

Informe 18/10, de 24 de noviembre. «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».

Clasificación de los informes: 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 16.2 Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Subsanación de defectos y errores.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Moratalla (Murcia) se formula la siguiente consulta:

"Para un contrato administrativo de obra cuyo objeto es "Mejora en la red de Internet de las pedanías de Moratalla", de importe 91.447,30 euros, se ha realizado un procedimiento negociado sin publicidad y sin requerir clasificación a las empresas licitadoras.

Uno de los licitadores presenta en el sobre A de documentación escritura de constitución de la Empresa donde según sus Estatutos el objeto social de la empresa es: "Instalaciones eléctricas e instalación, conservación y mantenimiento de redes de cable y energía solar".

La empresa además presenta el alta en el IAE en el epígrafe 5041: "Instalaciones eléctricas en general. Instalación de redes telegráficas, telefónicas, telefonía sin hilos, y televisión. Instalaciones de sistemas de balización de puertos y aeropuertos".

Como en el objeto social de la escritura de constitución no aparece el ítem "Internet" ni "telecomunicaciones" suscitó dudas a la Mesa de Contratación sobre la capacidad de la empresa para acometer el proyecto en cuestión.

¿Puede una empresa con ese objeto social realizar una instalación para Internet?, o, ¿es subsanable mediante un cambio en el objeto social por parte de la empresa licitadora?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Plantea el Alcalde de Moratalla en su consulta dos cuestiones. La primera de ellas se refiere a si el objeto social descrito en la escritura de constitución de una sociedad (debe entenderse que en los Estatutos sociales integrados en la escritura de constitución), debe considerarse comprensivo de la realización de instalaciones de Internet. La segunda a si es posible subsanar una deficiencia en el objeto social después de hecha la presentación de proposiciones.

2. La primera cuestión tiene una naturaleza evidentemente técnica: si en los conceptos "Instalaciones eléctricas e instalación, conservación y mantenimiento de redes de cable y energía solar" debe considerarse incluida la mejora de una red de Internet. A pesar de su carácter meramente técnico se trata de una cuestión de tan sencilla solución que aunque no tiene carácter jurídico y, por tanto no cabe que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie sobre ella, es evidente que a cualquiera de los miembros que integran la Mesa de contratación, sin necesidad de una especial cualificación técnica, se le alcanza a saber que la prestación del servicio de Internet se efectúa a través de la red telefónica, con o sin hilos.

3. Respecto de la segunda cuestión, de contenido netamente jurídico, cabe indicar que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que, recogiendo el Derecho de la Unión Europea, consagran de forma explícita los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público. El reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

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 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.

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.

4. Descendiendo al caso concreto que nos ocupa, se le plantea la duda a la Mesa de Contratación de si el objeto social que recogen los Estatutos de uno de los licitadores acredita la capacidad de éste para ejecutar el contrato, de conformidad con lo establecido en los pliegos.

Esta Junta Consultiva entiende que ante este tipo de supuestos procede diferenciar dos situaciones:

a) En primer lugar, si la Mesa de Contratación concluyese que el objeto social que consta en los Estatutos podría acreditar la capacidad del licitador, pero en su formulación el texto ofrece dudas por lo sumario del mismo, por su imprecisión o por alguna diferencia terminológica respecto del pliego, como parece ser el caso, en ese supuesto esta Junta entiende que la capacidad del licitador habrá existido con anterioridad a la fecha de expiración del plazo de presentación de proposiciones y, por lo tanto, será un defecto subsanable mediante la aclaración del objeto social con el fin de darle un perfecto encaje en él a lo exigido por los pliegos.

b) Si, por el contrario, el objeto social de la entidad licitadora desde antes de la expiración del plazo de presentación de proposiciones es diferente del objeto social exigido por los pliegos a efectos de acreditar la aptitud de la empresa y, por lo tanto, fuera necesaria una modificación que innovara en el objeto social, esto es, que fuera más allá de una mera aclaración del mismo, en ese caso estaríamos ante un defecto insubsanable.

Frente a las afirmaciones anteriores no cabe aducir el contenido del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. Tal precepto establece que *"la apertura de tales documentaciones [las relativas a los criterios cuya valoración no dependa de la mera aplicación de fórmulas] 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"*, añadiendo en el párrafo siguiente que *"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"*. De este último párrafo pudiera desprenderse que al referirse a *"la documentación mencionada en el párrafo anterior"* podría hacerlo precisamente a la mencionada en primer lugar, es decir a la

documentación relativa a los criterios de adjudicación cuya valoración no depende de la aplicación de fórmulas referida a la oferta. Sin embargo, de interpretarse en tal sentido, carecería de lógica la aclaración hecha al final del precepto en la que se explica cómo la limitación del plazo para subsanar tiene por finalidad permitir que el acto de apertura de las documentaciones a que nos referimos se celebre dentro del plazo de siete días previsto en el párrafo anterior.

Tal dificultad, por el contrario, no se produce si el precepto indicado se interpreta considerando que cuando en él se alude a *"la documentación mencionada en el párrafo anterior"*, se está aludiendo a *"la documentación administrativa a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público"*, pues en tal caso, es perfectamente comprensible la referencia a la necesidad de conceder un plazo para subsanar ésta última documentación que no impida la celebración del contrato dentro del establecido en el primer párrafo transcrito del acto de apertura de las documentaciones relativas a los criterios de adjudicación dependientes para su aplicación de un juicio de valor.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. No puede pronunciarse sobre cuestiones de carácter estrictamente técnico.
2. La subsanación de un documento con objeto de conseguir que alguno de los licitadores alcance la aptitud para contratar de que no disfrutaba en el momento de finalizar el plazo para la presentación de proposiciones es contrario a la Ley.

Sin embargo, la mera aclaración de un objeto social para justificar si el mismo cumple con lo exigido por los pliegos, siempre y cuando se trate de una aclaración terminológica o de la subsanación de una pequeña imprecisión o corrección de una expresión sumaria, será un defecto subsanable por entender esta Junta que la capacidad exigida en los pliegos ya existía con anterioridad a la expiración del plazo de presentación de proposiciones.