



Recurso nº 244/2012-C.A. Extremadura 21/2012

Resolución nº 255/2012

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

En Madrid, a 14 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.A.D. en representación de COVIDIEN SPAIN SL, contra el acuerdo de la mesa de contratación adoptado en la fase de subsanación de la documentación administrativa en el expediente CS/99/1112021099/12/PA para la contratación del suministro de cánulas de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud por el que se acuerda su exclusión por falta de subsanación, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncios publicados en el DOUE de 26 de junio de 2012 (corr. err. de 27 de julio) , en el BOE de 24 de julio de 2012 (corr. err. de 28 de julio), y en el DOE de 17 de julio de 2012 (corr. err. de 2 de agosto), así como en el perfil del contratante el 29 de junio de 2012 (corr. err. de 26 de julio), la Secretaría General del Servicio Extremeño de Salud convocó licitación por procedimiento abierto del suministro de cánulas de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud, exp. CS/99/1112021099/12/PA, con un valor estimado de 380.932,39 euros.

En el anuncio de licitación se indicaba, en el punto referido a la *“Apertura de ofertas”* (9 d) del BOE y 9 c) del DOUE, y 8 c) del DOE): *“Fecha y hora: Las fechas serán publicadas en el perfil del contratante extremeño”*

En el pliego de cláusulas administrativas particulares debemos destacar:

- La cláusula 4.1.2, Sobre 1, punto 13 señala que *“Si el licitador se halla inscrito en el Registro Oficial de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura, podrá sustituir la documentación relativa a la acreditación de las circunstancias de las que hace fe dicho registro por un certificado vigente de su inscripción en el mismo (...). Las mesas*



y órganos de contratación podrán comprobar de oficio la vigencia y los datos de la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura.”

- La cláusula 6.4, referida a la calificación de la documentación del sobre 1 por la mesa (documentación administrativa), señalaba que *“Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los licitadores que se personen en el lugar, fecha y hora indicados en el anuncio de licitación, dejándose constancia en el expediente. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través del perfil del contratante del órgano de contratación: (...), concediéndose un plazo de tres días hábiles, a partir del siguiente a su publicación en el perfil del contratante, para que los licitadores lo corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. En la reunión de la mesa de contratación del 13 de septiembre de 2012 se acordó requerir a la empresa aquí recurrente, junto con otras varias, para que subsanase en el plazo de *“tres días hábiles a constar desde el siguiente a la publicación del resultado de la mesa en el perfil del contratante para que presenten la documentación solicitada en el Registro (...): COVIDIEN SPAIN SL. -Presentar original o copia compulsada del certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura; -Presentar original o copia compulsada actualizada de las declaraciones apropiadas de entidades financieras en las que se ponga de manifiesto que la mesa atiende puntualmente al pago de sus deudas (art. 75.1 a) del TRLCSP”*.

Se adjunta certificado de que de ello se dio publicidad en el perfil del contratante a partir del día 14 de septiembre de 2012.



Consta, asimismo, que de las nueve empresas a las que se pidió subsanación, sólo dos subsanaron, siendo excluidas las demás; en total fueron admitidas al procedimiento de adjudicación cinco empresas, según Acuerdo de la Mesa contenido en Acta de 20 de septiembre, cuyos resultados fueron publicitados en el Perfil del Contratante el mismo día.

Cuarto. COVIDIEN SPAIN SL presentó contra su exclusión este recurso especial, que tuvo entrada el 10 de octubre de 2012. El mismo se basa, de modo resumido, en la consideración de que le debió ser notificado el trámite de subsanación al menos por correo electrónico, y que no había tenido noticia de la celebración de las mesas. En todo caso, añade:

- Respecto del certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que sí lo presentó en original, siendo un error de la Mesa reclamárselo; que, en todo caso, la inscripción en tal Registro es voluntaria; que no era necesario documento original; y, que la mesa de contratación podría haber comprobado de oficio los datos de la inscripción.
- En cuanto a las declaraciones de entidades financieras, señala que sí se presentó el documento, si bien no en original por no venir ello exigido; y que, en todo caso, la aportación de tal documento era innecesaria si se aportaba la certificación de inscripción en el Registro antedicho.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 30 de octubre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, evacuando tal trámite IZASA SL, en el sentido, resumidamente, de entender que se había realizado suficiente comunicación de la necesidad de subsanar por la publicación en el perfil del contratante, además de indicar que los documentos requeridos eran necesarios con los requisitos formales respecto de los cuales se pidió la subsanación.

El órgano de contratación ha presentado informe con entrada el 19 de octubre de 2012, en el que detalla las vicisitudes de la contratación e indica que "*Los requerimientos para*



las subsanaciones fueron anunciados en el Perfil del Contratante del Gobierno de Extremadura y en el tablón de anuncios del Servicio Extremeño de Salud. La empresa recurrente entiende como no suficiente dicha “notificación” requiriéndose notificación expresa al efecto”.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 31 de octubre de 2012 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, tratándose de un contrato de servicios sujeto a contratación armonizada, conforme al art. 40 del TRLCSP.

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) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Extremadura, publicado en el BOE el día 9 de agosto de 2012.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del citado Texto Refundido, al tratarse de uno de los licitadores.

Tercero. En cuanto a la interposición dentro del plazo legal del artículo 44.2.b) del citado texto legal, debe tenerse en cuenta que el acto de exclusión se produjo el 20 de septiembre, y fue publicitado en el Perfil del Contratante el mismo 20 de septiembre. Si tal publicidad se considerase como válida y suficiente a los efectos de considerar que se ha tenido conocimiento de la infracción, habría transcurrido en el momento de interposición (10 de octubre) más de 15 días hábiles desde la fecha de notificación del acto impugnado. Pero como la cuestión de si tal publicidad debe considerarse suficiente a efectos de que el interesado licitador tomase conocimiento de la necesidad de subsanación y de su posterior exclusión del procedimiento de licitación, constituye precisamente la cuestión de fondo de este recurso, debemos anticipar que, al estimarse



la insuficiencia de la referida publicidad, debe darse por fecha de inicio del plazo para recurrir, a falta de otra prueba, y conforme a reiterada Jurisprudencia dictada en aplicación del art. 58.3 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aquella en que el interesado afirma que se dio por enterado del acto que le perjudica. En consecuencia, el recurso debe ser admitido.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del tantas veces referido texto legal, al ser la exclusión de los licitadores uno de los actos de trámite expresamente susceptibles de recurso según dicha norma.

Quinto. El recurrente alega en su recurso, en primer lugar, que debió ser notificado, aunque fuera por correo electrónico, del requerimiento de subsanación.

A estos efectos, y por lo que se refiere a los actos previos a la adjudicación, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, atribuye a las mesas de contratación la función de calificación de la documentación de carácter general acreditativa de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica, financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el TRLCSP, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. También les atribuye la función de determinar los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como la determinación de los licitadores que hayan de quedar excluidos por no superar el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el procedimiento selectivo, cuando el procedimiento de valoración se articule en varias fases.

En cuanto a la forma en que deben actuar las mesas de contratación, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, determina en su artículo 81. 2 que *“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. “

Asimismo, el 83.1 señala que *“Una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores, el acto público de apertura de las proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado”,* Y sigue en el párrafo 4 siguiente señalando que en el acto público de apertura de las proposiciones el Presidente de la mesa *“manifestará el resultado de la calificación de los documentos presentados, con expresión de las proposiciones admitidas, de las rechazadas y causa o causas de inadmisión de estas últimas y notificará el resultado de la calificación en los términos previstos en el artículo anterior”;* concluyendo el artículo 83.5 que *“las ofertas que correspondan a proposiciones rechazadas quedarán excluidas del procedimiento de adjudicación del contrato y los sobres que las contengan no podrán ser abiertos”.*

De lo expuesto anteriormente se desprende que, tanto la comunicación de los defectos subsanables que la mesa aprecie en la documentación presentada por los licitadores, como la comunicación de los resultados de la calificación de la misma en función del requerimiento, se formulan verbalmente en el acto público cuya celebración se hace pública en el propio anuncio de convocatoria de la licitación, y se sujetan a la necesidad de anuncios o de publicidad conforme al pliego.

Como primera consecuencia, es obvio que la decisión sobre si es suficiente el modo en que se ha realizado el requerimiento de subsanación será de aplicación también al modo en que se ha realizado la comunicación de su exclusión al licitador, dado que se ha utilizado en nuestro caso el mismo medio (anuncios en tablón y publicación en el Perfil del Contratante): En el primer caso, tal suficiencia determinaría que el plazo para la subsanación comenzó el 14 de septiembre (no habiéndose, pues, subsanado dentro del mismo, y siendo procedente la exclusión); y respecto de la exclusión, que el plazo para recurrirla comenzó el 20 de septiembre (siendo, pues, este recurso inadmisibles).



En una primera aproximación a la literalidad del art. 81, parecería que la Mesa cumpliría con la forma del requerimiento de subsanación (y el licitador debería darse por enterado) realizando dicha comunicación verbalmente al interesado si hubiera comparecido; y, además, bien publicándolo por anuncios o bien utilizando el medio que se fije en el pliego, que en nuestro caso era la publicación en el perfil del contratante. Desde tal punto de vista, la mesa en nuestro caso habría comunicado conforme a Derecho el requerimiento de subsanación al licitador, y el recurrente habría sido excluido conforme a Derecho al no cumplimentarlo en plazo.

Entendemos, por contra, que el citado artículo exige que los responsables de la contratación hagan posible una comunicación individual del requerimiento de subsanación, bien en forma verbal o por otro medio.

Y ello por cuanto la literalidad del art. 81 ha de entenderse en el contexto del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la concurrencia competitiva, que ya ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la Jurisprudencia, señaladamente respecto a la cuestión de los defectos subsanables: como dice la STS de 26-1-2005, Sala de lo C-A, Secc. 4ª, *“En la Sentencia de 15 de enero de 1999 se dijo «una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el art. 13 de la LCE de 8 abril de 1965 (RCL 1965, 771, 1026) , así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972, 2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995, 546) ».*

A la doctrina judicial citada debemos añadir, como recogió nuestra Resolución 267/2011, *“la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones en los procesos de concurrencia como resulta de la Guía de la Comisión Nacional de Competencia, en la que se afirma: “2. Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a*



la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas. “

Cierto es que tal Sentencia y la citada Resolución aplicaban tal principio de flexibilidad para ampliar el ámbito de los defectos que deben considerarse subsanables; pero es igualmente trasladable al procedimiento para la subsanación, que no es admisible que revista unas características que la dificulten más allá de lo razonable.

Pues bien, si analizamos las circunstancias concretas de nuestro caso, observamos en primer lugar que los responsables de la licitación no facilitaron la comunicación individual del requerimiento de subsanación en forma verbal, pues el anuncio de licitación no indicaba la fecha y hora en que los interesados podrían concurrir a la mesa para que se les comunicase verbalmente el requerimiento de subsanación: ello quedaba fiado a su publicación en el Perfil del contratante, no estando, además, siquiera acotado en el tiempo (por el anuncio de licitación o el pliego), el momento en el que se procedería a anunciar en dicho Perfil del contratante la celebración del acto de apertura del Sobre 1 y su calificación.

Por tanto, fuera para acudir a tal mesa, o fuera para enterarse del requerimiento de subsanación una vez celebrada “a posteriori”, la comunicación del requerimiento de subsanación se fiaba a medios de publicidad general: el perfil del contratante y “anuncios” en un tablón.

Y entendemos que limitar el conocimiento de la necesidad de subsanación (que tiene un plazo necesariamente breve) a medios de publicidad (sea al perfil del contratante o anuncios de tipo edictal) que requieren una consulta continuada durante un tiempo impreciso para que resulten eficaces, dificulta más allá de lo razonable que se pueda proceder a la subsanación, imponiendo una carga desproporcionada al licitador; cuando la mesa podría realizar, sin que ello parezca una carga excesiva, una comunicación individual a los licitadores de celebración del acto de apertura y/o del requerimiento de subsanación.

Así lo apuntó ya este Tribunal en su Resolución 200/2012, citada por el recurrente, si bien en aquel caso concurrían otras circunstancias añadidas, al señalar que “*La comunicación*



*de subsanación publicada en el perfil de contratante de la Junta de Extremadura es muy genérica. Se limita a señalar que la documentación debe ser “conforme al Cuadro Resumen de Características”, sin más precisiones. **No consta que se comunicaran verbalmente o por escrito de manera individual a la empresa los defectos concretos de la documentación a subsanar, tal como como exige 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): “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”. Más allá de la falta de comunicación individual, que podría por sí misma dar lugar a la anulación de la validez de tal notificación, en lo publicado en el perfil de contratante no se hizo ninguna precisión concreta sobre los aspectos a subsanar en la declaración de la entidad financiera.”***

Debe concluirse, por tanto, que el requerimiento de subsanación debe ser anulado por no haberse realizado conforme a Derecho; y, en consecuencia, también debe ser anulada la exclusión del licitador recurrente por no haber atendido al mismo.

Sexto. La estimación del principal motivo podría hacer innecesario entrar en los demás; ahora bien, para no dejar prejuzgadas cuestiones que pueden volver a plantearse con la retroacción del procedimiento, señalemos:

Debe rechazarse la innecesaridad, defendida por el recurrente con carácter general, de que se presenten documentos originales o copias compulsadas, puesto que es doctrina reiterada que la documentación debe gozar de fehacientita, a juicio de la mesa de contratación.

Ahora bien, en el caso del original o copia compulsada del certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores de la Comunidad Autónoma de Extremadura, puede inferirse de las actuaciones que la Mesa consideró que se presentó un documento sin fehacientita: Pues bien, del pliego, como consta en los antecedentes, resulta que la mesa



podría haber comprobado de oficio la veracidad del mismo, es decir, la inscripción en tal Registro y su contenido; siendo, pues, innecesario el requerimiento.

Entendemos que el hecho de que el pliego utilice el verbo “podrá” no supone otorgar a la mesa una mera opción si ello procede: se utiliza el verbo “podrá” para implicar que ello se hará cuando sea necesario, si bien puede no serlo. No otro puede ser el sentido de la creación de este Registro, respecto del cual la propia Exposición de motivos del Decreto 6/2003, de la Junta de Extremadura señala que *“Se crea el Registro oficial de Licitadores de la Junta de Extremadura, llamado a ser una extremadamente útil herramienta que ayudará a dinamizar y facilitar el acceso a las licitaciones por parte de las empresas, **simplificando la presentación de documentos ante la administración autonómica**, y sirviendo de garantía de transparencia y rigor en las contrataciones.”* Señalando el art. 13.2 que el fin de la inscripción es *“apoyar y agilizar los expedientes administrativos de contratación”*.

No es óbice a ello el que el art. 146 del TRLCSP insista en que se presente el certificado de la inscripción y una declaración responsable de su vigencia: insistimos, no estamos ante una omisión total de tal aportación, según parece desprenderse del requerimiento de la mesa y de las alegaciones del interesado, sino, en su caso, de su mera falta de fehaciencia, que puede ser comprobada.

En cuanto al original o copia compulsada actualizada de las declaraciones de entidades financieras en las que se ponga de manifiesto que la mesa atiende puntualmente al pago de su deudas, podría quedar suplido por el resultado de la verificación de oficio de la antedicha certificación de inscripción, ya que el art 83.1 del TRLCSP señala que *“La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, **solvencia económica y financiera**, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo.*



La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de una Comunidad Autónoma acreditará idénticas circunstancias a efectos de la contratación con la misma, con las entidades locales incluidas en su ámbito territorial, y con los restantes entes, organismos o entidades del sector público dependientes de una y otras.”

Por tanto, en el caso que del examen del Registro quedase acreditada la realidad y vigencia de la inscripción, y, del tenor de lo él reflejado, la solvencia financiera de la empresa (extremo que ahora no puede anticiparse), no sería necesario requerir de subsanación a la misma para que se presentase esta concreta documentación financiera de modo fehaciente.

Séptimo: La estimación de este recurso debe, pues, llevar a que se retrotraigan las actuaciones a la fase de calificación de los documentos del sobre 1 y requerimiento de subsanación, con el fin de que la Mesa compruebe de oficio la veracidad de la certificación de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores presentada; y, en su caso, requiera mediante comunicación individual al licitador la subsanación de los documentos referidos a su solvencia financiera.

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. A.A.D. en representación de COVIDIEN SPAIN SL, contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación adoptado en el expediente CS/99/1112021099/12/PA para la contratación del suministro de cánulas de uso sanitario para el Servicio Extremeño de Salud, anulando el mismo y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la calificación de los documentos presentados en el sobre 1, a fin de que la Mesa proceda conforme a lo señalado en el Fundamento último de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.



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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Extremadura, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.