



Recurso nº 927/2014 C.A Galicia 116/2014

Resolución nº 4/2015

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

En Madrid, a 9 de enero de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. A. R. G. y D. N. G. C., en representación de la entidad SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L., contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar del Concello de A Estrada, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, Concello de A Estrada, se convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, el 16 de abril de 2014, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicio de ayuda en el hogar en el Concello de A Estrada, con un valor estimado de 1.139.769,26 euros.

Segundo. Tras la apertura del sobre A de la documentación administrativa, la Mesa de Contratación, en su reunión de 21 de mayo de 2014, constató que la entidad recurrente no acreditaba la solvencia económica en los términos previstos en el TRLCSP y en el PCAP pues se pedía la acreditación de la cifra media de negocio de los servicios realizados por la empresa en los últimos tres años y, según la documentación presentada, la misma fue creada en el año 2013, por lo que no disponía de la antigüedad solicitada. Por lo tanto, al tratarse de un defecto insubsanable, según señala el acta de la reunión, la Mesa acordó no admitir a la entidad recurrente a la licitación.

Posteriormente, en la reunión de la Mesa de Contratación de 27 de octubre de 2014 asistió un representante de la entidad recurrente quien solicitó y obtuvo copia del acta de la reunión de la Mesa de 21 de mayo de 2014.

Tercero. Con fecha 29 de octubre de 2014, la entidad recurrente presenta en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión. No consta la presentación de anuncio previo de la interposición del recurso.

En su recurso, solicita que se declare nulo el acuerdo de exclusión citado y que se admita a la entidad recurrente a la licitación.

Cuarto. Con fecha 21 de noviembre de 2014, se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. Con fecha de 21 de noviembre de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. La entidad AXUDA, SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA, presentó alegaciones el 27 de noviembre de 2014.

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 41.1 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración formalizado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia, el 7 de noviembre de 2013, y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. La entidad SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, a la vista de la documentación aportada, se encuentra debidamente representada a través de su administrador único D. N.G.C.

Tercero. El recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado cual es la exclusión de un licitador, adoptado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27, del Anexo II, del TRLCSP, cuyo valor estimado es igual o superior a 207.000 euros, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Respecto al plazo de interposición, el recurso tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el 29 de octubre de 2014.

El apartado 2 del artículo 44 del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el caso que nos ocupa, nos encontramos ante un acto de trámite cualificado, como es la exclusión de un licitador, por lo que el plazo para interponer el recurso debe comenzar a computarse desde el día siguiente a aquel en que la entidad recurrente haya tenido conocimiento de la propuesta de exclusión formulada por la Mesa de Contratación, circunstancia que tuvo lugar el 27 de octubre de 2014 mediante la entrega a un representante de la entidad recurrente del acta de la reunión de 21 de mayo de 2014 en la que consta el acuerdo de exclusión del procedimiento.

Quinto. En cuanto a la omisión del anuncio previo, el artículo 44.4 e) del TRLCSP exige acompañar al escrito de interposición el justificante del anuncio previo a dicha interposición. Añade que sin este justificante no se dará curso al escrito de interposición, aunque su omisión podrá subsanarse de conformidad con lo establecido en el apartado siguiente. Este apartado ordena a la Administración requerir al interesado para que en el

plazo de tres días hábiles subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición.

A pesar del tenor taxativo del precepto este Tribunal, como ya ha señalado en resoluciones anteriores, considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso. Esta circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este Tribunal, pero no cuando la interposición se realice ante el órgano de contratación pues, en este caso, es evidente que la propia interposición asegura el cumplimiento de la intención del legislador. Incluso en el supuesto de que el recurso se presente directamente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el TRLCSP obliga a éste a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe.

Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso del expediente en cuestión, 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.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la entidad recurrente manifiesta que su solvencia se demuestra con los servicios prestados a la Administración durante ocho años por la entidad GALAUREA y durante un año por la propia entidad recurrente, SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, así como por la experiencia y profesionalidad de sus directivos.

Por su parte, el órgano de contratación señala que, habiéndose constituido la entidad recurrente el 5 de marzo de 2013, según la escritura pública aportada, no reúne los requisitos de solvencia necesarios para participar en la licitación, estimándose que ese defecto es insubsanable.

La entidad AXUDA, en su escrito de alegaciones, señala que la aplicación del artículo 63 del TRLCSP, en cuya virtud, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un

contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, es necesario que la entidad recurrente demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios, circunstancia que no tiene lugar en el presente caso. Señala que la documentación para acreditar la solvencia debe figurar en el sobre A, no pudiendo admitirse a estos efectos, como pretende la entidad recurrente, la documentación contenida en el sobre B. Finalmente, recuerda que los pliegos son la Ley del concurso y que, en el presente caso, los pliegos de la licitación no han sido impugnados por la entidad recurrente.

Séptimo. Como hemos indicado anteriormente, tras la apertura del sobre A de la documentación administrativa, la Mesa de Contratación constató que la entidad recurrente no acreditaba la solvencia económica y financiera en los términos previstos en el TRLCSP y en el PCAP pues se pedía la acreditación de la cifra media de negocio de los servicios realizados por la empresa en los últimos tres años, y, según la documentación presentada, la misma fue creada en el año 2013, por lo que no disponía de la antigüedad solicitada. Como consecuencia de ello, sin posibilitar la subsanación de este defecto, acordó no admitir a la entidad recurrente a la licitación.

El artículo 62 del TRLCSP prevé que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en dicha Ley.

Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto, según señala el mencionado precepto, y ser proporcionales al mismo.

La redacción vigente del artículo 75 del TRLCSP señala que la solvencia económica y financiera del empresario se podrá acreditar por uno o varios de los medios siguientes: a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales b) Las cuentas

anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados

c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios. Asimismo, este precepto reconoce la posibilidad de que los licitadores puedan acreditar su solvencia económica y financiera a través de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación si no pueden hacerlo a través de los medios anteriormente señalados.

En el presente supuesto, el Anexo I, letra F, del PCAP, establece que la solvencia económica financiera se acreditará *Preferentemente mediante acreditación de la cifra media de negocio de los servicios realizados por la empresa en los últimos tres años, igual o superior a la del presupuesto total del contrato, IVA incluido.*

En el caso de entidades con personalidad jurídica propia, cual es el caso de la entidad recurrente, el PCAP exige la aportación de las *Cuentas anuales de los tres últimos años presentadas en el Registro Mercantil o en el registro oficial que corresponda y/o modelos 2000 (declaración liquidación del impuesto sobre sociedades) de los tres últimos años.*

En el presente supuesto, es evidente que la entidad recurrente, debido a su constitución en el año 2013, no podía demostrar su solvencia económica y financiera en los términos exigidos en el PCAP. En su recurso, sin embargo, se refiere a la experiencia y servicios prestados a la Administración por otra entidad, GALAUREA, S.L.

Respecto a la posibilidad de acreditar la solvencia exigida para la celebración de un contrato mediante las condiciones de solvencia y medios de otras entidades, el artículo 63 del TRLCSP señala que *“para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre*

que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.

No obstante, a diferencia de lo que sucede con la posibilidad de acreditación de la solvencia técnica y profesional mediante medios externos, que aparece recogida en el artículo 78.1.b) del TRLCSP para el contrato de servicios (al igual que sucede para los demás contratos administrativos típicos en los preceptos correspondientes), no sucede lo mismo con la solvencia económica y financiera, al no contenerse ninguna referencia expresa a esta posibilidad en el artículo 75 TRLCSP.

A este respecto, este Tribunal ha señalado, en su Resolución 11/2012, que, *a la vista del tenor literal del artículo 47.2 de la Directiva 2004/18/CE, parece que la interpretación que ha de darse al artículo 52 de la LCSP (art. 63 TRLCSP) es que el mismo permite la acreditación de la solvencia económica y financiera de la licitadora mediante medios externos, debiendo interpretarse la ausencia de referencia en el artículo 64 de la LCSP (art. 75 TRLCSP) en el sentido de que no existe limitación a la forma en que aquella acreditación podrá llevarse a cabo.*

Ahora bien, si examinamos la documentación aportada por la entidad recurrente en el sobre A, el resultado es una valoración negativa de la misma en cuanto a la acreditación de la solvencia económica y financiera de la entidad recurrente pues, aunque en esa documentación se hace referencia a la experiencia en la prestación de servicios a la Administración por parte de la entidad GALAUREA, S.L., no ofrecen ningún medio para acreditar, tal como exige el último inciso del artículo 63 del TRLCSP, la disponibilidad de los medios financieros de GALAUREA por parte de la recurrente, de forma que su exclusión, en principio, resultaría ajustada a derecho.

Se observa, no obstante, que la Mesa de Contratación consideró que la falta de acreditación de la solvencia económica y financiera por parte de la entidad recurrente era un defecto insubsanable, acordando no admitir a la entidad recurrente a la licitación.

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:

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). 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 liberalista 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”.

En el presente supuesto, la entidad recurrente, al haberse constituido en 2013, no podía acreditar que, por sí misma, tuviese los requisitos de solvencia económica y financiera previstos en los pliegos pues, como hemos señalado anteriormente, estos exigían que la cifra media de negocio de los servicios realizados por la empresa en los últimos tres años fuese igual o superior a la del presupuesto total del contrato, IVA incluido.

Sin embargo, no ofreció en la documentación presentada en el sobre A ningún elemento del que se pudiese deducir que, al tiempo de presentación de su oferta, estaba en disposición de integrar su solvencia económica y financiera con medios externos, siendo responsabilidad del licitador, como señala la sentencia citada del TJUE, actuar con diligencia en la elaboración de su oferta. Por consiguiente, estima este Tribunal que fue correcta la actuación de la Mesa de Contratación cuando, sin trámite de subsanación de la documentación presentada en el sobre A, decidió excluir a la entidad recurrente.

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^a. A. R. G. y D. N. G. C., en representación de la entidad SERVICIOS SOCIAIS A COMUNIDADE, S.L., contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicio de ayuda en el hogar del Concello de A Estrada.

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