

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

En Madrid, a 10 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Saniprotect, S.L, contra su exclusión del Lote 6 “Mascarillas de protección FFP2 y FFP3 no reutilizables” del contrato “Acuerdo marco de suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios (9 lotes)”, del Área de Gobierno de Hacienda y Personal del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00733, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio de 2 de abril de 2021, se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de la licitación electrónica del contrato de suministro de referencia, mediante procedimiento abierto urgente con pluralidad de criterios. Los pliegos que rigen el acuerdo marco fueron publicados en el perfil de contratante el día 5 de abril de 2021, con un valor estimado total de 40.674.394,95 euros, correspondiendo un importe de 5.194.307,28 euros al lote impugnado, para un plazo de duración de 12 meses, prorrogable hasta un máximo de tres años.

Segundo.- La fecha límite para la presentación de ofertas fue el 21 de abril de 2021, a las 14:00 horas, presentándose a la licitación 86 empresas en total, para el lote 6 concurren 48 licitadores, entre ellos la recurrente.

El 22 de abril de 2021, la Mesa de contratación procede a la apertura del sobre número 1, que contiene la *“Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”*, admitiendo a 42 empresas y requiriendo subsanación a 6 licitadores entre los que se encuentra Saniprotect que *“Deberá aportar el DEUC y el Anexo III cumplimentado por la empresa a cuya solvencia externa se recurre, con la firma electrónica del representante legal”*.

La Mesa de contratación del Área de Gobierno de Hacienda y Personal en su reunión de 30 de abril de 2021, excluye a la recurrente por no aportar correctamente la documentación requerida, de la empresa Guangzhou Fengle Medical Technology CO., LTD (en adelante FENGLE) a cuya solvencia por medios externos recurre, al no haber aportado los documentos firmados electrónicamente por el representante legal de la empresa.

Tercero.- Con fecha 2 de junio de 2021, la representación de Saniprotect interpone ante el Tribunal recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de suministro de referencia por no incluir la firma electrónica en el DEUC de la empresa FENGLE, solicitando la rehabilitación de la oferta presentada y la retroacción de las actuaciones para que la oferta sea incluida y valorada conforme a los criterios publicados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP). Asimismo, solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso con el fin de evitar daños de muy difícil reparación y que se frustre el objeto y sentido de la impugnación.

Cuarto.- El 7 de junio de 2021, se recibe en el Tribunal el expediente de contratación y el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen 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), solicitando la desestimación con los argumentos que se recogen en los fundamentos de derecho. Asimismo, se opone a la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento solicitada por la recurrente, por tratarse de un procedimiento tramitado con carácter de urgencia, cuyo objeto contractual hace imprescindible que el Ayuntamiento de Madrid cuente con el material correspondiente a la mayor brevedad.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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 (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 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 el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”*,

según prevé el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acto impugnado se produjo el 30 de abril, fue notificado y publicado en la PCSP el 13 de mayo y el recurso se presentó ante el Tribunal el 2 de junio de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite cualificado que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento respecto al lote impugnado, en un contrato de acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto por tanto es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y b) y 2. b) de la LCSP.

Quinto.- El fondo del recurso se concreta en determinar si la actuación de la Mesa de contratación ha sido conforme a lo dispuesto en la legislación contractual, al excluir de la licitación al Lote 6 del acuerdo marco de referencia a la recurrente.

La recurrente manifiesta que es una empresa familiar de reciente creación (mayo 2020), por lo que para presentarse recurre a la cesión de la solvencia económica y técnica de otra empresa, la mercantil china FENGLE, una de las mayores fabricantes de mascarillas de china. La cesión se formalizó en un acuerdo firmado por los representantes de ambas partes, tramitado a distancia por la grave situación de pandemia, existiendo restricciones muy severas tanto para los viajes de España a China como para que ciudadanos de China puedan viajar a España.

EL PCAP de la licitación exigía la presentación del documento-declaración armonizado europeo DEUC de la empresa licitadora, firmado por su representante legal y, en el caso de recurrirse a las solvencias de otras empresas, el DEUC de cada empresa que cediera solvencias, también firmado. Así pues, presentamos el

DEUC de Saniprotect -firmado electrónicamente- y el DEUC de FENGLE firmado y sellado manualmente por el representante legal de la empresa (la misma persona que firma y sella manualmente el contrato de cesión de solvencias y otros documentos legales vinculados a la relación comercial entre ambas empresas). El órgano de contratación requirió en subsanación el DEUC de FENGLE firmado digitalmente. En la respuesta presentada explicamos la dificultad de obtener el DEUC firmado electrónicamente en China mediante un certificado digital válido en España, debido a las enormes diferencias de las aplicaciones informáticas chinas respecto a las españolas. Acreditamos, también, que se había solicitado a FENGLE el uso de un certificado digital y que había remitido un DEUC firmado electrónicamente con un tamaño de 17Mb. Explicamos y acreditamos que la página web oficial del Gobierno de España VALIDE de validación online de firmas y certificados detectaba una firma digital pero no válida en España, y argumentamos que el sentido de exigir un certificado digital es garantizar que los documentos de cesión de solvencias han sido firmados realmente por alguien con capacidad de representación legal, y aportamos numerosa documentación que prueba la existencia real, inequívoca, de la relación entre ambas empresas y de la voluntad de FENGLE de extender la colaboración a la cesión de las solvencias. Cooperación comercial que ha permitido a Saniprotect, ganar licitaciones y suministrar los productos entregados con el empaquetado de las mascarillas personalizado con su logotipo y las instrucciones de uso e información legalmente exigible en español.

El órgano de contratación soslaya pronunciarse sobre si la documentación aportada acredita o no la veracidad de la cesión de las solvencias y se limita a indicar, por una parte, una supuesta necesidad de que el DEUC esté firmado digitalmente y, por otra parte, que la documentación aportada no atendía correctamente el requerimiento.

Saniprotect alega que la resolución de exclusión afirma que *“En el supuesto que recurra a la solvencia por medios externos de otras empresas, se deberá presentar en los mismos términos, el documento europeo único de contratación*

(DEUC) y la declaración responsable conforme al Anexo III del PCAP, de las empresas a cuya solvencia se recurre”, sin embargo el PCAP en ningún momento indica “en los mismos términos” al referirse a la solvencia y medios de otras empresas, simplemente indica “firma” sin añadir “electrónica”, y solo al referirse a los sobres, indica textualmente: “Todos los sobres deberán ir firmados electrónicamente por el representante del licitador a través de ‘Herramientas de Preparación y Presentación de Ofertas’”, sin imponer lo mismo para los DEUCs. Igualmente, al disponer los requisitos de la oferta a incluir en el sobre nº 2 el PCAP establece que “La proposición económica conforme al modelo del Anexo I MODELO DE OFERTA DE CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES, una vez esté debidamente cumplimentada, deberá firmarse electrónicamente en formato “pdf” por el/la representante legal de la empresa licitadora, con poder para participar en licitaciones públicas en el momento de presentar la oferta”.

Por tanto, el PCAP literalmente, impone la necesidad de que los sobres y la oferta estén firmados electrónicamente, pero no impone dicho requisito al resto de documentos que se debe incluir en cada uno de los dos sobres, por lo que la exigencia planteada por el órgano de contratación y la consiguiente exclusión suponen una extralimitación formal y/o una interpretación que no tiene soporte legal ninguno en el literal del PCAP.

A mayor abundamiento, añade que el documento con instrucciones precisas para cumplimentar el DEUC, que forma parte de los pliegos, en ningún lugar indica que deba firmarse electrónicamente (sí es preceptivo que sea firmado electrónicamente el sobre en el que se incluye). Asimismo, el documento oficial de la Comisión Europea sobre el DEUC habilita la firma manual cuando no es posible aportar una firma electrónica, al recoger en la respuesta a la pregunta 14 de cómo se debe firmar un DEUC electrónico que “(...) Si no fuera posible, el DEUC deberá imprimirse en formato PDF y firmarse a mano”.

La recurrente concluye indicando que explicó con detalle los motivos por los

que no era posible disponer de un DEUC firmado electrónicamente, y aportó profusa documentación que acreditaba la existencia real de la colaboración comercial y de cesión de solvencias entre FENGLE y Saniprotect, La oferta presentada al aplicársele los criterios de evaluación del PCAP, habría obtenido la mejor puntuación total, por lo que la consecuencia de la exclusión injusta por aplicar un criterio formalista que no encuentra amparo en el PCAP, ni en lo publicado por la Comisión Europea y la PCSP, perjudica enormemente a esta empresa, así como el bien común, por cuanto resulta excluida la oferta más beneficiosa.

Por su parte el órgano de contratación informa que la exclusión es conforme a Derecho por los siguientes motivos:

- La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación Pública, establece en el artículo 22 la obligación de los Estados miembros de garantizar que todas las comunicaciones e intercambios de información en los procedimientos de contratación, en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo por medios electrónicos de acuerdo con los requisitos a tal efecto establecidos y con excepción de los supuestos que de modo taxativo establece el citado artículo.

- La LCSP realiza una decidida apuesta a favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en la disposición adicional decimoquinta, cuyo apartado 3 exige que la presentación de ofertas y solicitudes de participación se lleve a cabo, con carácter general, utilizando medios electrónicos, salvo en determinados casos que no concurren en este supuesto.

- De esta manera, de acuerdo con lo establecido en la LCSP, todos los actos y manifestaciones de voluntad de los órganos administrativos que tengan efectos jurídicos y que se emitan tanto en la fase preparatoria, como en las fases de licitación, adjudicación y ejecución del contrato, deben ser autenticados mediante firma electrónica cualificada.

- En relación con la aportación de documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, el artículo 140.1 apartado a) de la LCSP establece que las proposiciones deberán de ir acompañadas de una declaración responsable que se ajustará al formulario DEUC, que deberá estar firmado y con la correspondiente identificación. De acuerdo con lo indicado anteriormente, esta documentación se ha de presentar firmada electrónicamente por el representante legal de la empresa mediante firma electrónica cualificada.

- Este requisito resulta asimismo de obligado cumplimiento en relación con la documentación que han de presentar las empresas a cuya solvencia se recurre, dado que el artículo 140.1 apartado c) de la LCSP establece que *“En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 de la presente Ley, 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 a que se refiere el artículo siguiente”*.

- El PCAP prevé en el apartado 1 de la cláusula 10 lo siguiente: *“Conforme a la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, la licitación tendrá carácter exclusivamente electrónico, por lo que la presentación de las ofertas y la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas del procedimiento de adjudicación se realizarán por medios electrónicos.*

Igualmente, se utilizarán estos medios para las comunicaciones y notificaciones del procedimiento de adjudicación, así como aquellas que se deriven de la ejecución posterior del contrato.

A estos efectos, los licitadores deberán designar en la Plataforma de Contratación del Sector Público una dirección de correo electrónico registrada en la misma.

La preparación y presentación de las ofertas se realizará a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público: <https://contrataciondelestado.es> (en

adelante PLACSP) de acuerdo con las indicaciones dadas en la ‘Guía de los Servicios de Licitación Electrónica para Empresas’. (...)

Sólo se admitirán las ofertas que sean presentadas a través de Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) en los términos indicados.

Las proposiciones deberán ajustarse a lo previsto en los pliegos y en el resto de la documentación que rigen la licitación, y su presentación supondrá la aceptación incondicionada por el licitador del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (...).”

- La cláusula 10 del citado Pliego en su apartado 2 A) 2, establece que *“Cuando se recurra a la solvencia y medios de otras empresas de conformidad con el artículo 75 LCSP, cada una de ellas deberá presentar la declaración responsable debidamente cumplimentada y firmada, cuyo modelo consiste en el documento europeo único de contratación (DEUC), aprobado a través del Reglamento (UE) nº 2016/7, de 5 de enero, así como la declaración responsable conforme al modelo del Anexo III relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres”.*

Este Tribunal a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes constata que el motivo de exclusión esgrimido por la Mesa de contratación del Área de Gobierno de Hacienda y Personal del Ayuntamiento de Madrid para rechazar la oferta presentada por la recurrente a la licitación del Lote 6 del acuerdo marco de suministro de referencia no figura expresamente recogido en el apartado 10 del PCAP, ni en los artículos de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP citados por el órgano de contratación.

A estos efectos se ha de señalar que los motivos de exclusión de los licitadores tienen que estar claramente recogidos en los pliegos que rigen la contratación o previstos en la LCSP, sin que en el presente caso se constate

incumplimiento de ninguna cláusula del PCAP que pueda dar lugar a la grave consecuencia de la exclusión del procedimiento de una licitadora que ha tenido un actuar diligente en la presentación y subsanación de la documentación requerida. No es factible en la regulación contractual rechazar proposiciones por dudosas interpretaciones del órgano de contratación en relación a las disposiciones recogidas en el PCAP y en la normativa contractual.

Asimismo, conviene traer a colación, como doctrina asentada, que los pliegos de contratación son *lex inter partes* conformando la ley del contrato y vinculando 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.

Este Tribunal, contrariamente a lo deducido por el órgano de contratación, considera que no se ha producido incumplimiento de lo previsto en la cláusula 10 del PCAP que regula la publicidad y forma de presentación de las proposiciones, ni vulneración de lo dispuesto en los artículos 75, 140, 141 y DA 15ª de la LCSP, en la documentación aportada por la recurrente para acreditar el cumplimiento de los requisitos previos para contratar y de la efectiva disposición de la solvencia por medios externos, aportando en el trámite de subsanación justificación de las circunstancias técnicas que le impedían dar cumplimiento al requerimiento del órgano de contratación del DEUC firmado electrónicamente por el representante legal de la empresa a cuya solvencia recurría. El que, debido a una imposibilidad técnica ajena a la voluntad del licitador, no sea posible aportar un documento firmado electrónicamente no invalida su aportación con firma manuscrita y sello de la empresa, pues la generalización de la firma electrónica no resta validez a la firma manual de documentos. Tanto la LCSP como el PCAP obligan a la licitación electrónica lo que no es incompatible con que entre la documentación aportada puedan figurar documentos firmados manualmente, máxime cuando como es el caso

no se exige expresa y preceptivamente que la firma sea electrónica, lo que se comprueba también en el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del Documento Europeo Único de Contratación, y además se justifica la imposibilidad técnica debido a la incompatibilidad entre los sistemas de certificación digitales de China y España.

Por último, se ha de señalar que no procede adoptar acuerdo expreso acerca de la medida cautelar de suspensión solicitada por la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, pues al ser resuelto el presente recurso de forma inmediata decae su necesidad.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar el recurso presentado por Saniprotect admitiendo su oferta y anulando el acuerdo de exclusión con retroacción del procedimiento de adjudicación del contrato al momento de valoración y clasificación de las ofertas.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Saniprotect, S.L, contra su exclusión del Lote 6 “Mascarillas de protección FFP2 y FFP3 no reutilizables” del contrato “Acuerdo marco de suministro de equipos de protección individual y productos sanitarios (9 lotes)”, del Área de Gobierno de Hacienda y Personal del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00733.

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.