



Recurso nº 678/2020

Resolución nº 940/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 4 de septiembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. Carlos Remartínez Sigüenza en nombre y representación de SAFENIA S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por la Confederación Hidrográfica del Tajo para contratar el “servicio de limpieza de la zona 4ª de explotación de la Confederación Hidrográfica del Tajo” Expediente: 20SG0008/NE, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 5 de febrero de 2020, se acordó el inicio de la tramitación del expediente declarándolo de Urgencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 119 de la LCSP.

Segundo. En fecha 14 de mayo de 2020, el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el gasto, así como autoriza la apertura del procedimiento de adjudicación por Procedimiento Abierto con 1 criterio de adjudicación, el precio, previa fiscalización de la Intervención Delegada el día 11 de mayo de 2020.

Tercero. En fecha el 5 de junio de 2020 se publica el anuncio de licitación en la Plataforma de Contratación del Sector Público, publicándose en la misma fecha en el DOUE. El 15 de junio de 2020 se publica en el BOE.

Cuarto. En fecha 30 de junio de 2020 se reúne la Mesa de contratación y procede a la apertura electrónica del Sobre número 1 de los cinco licitadores que se presentaron. Acuerda admitir cuatro de ellas y supeditar la admisión de la recurrente a la subsanación en los términos que siguen:



“SAFENIA, S.L. (PYME): Deberá remitir declaración responsable sobre pertenencia o no a grupo empresarial (artículo 149.3 de la LCSP), ajustada al modelo que figura en el anexo IV del pliego de cláusulas administrativas particulares.”

Asimismo ya se señala por la mesa lo siguiente:

La petición de las subsanaciones se ha llevado a cabo por los medios establecidos en el número 2 de la disposición adicional decimoquinta de la Ley de Contratos del Sector Público, concediéndose un plazo de tres días naturales a que se refiere el número 2 del artículo 141 de la LCSP.

Toda la documentación que se reciba referente a las subsanaciones, será objeto de estudio en la siguiente reunión de la mesa de contratación, en donde se procederá a la apertura electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público del sobre que contiene la documentación para la valoración de los criterios evaluables de forma automática (sobre nº 2).

Quinto. En fecha 7 de julio de 2020 se reúne la Mesa y revisa el requerimiento de subsanación realizado y decide de la manera siguiente:

Antes de comenzar el acto de apertura electrónica a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público de la documentación para la valoración de los criterios evaluables de forma automática (sobre nº 2), se procede a comprobar por parte de los miembros de la mesa de contratación las subsanaciones de la documentación administrativa acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, solicitadas en la sesión de la mesa celebrada el día 30 de junio de 2020, haciéndose constar que todas las empresas han quedado admitidas al expediente de referencia excepto SAFENIA, S.L., al no haber remitido en tiempo y forma la documentación requerida para subsanar.

Procediendo a continuación a la apertura del sobre económico.

Sexto. Se señala en el recurso que ese mismo día 7 de julio se recibe una llamada telefónica del órgano de contratación informando que no habían accedido a la notificación del requerimiento de licitación, estando sin abrir en la plataforma de contratación.



Séptimo. En fecha 16 de julio de 2020 se interpone recurso ante este Tribunal contra la exclusión.

Octavo. En fecha 4 de agosto de 2020 se dio traslado del recurso al resto de licitadores para la presentación de alegaciones, sin que hayan evacuado el trámite.

Noveno. Mediante Resolución de 10 de agosto de 2020 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolver el recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a LCSP

“a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Se impugna la exclusión, recurrible según el artículo 44.2.b LCSP

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.



Tercero. En cuanto a la legitimación, debe reconocerse a la empresa recurrente al haber resultado excluida de la licitación en curso.

Cuarto. Se ha respetado el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se impugna la exclusión de la empresa por entender el recurrente que no era necesaria la subsanación de documentación requerida ya que, de la documentación aportada inicialmente ya podría saberse si se formaba o no parte de un grupo de empresas, en concreto, entiende el recurrente que del DEUC presentado ya podría conocerse ese extremo por lo que ni era necesario tal requerimiento ni, mucho menos, puede motivar la no presentación del Anexo IV del PCAP su exclusión de la licitación. Sin negar por lo tanto que no accedió al requerimiento puesto a su disposición en la Plataforma de licitación entiende que el mismo no era necesario atenderlo por constar ya en el DEUC esa información.

Por su parte el órgano de contratación después de analizar la legalidad del requerimiento telemático realizado, señala que lo que se hizo constar en el DEUC no se refería a grupos de empresas sino a posibles uniones temporales y que, además, el PCAP exigía que, a mayores del DEUC, se presentase el Anexo IV declaración responsable de pertenencia a grupo. Por ello, estima que el requerimiento de subsanación fue correcto y, que, de no ser atendido como así resultó, debe excluirse de la licitación al recurrente por no cumplir lo establecido en los pliegos.

Debemos analizar en primer lugar el PCAP que señala de manera expresa

Cláusula 8. Forma y contenido de las proposiciones

Las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua.

La presentación de ofertas y solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios que se indican en la Cláusula 7 anterior.

Su contenido será el siguiente:



8.1.- SUPUESTO DE PROCEDIMIENTO ABIERTO A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 156 DE LA LCSP:

Constarán de TRES (3) SOBRES (ARCHIVOS ELECTRONICOS).

En el caso de que el único criterio de valoración sea el precio, solo será necesaria la presentación de los sobres (archivos electrónicos) números 1 y 3.

El contenido de cada uno de los sobres (archivos electrónicos) será el siguiente:

SOBRE (ARCHIVO ELECTRONICO) NÚMERO 1: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS.

Se identificará con los datos siguientes:

SOBRE (ARCHIVO ELECTRONICO) N° 1

DOCUMENTACION ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS.

IDENTIFICACIÓN DE LA LICITACION:

Número del expediente

Título completo del objeto del contrato.....

IDENTIFICACIÓN DEL LICITADOR:

Denominación o razón social del licitador (denominación completa, incluidas siglas).....

Lote o lotes a los que se presenta la oferta (si procede).....

D.N.I o N.I.F:

Dirección Postal:



Nº Tnº:.....

Nº Fax:

Correo electrónico a efectos de notificaciones:.....

Firmas del licitador o los representantes con poderes para licitar:

Contendrá la siguiente documentación:

1.- Un índice de documentos en el que se hará constar el contenido del fichero electrónico.

2.- La declaración responsable ajustada formulario de documento europeo único de contratación (DEUC) aprobado en el seno de la Unión Europea que figura como Anexo I al presente pliego y cuyas instrucciones para su cumplimentación figuran como anexo II, firmada y con la correspondiente identificación, en la que el licitador ponga de manifiesto el cumplimiento de los requisitos que se señalan en la letra a) del número 1 del artículo 140 de la LCSP.

3.- Los documentos siguientes cuando las circunstancias que acreditan no estén incluidas en las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación.

3.1.- En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la LCSP, cada una de ellas también deberá presentar una declaración responsable en la que figure la información pertinente para estos casos con arreglo al formulario normalizado del documento europeo único de contratación.

3.2.- En todos los supuestos en que en el procedimiento se exija la constitución de garantía provisional, se aportará el documento acreditativo de haberla constituido.

3.3.- En todos los supuestos en que varios empresarios concurren agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante en la que figurará la información requerida en estos casos en el formulario del documento europeo único de contratación.



Adicionalmente a la declaración o declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se aportará el compromiso de constituir la unión temporal por parte de los empresarios que sean parte de la misma de conformidad con lo exigido en el número 3 del artículo 69 de la LCSP.

3.4.- Declaración ajustada al anexo IV de pertenencia o no a grupo empresarial, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio. En caso afirmativo esta declaración habrá de incluir la relación de empresas del grupo que se presentan a esta licitación.

(...)

La cuestión radica precisamente en valorar si con el DEUC presentado se cumplía la exigencia de la declaración de pertenencia a grupo ya que el pliego señala que ese Anexo IV solo debería ser presentado en caso de que “las circunstancias que acreditan no estén incluidas en las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación”

El contenido del DEUC presentado por el Recurrente, en que éste ampara su pretensión, señalaba literalmente lo siguiente:

¿Está participando el operador económico en el procedimiento de contratación junto con otros?

Sí

No

Asimismo alega que en el modelo de DEUC en caso de responder afirmativamente las preguntas que se señalan el mismo son las siguientes:

En caso afirmativo, asegúrese de que los demás interesados presentan un formulario DEUC separado.

En caso afirmativo:



- a) *Indíquese la función del operador económico dentro del grupo (responsable principal, responsable de cometidos específicos, etc.):*
- b) *Identifíquese a los demás operadores económicos que participan en el procedimiento de contratación conjuntamente:*
- c) *En su caso, nombre del grupo participante:*

A juicio del recurrente al señalar la palabra “grupo” en este apartado del DEUC ya se entiende que la información relativa a la pertenencia del Grupo está incluida en el DEUC mientras que el órgano de contratación señala que esta alusión es relativa a los supuestos en que los licitadores se presentan en grupo, esto es mediante una unión temporal de empresas en nuestro ordenamiento jurídico.

Planteada a sí la cuestión, debe destacarse un hecho cual es que no se subsanó la deficiencia señalada. Este extremo es incontrovertido ya que, requerido para ello por el órgano de contratación, el licitador guardó silencio y no obra en el expediente respuesta alguna del mismo.

Pues bien, de una lectura detenida del DEUC relativa a este extremo y en una inicial interpretación literal (la primera a la que hemos de acudir) parece claro que la pregunta que está formulando el DEUC no se refiere al grupo de empresas del Código de Comercio a que se refiere el Anexo IV cuando señala DECLARACIÓN RESPONSABLE DEL LICITADOR INDICANDO SOBRE GRUPO EMPRESARIAL (Artículo 149.3 de la LCSP).

Así el DEUC señala si se está participando en el procedimiento de contratación junto con otros, “junto con otros” se entiende otros terceros que concurran a este procedimiento, extremo que se corrobora cuando se señala que esos otros interesados deberán presentar otro DEUC por su parte. Asimismo se señala que se debe identificar quienes son los que participan en el procedimiento y el nombre del grupo participante, sin que de esta mención “grupo” o de la contenida en la letra A quepa concluir que se refiera al grupo empresarial previsto en el Código de Comercio



Art. 42.

1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.



Parece claro que el DEUC está solicitando información de supuestos en que los licitadores se unen para contratar con la administración, vía normalmente de una unión temporal de empresas, y se refiere a que todos ellos deberían presentar su propio DEUC; mientras que, el Anexo IV se refiere a la pertenencia a un grupo empresarial sin que exista unión alguna de esas empresas, independientes entre sí. Y esa es precisamente la diferencia capital, para el supuesto previsto en el DEUC la idea será presentar una única oferta mientras que en el caso del Anexo IV y el artículo 149 prevén casos de varias empresas (de un grupo) pero presentado sus propias ofertas.

Por lo tanto, asiste razón al órgano de contratación al señalar que se trata de un extremo no incluido en el DEUC y el licitador debería haber atendido el requerimiento y subsanarlo. Al no haberlo hecho incumple la documentación relevante exigida en el Pliego, pues es además de capital importancia a la hora de cuantificar las bajas, considerando a juicio de este Tribunal que el incumplimiento del pliego es de una relevancia suficiente para motivar la exclusión que nos ocupa, por lo que debe confirmarse la misma.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. Carlos Remartínez Sigüenza en nombre y representación de SAFENIA S.L., contra su exclusión de la licitación convocada por la Confederación Hidrográfica del Tajo para contratar el *“servicio de limpieza de la zona 4ª de explotación de la Confederación Hidrográfica del Tajo”*

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 58.2 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso- administrativo ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.