

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

En Madrid, a 3 de octubre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por Don E.M.Z., en nombre y representación de FERROVIAL SERVICIOS S.A. (FERROSER) contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 22 de agosto de 2012, por el que se excluye la oferta de la recurrente, del procedimiento de licitación correspondiente al expediente Contrato de Servicios nº 300/2012/00325: "Servicio de mantenimiento integral (2012-2014)" de la Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de julio de 2012 se publicó en el DOUE, el anuncio de licitación correspondiente al contrato "Servicio de mantenimiento integral para la Agencia para el Empleo de Madrid" a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con un valor estimado de 2.521.468,15 euros.

El Pliego de Prescripciones Técnicas del presente contrato exige en su cláusula 1.5.2 bajo la denominación "Recursos materiales en proximidad al ámbito

del contrato” que *“Con independencia de donde pudieran tener establecidas sedes las empresas licitantes, con el fin de garantizar la necesaria proximidad y capacidad a efectos de desarrollo, seguimiento y gestión del contrato, los licitantes deberán contar con los siguientes recursos materiales –si bien, no con dedicación exclusiva al contrato- en un entorno próximo al ámbito de desarrollo del mismo:*

- Sedes para la gestión del contrato: oficinas y almacenes.

Deberán disponer en propiedad, o en arrendamiento desde hace más de seis meses (con anterioridad a la publicación de este Pliego en el perfil del contratante), de una o varias sedes o delegaciones en el término municipal de Madrid o en su entorno (en los términos de los municipios colindantes o en los anexos a estos), que acredite la implantación de las empresas en Madrid, y que permita por sus dimensiones albergar un operativo de gestión y de logística proporcional a las necesidades de desarrollo del contrato. A tal efecto, dicha sede o sedes deberán reunir en su conjunto, entre espacios de oficina y de almacén, una superficie mínima de 400 m2.

El cumplimiento de esta condición técnica deberá ser acreditado en la licitación mediante declaración responsable, que deberá ser presentada con el resto de la documentación exigida conforme queda establecido en el PCAP. Asimismo y en cualquier momento, la AEM podrá solicitar la totalidad de la documentación original que acredite el cumplimiento de esta condición técnica.”

Por su parte en el punto 27 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante PCAP, se prevé que además de la documentación a aportar en el sobre A (documentación administrativa) los licitadores deberán incluir en este sobre, declaración responsable de disponer de los recursos materiales en proximidad al ámbito del contrato requeridos (cláusula 1.5.2 del PPT).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron diecisiete empresas entre ellas la recurrente.

Examinada por la Mesa de contratación la documentación administrativa presentada en el sobre A por la empresa recurrente, el día 17 de agosto se la requiere para que, subsanara la falta de declaración relativa a la disponibilidad de una sede en el entorno próximo a desarrollo del contrato. Consta que dicho requerimiento contenía un error material, reconocido por el órgano de contratación consistente en establecer como plazo previo de disponibilidad de los medios, tres años en lugar de los seis meses exigidos en el pliego, aunque citando correctamente la cláusula 1.5.2 del PPT.

Consta que en atención a dicho requerimiento se dirige un escrito a la Mesa de contratación el día 20 de agosto de 2012, en el que se declara que en el caso de resultar adjudicataria la empresa Ferroviaal Servicios S.A, del contrato de referencia, se compromete a disponer de los recursos materiales en proximidad al ámbito del mencionado contrato, requeridos en la cláusula 1.5.2 del PPT.

Una vez aportada la indicada documentación, con fecha 22 de agosto de 2012 se reúne la Mesa de contratación para el estudio de la documentación presentada por las empresas y, dando cuenta del resultado de dicha calificación, y acordando excluir del procedimiento de licitación a determinadas empresas entre ellas la recurrente, ofreciendo la siguiente motivación: *“No acredita lo señalado en el apartado 27 del Anexo 1 del PCAP: se solicita “Deberán disponer en propiedad, o en arrendamiento desde hace más de seis meses (sin contabilizar el de publicación de este concurso), de una o varias sedes o delegaciones en el término municipal de Madrid o en su entorno (en los términos de los municipios colindantes o en los anexos a éstos), que acredite la implantación de las empresas en Madrid, y que permita por sus dimensiones albergar un operativo de gestión y de logística proporcional a las necesidades de desarrollo del contrato. A tal efecto, dicha sede o sedes deberán reunir en su conjunto, entre espacios de oficina y de almacén, una superficie mínima de 400 m2. En su declaración responsable, se compromete a disponer de los medios en caso de resultar adjudicatario. Por lo que no queda*

acreditado lo anterior". Esta decisión fue comunicada a la recurrente con fecha 23 de agosto de 2012.

Tercero.- Frente a dicho acto se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación con fecha 10 de septiembre de 2012, previo el anuncio previsto en el artículo 44.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), presentado el mismo día ante la Agencia para el Empleo de Madrid.

La recurrente considera que la exclusión de su oferta no es ajustada a derecho puesto que *"los pliegos del contrato contemplan este requisito de "implantación" no como un criterio de solvencia o adjudicación sino como un recurso material a aportar por el contratista y que se menciona en el Anexo I apartado "Observaciones", pero en ningún caso los pliegos señalan que el hecho de no disponer de la citada declaración, o de que la misma a su juicio no acredite dicha implantación podría suponer la exclusión del licitador"*, añadiendo que dicha exigencia en todo caso excedería del objeto estricto del contrato.

Por otro lado señala que el hecho de que la empresa se comprometiera a disponer de los medios en proximidad en el caso de resultar adjudicataria, por referencia a la cláusula 1.5.2 del PPT implica que ya tenía esos medios, como demuestra el hecho de que ya cuenta con una nave industrial que ya cumple dichos requisitos, aportando documentación acreditativa de su disponibilidad con el escrito de recurso, considerando asimismo que si la Mesa de contratación tenía alguna duda sobre el contenido de la declaración, debería haber solicitado aclaración a la empresa, no siendo acorde al principio de proporcionalidad la exclusión de la empresa al tratarse de un defecto subsanable.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, señala que las empresas debían acreditar el

cumplimiento del requisito controvertido en el sobre de documentación administrativa, tratándose de una característica técnica propia de la empresa para garantizar su capacidad de prestar una adecuada atención en proximidad a la ejecución del objeto contractual.

Por último recuerda la fuerza de obligar que la Ley atribuye a los pliegos, señalando que en este caso esta condición no fue en su día impugnada por la recurrente.

Cuarto.- Con fecha 20 de septiembre se ha concedido trámite de audiencia a los interesados en virtud de lo establecido en el artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSPP), habiéndose presentado escrito de alegaciones por la empresa CLECE S.A, que en síntesis manifiesta que la actuación de la Mesa de contratación es acorde a derecho, en tanto en cuanto por la recurrente se incumplieron los pliegos por lo que respecta a la disponibilidad de una o varias sedes o delegaciones en el término municipal de Madrid, exigencia que debe entenderse aceptada por Ferrovial Servicios S.A, al haber presentado su oferta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSPP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo se acredita la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, el TRLCSP establece en el apartado 2 del artículo 44 que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158. (...)”*.

En el presente caso, consta que el Acuerdo por el que se excluye a la empresa Ferrovial Servicios S.A, objeto del presente recurso le fue notificado el día 23 de agosto de 2012, interponiéndose el recurso especial ante este Tribunal el día 10 de septiembre de 2012, por lo tanto dentro del plazo establecido para ello.

Tercero.- El acto recurrido el Acuerdo de la Mesa de contratación de 22 de agosto de 2012, por el que se excluye la oferta presentada por la recurrente para el contrato de servicios de referencia con un valor estimado de 2.521.468,15 euros, de la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, por tanto sujeto a regulación armonizada, que constituye uno de los actos susceptibles de recurso especial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 40. 1. a) y 2.b), en relación con el artículo 16.1 b) del TRLCSP.

Cuarto.- La Agencia para el Empleo de Madrid es un organismo autónomo del Ayuntamiento de Madrid dependiente del Área de Economía, Empleo y Participación Ciudadana. Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP, en relación al artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- El recurso presentado se basa en un único argumento que es el de la incorrecta exclusión de la oferta de la recurrente, por los motivos más arriba indicados.

Como es sabido los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares 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) debiendo incorporarse al contrato tal y como señala el artículo 115.3 del TRLCSP, y es de esta consideración desde la que debe examinarse la adecuación a derecho o no de la actuación de la Mesa de contratación, teniendo en cuenta que en este caso, los pliegos que han de regir el contrato no han sido impugnados. Atendiendo a lo anterior, este Tribunal no puede, en virtud del principio de congruencia que debe presidir sus resoluciones de acuerdo con el artículo 47.2 del TRLCSP, pronunciarse sobre la legalidad de la exigencia que determinó la exclusión de la ahora recurrente, por más que *prima facie* esta se revele como contraria a los principios de igualdad y de libre concurrencia recogidos en el artículo 1 del TRLCSP, puesto que tiene por objeto “*acreditar la implantación de las empresas en Madrid*”, limitando por tanto el acceso a empresas de fuera de este municipio.(Vid. STS 24 de septiembre de 2008, recurso de casación 4793/2006).

Sentado lo anterior, en este caso la redacción del PPT es clara en cuanto al requisito de proximidad de medios materiales, que frente a lo pretendido por la recurrente es un requisito de solvencia, tal y como se desprende de la cláusula 1.5.2 del mismo al indicar que la disposición de los controvertidos medios materiales en proximidad se exigen con el fin de garantizar la capacidad a efectos de desarrollo del contrato. Pero es que además toda duda queda despejada dado que dicho requisito se exige como medio adicional de acreditación de la solvencia en el apartado 12 del Anexo I del PCAP, indicando expresamente que la documentación acreditativa del cumplimiento de tal exigencia debería aportarse en el sobre A, sin que conste que dicho apartado se haya impugnado o haya sido objeto de reclamación u observación alguna por la recurrente.

Sentado lo anterior, no procede discutir si se trataba de una obligación exigible únicamente a la empresa propuesta como adjudicataria, como aduce la

recurrente, puesto que se exige claramente a todas las licitadoras como requisito de solvencia, pudiendo considerarse como un medio de concreción de las condiciones de solvencia de los regulados en el artículo 64 del TRLCSP, que sistemáticamente se encuadra en la regulación de la solvencia y que se refiere, no a los adjudicatarios, si no a los candidatos o licitadores.

A ello debe sumarse que dado que se exige una declaración de disponibilidad anterior en seis meses a la presentación de ofertas de los medios en proximidad, no se trata de que la propuesta como adjudicataria proceda a la adquisición de tales medios para aportarlos al contrato, sino que dispusiera de ellos con anterioridad, en garantía de su capacidad de gestión del objeto del contrato.

Desde esta perspectiva es claro que la declaración presentada por la recurrente no responde a lo exigido por el PCAP, dado que no manifiesta disponer de tales medios, sino comprometerse a adquirirlos sin que pueda interpretarse que la referencia a la cláusula 1.5.2 del PPT signifique que el declarante disponía de tales medios, puesto que nada se indica al respecto en la declaración, debiendo el órgano de contratación estar a la literalidad de lo declarado, que por otro lado no ofrece dudas.

Es por ello que este Tribunal entiende que la Mesa de contratación actuó conforme a Derecho, sin que la misma debiera conceder a la recurrente nuevo plazo para subsanar su declaración, ya que no olvidemos la misma se aportó en el trámite de subsanación concedido por la Mesa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por otro lado no puede sostenerse ahora que el requisito de solvencia exigido vulnera lo dispuesto en el artículo 62 del TRLCSP, en cuanto a la proporcionalidad y adecuación al objeto del contrato que deben guardar las condiciones mínimas de solvencia exigidas, dado que como más arriba hemos indicado los pliegos no se han

impugnado, sin perjuicio de lo cual, este Tribunal no aprecia desproporción alguna en la exigencia controvertida.

Por último en cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad esgrimida por la recurrente en la actuación de la Mesa de contratación, debe recordarse que dicho principio encuentra su base o fundamento en la escasa entidad del defecto cometido que impediría la aplicación de la máxima sanción, consistente en la expulsión de la oferta del procedimiento. Pero es que el defecto padecido no es de la escasa entidad que pretende la recurrente puesto que se trata de la falta de declaración en cuanto a la disponibilidad de los medios materiales exigidos, por más que ello se deba a un error de interpretación de los Pliegos y que la empresa pueda acreditar en sede de recurso especial que sí dispone de tales medios. A ello debe añadirse que frente a tal principio debe primar el principio de igualdad de trato entre los candidatos en la licitación, recogido en el artículo 1 del TRLCSP, que exige un trato igual a todos los licitadores, de manera que no cabe ni admitir fuera del plazo concedido para ello la acreditación solicitada en fase de subsanación, ni tampoco entender que al tratarse de un requisito solo exigible al adjudicatario, solo éste debía acreditar tal disponibilidad.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 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:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación formulado por Ferrovial Servicios S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 22 de agosto, por el que se excluye la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación correspondiente al expediente Contrato de Servicios nº 300/2012/00325:

"Servicio de mantenimiento integral (2012-2014)" de la Agencia para el Empleo del Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Levantar la suspensión del procedimiento cuya procedencia fue acordado por este Tribunal en sesión de 20 de septiembre de 2012 con efectos también respecto del recurso 124/2012.

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 47.5 del TRLCSP.

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 TRLCSP.