TRLCSP, siempre y cuando las empresas incluyan en el formulario normalizado del DEUC la información necesaria para que el órgano de contratación pueda realizar el acceso correspondiente (dirección de internet, todos los datos de identificación y, en su caso, la necesaria declaración de consentimiento), por aplicación del artículo 59.1, penúltimo párrafo DN (y en coherencia con ello ver lo indicado en la Parte VI del formulario)”.

Es decir, que si la empresa licitadora figura inscrita en el ROLECE, como ocurre en el caso analizado, ha de quedar eximida de facilitar aquellos datos que ya constan siempre que el órgano de contratación pueda acceder a dicha información, requisitos que reúne tanto el Anexo II del DEUC aportado por recurrente, como por la documentación aportada en el trámite de subsanación, sin perjuicio de que si los requisitos exigidos son específicos de la normativa autonómica no van a constar nunca en el ROLECE y sí en el Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma, por lo que los licitadores que aporten únicamente el certificado de inscripción en el primero, tendrán obligatoriamente que completar la documentación según proceda.

De acuerdo con todo lo anterior, podemos concluir que los Estados miembros están obligados, en virtud del Reglamento 2016/7, a posibilitar que los licitadores aporten en lugar de la documentación acreditativa de su capacidad de forma dispersa o mediante una declaración responsable el DEUC, como instrumento además de simplificador de su actividad como licitadores y la de las Mesas de contratación, como instrumento homogeneizador de la acreditación de dicha capacidad en todos los Estado miembros en pro de la Unidad de Mercado. En este sentido la redacción del primer inciso del artículo 59 de la Directiva de contratos es suficientemente ilustrativo al respecto “los poderes adjudicadores aceptarán como prueba preliminar el documento europeo único de contratación”.

Sin embargo en este caso no cabe desconocer que el PCAP establece la obligación de aportar el DEUC con el contenido que facilita a los participantes en la licitación, sin que la recurrente haya planteado en ningún momento la legalidad de su contenido. Así los términos del debate no se centran en si la aportación del DEUC es voluntaria o no o si su exigencia en este caso es acertada, sino en si el trámite de subsanación de la documentación administrativa fue adecuadamente cumplimentado por la recurrente.

En este caso consta que la recurrente sí que había incluido un DEUC en el sobre 1, fechado el 6 de julio de 2016, si bien el órgano de contratación manifiesta que el contenido de dicho documento (que indudablemente es el publicado por la Comisión Europea), no tiene el mismo contenido que el indicado en el PCAP.

Cabe hacer una precisión al respecto a la vista del contenido del DEUC aportado por las licitadoras en general y es que en este caso no se ha producido una presentación telemática o electrónica del indicado documento, habiéndolo cumplimentado algunas empresas incluso a mano, lo que no supone problemas de legalidad puesto que con el fin de facilitar la transición a la utilización obligatoria de medios de comunicación electrónica en todos los Estados miembros, pueden coexistir la versión electrónica y la versión en papel del DEUC durante un período transitorio que se extiende hasta el 18 de abril de 2018.

Asimismo añadir que en principio y únicamente desde la óptica de su contenido, sería indiferente haber presentado un documento obtenido del DOUE como anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7, o

haber procedido a la cumplimentación del formulario en línea en la página de la Comisión Europea. Sin embargo en este caso el problema radica en la diferencia de contenido entre ambos documentos habiendo sido omitido en el documento telemático presentado por la recurrente todo el apartado C “Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional” de la parte III “Motivos de exclusión” del citado documento, sin que se ofrezca en el recurso o se acredite en el expediente el motivo del defecto; defecto que por otro lado no aparece en el DEUC aportado por ninguna otra de las licitadoras, que tanto en el modelo que constituye el Anexo del Reglamento de ejecución (posteriormente subsanado por todas en cuanto al formato), como en el documento generado electrónicamente recogen el indicado apartado.

Por otro lado el requerimiento de subsanación se hizo de forma concreta, pues se indicó a la empresa que “se ha observado la siguiente deficiencia:

- No aporta, tal y como se establece en la cláusula 12.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el formulario normalizado que figura en el anexo 2 del Reglamento de ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 6 del mismo mes, conforme al modelo que se publica en la dirección de Internet <https://www.boe.es/doue/2016/003/L00016-00034.pdf> como se señala en la citada cláusula”.

Si bien en dicha solicitud no se detalla por qué la declaración presentada era insuficiente y qué aspectos de la misma debían completarse o aclararse lo cierto es que de la mera lectura de la misma se deduce que el documento objeto de la subsanación, difiere del presentado por lo que la simple comparación de sus contenidos hubiera bastado para atender adecuadamente la subsanación. Por otra parte tampoco la recurrente alega en ningún momento desconocimiento de los términos del requerimiento que le hayan impedido atenderlo adecuadamente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 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,

III. ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don J.F.N. en nombre y representación de Imesapi, S.A. contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 12 de julio de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “Conservación y mantenimiento de las instalaciones de

alumbrado público del Ayuntamiento de San Martín de la Vega y la ejecución de instalaciones en apoyo a actividades culturales y festivas”, número de expediente: 2016/08.

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 el Tribunal en su sesión de 28 de julio de 2016.

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.