



Recurso nº 231/2011

Resolución nº 267/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de noviembre de 2011.

VISTA la reclamación interpuesta por D. L.A.B.I en la representación que ostenta de ALFARO & BERANGO, S.L. contra la exclusión del procedimiento negociado, expediente 2011-02534, para la adjudicación del contrato de servicios de promoción, categoría 13, "Organización de eventos, y diseño, construcción, montajes, desmontajes, mantenimiento y almacenaje del stand de RENFE-operadora", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. RENFE-operadora anunció la licitación pública, a través del Boletín Oficial del Estado, del Diario Oficial de la Unión Europea y de su web, por procedimiento negociado, para la contratación del Servicio Organización de eventos, y diseño, construcción, montajes, desmontajes, mantenimiento y almacenaje del stand de RENFE-operadora, dando la misma publicidad al pliego de condiciones particulares.

Segundo. El 27 de septiembre de 2011 la mesa de contratación según resulta del acta correspondiente acuerda: "*Comunicar a las empresas indicadas la exclusión del procedimiento por incumplimiento del apartado III.2.1. punto 1 del anuncio de licitación*".

Tercero. RENFE-operadora comunicó la exclusión el 3 de octubre de 2011 vía fax a la entidad reclamante dando pie de reclamación ante este Tribunal. Al día siguiente, la reclamante remitió correo electrónico en el que manifestaba que el objeto social de la empresa había sido modificado con posterioridad a la constitución de la sociedad y que además contaban con clasificación del Ministerio de Economía y Hacienda, añadiendo que se tuviera por subsanado el defecto. Este correo recibe respuesta al día siguiente, 5

de octubre, en el que se insta a presentar los documentos remitidos junto con el correo electrónico. Los documentos son presentados el 17 de octubre.

Cuarto. Con fecha 13 de octubre se interpone reclamación contra el acuerdo de exclusión, del que se da conocimiento a la entidad contratante quien ha remitido informe.

Quinto. La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya ejercitado el mismo por las interesadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación, se interpone contra la exclusión del procedimiento negociado para la contratación del contrato de servicios categoría 13 consistente en “Organización de eventos, y diseño, construcción, montajes, desmontajes, mantenimiento y almacenaje del stand de RENFE-operadora”.

El citado contrato conforme resulta del expediente está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (LCSE, en adelante).

Segundo. El acto reclamado es la exclusión del procedimiento, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 104 y 106.2 de la LCSE.

El recurso se presentó ante este Tribunal el 13 de octubre de 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 104.2 de la LCSE).

Tercero. La legitimación activa encuentra su fundamento en el artículo 102 de la LCSE que reconoce la legitimación a aquellos cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de la reclamación.

Cuarto. La pretensión de anulación del reclamante se dirige frente a su exclusión por falta de capacidad de obrar. Las razones expuestas en apoyo de la anulación del

reclamante son escasas, limitándose a sostener que sí tiene capacidad de obrar en atención a una serie de circunstancias tales como la modificación de su objeto social en el año 2004, su clasificación y otras.

Por su parte RENFE-operadora sostiene que al tiempo del examen de la documentación, lo que tuvo lugar el 27 de septiembre, y de la documentación presentada, resultaba que la capacidad era insuficiente. Esta cuestión no ha sido discutida de contrario. Más adelante defiende que la falta de capacidad no es susceptible de subsanarse, y ello lo apoya, no en la posibilidad de subsanar o no tal circunstancias sino sobre la base de que solo se tiene que tener en cuenta la documentación presentada antes del 22 de septiembre y que, de admitir más documentación, se vulnerarían los principios de transparencia, publicidad, igualdad de trato...

Con este planteamiento, el objeto de debate debe centrarse en la conformidad a Derecho de la exclusión de un licitador por falta de capacidad sin dar oportunidad de subsanar tal deficiencia.

Quinto. La posibilidad de subsanar deficiencias está expresamente prevista en la Instrucción de contratación de RENFE-operadora al disponer que: *“Una vez constituida la Mesa, procederá a ejercer sus funciones, detalladas anteriormente. A tal efecto, comenzará analizando y calificando la documentación administrativa presentada. Si la Mesa observase deficiencias en la documentación aportada por los licitadores, y éstas fueran subsanables, concederá un plazo para ello, que como mínimo será de tres días hábiles.”*

Redacción no muy distante de la que encontramos en el artículo 81 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

De lo expuesto, la siguiente cuestión es si la falta de capacidad de obrar es subsanable.

El Informe núm. 53/2010 de 10 diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de Competencia establece que: *“En los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y*

acertada en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, en el que señala como una regla aplicable por todos, que **es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe**, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. El segundo criterio está referido a que la subsanación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 83.6 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, no puede ser aplicada en las proposiciones de las empresas.”

Más adelante sostiene que: “Por otra parte la abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de defectos subsanables viene a sentar un criterio claro a este respecto, además de indicar que dicho criterio general deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquéllos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.”

Estos criterios interpretativos los encontramos también en el informe invocado por RENFE-operadora, Informe núm. 18/2010 de 24 noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, que se extracta de forma parcial. En este informe se expone que: “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.”

A estos criterios hemos de añadir la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones en los procesos de concurrencia como resulta de la Guía de la Comisión Nacional de Competencia, en la que se afirma: “2. *Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas. Este riesgo aumenta cuando la inobservancia de determinados requisitos procedimentales es suficiente para la exclusión de las ofertas presentadas. La normativa prevé este riesgo otorgando un plazo para la posible subsanación de errores en el caso de la presentación de documentación administrativa. Con carácter general, es subsanable la acreditación de datos o elementos relativos a las características de la empresa que ya existían en el momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir tal plazo no existe, o bien de elementos que se refieren al contenido de las proposiciones de las empresas.”*

En el supuesto que enjuicamos no se puede conocer *a priori* si la recurrente tiene capacidad o no antes del plazo de presentación de proposiciones, por lo que lo procedente es no excluir de plano al licitador sino permitir que se subsane el defecto de acreditación de capacidad, advirtiendo que se entenderá subsanado siempre y cuando concurriera la capacidad al tiempo indicado. De no darse la oportunidad de subsanar

difícilmente se puede conocer si la capacidad de obrar existió o no al tiempo de presentar la solicitud.

Este principio *pro* subsanación encuentra su respaldo en la doctrina del Tribunal Supremo condensada entre otras en la Sentencia de 6 julio 2004, del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) dictada en unificación de doctrina. El mencionado criterio ha sido aplicado en el ámbito de los requisitos de capacidad en la Sentencia núm. 2044/2008 de 23 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar la reclamación interpuesta acordando la anulación de la exclusión impugnada debiendo retrotraerse las actuaciones al tiempo de la exclusión dando al licitador la oportunidad de subsanar la acreditación su capacidad de obrar.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la citada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.