



Recurso nº 312/2012 C.A. Castilla La Mancha 03/2012
Resolución nº 004/2013

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

En Madrid, a 10 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.S.M., en representación de CENTRAL SERVICIOS S.M. DE CUENCA S.L., contra la resolución por la que se adjudicaba el expediente de contratación del “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de calefacción, ACS y climatización dependientes del Excelentísimo Ayuntamiento de Cuenca”, adoptada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuenca, de fecha 5 de diciembre de 2012, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Gobierno Local del Excelentísimo Ayuntamiento de Cuenca convocó mediante anuncios (publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 8 de junio de 2012, en el Boletín Oficial de la Provincia de Cuenca de 13 de junio de 2012, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2012 y en el Boletín Oficial del Estado de 25 de junio de 2012) la licitación, por procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación, del contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de calefacción, ACS y climatización dependientes del Excelentísimo Ayuntamiento de Cuenca”.

Segundo. La licitación se ha desarrollado 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, y demás legislación aplicable en materia de contratación, acordándose por resolución adoptada por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuenca de fecha 5 de diciembre de 2012, la adjudicación del contrato a la mercantil INDECA, S.L.

Tercero. Contra la mencionada resolución, la representación de CENTRAL SERVICIOS S.M. DE CUENCA S.L, interpuso recurso especial en materia de contratación por escrito de fecha 10 de diciembre de 2012, solicitando se acuerde la retroacción de actuaciones al momento en que debió procederse a la exclusión de la mercantil adjudicataria INDECA, S.L. del procedimiento de contratación.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 12 de diciembre de 2012.

De conformidad también con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás licitadores del procedimiento para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones y presentaran los documentos que a su derecho convinieran, habiendo presentado las mismas, por escrito de fecha 21 de diciembre de 2012, la única empresa concurrente al procedimiento de licitación junto con la ahora recurrente, INDECA, S.L., que es la adjudicataria del contrato.

Cuarto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 14 de diciembre de 2012 acordó mantener la suspensión automática del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

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 TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha el 15 de octubre de 2012, publicado en el BOE el día 2 de noviembre de 2012.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado (IVA excluido) es 254.540,16 euros, y por tanto es susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40 de dicha norma legal.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto se refiere, el recurrente formula en su escrito dos motivos diferentes de impugnación, siendo el primero de ellos el del carácter no ajustado a derecho de la suspensión del procedimiento de licitación que el órgano de contratación acordó en fecha 6 de agosto de 2012.

Así efectivamente, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca, por acuerdo adoptado el 6 de agosto de 2012 (documento n.º 6 del expediente administrativo), adoptó la siguiente decisión:

“En sentido estricto procedería la declaración de licitación desierta al no cumplir los licitadores con los requisitos exigidos en la convocatoria, si bien la Mesa considera que si se procediese en tal sentido no se obtendría ningún beneficio para el Ayuntamiento de Cuenca, puesto que lo que queda demostrado es que la convocatoria es viable, pero los únicos licitadores presentados no han podido acreditar su inscripción en determinados Registros públicos. De este modo se trata de una circunstancia que en el tiempo podrá ser subsanada, de tal modo que la Mesa estima conveniente suspender el presente procedimiento licitatorio, otorgando un plazo máximo hasta el día 30 de octubre del 2012, para que ambos licitadores puedan aportar la documentación requerida, si bien esta suspensión podrá ser levantada con anterioridad a esa fecha si ambos licitadores aportan esa documentación”.

En un primer lugar debe analizarse el carácter ajustado a derecho o no de esta suspensión del procedimiento con la finalidad de ampliar el plazo de subsanación de tres días que prescribe el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre,

cuyo artículo 81.2 dispone 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 lo corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

En idénticos términos se pronuncia el Pliego de Cláusulas Administrativas, cuando en la Cláusula 13ª dispone que *“Si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Estas circunstancias también se harán públicas en el Tablón de Edictos de este Instituto. En estos casos se concederá un plazo de tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen”*.

Este Tribunal tiene declarado reiteradamente, recogiendo con ello jurisprudencia más que consolidada del Tribunal Supremo, que el pliego de cláusulas administrativas debe considerarse como la ley del contrato, a la que deben ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones sino también los órganos de contratación al proceder a seleccionar las ofertas con el fin de proceder a la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Esto supone que lo que no figura en el pliego no existe, ni tampoco se puede llevar a cabo, sobre todo en un supuesto como el que nos ocupa, en que no sólo no es que no se pronuncie el pliego, sino que dice taxativamente que el plazo que se puede conceder para subsanar los defectos observados no puede ser superior a tres días. Es conveniente además tener muy en cuenta el que, el respeto de esta exigencia contribuye a hacer realidad el principio de transparencia y de igualdad de trato, toda vez que una ampliación del plazo de subsanación conocido por otros licitadores podría haber motivado que hubieran éstos concurrido al procedimiento, en el supuesto de que los mismos a la fecha de presentación de solicitudes no estuvieran en posesión de los requisitos, pero sí que pudieran haberlo estado en el plazo amplio concedido para subsanar.

De este modo, el acuerdo por el que se suspende el procedimiento con la finalidad de ampliar el plazo de subsanación de defectos es nulo por resultar contrario a las prescripciones legales y al pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo

ahora procederse al análisis de sí procedía o no requerir de subsanación a las dos empresas concurrentes al procedimiento.

Sexto. Nos referiremos en primer lugar a la mercantil ahora recurrente, CENTRAL SERVICIOS S.M. DE CUENCA S.L., que fue requerida por acuerdo adoptado por el órgano de contratación el 1 de agosto de 2012 para que subsanara la falta de presentación del “Certificado de Empresa Instaladora/Reparadora Autorizada, en vigor, de Productos Petrolíferos Líquidos, categoría P.P.L. CAT III, expedido por la Delegación de la consejería correspondiente de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha”, exigiéndose que el mencionado certificado fuera expedido con anterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas el 30 de julio de 2012.

Tal y como se expone en el recurso, dicha petición de subsanación era innecesaria, toda vez que la nueva regulación vigente en materia de autorizaciones para prestación de servicios ha sido modificada por la Ley 17/2009. de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyos artículos 5 y siguientes disponen que “la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurren excepcionales circunstancias”, debiendo sustituirse esta autorización por la declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

En este sentido fue modificada la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, cuyo artículo 4, apartados 1, 2 y 3 quedaron redactados en los siguientes términos:

“1. Se reconoce la libertad de establecimiento para la instalación, ampliación y traslado de las actividades industriales.

2. No obstante, se requerirá una comunicación o una declaración responsable del interesado, mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad:

a) cuando así lo establezca una ley por razones de orden público, seguridad y salud pública, seguridad y salud en el trabajo o protección del medio ambiente.

b) cuando se establezca reglamentariamente para el cumplimiento de obligaciones del Estado derivadas de la normativa comunitaria o de tratados y convenios internacionales.

3. La comunicación o declaración responsable habilita desde el día de su presentación para el desarrollo de la actividad de que se trate en todo el territorio español y con una duración indefinida”.

Tras esta importante reforma legal en materia de control de actividades, el Real Decreto 560/2010, de 7 de mayo, por el que se modifican diversas normas reglamentarias en materia de seguridad industrial para adecuarlas a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificó entre otros el Real Decreto 2085/1994, de 20 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Petrolíferas, disponiendo en lo que a esta resolución interesa, en su artículo 4, apartado 2, que:

“De acuerdo con la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, la declaración responsable habilita por tiempo indefinido a la empresa instaladora, desde el momento de su presentación ante la Administración competente, para el ejercicio de la actividad en todo el territorio español, sin que puedan imponerse requisitos o condiciones adicionales”.

Por todo lo expuesto no cabe sino concluir que el certificado de la autorización solicitado a la mercantil recurrente no pudo en su día ser aportado por no existir el mismo, debiendo haber sido ya en su día exigido en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares la declaración responsable, que sí que poseía, pues tal y como resulta acreditado en el expediente administrativo consta la misma efectuada el 28 de junio de 2012 (documento nº 7 del expediente administrativo), por lo que por tanto tampoco procedía requerir la subsanación por no existir defecto alguno que salvar por parte de CENTRAL SERVICIOS S.M. DE CUENCA S.L..

Séptimo. No ocurre sin embargo lo mismo con la otra mercantil concurrente al procedimiento, INDECA, S.L. A ésta se le requirió para que subsanará el defecto de la clasificación, pues la misma a la fecha de presentación de ofertas el 30 de julio poseía el certificado emitido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de estar clasificada en el Grupo J, Subgrupo 2, y en el Grupo K, Subgrupo 9, siendo la clasificación exigida en este procedimiento de licitación la del Grupo P, Subgrupo 3, clasificación que consta la solicitó el 14 de junio de 2012, y cuya certificación de estar inscrita con esta clasificación no se aportó antes del 30 de julio de 2012, ni tampoco antes de que finalizara el plazo de tres días concedido inicialmente para subsanar.

Sobre este particular, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado en su informe 19/09, de 25 de septiembre de 2009, concluyendo lo siguiente:

“1. En los contratos en los que por razón de su objeto y valor estimado es exigible que las empresas que concurren a su adjudicación estén en posesión de la correspondiente clasificación las empresas deben acreditar su clasificación mediante la aportación del correspondiente documento acreditativo de estar clasificadas lo que se efectúa mediante la correspondiente certificación emitida por el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, debiendo estar acompañada de una declaración responsable en la que manifiesten que las circunstancias reflejadas en el correspondiente certificado no han experimentado variación, declaración que ha de reiterar el adjudicatario provisional.

2. Que cuando la empresa que concurra no se encuentre clasificada puede presentar el documento que acredite que ha solicitado ser clasificada, pero que, en tal caso, necesariamente ha de aportar el certificado de clasificación en el plazo que para la subsanación de defectos en la documentación presentada por la empresa se establece en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Esta resolución cuyas conclusiones han sido ahora transcritas no deja lugar a dudas en relación al momento en que ha de acreditarse estar clasificada una empresa que concurre a un procedimiento de licitación en el que se exige este requisito, no siendo suficiente con acreditar que se ha solicitado la clasificación, si en el plazo de tres días

concedido para la subsanación no se presenta el correspondiente certificado que acredite que se ha obtenido la clasificación solicitada y exigida en el procedimiento de licitación.

De este modo no cabe sino concluir que la mercantil INDECA S.L., a la fecha de terminación del plazo inicial de subsanación de tres días, debió haber sido excluida, debiéndose por tanto haber continuado el procedimiento con la única empresa que acreditó la totalidad de los requerimientos exigidos en esta primera fase de la licitación.

Octavo. Continuando con el examen del recurso que ahora se resuelve, se alega como segundo motivo de impugnación el que la empresa INDECA S.L. incurrió también en otra causa de exclusión, al haber incorporado en el sobre B que contenía la “documentación referente a criterios no valorables en cifras o porcentajes”, datos propios y exclusivos del sobre C relativo a la oferta económica, pues expresamente señalaba en la misma (documento nº 10 del expediente administrativo) que “*se comprometía a realizar una baja del precio de licitación de un 15%*”, sin que pueda ser tenida en consideración a este respecto, y a los efectos de validar la decisión de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca de no excluirla, su alegación contenida en el informe remitido de que, realmente, en su oferta económica, se descubriera que la rebaja no era del 15%, sino sólo del 13%.

La cuestión así planteada se reduce a determinar si es admisible que en el sobre correspondiente a la propuesta relativa a los criterios que dependen de un juicio de valor se incluya información correspondiente al sobre relativo a los criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.

En este sentido, como este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones, destacando entre otras la resolución 47/2012, de 3 de febrero, recursos 18/2012 y 19/2012, el artículo 1 del TRLCSP establece entre sus fines el garantizar el principio de “*no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos*”. En el mismo sentido el artículo 139 de la citada Ley señala que “*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio*”.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la

entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

A esta exigencia obedece que los artículos 145.2 y 160.1 del TRLCSP establezcan que las proposiciones de los interesados conteniendo las características técnicas y económicas deben mantenerse secretas hasta el momento en que deban ser abiertas.

En fin son las exigencias del principio de igualdad de trato las que determinan que el artículo 150. 2 del TRLCSP disponga que *“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*, y que en su ejecución el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente el TRLCSP, disponga, de un lado en su artículo 30, las garantías para la valoración separada y anticipada de los criterios que dependan de un juicio de valor respecto de los de valoración automática, y de otro, el artículo 26, imponga que *“La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”*.

Así las cosas, la norma, cuando se refiere a *“documentación”*, no hace referencia al soporte material, físico o electrónico, documento en sentido vulgar, sino a la información que en tal soporte se contiene (*“escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo”*, en la segunda acepción del Diccionario de la Legua Española, RAE, 22 edición) pues es esta información la que puede introducir con carácter anticipado el conocimiento de un elemento de juicio que debería ser valorado después en forma igual y no discriminatoria para todos los licitadores.

De otra parte la prohibición del artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, es terminante y objetiva, de modo que no ofrece la posibilidad de examinar si la información anticipada en el sobre B resulta ratificada en el sobre C, ni permite al órgano de contratación graduar la sanción –la exclusión- por la existencia de buena fe del licitador ni, menos aun, los efectos que sobre la valoración definitiva de las ofertas pueda producir la información anticipada.

La situación antes descrita -tratada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007, de 30 de octubre- hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas, y que, por tanto, en este supuesto en concreto, proceda anular la decisión de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Cuenca de 6 de noviembre de 2012 (el acta se encuentra incorporada al expediente como documento nº 6) en la que, no obstante tener pleno conocimiento de la inclusión de datos de la oferta económica en el sobre que contenía la documentación relativa a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, decidió no excluir a INDECA, S.L. y continuar el procedimiento con las dos empresas concurrentes.

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.S.M., en representación de CENTRAL SERVICIOS S.M. DE CUENCA S.L., contra la resolución por la que se adjudicaba el expediente de contratación del “Servicio de mantenimiento de las instalaciones de calefacción, ACS y climatización dependientes del Excelentísimo Ayuntamiento de Cuenca”, adoptada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Cuenca, de fecha 5 de diciembre de 2012, declarando su nulidad, ordenando la retroacción de actuaciones al momento en que INDECA S.L. debió ser por primera vez excluida por no haber subsanado el defecto de falta de clasificación, y acordando la

adjudicación que proceda de conformidad con las prescripciones del Pliego de Cláusulas Administrativas.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Castilla-La Mancha, 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 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.