



**Recurso nº 645/2013**

**Resolución nº 575/2013**

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

En Madrid, a 29 de noviembre de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. R.R.G., en nombre y representación de la sociedad ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT, S.L.U., contra la Resolución, de fecha 20 de septiembre de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por el que se le excluye de la licitación del Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas (Expediente PA nº 17/13), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, el día 13 de agosto de 2013, con corrección de errores publicada en el BOE el día 14, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas. El valor estimado del contrato, según consta en la cláusula 6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas (PCP), se cifra en 200.000.000 €.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y demás normas de desarrollo.

**Tercero.** La Mesa Central de Contratación del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante Mesa Central de Contratación) en su reunión del día 10 de septiembre de 2013 (día 12, según pie de firma del acta) acordó excluir, por no cumplir el requisito de solvencia financiera exigido en la Cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas, a la empresa ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT S.L.U.

Este acuerdo de exclusión se comunicó a la empresa recurrente mediante un oficio con registro de salida del SEPE del día 25 de septiembre de 2013. No consta en el expediente remitido al Tribunal por el Órgano de Contratación la fecha de notificación a la empresa recurrente de su exclusión. La recurrente manifiesta que le fue notificado el acuerdo de exclusión el día 30 de septiembre de 2013. El recurso se presentó en la Subdelegación del Gobierno en Tenerife con fecha de entrada de 2 de octubre de 2013. El recurso tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 11 de octubre de 2013.

En la notificación se expresa que la empresa ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT S.L.U., de acuerdo a la información recogida en el anejo III.3 “modelo de declaración responsable relativa a la solvencia financiera de la empresa” presenta un valor inferior a 1,00 cuando se divide el activo circulante minorado en las existencias por el pasivo en uno o varios años del periodo requerido.

La Directora General del Servicio Público de Empleo Estatal, como Órgano de Contratación de dicho Organismo, y a tenor de lo establecido en el artículo 316.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual es competente para conocer y resolver el presente acto, determina que la empresa ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT S.L.U. no cumple los criterios de solvencia financiera establecidos en la cláusula 13 del Pliego de Cláusulas administrativas particulares y condiciones técnicas para la celebración, por procedimiento abierto de un acuerdo marco con agencias de colocación para la colaboración con servicios públicos de empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas.

**Cuarto.** Con fecha 11 de octubre de 2013 ha tenido entrada en el Registro del Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales el escrito del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT S.L.U. objeto de este procedimiento.

El 2 de octubre de 2013 se hizo el anuncio previo a la interposición del recurso especial en materia de contratación al SEPE, de conformidad con el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

**Sexto.** El 10 de octubre de 2013, el Tribunal acordó suspender el procedimiento de licitación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, tras el examen del recurso nº 604/2013, relativo al mismo procedimiento.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** Se recurre la exclusión en la licitación de un Acuerdo marco de un contrato de servicios de la categoría 22 del Anexo II del TRLCSP cuyo valor estimado es superior a los 200.000 €, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

**Segundo.** La competencia para resolver el recurso interpuesto corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP.

**Tercero.** El recurso ha sido interpuesto por quien tiene legitimación para hacerlo, en su condición de licitadora del contrato (art. 42 TRLCSP).

**Cuarto.** Consta en el expediente, mediante sello de salida del SEPE del día 25 de septiembre de 2013, el oficio que contiene el acuerdo de exclusión. Éste debía notificarse a la empresa ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT S.L.U., no obstante no resulta

justificada la fecha de efectiva notificación. El recurrente declara en su escrito de recurso que le fue notificada la exclusión el día 30 de septiembre de 2013.

El recurso se interpuso el día 11 de octubre de 2013, fecha de entrada del recurso en el Registro del Tribunal, por lo que debe concluirse que le recurrente respetó plazo para interponer el recurso contemplado en el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Quinto.** Entrando en el fondo de la cuestión, la recurrente fundamenta su recurso en un incorrecto entendimiento del pliego en relación con la solvencia económica exigida y en consecuencia que el modelo de declaración responsable no se rellenó adecuadamente. Por esta razón, a través del recurso especial en materia de contratación la licitadora vuelve a aportar el anejo III del Pliego -modelo de declaración responsable sobre la solvencia financiera- modificando las cifras correspondientes a las existencias. Asimismo se acompaña una explicación de los ratios económicos y los tres últimos impuestos de sociedades, correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012.

Por su parte en el informe de 15 de octubre de 2013 el Órgano de Contratación, analizando pormenorizadamente los argumentos del recurso, mantiene el ajuste a derecho del acuerdo de exclusión recurrido.

**Sexto.** Los pliegos de cláusulas administrativas son documentos contractuales y vinculan a las partes como la ley del contrato, según ha declarado una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras la Sentencia la de 17 octubre 2000 de las Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo que resuelve el Recurso de Casación núm. 3171/1995), y así resulta del artículo 145.1 del TRLCSP en cuanto a las condiciones para contratar.

La cláusula 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Condiciones Técnicas regular el contenido del Sobre nº 1 relativo a la documentación general administrativa y documentación relativa a la solvencia económica y a la solvencia técnica. En el apartado 11º de la cláusula 13 el pliego dispone que la: *“i. Declaración responsable firmada y fechada por el representante de la empresa, ajustada al formato que figura en el Anejo, declarando el volumen de ingresos, resultado de cuantas anuales, y los datos correspondientes al activo circulante, existencias y pasivo circulante, de hasta los tres*

últimos ejercicios disponibles, en función de la fecha de creación o inicio de las actividades del empresario.

ii. Se exige el haber realizado en los tres últimos ejercicios, un volumen mínimo medio de negocio anual (ingresos) de cien mil euros, así como que el valor que se obtenga de restar al activo circulante de la empresa el valor de las existencias y dividir el resultado así obtenido por el valor del pasivo circulante, sea igual o superior a 1,00.”

**Séptimo.** La declaración responsable presentada por la recurrente para justificar la solvencia financiera contiene los siguientes datos:

| EJERCICIO                        | 2010      | 2011      | 2012      |
|----------------------------------|-----------|-----------|-----------|
| Volumen de Ingresos              | 6.179.593 | 7.017.093 | 6.221.371 |
| Resultado de las cuentas anuales | 69.189    | -12.455   | 1.211.767 |
| Activo circulante                | 1.420.289 | 1.928.265 | 1.396.823 |
| Existencias                      | 1.069.759 | 1.057.304 | 1.126.493 |
| Pasivo Circulante                | 765.076   | 1.315.383 | 768.554   |

Aplicando la fórmula prevista en los pliegos a cada ejercicio (el valor que se obtenga de restar al activo circulante de la empresa el valor de las existencias y dividir el resultado así obtenido por el valor del pasivo circulante, sea igual o superior a 1,00) resulta el siguiente resultado:

| EJERCICIO                | 2010 | 2011 | 2012 |
|--------------------------|------|------|------|
| Aplicación de la Fórmula | 0,46 | 0,66 | 0,35 |

De los ratios de acidez que pretende expresar la fórmula, tal y como manifiesta en el acuerdo de exclusión recurrido, en ninguno de los ejercicios considerados por los pliegos

la recurrente superó el mínimo previsto para el criterio de solvencia. A la vista de estos resultados el acuerdo de exclusión adoptado por SEPE es conforme a derecho.

La empresa recurrente reconoce, tácitamente, que los datos que presentó en la declaración responsable abocan a su exclusión del procedimiento y por ello, mediante la vía del recurso especial en materia de contratación, la recurrente aporta nuevos datos que modifican el modelo de declaración responsable. La modificación pretendida por la recurrente consiste en eliminar de la fórmula el valor de las existencias de los ejercicios 2010, 2011 y 2012.

La recurrente no justifica el cambio de los datos relativos al concepto de existencias que en vía de recurso pretende.

**Octavo.** La modificación podría tratar de fundarse en una eventual subsanación por error en las primeras cifras incluidas en la declaración responsable. En consideración a esta posibilidad conviene estudiar las condiciones de la eventual subsanación.

El Tribunal se ha pronunciado en materia de subsanación en sus Resoluciones (151/2013, de 18 de abril, 196/2013 de 26 de mayo y 177/2013, de 14 de mayo), que siguen la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 47/09, de 1 de febrero de 2010, 18/10, de 24 de noviembre, entre otros). Según la doctrina del Tribunal la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación.

Exponiendo de manera sintética las conclusiones alcanzadas por la doctrina jurisprudencial y administrativa sobre el trámite de subsanación, cabe destacar lo siguiente:

l) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), conforme al cual: *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o,*

*en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación*". Por tanto, la regla general es la concesión de la posibilidad de subsanar al licitador cuya oferta presente defectos u omisiones subsanables.

II) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo -y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. Por tanto, lo que debe subsanarse no es la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo.

III) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012). Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5

de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando reiteradamente que *“una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia”*.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, señaló: *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”*.

Bajo esta doctrina es oportuno reconocer que el licitador no justifica el error que dice haber padecido al completar el modelo de declaración responsable de los datos que determinan la solvencia económica, ni tampoco la eliminación de los valores correspondientes a las existencias.

No cabe alterar las cifras que resultan en la declaración responsable a menos que responda a un error en los datos, de manera que puede acreditarse que al tiempo de presentarse la oferta eran otras las existencias, circunstancia que permitiría la subsanación de la declaración responsable. No obstante este error no ha sido acreditado, ni las nuevas cifras correspondientes a las existencias no han sido explicadas por la recurrente.

Debe considerarse que las cifras previstas en la fórmula determinante de la solvencia son datos fijos que deberían resultar de los documentos contables de la empresa licitadora y en consecuencia debería resultar sencilla su prueba mediante la aportación de estos documentos.

De acuerdo con la sentencia citada del TJUE es responsabilidad del licitador actuar con diligencia en la elaboración de su oferta así como acreditar, en su caso en el trámite de subsanación, la concurrencia de las circunstancias precisas para justificar la solvencia financiera que concurrían al tiempo de presentar la oferta, no procede admitir la modificación de los datos por falta de prueba del error en la declaración así como falta de justificación de los nuevos datos relativos a las existencias, acreditación que analizando la facilidad de su prueba sencillamente hubiera podido hacer mediante los documentos contables de la empresa.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D. R.R.G., en nombre y representación de la sociedad ACTIVA TRABAJO CANARIAS ETT, S.L.U, contra la Resolución, de fecha 20 de septiembre de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por el que se le excluye de la licitación del Acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios

Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas (Expediente PA nº 17/13).

**Segundo.** Levantar la suspensión del expediente de contratación acordada por este Tribunal el 10 de octubre de 2013.

**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.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.