



Recurso nº 622/2019

Resolución nº 854/2019

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

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.G.P.C., en representación de CONSULTORA DE INGENIERÍA Y EMPRESA S.L., y D. R. E.A., en representación de IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U., contra el Acuerdo de exclusión de las recurrentes del procedimiento de licitación del contrato de *“Consultoría y asistencia del control y vigilancia de las obras de conexión entre las carreteras N-120 y N536. Tramo: Sobradelo – O Barco de Valdeorras. Provincia de Ourense”*, convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento en el expediente 30.13/19-6, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 15 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato de control y vigilancia de las obras: Conexión entre las carreteras N-120 y N-536. Tramo Sobradelo – O Barco de Valdeorras. Provincia de Ourense.

Segundo. A tenor del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en lo sucesivo PCAP) que rige la presente licitación, el valor estimado del contrato se cifra en 1.911.686,49 euros y su procedimiento de adjudicación es el abierto, de tramitación ordinaria.

Tercero. La Mesa de Contratación, en su sesión de fecha de 20 de mayo de 2019, y tras la apertura del Sobre número 1, que contenía la documentación administrativa, acordó la exclusión del procedimiento de las entidades CONSULTORA DE INGENIERÍA Y EMPRESA, S.L. e IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U., que presentaron oferta bajo el compromiso de constituirse en forma de UTE, con motivo de



que la segunda no renunció, mediante la correspondiente declaración responsable complementaria al Documento Europeo Único de Contratación, requerida en la cláusula 16 del PCAP y cuyo modelo se encuentra en su Anexo I, a *“durante la ejecución de este contrato, concertar con la empresa adjudicataria de tales contratos cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos”*, en relación con la causa de incompatibilidad regulada en el artículo 70.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), poniendo en peligro de la correcta ejecución del contrato.

Cuarto. El Acuerdo de exclusión ha sido notificado a las recurrentes el mismo 20 de mayo de 2019.

Quinto. Las recurrentes han interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión ante este Tribunal a fecha de 23 de mayo de 2019 alegando, en síntesis, que:

- La no renuncia a concertar con la empresa adjudicataria de los contratos objeto de control y vigilancia, o cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos, durante la ejecución del contrato que se licita, obedece a un error de IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE S.A.U, debiendo haber sido ésta última requerida para su subsanación.
- Que el objeto de la renuncia se refiere a una actuación residenciable en sede de ejecución del contrato, por lo que dicho error no puede constituir causa de exclusión de la proposición presentada.

El recurso, que pretende la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión impugnado, solicita la adopción de la medida provisional de suspensión del procedimiento de licitación.

Sexto. El órgano de contratación ha remitido el expediente de contratación y ha emitido informe, considerando que el acuerdo recurrido se ajusta al ordenamiento jurídico, puesto que *“la Mesa adopta por unanimidad el acuerdo de excluir la oferta, considerando que la declaración de no renunciar al contrato por una causa sobrevenida que diera lugar a un*



supuesto de hecho que afectara a las condiciones especiales de compatibilidad que establece el artículo 70.2 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, pone en riesgo la correcta ejecución del mismo.

La Mesa no considera que se otorgue un plazo de subsanación puesto que no se trata de un defecto que afecte a los requisitos de capacidad y solvencia tal y como existen en el momento de la presentación de ofertas, capacidad y solvencia que quedan acreditadas en el caso que nos ocupa, sino que se trata de que las Empresas, de manera expresa y en una declaración responsable firmada, no renuncian a la realización de actuaciones futuras que supondrían que, como ejecutores de un contrato de control y vigilancia de obras, incurrieran en una prohibición de contratar que la propia Ley establece como condición especial de compatibilidad”.

Séptimo. El 25 de mayo de 2019 la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, ha acordado la concesión de la medida provisional solicitada, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

Octavo. A fecha de 12 de junio de 2019 se ha dado traslado del recurso a los interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente, no habiéndose evacuado el trámite concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Las recurrentes interponen recurso especial en materia de contratación solicitando la anulación del Acuerdo de su exclusión del procedimiento de licitación convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento.

Segundo. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Tercero. Las recurrentes se encuentran legitimadas para recurrir al amparo del 48 de la LCSP, puesto que han concurrido y han sido excluidas del procedimiento de licitación convocado, lo que justifica su legitimación para la interposición del presente recurso.



Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de la presentación del recurso.

Quinto. Descendiendo al fondo del asunto, en el supuesto que nos ocupa ambas partes circunscriben la controversia a la negativa de la entidad IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U a renunciar a incurrir en la causa de incompatibilidad del artículo 70.2 LCSP durante la ejecución del contrato. La entidad CONSULTORA DE INGENIERÍA Y EMPRESA, S.L. sí que cumplimentó adecuadamente la declaración responsable complementaria, renunciando a concertar con la empresa adjudicataria de los contratos objeto de control y vigilancia o cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos, durante la ejecución del contrato que se licita.

Con fundamento en lo anterior, el acuerdo de la Mesa de Contratación excluye del procedimiento de licitación a las recurrentes, pronunciamiento que éstas pretenden que se anule a través del recurso presentado.

Para el análisis de la controversia que plantea el recurso ha de partirse del marco normativo aplicable. Considerando en un primer momento la LCSP, su artículo 70.2, antes referenciado y ubicado dentro de la regulación de la aptitud para contratar con el Sector Público, previene como condición especial de compatibilidad, que *“Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de cualesquiera contratos, así como la coordinación en materia de seguridad y salud, no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos, ni a las empresas a estas vinculadas, en el sentido establecido en el apartado anterior”*.

A raíz de dicha previsión normativa, el PCAP, que en la presente licitación no ha resultado impugnado, por lo que según doctrina consolidada de este Tribunal ha devenido ley del contrato, contempla las incompatibilidades para contratar a través de una serie de cláusulas.

En este sentido la cláusula 13ª declara que:



“Cláusula 13. INCOMPATIBILIDADES PARA LA LICITACION [artículo 70.1 LCSP]

(...)

2. Contratos de servicios que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección o la coordinación de la ejecución de contratos de obras e instalaciones u otro tipo de contrato [artículo 70.2 LCSP]

Cuando se establezca en el apartado 8 del cuadro de características, en la declaración responsable complementaria el licitador hará constar no haber sido adjudicatario y no estar vinculado a la empresa adjudicataria del contrato o los contratos de obras señalados en el mencionado apartado del cuadro de características.

Cuando licite una UTE esta declaración deberá referirse a cada una de las empresas que la integren.

Si esta situación de incompatibilidad sobreviniera una vez adjudicado este contrato, el contratista estará obligado a comunicarlo inmediatamente a la Administración. Asimismo, la declaración incluirá la renuncia a, durante la ejecución de este contrato, concertar con la empresa adjudicataria de tales contratos cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución de este contrato”.

En consonancia con la cláusula 13ª, el apartado 8 del cuadro de características especifica que el contrato que se licita sí que tiene la consideración de “Contratos de servicios que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección o la coordinación de la ejecución de contratos de obras e instalaciones u otro tipo de contrato [artículo 70.2 LCSP]”.

Y que “En este caso, en la declaración responsable el licitador hará constar que no le afecta la causa de incompatibilidad, regulada en el artículo 70.2 de la LCSP, respecto de contrato o contratos que se detallan a continuación: CONEXIÓN ENTRE LAS CARRETERAS N-120 Y N-536. TRAMO: SOBRADELO O BARCO DE VALDEORRAS.PROVINCIA DE OURENSE. CLAVE: 23-0R-4970”.



Adicionalmente, la cláusula 16ª establece que *“el archivo electrónico o sobre nº 1 deberá contener los siguientes documentos:*

1. Una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación (DEUC) que deberá estar firmada por el representante del licitador y que se ajustará al artículo 140.1.a) de la LCSP.

(...)

2. La declaración responsable complementaria del DEUC, que se ajustará al modelo establecido en el ANEXO I de este pliego.

(...)

Los licitadores deberán tener en cuenta que, en cualquier momento del procedimiento, la mesa o el órgano de contratación les podrá solicitar que aporten la documentación acreditativa de los datos indicados en las declaraciones responsables”.

Por último, el modelo de declaración responsable contenido en el Anexo I, diferencia, en sede de adjudicación de contratos que tengan por objeto la vigilancia, control, supervisión y dirección de otros contratos relacionados con el licitado, tres elementos:

- El primero, relativo a si afecta a los licitadores la causa de incompatibilidad regulada en el artículo 70.2 de la LCSP, exigiendo marcar Sí/No.
- El segundo, la declaración, sin opción a seleccionar Sí/No, consistente en que *“si la situación de incompatibilidad sobreviniera una vez adjudicado este contrato, declaro que comunicaré la situación inmediatamente a la Administración”.*
- El tercero, la renuncia a, *“durante la ejecución de este contrato, concertar con la empresa adjudicataria de tales contratos, cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos”,* con posibilidad nuevamente de optar por Sí/No.

Sexto. Tal y como se ha anticipado, el motivo de la exclusión es la negativa a renunciar, mediante la opción de la casilla NO de la declaración responsable complementaria, a



concertar con la empresa adjudicataria de los contratos objeto de control y vigilancia, o cualesquiera contratos o subcontratos que tengan por objeto la colaboración en la ejecución de los mismos, durante la ejecución del contrato que se licita, por razón de la puesta en peligro de la ejecución del contrato.

Con carácter previo a examinar si IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U. incurrió, tal y como alega, en error en la elaboración de la declaración responsable complementaria, procede dilucidar si la negativa a renunciar es causa de exclusión de las licitadoras en el momento de calificarse la documentación administrativa.

El órgano de contratación reconoce en su informe que la exclusión se fundamenta en la consideración de que la correcta ejecución del contrato se encuentra comprometida con motivo de la negativa a renunciar y admite que IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U. dispone, en el momento de apertura del archivo de la documentación administrativa, de capacidad para contratar con el Sector Público. Así expone que *“La Mesa no considera que se otorgue un plazo de subsanación puesto que no se trata de un defecto que afecte a los requisitos de capacidad y solvencia tal y como existen en el momento de la presentación de ofertas, capacidad y solvencia que quedan acreditadas en el caso que nos ocupa”*. Al mismo tiempo resulta pacífico que IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U. manifestó correctamente que en el momento de presentar proposición no le afectaba la causa de incompatibilidad regulada en el artículo 70.2 de la LCSP.

Ahora bien, el artículo 70.2 LCSP únicamente impone la exclusión automática de aquellos licitadores que, antes de la adjudicación, sean adjudicatarios de los correspondientes contratos objeto de vigilancia y control, mientras que la recurrente sí ha declarado que no incurre en dicha causa de incompatibilidad, declaración que no ha resultado contradicha.

Séptimo. A continuación, procede analizar las cláusulas del PCAP, a efectos de determinar si de ellas se colige la exclusión de aquellos licitadores que no se comprometan a renunciar a concertar con las adjudicatarias de contratos fuente de incompatibilidad.



Comenzando por la cláusula 16ª, ésta declara que el archivo electrónico o sobre nº 1 contendrá *“La declaración responsable complementaria del DEUC, que se ajustará al modelo establecido en el ANEXO I de este pliego”*. El fundamento legal de dicho documento se encuentra en el artículo 141.2 de la LCSP que establece que *“Cuando de conformidad con la presente Ley, el pliego de cláusulas administrativas particulares o el documento descriptivo exijan la acreditación de otras circunstancias distintas de las que comprende el formulario del documento europeo único de contratación a que se refiere el artículo siguiente, los mismos deberán indicar la forma de su acreditación”*.

La declaración responsable complementaria presentada por la recurrente se ha ajustado al modelo plasmado en el PCAP, pero ha sido rellenada de modo que carece de la renuncia preceptivamente prevista en la cláusula 13ª del PCAP, considerando por ello la Mesa de Contratación que la recurrente incurre en causa de exclusión.

Por su parte, la cláusula 15 del PCAP establece que:

“La mesa de contratación calificará la documentación recibida e incluida en el archivo electrónico o sobre nº 1 “Documentación administrativa y de solvencia”, a efectos de comunicar por medios electrónicos, a la dirección de correo electrónico aportada por la empresa, los defectos u omisiones subsanables que aprecie, concediendo un plazo de tres días hábiles para su subsanación”. (El subrayado es nuestro).

El Tribunal considera que el marcado de la casilla “NO” que motivó la exclusión de la UTE recurrente era un aspecto subsanable, porque podría tratarse de un error material, como afirma en su recurso el representante de la empresa IDOM. La subsanación era procedente, con base en la citada cláusula 15 del PCAP, y en los artículos 141.2 de la LCSP y 82 del R.D. 1098/2001 (RGLCAP).

Procede por ello estimar el recurso, por no habersele concedido a la UTE recurrente la posibilidad de subsanar la declaración realizada en el DEUC de IDOM.

Además, la redacción del PCAP induce a confusión, porque la cláusula 8 relativa a *“las incompatibilidades para la licitación”* establece que *“el licitador hará constar **que no le afecta la causa de incompatibilidad**”*, y el Anexo I sobre el Modelo del DEUC, en su



apartado 1 tiene por título “*Incompatibilidad en la **preparación del contrato***”, y el apartado 1.b), en el que se encuentra la cláusula incorrectamente cumplimentada, se refiere a **la adjudicación del contrato**. Puesto que la situación de **incompatibilidad sobrevenida una vez adjudicado el contrato** no se refiere a la preparación ni a la adjudicación del contrato, sino a una situación posterior, debería haberse reflejado en un apartado independiente al 1.a y al 1.b).

La estimación del recurso supone declarar la nulidad de la resolución de exclusión, y la retroacción del procedimiento para que se conceda a la UTE recurrente la posibilidad de subsanar la declaración realizada, continuando el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. M.G.P.C., en representación de CONSULTORA DE INGENIERÍA Y EMPRESA S.L., y D. R. E.A., en representación de IDOM CONSULTING, ENGINEERING, ARCHITECTURE, S.A.U., contra el Acuerdo de exclusión de las recurrentes del procedimiento de licitación del contrato de “*Consultoría y asistencia del control y vigilancia de las obras de conexión entre las carreteras N-120 y N536. Tramo: Sobradelo – O Barco de Valdeorras. Provincia de Ourense*”, convocado por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento en el expediente 30.13/19-6, anular dicho acuerdo, y retrotraer el procedimiento para que la UTE recurrente tenga la posibilidad de subsanar la declaración realizada en el DEUC.

Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar adoptada y acordar la continuación del expediente de contratación, de conformidad con lo establecido en el art. 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 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.