



Recurso nº 147/2013

Resolución nº 267/2014

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. G. S. en nombre y representación de NORMADAT, S.A., contra el acuerdo de la Mesa Única de Contratación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), de 13 de febrero de 2014, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de "Servicio de traslado, almacenaje, custodia y gestión documental de expedientes derivados de la gestión de la AECID" (Expediente 2013/CTR/0900379), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por Resolución de 9 de enero de 2014, el Secretario General de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), anunció el procedimiento abierto para la contratación de servicios de traslado, almacenaje, custodia y gestión documental de expedientes derivados de la gestión de la AECID (Expediente: 2013/CTR/0900379), que se publicó en el Perfil del Contratante y en la Plataforma de Contratación del Estado el 9 de enero de 2014, en el Boletín Oficial del Estado el 15 de enero de 2014, y se envió el anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de enero de 2014. Anuncio que sustituyó a otro anterior, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 5 de diciembre de 2013.

El valor estimado del contrato es de 230.528,80 euros, clasificado como servicio, categoría 27, otros servicios, referencia CPV, 79560000, servicios de archivo.

De acuerdo con el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP) el contrato es por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con un único criterio de adjudicación, el precio.

La cláusula 9.2 del PCAP “clasificación de la documentación”, señala.

“Finalizado el plazo de presentación de ofertas, la Mesa de Contratación procederá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81 del RGLCAP, a la calificación de la documentación, comunicando los defectos u omisiones subsanables a los interesados, concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para su corrección o subsanación ante la Mesa de Contratación.

La Mesa de contratación, una vez calificada la documentación y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, procederá, conforme con el artículo 82 del RGLCAP y 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de solvencia establecidos en la cláusula 3.2 del presente Pliego, con pronunciamiento expreso de los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.”

Segundo. A la licitación concurrió, entre otros, la recurrente NORMADAT, S.A.

El 11 de febrero de 2014 la mesa de contratación procedió al examen de la documentación contenida en el sobre número 1, referida a la documentación administrativa acreditativa de la capacidad para contratar así como de la solvencia técnica y económica.

En dicha sesión la mesa acordó la admisión a la licitación de determinados licitadores, la solicitud de subsanación de la documentación presentada a otros, y la exclusión sin posibilidad de subsanación de los demás, entre los que se encuentra el recurrente, de acuerdo a los siguientes términos tomados del Acta.

“Excluir a la licitación, a la siguientes Empresas:

- 1. CROWN WORLDWIDE MOVERS, S.L. por no acreditar estar en posesión de la solvencia económica y técnica exigida.*
- 2. NORMADAT, S.A. por no acreditar la capacidad de obrar al no haber presentado la documentación administrativa requerida ni la solvencia técnica por no haber aportado certificados de cliente. Ha presentado certificado de clasificación pero no el certificado de estar inscrita en Registro oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.*

3. *OPTIMÚS GESTIÓN LOGÍSTICA, S .L. por no acreditar la capacidad de obrar al no haber presentado la documentación administrativa requerida ni la solvencia técnica por no haber aportado certificados de cliente.*

4. *ADMINISTRADORA DE ARCHIVOS, S.A.U. (ADEA) no presenta Declaración Responsable del art. 60 ni acredita cumplir la solvencia técnica por no haber aportado certificados de cliente.*

5. *MDA ARCHIVOS, S.L. por no acreditar estar en posesión de la solvencia económica y técnica exigida; la declaración de cifra de negocio se presenta sin firmar y no constan certificados de cliente de los contratos ejecutados.”*

El 14 de febrero de 2014 mediante correo electrónico se notificó al recurrente su exclusión dándole pie de recurso ante este Tribunal.

Igualmente se dio conocimiento público de las exclusiones en la sesión de la mesa de 18 de febrero de 2014 para la apertura del sobre 2 correspondiente a las ofertas de la licitación.

Tercero. El 21 de febrero de 2014 NORMADAT, S.A. presentó recurso especial en materia de contratación en este Tribunal. La recurrente afirma en su recurso que anunció la interposición de recurso especial en materia de contratación al órgano de contratación, si bien que no acompaña a su recurso documento justificativo de éste extremo.

En el suplico del recurso solicita que se *“dicte Resolución por la que, con estimación del presente recurso y de los hechos y fundamentos de derechos alegados por esta parte, declare nula y subsidiariamente anule dicho Acuerdo, objeto del presente recurso, declarando, igualmente, que la Mesa Única de Contratación debe conceder a NORMADAT, S.A. el plazo de tres días hábiles para aportar el Certificado de estar inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado o la documentación detallada en el punto 6.1.B.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Certificado de Cliente, o bien dado que se aportan dicha documentación en este acto, remitirlos a la Mesa Única de Contratación para constatación y unión al procedimiento.”*

Asimismo solicita se adopte la medidas cautelares consistente en la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El 24 de febrero de 2014, se solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, acompañado de su informe, remitiendo el expediente el 10 de marzo con su informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 12 de marzo de 2014, dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

Sexto. El 5 de marzo de 2014 la Secretaria por delegación del Tribunal acordó conceder la medida provisional consistente en la suspensión del expediente de contratación, en aplicación de los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

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 41.5 del TRLCSP, al ser el ente contratante una Agencia Estatal, poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración pública.

Segundo. La recurrente es licitadora del procedimiento de adjudicación al que se refiere el acto de exclusión que recurre, por lo que tiene legitimación activa para interponer el recurso conforme al artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre el acto de exclusión de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios, incluido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 193.000 euros.

El acto impugnado es el acto de trámite cualificado por el que se excluye al licitador del procedimiento de adjudicación.

Por todo ello, el acto recurrido reúne los requisitos exigidos por el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP para poder considerar que es susceptible del recurso especial en materia de contratación

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo para la interposición del recurso el mismo se presentó ante este Tribunal el 21 de febrero de 2014, habiéndosele notificado individualmente al licitador el 14 de febrero.

Se ignora tanto si el recurrente presentó el anuncio previo de interposición del recurso como su fecha, pues el recurrente dice haberlo presentado en el recurso, si bien no especifica la fecha ni justifica su presentación, como tampoco el órgano de contratación en su informe especifique nada sobre el anuncio.

En la hipótesis de que no se hubiese presentado el referido anuncio, es criterio de este Tribunal, señalado en diversas resoluciones, así las más recientes las número 117/2014, de 14 de febrero, y 138/2014, de 21 de febrero, que la omisión del requisito no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso, sino como una mera irregularidad no invalidante, pues la omisión del anuncio no impide que el órgano de contratación emita su informe sobre el recurso presentado, y por tanto, tenga conocimiento del recurso y la posibilidad de contradecirlo.

Se han cumplido, pues, los requisitos de tiempo y forma para la interposición del recurso.

Quinto. Entrando ya en el fondo de la cuestión, el recurso gira sobre la procedencia o no de conceder el trámite de subsanación de los defectos observados en la documentación acreditativa de la capacidad para contratar y de la solvencia.

La recurrente aduce que el hecho de que no haya presentado certificado de estar inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado ni haber aportado certificado de cliente, no es ni puede ser causa de exclusión, ya que debería habersele otorgado un plazo de tres días para su subsanación.

En tal sentido, se habría vulnerado lo dispuesto en el artículo 146 del TRLCSP en relación con 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), ya que la posibilidad de subsanar errores en la documentación presentada se refiere a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 146 del TRLCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad de obrar y solvencia de los licitadores, como igualmente se establece en el artículo 81.2 del RGLCAP y en el artículo 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009).

Todo ello por tratarse de omisiones, errores o defectos materiales subsanables, entendidos tales los expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) en sus informes 56/1996, de 8 de octubre, 37/1997, de 10 de noviembre, y 44/1997, de 10 de noviembre.

El órgano de contratación aduce en su informe, sin otra fundamentación jurídica, que NORMADAT, S. A. no acreditó su capacidad ni su solvencia técnica por ninguno de los medios establecidos en el PCAP, por lo que, *“de acuerdo con el criterio que se ha venido manteniendo”*, la mesa acordó excluirla de la licitación por considerar que la documentación no presentada es fundamental, y por tanto, constituye una omisión no subsanable.

Sexto. La cuestión planteada versa sobre el trámite de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos al que se refiere el artículo 146 del TRLCSP.

Dicho artículo del RLCSP se remite expresamente a las normas de desarrollo de la Ley para la regulación del trámite de subsanación de defectos u omisiones en la documentación.

Así dispone el artículo 81.2 del 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.”

De otra parte, el artículo 27.1 del RD 817/2009 establece:

“A estos efectos, la apertura de tales documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público, cuya celebración deberá tener lugar en un plazo no superior a siete días a contar desde la apertura de la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

A estos efectos, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación mencionada en el párrafo anterior, la mesa concederá para efectuarla un plazo inferior al indicado al objeto de que el acto de apertura pueda celebrarse dentro de él”

Sobre la interpretación de tales preceptos se ha pronunciado tanto la JCCA como este Tribunal.

Así señala el Informe JCCA número 18/10, de 24 de noviembre, recogiendo su doctrina, lo siguiente *“(…)si bien es cierto que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas acepta en su artículo 81.2 que <<si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará>> a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores, también lo es que esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación no en el contenido material de la misma.*

Al respecto ya se ha pronunciado numerosas veces esta Junta (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros) indicando que la subsanación no

puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Dicho en otras palabras, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

En tal sentido esta Junta Consultiva en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que “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”.

Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia.”

Este Tribunal, recogiendo la doctrina de la JCCA, se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, entre otra muchas, en las resoluciones número 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, 225/2013, de 12 de junio y 92/2014, de 5 de febrero, donde hemos configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

Esta doctrina se fundamenta en la del Tribunal Constitucional (por todas SSTs 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997) a propósito de los requisitos procesales, de los que declara carecen de sustantividad propia, constituyendo medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no pueden convertirse en meros obstáculos formales impeditivos de tales fines, resultando obligada una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o de la acción, perspectiva que favorece la subsanación de defectos siempre que sea posible.

A la vista de todo ello, la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura en la legislación contractual como una facultad de la que la mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario, lejos de eso la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

Sólo cuando de la documentación presentada, ya en el sobre cerrado ya tras el requerimiento de subsanación, resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 TRLCSP), cabe excluir al licitador.

Ello es así porque la mesa debe garantizar el cumplimiento, no sólo de las normas, sino también de los principios que rigen la contratación pública, singularmente los de igualdad, en su vertiente de no discriminación, y de libre concurrencia, e interpretar el PCAP del modo que esos principios tengan realización efectiva.

Así, en el caso de omisión de documentación el defecto puede subsanarse aportándola, por lo que debe concederse la posibilidad de subsanación, y sólo a la vista de la no presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador.

En fin, el artículo 81.2 del RGLCAP no ampara el criterio, que parece deducirse del informe del órgano de contratación, de estimar que sólo cabe la subsanación cuando se aprecia un defecto en la documentación presentada pero no así cuando la

documentación no se ha presentado, pues la literalidad del precepto declara expresamente subsanables las omisiones además de los defectos, y en el mismo sentido lo hace expresamente la cláusula 9.2 del PCAP transcrita en los antecedentes.

Por todo ello, debemos declarar nulo el acto de exclusión del licitador, en tanto el mismo se ha dictado sin haber concedido previamente al recurrente la posibilidad de subsanar los defectos y omisiones observados, vulnerando con ello tanto la cláusula 9.2 del PCAP como el artículo 81.2 del RGLCAP.

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. J. G. S. en nombre y representación de NORMADAT, S.A., contra el acuerdo de la Mesa Única de Contratación de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), de 13 de febrero de 2014, por el que se le excluye del procedimiento de licitación del contrato de "Servicio de traslado, almacenaje, custodia y gestión documental de expedientes derivados de la gestión de la AECID" (Expediente 2013/CTR/0900379), declarando nulo el acto recurrido y ordenando reponer las actuaciones al momento de la apertura del sobre de la documentación general, sin perjuicio de conservar aquellas partes de dicho acto, así como los actos y trámites posteriores, cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 47.4 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 de la

Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.