

Recurso nº 480 y 481/2022**Resolución nº 466/2022**

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 7 de diciembre de 2022, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las representaciones legales de Tecnovida Iberia S.L. y Essence Interactive Center S.L. (en adelante Tecnovida y Essence) contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 16 de noviembre de 2022, por el cual se excluyen las ofertas de ambos recurrentes a la licitación del contrato de suministros de “equipamientos del servicio de teleasistencia avanzada para la incorporación de tecnologías para la autonomía y cuidados domiciliarios con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Next Generations”, en sus lotes 2 y 3, y promovido por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, número de expediente A/SUM-029574/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 7 de octubre y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 5 de octubre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 32.562.052,03 euros y su plazo de



duración será de seis meses.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre ellos los recurrentes

Segundo.- Antecedentes

Con fecha 7 de noviembre de 2022, la mesa de contratación procedió a descryptar las ofertas recibidas así como a calificar la documentación administrativa que forma parte del archivo primero.

Advirtiendo ciertos defectos en la documentación presentada por ambos recurrentes, procedió a solicitar su subsanación.

De la subsanación presentada se concluyó que no se cumplía el principio de firma digital en los DEUC y otros documentos que corresponden a uno de los miembros de la UTE, en un caso, y a la empresa de la que se servirá el otro para acreditar la solvencia.

Por dicha razón la mesa de contratación celebrada el 16 de noviembre de 2022 excluyó ambas ofertas, siendo notificado este acuerdo el 23 de noviembre.

Tercero.- El 25 de noviembre de 2022 tuvo entrada en este Tribunal, sendos recursos especiales en materia de contratación, formulados por las representaciones legales de Tecnovida y Essence en los que solicita la anulación de su exclusión y la aceptación de los DEUC de las empresas Essence Smartcare LTD de origen israelita y Climax Technology CO LTD, de origen taiwanés firmados de manera manual y con sello de la empresa en lugar de utilizar la firma electrónica vigente en España

El 1 y 2 de diciembre de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y los informe 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 (LCSP).

Cuarto.- Solicitada por ambos recurrentes la suspensión de la licitación, se acordó por este Tribunal, en fecha 1 de diciembre de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP. Todo ello sin conocer la posible oposición del órgano de contratación por no haber aportado la documentación meritada en el apartado anterior en el plazo legalmente establecido.

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 que las aducidas por el recurrente, 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, 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 46.1 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello, al tratarse de unas personas jurídicas excluidas 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”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.



Tercero.- El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Asimismo, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de los mismos.

Cuarto.- Los recursos especiales se plantearon en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 16 de noviembre de 2022, practicada la notificación el 23 de noviembre, e interpuestos los recursos, en este Tribunal, el 25 de noviembre de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto.- Los recursos se interpusieron 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 suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.



Sexto.- En cuanto al fondo del recurso ambos se fundamentan en la incorrecta exclusión de sus ofertas por no haber presentado los DEUC, uno como empresa en compromiso de UTE y otro como medio externo de acreditación de la solvencia, firmados digitalmente.

En cuanto a los hechos que denuncian en el recurso 480/2022 interpuesto por Tecnovida Iberia S.L., esta pone de manifiesto que con fecha 7 de noviembre la mesa de contratación acuerda otorgar un plazo de subsanación de la documentación presentada por Climax Technology CO LTD, empresa de nacionalidad taiwanesa, y de la que se sirve la licitadora para acreditar su solvencia.

Dicho requerimiento solicitaba, en relación a la documentación a subsanar por Tecnovida: *“CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD, empresa que cede la solvencia ha de presentar el DEUC firmado por su/s representante/s legal”*.

En cumplimiento del requerimiento, Tecnovida aporta el DEUC en castellano firmado manualmente por el representante legal de la mencionada empresa extracomunitaria, don M.Ch., y con sello de la empresa y, además, firmado digitalmente por el representante legal de Tecnovida, don M.P. Asimismo se comunica a la mesa de contratación la imposibilidad de firma digital por parte de M.Ch., al no poseer certificado de firma válido en España.

Vista la documentación aportada la mesa de contratación considera que ni está firmada digitalmente, ni se acompaña justificación suficiente sobre la imposibilidad de la firma.

El recurrente incide en que la subsanación solicitada indicaba únicamente la firma del documento, no cómo debía de ser suscrito, por lo que entiende que la firma manual es válida, a todos los efectos, en cuanto a suscribir la declaración responsable que es la naturaleza de DEUC. Asimismo, pone en evidencia la indicación efectuada al órgano de contratación sobre la incompatibilidad de firmas



electrónicas entre el Estado de origen y España. Menciona que solicitó información telefónica sobre este aspecto y que fue confirmada la suficiencia de la firma manual, indicando que ya se había admitido esta fórmula.

Por último, invoca el recurrente la Resolución 260/2021 de este Tribunal, que resuelve un recurso muy similar, cuyo objeto era la compra de mascarillas de protección FFP2 y FFP3 no reutilizables.

Por otro lado considera que tanto el pliego de condiciones como la LCSP, cuando refieren la presentación de ofertas de forma digital y la necesidad de utilización de firmas electrónicas válidas en España, se refieren a la relación del licitador con el órgano de contratación y no puede entenderse extensiva a todos los documentos que conforman la oferta.

En cuanto a los motivos de recurso que se refieren en el 481/2021, suscrito por Essence, en la misma sesión de la mesa de contratación, ya referida, se requiere de subsanación de la siguiente documentación:

“UTE formada por ESSENCE INTERACTIVE CENTER SL (B82564824) y ESSENCE SMARTCARE LTD. (N0028552H)

- *Ha de presentar el compromiso de UTE firmado, también, por el representante de ESSENCE SMARTCARE LTD.*
- *ESSENCE SMARTCARE LTD ha de presentar el DEUC firmado por su representante legal.*
- *ESSENCE SMARTCARE LTD., ha de presentar el Anexo VIII del PCAP: “MODELO DE DECLARACIÓN DE SOMETIMIENTO A LA JURISDICCIÓN DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA EMPRESAS EXTRANJERAS”, firmado por su representante legal.*
- *ESSENCE SMARTCARE LTD., ha de presentar el Anexo VI del PCAP: “MODELO DE DECLARACIÓN RESPONSABLE RELATIVA AL COMPROMISO DE TENER CONTRATADOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y PLAN DE IGUALDAD”, firmado por su representante legal.*



El recurrente destaca que no es la presentación de los documentos lo que se requiere sino su firma digital, pues todos ellos habían sido firmados de forma manual por éste.

En plazo de subsanación, y con el intento de asegurar su participación en la licitación, suscribe electrónicamente todos los documentos el representante de Essence en España, quien tiene firma digital habilitada en nuestro país.

Acredita ante este Tribunal la autenticidad de la firma de don H. A. como apoderado de la empresa Essence Smartcare Ltd, ante el Notario de Herzliya-Pituach (Israel) en fecha 14 de octubre de 2020. En la relación de documentos enviados por el órgano de contratación no se encuentra esta acta notarial, desconociendo si la recurrente la aportó en fase de presentación de ofertas y su posterior subsanación o solo como documentación anexa al recurso especial en materia de contratación que nos ocupa.

Ambos recurrentes fundamentan jurídicamente su recurso en dos motivos:

Primero.- La LCSP exige que la presentación de las ofertas se efectúe de forma digital. Pero no impone tal obligación al resto de documentos que se deben incluir en cada caso en los respectivos sobres/archivos. Por lo que esa obligación se considera extralimitada y sin reflejo alguno en el PCAP.

Segundo.- Los motivos de exclusión de una oferta deben estar recogidos claramente bien en la LCSP o bien en los pliegos de condiciones que rigen la adjudicación del contrato, no constando en ninguno de ambos la exclusión por el motivo que nos ocupa.

El órgano de contratación, en sus informes a los recursos, manifiesta y defiende su actuación con los siguientes argumentos:



En lo que se refiere a Tecnovida: “Es evidente que el DEUC aportado inicialmente de CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD., como empresa en la que basa su solvencia la recurrente, no estaba firmado por el representante de la misma, solo estaba firmado por el representante de TECNOVIDA. Por eso se le requirió para que lo firmara el representante de CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD. Hay que entender que cuando requiere la firma de un documento en una licitación electrónica debe ser firmado digitalmente. Así se desprende el PCAP por el que se rige este contrato. Así en la cláusula 11 del PCAP se afirma que: “Si se exige la presentación electrónica de las ofertas, los licitadores aportarán sus documentos **firmados electrónicamente**”

También en la cláusula 12 se dice textualmente que “El licitador deberá almacenar localmente en su ordenador dicho modelo en XML y acceder después al servicio DEUC electrónico, donde deberá importarlo, cumplimentar los datos necesarios, exportarlo y almacenarlo en su equipo en formato electrónico, **firmarlo (electrónicamente en el supuesto de licitación electrónica)** y presentar el DEUC con los demás documentos de la licitación”. Supuesto aplicable al DEUC que debe aportar las entidades en las que se basa la solvencia el licitador.

De lo hasta ahora expuesto se pueden extraer varias conclusiones:

- La primera que el DEUC aportado en castellano por la empresa CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD en el sobre número 1 no estaba firmado (ni digital ni manualmente) y, por tanto, requería ser subsanado.
- La segunda que en el requerimiento de subsanación se indicaba que el DEUC de CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD debía aportarse firmado, debiendo entender según los pliegos que son aceptados al presentar la oferta, que los documentos deben ser firmados digitalmente.
- La tercera, que el DEUC aportado por CLIMAX TECHNOLOGY CO., LTD no estaba firmado adecuadamente por su representante legal, ya que la firma era manuscrita y no digital”.



En relación con Essence: “Así en la cláusula 11 del PCAP se afirma que: “Si se exige la presentación electrónica de las ofertas, los licitadores aportarán sus documentos **firmados electrónicamente**”.

También en la cláusula 12 se dice textualmente que “El licitador deberá almacenar localmente en su ordenador dicho modelo en XML y acceder después al servicio DEUC electrónico, donde deberá importarlo, cumplimentar los datos necesarios, exportarlo y almacenarlo en su equipo en formato electrónico, **firmarlo (electrónicamente en el supuesto de licitación electrónica)** y presentar el DEUC con los demás documentos de la licitación”. Supuesto aplicable al DEUC que debe aportar las entidades en las que se basa la solvencia el licitador.

De lo hasta ahora expuesto se pueden extraer varias conclusiones:

- La primera, que la documentación presentada inicialmente por la empresa ESSENCE SMARTCARE LTD estaba firmada digitalmente por una persona diferente a la que figura en el DEUC
- La segunda, que en el requerimiento de subsanación se indicaba que una serie de documentación (incluido el DEUC) que debían aportarse firmados por el representante de la empresa ESSENCE SMARTCARE LTD. En este sentido, hay que entender, según los pliegos que son aceptados al presentar la oferta, que los documentos deben ser firmados digitalmente.
- La tercera, que la documentación aportada por la empresa ESSENCE SMARTCARE LTD en fase de subsanación no estaba firmada digitalmente por su representante legal, ya que la firma era manuscrita y no digital. Está firmada digitalmente por una persona que no es su representante”.

Fundamenta de forma idéntica en ambos recurso que: “Excepcionalmente, se puede admitir que la documentación en una licitación electrónica se aporte firmada y sellada de forma manuscrita cuando la licitadora sea una empresa extranjera. No obstante, para ello es necesario aportar la justificación de las circunstancias técnicas que le impidieron dar cumplimiento al requerimiento del órgano de contratación en el sentido de aportar la documentación firmada electrónicamente por el representante legal de la empresa. Hay que acreditar que la imposibilidad de firmar la



documentación electrónicamente es ajena a la voluntad del licitador y que deriva de imposibilidad técnica por la incompatibilidad entre los sistemas de certificación digitales del país origen de la empresa extranjera y España. Esta circunstancia es la que no acredita el licitador limitándose a aportar otra vez la documentación que aportó inicialmente

Por todo lo expuesto, se considera que la exclusión de UTE mencionada fue correcta y conforme a pliegos ya que la documentación inicial adolecía de defectos que no fueron subsanados en el plazo dado para ello”.

Las controversias expuestas, y que dan lugar a los dos recursos acumulados, responden en muy similares hechos a la ya tratada por este Tribunal en su Resolución 260/2021, de 10 de junio, cuyos antecedentes de hecho no se reproducen en esta debido a su extensión, pero que pueden ser examinados a través de la página web de este Tribunal.

La fundamentación jurídica plasmada en dicha Resolución y que refleja el criterio de este Tribunal es la siguiente: *“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 inválida 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”.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: 0926246968221095044468

En los casos que nos ocupan, el PCAP en ninguna de sus cláusulas o apartados exige la firma digital en todos los documentos que deben integrar la oferta ni considera esta carencia como motivo de exclusión, ya que las referencias a las cláusulas 11 y 12 de refieren a la presentación de la propuesta, al igual que en el caso analizado en la Resolución 260/2021.

En el presente caso, ante un contrato de muy elevado valor estimado y dividido en tres lotes al que solo se han presentado cuatro licitadores, excluir a dos de ellos por un hecho formal, plenamente justificable, no puede considerarse más que como una restricción de la competencia, principio contrario al recogido tanto en las actuales Directivas Europeas en la materia como en la propia esencia de las LCSP, establecidas en su exposición de motivos, artículos 1 y 132.3. Sin perjuicio de las acreditaciones pertinentes que en fase previa a la adjudicación y al amparo de lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP se requieran.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede estimar los recursos presentados por Tecnovida Iberia S.L. y Essence Interactive Center S.L., admitiendo sus ofertas 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 46.1 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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos



por las representaciones legales de Tecnovida Iberia S.L. y Essence Interactive Center S.L. contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 16 de noviembre de 2022, por el cual se excluyen las ofertas de ambos recurrentes a la licitación del contrato de suministros de “equipamientos del servicio de teleasistencia avanzada para la incorporación de tecnologías para la autonomía y cuidados domiciliarios con cargo al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Next Generations”, en sus lotes 2 y 3, y promovido por la Consejería de Familia, Juventud y Política Social de la Comunidad de Madrid, número de expediente A/SUM-029574/2022

Segundo.- Estimar los recursos especiales referido en el anterior apartado, anulando la exclusión de las ofertas y en consecuencia procediendo a su valoración conforme a lo establecido en el PCAP.

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 penalidad prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Cuarto.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 1 de diciembre de 2022.

Quinto.- 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 de la LCSP.



De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv
mediante el siguiente código seguro de verificación: **0926246968221095644468**