

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de julio de 2014.

VISTO el recurso especial interpuesto por Don C.V.N., en representación de la empresa Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación y contra la adjudicación del expediente “contrato privado de seguros de la flota de vehículos del Ayuntamiento de Coslada”, expte nº S 07/2014, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Coslada, de 3 de abril de 2013, se aprobaron los Pliegos de Clausulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Condiciones Técnicas (PCT) para la contratación, por procedimiento abierto y mediante pluralidad de criterios evaluables de forma automática, el contrato de seguro de la flota de vehículos del Ayuntamiento de Coslada, con valor estimado de 950.000 euros.

El anuncio de la licitación se publicó en el perfil del contratante el día 3 de abril de 2014, en el DOUE de 8 de abril y en el BOE de fecha 19 de abril de 2014.

Segundo.- El PCAP en la cláusula 11 A) 4 dispone sobre la solvencia económica financiera y técnica requerida, que debería acreditarse por los medios especificados en el apartado 8 del Anexo I.

En el apartado A) 11 de esa misma cláusula, se establece que cuando el valor estimado del contrato sea inferior a 90.000€ la documentación acreditativa del cumplimiento de los apartados 1,2,3,4 y 6 se sustituirá por una declaración responsable del licitador, conforme al modelo establecido en el Anexo III.bis del presente Pliego.

Por su parte el apartado 8 del Anexo I establece respecto a los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica, y su forma de acreditación, lo siguiente:

“Acreditación de la solvencia económica y financiera:

- Artículo 75 apartado 1.c)

Criterio de selección: Deberá acreditarse un volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato (póliza de seguro de automóviles) en el curso de los tres últimos ejercicios (2011, 2012 y 2013) que deberá alcanzar un mínimo de 2.000.000 euros en cada uno de los años.

Forma de acreditación: Declaración responsable del representante legal de la empresa.

Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

Artículo 78 apartados a)

Criterio de selección: Deberá acreditarse que en los tres últimos años (2011, 2012 y 2013) se hayan realizado contratos de pólizas de seguros de automóviles en el ámbito de las Administraciones Públicas por valor mínimo de 500.000 euros cada año.

Forma de acreditación: Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público”.

Tercero.- Realizada la tramitación pertinente, con fecha 3 de mayo, la Mesa de contratación se reunió para abrir el sobre con la documentación administrativa de las tres empresas licitadoras presentadas, Seguros Bilbao, Mapfre Familiar y Allianz. Analizada la documentación aportada por las mismas comprueba que la empresa Allianz debe acreditar la solvencia en relación con el año 2012.

Se acuerda conceder a dicha empresa un plazo tres días para que proceda a la subsanación de la documentación

Respecto de la empresa Mapfre Familiar, de acuerdo con lo consignado en el acta, se manifiesta lo siguiente: *“Aporta poderes, bastanteo y abono de tasas, DNI, modelo de declaración responsable anexo III, y Anexo III bis modelo de declaración responsable relativo al cumplimiento de la condiciones para contratar con la administración y su compromiso a presentar la documentación en caso de ser adjudicatario.*

El secretario comprueba que no presenta documento alguno que acredite la solvencia exigida, aporta anexo 111 bis que es para los contratos cuyo valor estimado es inferior a 90.00 euros, y en este contrato el valor estimado es de 950.000 Euros, por lo que no procede la inclusión del anexo III bis sino aportar toda la documentación exigida en los pliegos de condiciones.

La Oficial Mayor manifiesta que procede su exclusión al no acreditar la solvencia exigida”.

Cuarto.- El día 23 de junio de 2014 se notifica a la recurrente el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local en el que se adjudica el contrato a la empresa Seguros Bilbao y en el que se excluye de la licitación y de la clasificación de ofertas la presentada por Mapfre Familiar al no acreditar la solvencia económica financiera y técnica exigida en los Pliegos.

Quinto.- Con fecha 9 de julio se anuncia y el 10 de julio se interpone ante el órgano de contratación recurso especial contra el acto de exclusión de la Mesa y contra el Acuerdo de Adjudicación por considerar que *“no se ha dado cumplimiento al*

procedimiento establecido en la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares al no habersele concedido a mi representada plazo alguno a fin de subsanar los defectos u omisiones que al parecer fueron detectadas por la Mesa de Contratación en fecha 23 de mayo de 2014 y que no fueron en ningún momento puestas de manifiesto ni comunicadas a esta entidad, por ninguno de los medios especificados en dicha cláusula, siendo la notificación del Acuerdo de Adjudicación remitida por el Ayuntamiento el pasado 23 de junio de 2014, la primera notificación que recibe MAPFRE FAMILIAR respecto de su exclusión del procedimiento de licitación por los motivos expuestos”.

Considera que ha cumplido lo establecido en el apartado 8 del Anexo I del PCAP en cuanto a la acreditación de la solvencia mediante declaración responsable.

Alega además que si esa declaración responsable, aportada en el sobre A, no se consideró suficiente, se debió conceder el plazo indicado en la cláusula 12 del PCAP relativa a la posibilidad de subsanar.

Manifiesta que la legislación vigente en la materia es muy clara respecto de la subsanación y la presentación de la documentación que sea requerida por la Administración, y cita las normas y jurisprudencia que considera aplicables, manteniendo que cabe la subsanación para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el supuesto de que la presentada adolezca de defecto.

Solicita se dicte resolución estimatoria del recurso y anulando la adjudicación se permita a la recurrente subsanar los posibles defectos u omisiones de la documentación requerida y se vuelva a calificar a todas las empresas de acuerdo con la puntuación que hayan obtenido.

Igualmente solicita la suspensión de la tramitación del expediente.

Sexto.- El órgano de contratación remitió el recurso y el expediente al Tribunal el día

14 de julio junto con el informe preceptivo sobre el mismo.

En el informe da cuenta de los trámites seguidos y reproduce el apartado 8 del Anexo I del PCAP sobre la solvencia técnica requerida y los medios para acreditarla.

Manifiesta que conforme a lo anterior, se analizó la documentación aportada y se constató que no presentaba ninguna documentación que acreditase la solvencia, aportaba la declaración responsable del modelo Anexo III bis del Pliego que no cabe en este caso ya que el valor estimado del contrato es superior a 90.000€ y debe presentarse los certificados y no la declaración.

Que si bien es cierto que la normativa aplicable y diferentes informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado permiten la subsanación de documentos, no hay ningún criterio para definir lo que se considera defecto subsanable.

Invoca igualmente el Informe de la misma Junta 18/10, de 24 de noviembre, sobre *“Imprudencia de la posibilidad de subsanar una deficiencia después de hecha la presentación de proposiciones; momento en el que deben cumplirse los requisitos exigidos para concurrir a la licitación de un contrato”* que respecto de defectos subsanables, concluía *“que ha de considerarse que reúnen tal carácter aquéllos 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”*, y remitía al informe 47/09, de 1 de febrero de 2010 donde concretaba que, *“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”* y añadía que esta interpretación estaba en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que reconoce el principio antiformalista en los procedimientos de

adjudicación de la contratación pública para lograr la mayor concurrencia posible siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Añade que la exclusión realizada por la Mesa de contratación se fundamenta en que no se había aportado por la recurrente ningún documento de los exigidos para acreditar la solvencia y tal circunstancia no puede convalidarse por la presentación del modelo de declaración del Anexo III bis que no es admisible en este tipo de contrato.

Cita el artículo 146.1 del TRLCSP sobre documentación que debe acompañar a las proposiciones acreditativas del cumplimiento de requisitos previos, entre los que recoge en su apartado b) los que justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional. Que el otorgamiento de un plazo de subsanación *“implicaría no la subsanación sino el propio cumplimiento y la apertura de hecho de un nuevo plazo de presentación de ofertas adicional al interesado, vulnerando los principios de igualdad de trato y no discriminación”*.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Finalizado el plazo no se ha recibido ninguna alegación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Mapfre Familiar, para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una empresa licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- También queda acreditado que el recurso se interpuso contra la exclusión de la licitación de la empresa, por la Mesa de contratación y posterior adjudicación de un contrato de servicios de categoría 6 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1 a) y 40 del TRLCSP.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 b) del TRLCSP pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 20 de junio de 2014, fue notificado y remitida la notificación el día 23 de junio de 2014, e interpuesto el recurso el día 10 de julio, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la notificación, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- Entrando al fondo del recurso, el TRLCSP establece las normas reguladoras de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos en el artículo 146. A su vez el artículo 160, respecto del procedimiento abierto, dispone que el órgano competente calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que se presentará en sobre distinto al que contenga la proposición y posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones formulando la propuesta de adjudicación una vez ponderados los criterios que deban aplicarse.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP, establece en el artículo 22 las funciones de la Mesa de contratación, y en concreto que le corresponde calificar 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 artículo 146.1 del TRLCSP y comunicar a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación, así como determinar los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP.

El RGLCAP, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, en vigor en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en el TRLCSP en esta materia, ni a lo previsto en su norma de desarrollo parcial, en su artículo 81 dispone que *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada lo comunicara 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 concediéndoles un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Según las normas citadas, la Mesa de Contratación debe conceder plazo para subsanación de los defectos detectados en la documentación administrativa presentada.

Ni el TRLCSP, ni su norma de desarrollo parcial, introducen criterios para definir lo que se considera defecto subsanable y sobre este punto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 44/97, de 10 noviembre, decía:

“En este sentido -y por vía de informe- sólo pueden sentarse criterios generales que sirvan para considerar el error o defecto material como subsanable debiendo señalarse que tal carácter revestirán cuando no afecten al cumplimiento del requisito en sí, sino a su acreditación, criterio del que ha hecho aplicación esta Junta Consultiva en su informe de 8 de octubre de 1996 (expediente 56/96)”.

Reitera este criterio en el Informe 9/06, de 24 de marzo, al disponer:

“Esta Junta Consultiva, en numerosos informes sobre defectos subsanables, ha puesto reiteradamente de relieve que la apreciación de defectos subsanables o insubsanables es una cuestión de hecho que habrá de dilucidarse en cada caso concreto y que, sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, han de considerarse que reúnen tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trata, pero no a su cumplimiento (Informes de 7 de junio de 2004 (expediente 36/04) y los que en el mismo se citan”.

Igualmente en el Informe 18/10, de 24 de noviembre, de dicha Junta, que invoca el órgano de contratación en el recurso, sobre *“Improcedencia de la posibilidad de subsanar una deficiencia después de hecha la presentación de proposiciones; momento en el que deben cumplirse los requisitos exigidos para concurrir a la licitación de un contrato”*, y respecto del contenido del artículo 81.2 del RGLCAP señala: *“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”.*

La Junta reiteraba en cuanto a este criterio, su pronunciamiento en los siguientes Informes: 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”.

La doctrina consolidada del Tribunal Supremo reconoce el principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública para lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

Los artículos 22 y 27 de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP; y 84 y 87 del RGLCAP, otorgan facultades a la Mesa de Contratación para adoptar en cada caso la decisión sobre la admisión o rechazo motivado de las proposiciones y la apreciación de defectos subsanables o insubsanables.

Se comprueba en el expediente que la empresa no presentó la documentación que el Pliego exigía para acreditar la solvencia técnica o profesional que es la que exigía certificados y no declaraciones. La empresa consideró que aportando el modelo de declaración del Anexo III bis era suficiente para ambas.

De la redacción del apartado 8 del Anexo I del PCAP se deduce que la forma de acreditación de la solvencia económica y financiera consistía en una declaración responsable del representante legal de la empresa. Por el contrario, la solvencia técnica o profesional, trabajos o servicios similares al objeto del contrato, sí debía

acreditarse mediante certificados de los tres últimos años cuando el destinatario sea una entidad del sector público.

En consecuencia, habiendo aportado la recurrente la declaración responsable del Anexo III bis, que no es el modelo adecuado a este tipo de contrato, debemos considerar que debe acreditar el cumplimiento del requisito, aportando la oportunas declaraciones y en su caso los certificados.

No obstante, lo anterior y por respeto del principio antiformalista en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública para lograr la mayor concurrencia, y como antes se ha expuesto, teniendo en cuenta la posibilidad de que la Mesa haga uso del procedimiento establecido en el TRLCSP, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP y el RGLCAP se estima que en el supuesto analizado, la Mesa debió conceder plazo para subsanación.

Lo alegado por el órgano de contratación, trayendo cita de informes de la Junta Consultiva que se refieren a un supuesto de ausencia del sobre con la documentación administrativa, no ha sucedido en este caso, sino que la recurrente omitió aportar la acreditación de la solvencia técnica, considerando por error que la inclusión de una declaración responsable era válida para todos los supuestos exigidos.

El órgano de contratación considera que la presentación de la documentación concediendo plazo de subsanación supone la presentación de otra oferta. El Tribunal no aprecia que se produzca este efecto puesto que de conformidad con el criterio que mantiene la Junta Consultiva en los informes citados, dice que *“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”*.

En este caso la documentación que presente la recurrente relativa a ambas solvencias debe constatar una situación ya existente, el volumen de negocios y la experiencia de la empresa en el sector y únicamente se permite acreditar el cumplimiento de esos requisitos previos. Por lo tanto no existe vulneración del principio de igualdad de trato respecto las otras empresas licitadoras, teniendo en cuenta además, que se concedió plazo de subsanación a una de ellas para completar precisamente el requisito de solvencia técnica, respecto de un año de los tres exigidos.

El Tribunal considera que siendo admisible la subsanación de los defectos relativos a la acreditación de la solvencia técnica, procedía que se hubiese concedido plazo para subsanación por la Mesa de contratación. Por ello se estima procedente anular el Acuerdo de adjudicación y que la Mesa retrotraiga las actuaciones y conceda plazo de subsanación a la recurrente y posteriormente si la documentación aportada es suficiente, proceda a valorar la oferta presentada por Mapfre Familiar y a adjudicar a la que resulte más ventajosa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial, interpuesto por Don C.V.N., en representación de la empresa Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., contra la exclusión de su oferta de la licitación y contra el acuerdo de adjudicación del expediente “Contrato privado de seguros de la flota de vehículos del Ayuntamiento de Coslada”, expte nº S07/2014, anulando el acuerdo de adjudicación y

retrotrayendo las actuaciones a fin de dar trámite de subsanación de la documentación acreditativa de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, y proceder a valorar de nuevo la oferta presentada y a adjudicar a la que resulte más ventajosa.

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.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.