

Recurso nº 1285/2015

Resolución nº 30/2016

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

En Madrid, a 15 de enero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.M., D. A.I.J. y D. L.M.G.A., en nombre y representación de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS: GRUPO GENERALA / CONSTRUCCIONES INIESTA / NUEVA COCINA MEDITERRÁNEA 2002, contra la Resolución del General Director de Adquisiciones de la adjudicación de 26 de noviembre de 2015 del expediente referente al contrato de *“Gestión de servicios relativos al funcionamiento del tactical leadership programme (TLP) Albacete”* por el que acuerda adjudicar el contrato a la UTE: COPRISER S.L. / UCALSA S.A., y contra la comunicación de fecha 26 de noviembre de 2015 por la que se informa de la exclusión de la UTE ahora recurrente por no encontrarse en posesión de la Habilitación de Seguridad exigida en el momento procedimental oportuno, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 4 de septiembre de 2015 se publica en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de licitación del contrato de gestión de servicios relativos al funcionamiento del Tactical Leadership Programme Albacete. El plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 19 de octubre de 2015 a las 11:00 horas. La publicación en el BOE de la Resolución de la Dirección de Adquisiciones del Mando de Apoyo Logístico del

Ejército del Aire por la que se convoca licitación para servicios "Gestión de servicios relativos al funcionamiento del Tactical Leadership Programme (20153201)" tuvo lugar el día 10 de septiembre de 2015.

Segundo. Con fecha 21 de octubre de 2015 se reúne la Mesa de Contratación y resuelve por unanimidad aceptar los sobres de las empresas que fueron presentados dentro del plazo límite de presentación de las ofertas. Seguidamente se procede a efectuar el acto de apertura y calificación de la documentación administrativa. Se acuerda excluir provisionalmente a la UTE: GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.A. / NUEVA COCINA MEDITERRANEA 2002, S.L. / CONSTRUCCIONES INIESTA, S.L., debiendo presentar la siguiente documentación las tres empresas que forman la UTE: *"Falta hacer referencia al art. 12 de la LCSPDS en la Declaración de no estar incurso en la prohibición para contratar"*. La documentación reseñada deberá presentarse antes de las 12:00 horas del día 26 de octubre de 2015 en el Registro General del Cuartel General del Ejército del Aire.

Tercero. Con fecha 28 de octubre de 2015 se celebra sesión de la Mesa de Contratación y se procede al estudio de la documentación complementaria de subsanación de errores y omisiones detectados en la calificación previa de la Documentación General. Se acuerda admitir a la licitación a la UTE: GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.A. / NUEVA COCINA MEDITERRANEA 2002, S.L. / CONSTRUCCIONES INIESTA, S.L., tras subsanar los defectos detectados en su documentación administrativa. A continuación se procede a la apertura de las proposiciones económicas y se acuerda solicitar informe sobre las ofertas al Vocal Técnico para que proceda al estudio de las proposiciones junto con la documentación técnica aportada a fin de determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Cuarto. Con fecha 3 de noviembre de 2015 se reúne la Mesa de Contratación con el fin de estudiar el informe emitido por el Vocal Técnico y en su caso, realizar propuesta de adjudicación. El Presidente de la Mesa informa a la misma que para proceder a la propuesta de adjudicación correspondiente, se ha llevado a cabo una revisión exhaustiva,

tanto de la documentación general como de las ofertas económicas, de la cual se ha concluido lo siguiente:

En relación con la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en Grado de Reservada, la UTE: GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.A. / NUEVA COCINA MEDITERRANEA 2002, S.L. / CONSTRUCCIONES INIESTA, S.L. no se halla en posesión de la misma, sino que se encuentra en estado de tramitación.

Por tanto se acuerda por unanimidad excluir del procedimiento de licitación a la UTE recurrente.

Quinto. Con fecha 26 de noviembre de 2015 se dicta resolución de adjudicación del contrato *“Gestión de servicios relativos al funcionamiento del tactical leadership programme (TLP) albacete”* (20153201) por la que se resuelve lo siguiente: *“De conformidad con la propuesta y motivación de adjudicación formulada por la Mesa de Contratación, adjudicar el expediente a la UTE: COPRISER, S.L. / UCALSA, S.A., por importe total de 3.687.500,00 € (IVA exento), en las condiciones establecidas en su oferta”*. Con la misma fecha se emite Oficio de comunicación a la UTE: GRUPO GENERALA DE SERVICIOS INTEGRALES, PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES, CONSTRUCCIONES Y OBRAS, S.A. / NUEVA COCINA MEDITERRANEA 2002, S.L. / CONSTRUCCIONES INIESTA, S.L. por la que se informa de su exclusión y de la consiguiente adjudicación del contrato a la UTE: COPRISER, S.L. / UCALSA, S.A.

Sexto. Con fecha 15 de diciembre de 2015 se interpone recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del General Director de Adquisiciones de Adjudicación de 26 de noviembre de 2015 del expediente referente a la *“Gestión de servicios relativos al funcionamiento del tactical leadership programme (TLP) Albacete”* que acuerda adjudicar el contrato a la UTE: COPRISER, S.L. / UCALSA, S.A., y contra la Comunicación de fecha 26 de noviembre de 2015 por la que se informa de la exclusión de la UTE ahora recurrente por no encontrarse en posesión de la Habilitación de Seguridad exigida en el momento procedimental oportuno.

Séptimo. Consta incorporado al expediente Informe del Órgano de contratación de fecha 17 de diciembre de 2015.

Octavo. La Secretaría de este Tribunal con fecha 21 de diciembre de 2015, por delegación de éste, acordó levantar la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP de forma que el expediente continúa por sus trámites.

Noveno. Con fecha 24 de diciembre de 2015 se han presentado alegaciones al recurso especial en materia de contratación por parte de la UTE COPRISER SL-UCALSA S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la Resolución del General Director de Adquisiciones de Adjudicación de 26 de noviembre de 2015 del expediente referente a la “*Gestión de servicios relativos al funcionamiento del tactical leadership programme (TLP) Albacete*” que acuerda adjudicar el contrato a la UTE: COPRISER, S.L. / UCALSA, S.A., y contra la Comunicación de fecha 26 de noviembre de 2015 por la que se informa de la exclusión de la UTE ahora recurrente por no encontrarse en posesión de la Habilitación de Seguridad exigida en el momento procedimental oportuno. Por tanto se trata de actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.2 c) TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP.

Quinto. La entidad recurrente alega que los actos de exclusión y de adjudicación vulneran lo dispuesto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y varios preceptos de la normativa en materia de contratación. Considera en esencia que no es exigible estar en posesión de la habilitación de seguridad en el momento de presentación de las ofertas sino en el momento de la adjudicación a la propuesta más ventajosa. Considera que a la vista de la tramitación seguida, se ha vulnerado el procedimiento establecido y se le ha causado indefensión porque se ha privado a la UTE recurrente de

la posibilidad de aportar la acreditación de seguridad en plazo. Entiende que el órgano de contratación va contra sus propios actos cuando admite la licitación en la apertura en los sobres 1 y 2 y ahora pretende que quede excluida por no disponer de la concesión de la habilitación en el momento de presentación de las ofertas. Señala que se ha vulnerado el artículo 33.2 de la LCSPDS al no requerir la presentación de toda la documentación exigible para la adjudicación del contrato, entre la que se encuentra la habilitación de seguridad.

Sexto. El órgano de contratación en su Informe considera que la documentación relativa a las condiciones de solvencia deben poseerse en la fecha límite de presentación de las ofertas. Entiende asimismo que los pliegos no ofrecen dudas al respecto y no se admite otra interpretación. Alega que no se han vulnerado los principios de igualdad y concurrencia. No procede a su juicio entrar a valorar los requisitos exigidos en un anterior contrato del año 2013.

Séptimo. Procede acudir en primer lugar al contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares con el fin de determinar en qué momento era exigible disponer del requisito referido a la Habilitación de Seguridad.

Señala la Cláusula 18 del PCAP bajo la rúbrica "*Licitadores y documentación a presentar*": (...) "*SOBRE 1: Documentación*."

En el Sobre 1 los licitadores deberán incluir la siguiente documentación:

- *Acreditación actitud para contratar artículo 146.1 TRLCSP y documentación adicional, previa a la adjudicación conforme artículo 151.2 y 13-16 RGLCAP. (...)*
- *Otros documentos: además de los documentos anteriores, en el Sobre número 1 los licitadores deberán presentar los siguientes:*
 - . Acreditación de estar en posesión de la Habilitación de Seguridad de Empresa, Habilitación de Seguridad de Establecimiento de los licitadores y Habilitación Personal de Seguridad en grado RESERVADO.*

La Habilitación de Seguridad de Establecimiento se exigirá sólo en los casos contemplados en la Cláusula 50 de este PCAP. (...)

- *Documentación adicional, a presentar por el licitador sobre quien recaiga la propuesta de adjudicación, previa a la adjudicación conforme artículo 151.2 y 13-16 RGLCAP.”*

Resulta por tanto a la vista de los pliegos que entre la documentación a incluir en el Sobre número 1 se encuentra la acreditación de estar en posesión de la Habilitación de Seguridad de Empresa, Habilitación de Seguridad de Establecimiento de los licitadores y Habilitación Personal de Seguridad en grado “reservado”. Ello supone que los licitadores han de disponer de dichas habilitaciones en el momento en que ha de presentarse el Sobre número 1 conteniendo la documentación general. El límite por tanto se sitúa en el plazo máximo previsto para la presentación de las ofertas que en este caso era el 19 de octubre de 2015 a las 11:00 horas.

Véase que los pliegos son claros y no ofrecen dudas a la interpretación. El apartado 18 del PCAP señala expresamente que en el Sobre número 1 deberá incluirse determinada documentación entre la que se encuentra la citada Habilitación.

Señala la Resolución del TACRC número 316/2015 de fecha 10 de abril lo siguiente: *“Por lo tanto, el licitador debía haber ajustado su oferta teniendo en cuenta todos los criterios establecidos en los pliegos. El licitador era libre de ofertar el precio que estimase oportuno de acuerdo con su estrategia empresarial, y, si el hecho de ofertar la suscripción del personal a un convenio suponía una merma de su oferta económica, era una cuestión que debía valorar al realizar la oferta.*

En cualquier caso, si no estaba de acuerdo con dicho criterio de adjudicación debía haber recurrido los Pliegos en tiempo y forma. Conviene recordar en este punto que el Tribunal viene entendiendo que “los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), “con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto” (Resolución 502/2013, de 14 de noviembre), siendo así que, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, “las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas

administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna” (en el mismo sentido, Resoluciones 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, ó 172/11, de 29 de junio, entre otras muchas)”.

Por tanto, resulta evidente que los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. Ello supone que los licitadores deberán ajustar sus proposiciones a las previsiones contenidas en los pliegos. En este caso, los pliegos determinaban con claridad la documentación que debía incluirse en el Sobre número 1. La UTE ahora recurrente no se hallaba en posesión de la Habilitación de Seguridad de Empresa en Grado de Reservada sino que se encontraba en estado de tramitación en el momento de presentación de su oferta. Así, en el Sobre número 1 presentó una certificación de haber solicitado las habilitaciones de seguridad pero no acreditaba estar en posesión de las mismas. Se produjo por tanto un incumplimiento del tenor literal de los pliegos.

Octavo. Procede no obstante analizar si dicho requisito era o no subsanable y por tanto si el órgano de contratación tenía que haber otorgado un plazo para subsanar dicho defecto.

Señala el Informe número 53/2010 de 10 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de la Competencia: *“En los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09 de 1 de febrero de 2010, en el que se señala como una regla aplicable por todos, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. Más adelante sostiene que “Por otra parte la abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de defectos subsanables viene a sentar un criterio claro a este respecto, además de indicar que dicho criterio general deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse*

que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación..."

En el mismo sentido se pronuncia entre otras la Resolución del Tribunal número 177/2013 de fecha 14 de mayo de 2013: *"En nuestra Resolución 296/2012 ya señalamos que la cuestión de la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones por parte de las empresas licitadoras en un procedimiento de contratación, con carácter general, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011, 16 de diciembre de 2004 o 6 de julio de 2004), habiéndose pronunciado igualmente sobre el particular tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal como este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

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

I) 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)”.

De igual modo, como se señala en la Resolución de fecha 4 de julio de 2013: *“la Resolución de este Tribunal 184/2011 declaró que la posibilidad de subsanación se contrae exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma”, añadiendo que “la falta de poder, o lo que es lo mismo, el poder insuficiente en el momento de presentar la documentación, es defecto insubsanable y, por el contrario, la falta de acreditación de un poder existente, es un defecto subsanable”.*

Asimismo, el Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, señala: *“El criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.*

En este caso, la documentación aportada inicialmente en el Sobre número 1 no acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos, en concreto estar en posesión de la Habilitación de Seguridad de Empresa en Grado de Reservada. No se trataba por tanto de un defecto subsanable dado que la UTE recurrente no disponía del requisito en el momento de presentación de las proposiciones como así resulta de la documentación aportada en la que manifestaba que había solicitado las habilitaciones de seguridad pero no las poseía en dicho momento.

Las alegaciones realizadas acerca de la supuesta vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede ser admitida. Se consideran invocaciones genéricas que carecen de sustento alguno por lo que a juicio de este Tribunal han de ser desestimadas.

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. J.B.M., D. A.I.J. y D. L.M.G.A., en nombre y representación de la UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS: GRUPO GENERALA / CONSTRUCCIONES INIESTA / NUEVA COCINA MEDITERRÁNEA 2002, contra la Resolución del General Director de Adquisiciones de la adjudicación de 26 de noviembre de 2015 del expediente referente a la *“Gestión de servicios relativos al funcionamiento del tactical leadership programme (TLP) Albacete”* y contra la comunicación de fecha 26 de noviembre de 2015 por la que se informa de la exclusión de la UTE ahora recurrente por no encontrarse en posesión de la Habilitación de Seguridad exigida en el momento procedimental oportuno. La UTE recurrente no se hallaba en posesión de la Habilitación de Seguridad de Empresa en grado de Reservada en el momento de presentación de las proposiciones, siendo dicho defecto insubsanable.

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 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.