



Recurso nº 283/2012

Resolución nº 293/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. V. J. P. S., en representación de la mercantil EULEN, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 6 de noviembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente, en el procedimiento abierto publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, el 12 de septiembre de 2012, convocado por la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, en relación con el procedimiento de contratación relativo a la realización del “*Servicio de limpieza de las instalaciones del RBMA- El Cabril*”, expediente nº A32-CO-CB-2012-0007, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Empresa Nacional de Residuos Radiactivos (ENRESA) convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 12 de septiembre de 2012, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea, licitación para contratar por el procedimiento abierto, el Servicio de limpieza de las instalaciones del C.A. RBMA El Cabril. El contrato dispone una duración inicial de 5 años y un presupuesto máximo de licitación por importe de 1.044.750 €.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Tercero. En la primera reunión de la mesa de contratación, celebrada el 29 de octubre de 2012, se procedió a la apertura del sobre nº 1 de las doce empresas licitadoras presentadas. La mesa examinó la documentación administrativa y acordó solicitar la subsanación de defectos apreciados en diez de las doce empresas concurrentes.

Por lo que respecta a la empresa que ahora recurre, el acta de calificación levantada en dicha fecha, relaciona los defectos advertidos en la documentación administrativa, a saber para EULEN, SA, los siguientes:

- No presenta el justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil.
- No presenta las cuentas anuales presentadas en el Registro mercantil ni el certificado de inscripción en el mismo.
- No presenta certificados de los trabajos realizados en los tres últimos años.
- No presenta declaración sobre la plantilla media anual.

Al final del acta, levantada por el Secretario de la mesa de contratación, con el visto bueno del Presidente, literalmente se afirma que: *“Dado que los errores señalados anteriormente se consideran subsanables, se les concede a las citadas empresas un plazo de tres días hábiles, como marca la Ley, para que subsanen los mismos. El citado plazo concluye el día 5 de noviembre de 2012, a las 13 horas, plazo que deberán cumplir para que puedan ser tenidas en cuenta las ofertas presentadas”*.

Esta circunstancia, fue comunicada por fax a la empresa EULEN, S.A. (folio 58 del expediente), en el que se advertía a la licitadora cuanto sigue: *“Le informamos que en relación a la licitación, con número de expediente y objeto descritos anteriormente, una vez realizada la apertura del sobre nº 1, en la documentación presentada en dicho sobre de su propuesta, se han observado defectos u omisiones que deberá subsanar, para que su oferta sea tenida en cuenta, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles desde su notificación. Por tanto, dicha documentación deberá ser presentada en el Registro de ENRESA, con fecha tope el 5 de noviembre hasta las 13:00 horas”*.

Cuarto. Con fecha de 6 de noviembre de 2012, reunida la mesa de contratación decide excluir la proposición hecha por EULEN, S.A. en el referido procedimiento abierto, expresando, como motivación del rechazo, lo siguiente: *“(…) tras haberles solicitado la subsanación de los errores que presentaba su documentación administrativa, no lo han hecho en el plazo y la forma establecidos en el fax que les fue enviado el 30 de octubre de 2012. En la mencionada comunicación se establece expresamente, de acuerdo con el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones*

Públicas, lo siguiente: (...)". Y concluye el citado acuerdo de exclusión afirmando que, "A pesar de que enviaron por correo ordinario la documentación solicitada el mismo día en que acababa el plazo, no la entregaron en el Registro de ENRESA en el plazo de tres días desde la notificación tal y como se establece en el fax en el que se les comunicaba los errores".

Quinto. Contra el referido acuerdo de exclusión, el representante de la empresa licitadora anunció el 23 de noviembre de 2012 al órgano de contratación, su intención de interponer recurso especial en materia de contratación.

El 23 de noviembre formalizó en plazo el recurso especial ante el órgano de contratación e instó la adopción de medidas cautelares, en concreto, la suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 29 de noviembre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen; habiendo formulado alegaciones CLECE, S.A., en el sentido, resumidamente, de un lado, que no se cumplió con el requisito formal de anunciar el recurso, y de otro, que la documentación exigida en subsanación a EULEN no puede ser sustituida por el Certificado de Registro Oficial de Empresas Clasificadas, habiéndose incumplido además el plazo de subsanación. Solicita por tanto CLECE S.A. que el recurso sea desestimado, debiendo confirmarse la exclusión de EULEN del procedimiento.

Séptimo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, el 28 de noviembre de 2012, este Tribunal decreta la medida provisional de suspensión al abrigo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, previa audiencia al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La empresa EULEN, S.A. concurrió a la licitación, de la que ha sido excluida por la mesa de contratación al considerar que no ha subsanado en tiempo y forma las deficiencias advertidas. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la exclusión de la licitación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, procedente de un poder adjudicador (artículo 20 TRLCSP), susceptible por tanto, de recurso especial de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

En cuanto a las alegaciones de CLECE, S.A, en el sentido de que la recurrente no cumplió con la exigencia del artículo 44 del TRLCSP, respecto al anuncio previo del recurso, las mismas deben ser desestimadas, no sólo porque en el expediente consta que efectivamente cumplió con el citado requisito y así se hace constar en esta resolución, sino porque como este Tribunal viene reseñando en sus resoluciones (por todas, recurso 275/2012) el mismo se entiende cumplido con la mera presentación del escrito de recurso ante el órgano de contratación, situación ésta que además es aplicable al expediente de referencia.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Considera que no estaba obligada a presentar la documentación demandada en el requerimiento de información, pues a su juicio, ya aportó en el sobre nº 1 (documentación administrativa) el correspondiente certificado de clasificación, acreditativo de figurar inscrita como empresa de servicios en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas. En defensa de tal tesis cita varios preceptos del TRLCSP, artículos 62.1, 65 y 74.2. Es más, invoca el propio contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares y en especial el apartado 4.2 in fine que establece que, *“A los efectos previstos en los párrafos anteriores, los certificados de clasificación o documentos similares que hayan sido expedidos por los Estados miembros de la Unión Europea a favor de sus empresarios constituirán una presunción de aptitud en los términos reseñados en el artículo 84.1 del TRLCSP”*. En conclusión, la representación de la mercantil viene a considerar que, la solvencia ya había sido acreditada con la aportación de la clasificación en el sobre nº 1, aún antes del

requerimiento de subsanación, que nunca debió emitirse y que expresamente impugnamos junto con el acuerdo de exclusión (sic).

2. Insiste la representación de EULEN, S.A. que, aun cuando no estaba obligada a subsanar, en virtud de lo anteriormente expuesto, ésta procedió a dar un perfecto cumplimiento al requerimiento de subsanación efectuado, pues aportó la documentación requerida en los términos exigidos en el artículo 80.4 del Real Decreto 1098/2001, de desarrollo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siendo a su juicio, indiferente que la documentación en sí entrara con posterioridad en el Registro de ENRESA, pues había sido anunciada antes del día y de la hora límite fijada.

Quinto. El órgano de contratación en el informe emitido el 26 de noviembre de 2012 expone que:

1. En relación con la controversia suscitada por EULEN, S. A., sobre si estaba obligada o no a atender el requerimiento de subsanación exigido por la mesa de contratación, el informe precisa que ENRESA es un poder adjudicador, no Administración Pública y reputa que la argumentación empleada de contrario, es adecuada para una Administración Pública, pero no, para un poder adjudicador. Ante ello esgrime que, por razón de la cuantía, superior a 120.000 €, la preceptividad de la clasificación lo es para las Administraciones Públicas (artículo 65.1 TRLCSP). En este sentido, insiste en que, aún en el supuesto en que fuera de aplicación la clasificación, la obligatoriedad de acreditar el seguro de responsabilidad civil, solicitado en el apartado 4.2.1, a) del PCAP, no se acredita con la presentación de la clasificación, como recoge el artículo 84 del TRLCSP. Considera al respecto que, EULEN, S.A. no se puede escudar en la presentación de la clasificación como empresa de servicios inscrita en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, pues la solvencia ha de ser acreditada de la forma establecida en el PCAP, sin que la misma pueda ser sustituida por la clasificación ex artículo 62.1 del TRLCSP. De esta guisa, el informe del órgano de contratación expresa que, *“No obstante, ENRESA, de acuerdo a lo establecido en el artículo 65.5 del TRLCSP podría haber exigido una determinada clasificación para definir las condiciones de solvencia requeridas para este contrato, pero la realidad es que no lo ha hecho. Así pues no compartimos la rotunda afirmación de EULEN, S.A.,*

de que “no cabe duda de que el contrato, (un contrato de limpieza, de un importe muy superior a 120.000 euros) estaba sujeto a la exigencia de clasificación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 65 del TRLCSP”.

Relacionado con el primer alegato de la empresa recurrente, esto es, sobre la previsión contenida en el último párrafo del apartado 4.2 del PCAP, entiende que una cosa es tener presunción de aptitud amparándose en el artículo 84.1 del TRLCSP y otra muy distinta, la forma de acreditarla. E insiste en que la forma de acreditar las solvencias es la apuntada en el apartado 5.1.1.4 del PCAP que se remite al apartado 4.2 del mismo pliego y que, en todo caso, la presunción de aptitud no alcanza al seguro de responsabilidad civil exigido. Para finalizar esta contra-argumentación trae a colación el artículo 83 del TRLCSP que, entiende, es de aplicación al caso, y a tenor del cual, *“La inscripción del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo”.*

Con fundamento en todo lo anterior, el informe afirma que, cuando está hablando de clasificación se está refiriendo a la solvencia técnica, ya que es la única que no se describe. Por lo tanto, las cuentas anuales solicitadas por el PCAP, como criterio de solvencia económica, o se aportan como dice el apartado 5.1.1.4 del PCAP, o se acreditan mediante certificación del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, pero en ningún caso mediante la clasificación (sic). Por consiguiente, a juicio del órgano de contratación, con la mera aportación de la clasificación no ha quedado justificada la solvencia, por lo que fue procedente el requerimiento de subsunción emitido por la mesa de contratación.

2. Por lo que concierne a la segunda alegación hecha por la mercantil recurrente interesada en la licitación convocada por un poder adjudicador, el informe reputa que el precepto invocado de contrario – el artículo 80.4 del Real Decreto 1098/2001 -, no es de aplicación al supuesto planteado, pues se refiere a la forma de enviar por

correo los sobres de la licitación. En cuanto, a la manera de entregar los documentos relativos a las subsanaciones de defectos advertidos por la mesa de contratación, éste informe invoca lo expresado en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001 que expresa: *“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”*. Con ello, el informe concluye que, es la propia recurrente la que está reconociendo que ha incumplido el plazo para presentar la documentación solicitada o para alegar la improcedencia de presentarla ya que está reconociendo que *“es indiferente que la documentación en sí entrara con posterioridad en el registro, pues había sido anunciada antes de la hora límite fijada”*. Por todo ello, afirma con rotundidad que el recurso especial presentado contra el acuerdo de exclusión ha de ser desestimado.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes, y entrando sobre el fondo del asunto, hemos de analizar en primer lugar, la naturaleza jurídica del órgano de contratación pues, en efecto, ENRESA como empresa nacional forma parte del sector público, esto es, sujeta al procedimiento de contratación “ex” artículo 3.1, h) del TRLCSP, y aunque, no tiene la consideración de Administración Pública, en los términos definidos en el artículo 3.2 del TRLCSP, sí que nos hallamos ante un poder adjudicador, según el artículo 3.3, b) del mismo texto legal.

Esta precisión es necesaria, con el fin de delimitar las singularidades aplicables a los contratos anunciados por los poderes adjudicadores, y es más, con el fin de evaluar los requisitos de capacidad y solvencia exigibles a los contratistas, dado que el primer considerando de la empresa recurrente es que, con la aportación del certificado de clasificación ya ha acreditado las solvencias, tanto la económica y financiera como la técnica o profesional.

Si bien, estamos en presencia de un contrato privado, propio de un poder adjudicador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1º del TRLCSP, no es menos cierto que, en cuanto a la preparación y adjudicación, el párrafo 2º del referido precepto, nos remite

en defecto de normas específicas, a lo dispuesto en el texto refundido y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de Derecho administrativo, o en su caso, las normas de Derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante.

El Capítulo II del Título I del Libro III propio de la selección de los contratistas y adjudicación de los contratos, bajo la rúbrica “Adjudicación de otros contratos del sector público”, en los artículos 189 a 191 del TRLCSP, contiene las normas aplicables por los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas.

Dado que se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada, el artículo 190 del TRLCSP dispone como regla general en lo tocante a la adjudicación que, se rige por las normas contenidas en el Capítulo anterior, esto es, las propias de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. Las singularidades contempladas en el artículo 190.1 a) del TRLCSP, se refieren a la inaplicación de los siguientes preceptos: el artículo 150.1º y 2º (sobre la intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos); el artículo 152.1º y 2º (sobre los criterios para la apreciación del carácter anormal o desproporcionado de las ofertas); el artículo 156 (sobre formalización de los contratos sin perjuicio de que deba observarse el plazo establecido en el apartado 3º y lo previsto en el apartado 5º); el artículo 160 (sobre el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación) y el artículo 172 (sobre los supuestos en que es posible acudir a un procedimiento negociado para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos).

Por último, este precepto, para cerrar las especialidades de la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada de los poderes adjudicadores, les exime de la obligación de proceder a publicar las licitaciones y adjudicaciones en los diarios oficiales nacionales, entendiéndose que se satisface el principio de publicidad mediante la publicación efectuada en el Diario Oficial de la Unión Europea y la inserción de la correspondiente información en la plataforma de contratación del Estado o sistema equivalente gestionado por la Administración pública de la que dependa la entidad contratante (artículo 190.1, b) del TRLCSP).

Dejando a salvo estas especialidades, y otras en las que el texto normativo menciona expresamente a las “Administraciones públicas” y no al resto de los entes que forman el

sector público y que se delimitan en el concepto de poderes adjudicadores (artículo 3.3º, b) y c) del TRLCSP), al poder adjudicador que ahora nos ocupa, ENRESA, le resultan aplicables las normas propias para la preparación, selección de los contratistas y adjudicación de los contratos.

Delimitada así la cuestión, hemos de proceder al estudio de sí el requerimiento de subsanación resulta procedente, o si por el contrario, tal y como sostiene la representación de EULEN, S.A., la mesa nunca debió emitirlo, pues la aportación del certificado de clasificación de la empresa y su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, junto con la declaración responsable de vigencia, es sustitutiva de los extremos requeridos, referentes a la acreditación de la solvencia económica y financiera y, técnica o profesional. En efecto, este Tribunal advierte que, en los folios 417 a 421 del expediente de contratación remitido, se acredita el certificado de clasificaciones de la licitadora EULEN, S.A., como empresa de servicios, expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 19 de diciembre de 2008 y la declaración jurada de vigencia emitida por su apoderado con fecha de 22 de octubre de 2012. Es más, el certificado aportado acredita que EULEN se encuentra inscrita como empresa de servicios en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas.

En primer lugar, compartimos en liza con lo expuesto en el informe emitido por ENRESA, que no resulta de aplicación a los poderes adjudicadores, el requisito indispensable de exigir que los licitadores se hallen debidamente clasificados para la celebración de los contratos de servicios cuyo valor sea igual o superior a 120.000 €, como lo es, el que nos ocupa. Esta afirmación resulta del propio tenor literal del artículo 65.1º del TRLCSP sobre la exigencia de clasificación dado que el precepto es contundente al señalar que, “1. *Para contratar con las Administraciones Públicas (...)*”. Pues bien, el precepto referido erige una exigencia de clasificación en los procedimientos de contratación de las Administraciones Públicas y no se refiere al sector público, con lo que con lógica deja fuera de esta preceptividad a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

Es más, el artículo 65.5º del TRLCSP contiene una regla específica para el resto del sector público, y establece literalmente que: “5. *Las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración pública **podrán exigir una determinada clasificación***”

a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato”. Ha de notarse, por lo tanto, que les reserva una singularidad apartada de la regla general (párrafo 1º) y que, la redacción de la exigencia de una determinada clasificación, se hace de forma potestativa.

Este Tribunal viene reiterando que los pliegos de cláusulas administrativas particulares ora sea en los contratos anunciados por la Administraciones públicas, ora lo sea en los propios de los poderes adjudicadores, constituyen *lex contractus* entre las partes, órgano de contratación y licitadores interesados en el procedimiento de concurrencia competitiva y, al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012).

En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para

juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.

Pues bien, con los atributos propios de la eficacia jurídica vinculante, hemos de analizar el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige este procedimiento de contratación, en lo concerniente a la cuestión objeto de debate: formas de acreditación de la solvencia.

Para ello, hemos de traer a colación los siguientes pasajes del PCAP:

- **Apartado 5.1.1.4. Justificación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional:** *“Las personas naturales o jurídicas que pretendan contratar con ENRESA deberán acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional señalada en el apartado 4.2 del presente pliego”.*
- **Apartado 4.2. Solvencia de los empresarios.** Tras describir los medios que se han de cumplir para acreditar la solvencia económica y financiera (apartado 4.2.1) y los propios para la solvencia técnica (apartado 4.2.2); al final del mismo, literalmente, el pliego, con su eficacia jurídica vinculante, expresa: *“A los efectos previstos en los párrafos anteriores, los certificados de clasificación o documentos similares que hayan sido expedidos por los Estados miembros de la Unión Europea a favor de sus empresarios, constituirán una presunción de aptitud en los términos reseñados en el artículo 84.1º del TRLCSP”.* Se cierra este apartado así: *“El certificado de clasificación deberá ir acompañado con una declaración responsable en la que el licitador manifieste que los datos del certificado no han tenido variación (artículo 146.3º del TRLCSP)”.*
- **Apartado 5.1.1.5. Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas:** *“La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado*

acreditará al empresario, frente a ENRESA, en cuanto a la personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones para contratar que consten en el mismo. El certificado del Registro deberá ir acompañado de una declaración responsable en la que el licitador manifieste que los datos del certificado no han tenido variación (artículo 146.3º del TRLCSP).

De una interpretación literal y sistemática de las cláusulas transcritas se infiere que, aunque no es de exigencia preceptiva la clasificación de las empresas licitadoras, aquellas que se hallen debidamente clasificadas pueden sustituir los medios de probanza de la solvencia por el certificado de clasificación unido a la declaración responsable de su vigencia (artículo 146.3º del TRLCSP en unión con lo dispuesto en el apartado 5.1.15 del PACP).

Por ello, los extremos requeridos por la mesa de contratación referidos a la mejora de la acreditación de la solvencia económica y financiera y de la técnica, se suplen con las clasificaciones aportadas por la empresa EULEN, S.A. en el sobre nº 1 de documentación administrativa (cfr. folios 417 a 421 del expediente de contratación).

De esta forma, este Tribunal se aparta del informe remitido por el órgano de contratación, y a mayor abundamiento, la presunción de aptitud, referida en el apartado 4.2.2 in fine del PCAP, goza de los atributos de una presunción legal iuris tantum, con la evidente inmersión de la carga probatoria. La presunción legal está amparada en el artículo 84.1º del TRLCSP que reza así: “Los **certificados de clasificación** o documentos similares que acrediten la inscripción en listas oficiales de empresarios autorizados para contratar establecidas por los Estados miembros de la Unión Europea sientan una presunción de aptitud de los empresarios incluidos en ellas **frente a los diferentes órganos de contratación** en relación con la no concurrencia de las prohibiciones de contratar a que se refieren las letras a) a c) y e) del apartado 1 del artículo 60 y la posesión de las condiciones de capacidad de obrar y habilitación profesional exigidas por el artículo 54 y las de **solvencia** a que se refieren las **letras b) y c) del artículo 75**, las letras a), b) y e) del artículo 76, el artículo 77, y las **letras a) y c) a i) del artículo 78**. Igual valor presuntivo surtirán las certificaciones emitidas por organismos que respondan a las

normas europeas de certificación expedidas de conformidad con la legislación del Estado miembro en que esté establecido el empresario”.

Al abrigo de tal presunción de aptitud, el certificado de clasificación de EULEN, S.A., como empresa de servicios inscrita en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, con el desglose de cada una de las clasificaciones que ostenta, unida a la declaración jurada del apoderado de que las circunstancias que sirvieron de base para su otorgamiento no han variado, se han de considerar como sustitutivas de los medios exigidos para acreditar la solvencia, tanto la económica y financiera, como la técnica o profesional.

No olvidemos que, la inscripción en el Registro Oficial de Empresas Clasificadas requiere la acreditación de los datos propios de la personalidad, capacidad de obrar, los datos relativos a la solvencia económica y financiera de las empresas, las clasificaciones obtenidas y las prohibiciones para contratar (artículo 328 del TRLCSP). De tal forma que, sus certificados acreditan frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en ellos reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera, y clasificación, así como la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo (artículo 83 del TRLCSP).

Ello no obstante, nace una duda razonable, como se sugiere en el informe del órgano de contratación, sobre si la presunción de aptitud denotada en la certificación de la clasificación cubre la exigencia impuesta en el apartado 4.2.1.a) del PCAP, esto es, el seguro de responsabilidad civil, pues a su juicio, éste en ningún caso se acreditaría aportando la clasificación, con los efectos previstos en el artículo 84.1º del TRLCSP.

Séptimo. En lo concerniente al seguro de responsabilidad civil exigido como medio para acreditar la solvencia económica y financiera, el apartado 4.2.1 indica que se ha de presentar: ***“a) Justificante de la existencia de un seguro de responsabilidad civil por un importe mínimo de 400.000 euros. Si en el momento de presentación de la oferta no se dispone de este seguro, será necesario aportar Declaración Responsable de compromiso de contratación de un seguro de estas características, el cual deberá estar en vigor durante toda la duración del contrato”.***

Sobre la exigencia de pólizas de responsabilidad civil ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en reiteradas ocasiones, sirvan de ejemplo las Resoluciones nº 130/2011, nº 228/2011 y la nº 190/2012, entre otras. Este Tribunal entiende que la exigencia de una póliza de estas características puede jugar un doble papel en el ámbito de la contratación del sector público: de un lado, puede ser entendida como una exigencia de solvencia patrimonial adicional, y de otro, como una garantía adicional para el caso de que la empresa adjudicataria incurra en responsabilidad como consecuencia de la ejecución del contrato.

Conforme lo expuesto en las Resoluciones citadas, como un requisito de solvencia solamente puede ser exigida en casos distintos a aquellos en que deba exigirse la clasificación, como ocurre en el presente, en que la clasificación de las empresas no es preceptiva. Y en el caso en que la póliza de responsabilidad civil tenga por finalidad garantizar las responsabilidades derivadas de la ejecución del contrato, el artículo 95 del TRLCSP impone claramente cuáles son las cuantías máximas exigibles para la prestación de las citadas garantías, que no pueden exceder del 10 % del precio del contrato y que sólo son exigibles, a quienes hayan presentado la oferta económicamente más ventajosa y tengan por ello la expectativa de ser adjudicatarios del contrato.

En la licitación ahora impugnada, la póliza de responsabilidad civil ha de entenderse, dado que no se ha exigido la clasificación de los licitadores, como una exigencia adicional de solvencia económica y financiera, si bien, hemos de recordar que la recurrente EULEN, S.A., ha aportado certificado de las clasificaciones obrantes en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Ello no obstante, hemos de interrogarnos ¿es exigible en dicho momento procedimental el requerimiento de subsanación para que aporte la póliza del seguro de responsabilidad civil?

Del propio tenor literal del apartado 4.2.1.a) del PCAP se infiere que bastaría una mera declaración responsable, amén de que ya, en el caso de la licitadora excluida EULEN, S.A., opera una presunción de su tenencia, al haber sido uno de los elementos tenidos en cuenta para la obtención de las clasificaciones presentadas “ex” artículo 75.1, a) del TRLCSP. A mayor abundamiento y como medio para acreditar la solvencia económica y financiera, ya queda subsumido en el certificado expedido por el Registro Oficial de Empresas Clasificadas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.1º del TRLCSP y sin

olvidar el propio tenor del apartado 5.1.1.5 que, expresamente se refiere a la solvencia económica y financiera.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto es que, ninguna de las deficiencias observadas por la mesa de contratación implican exigencias inexcusables para emitir un requerimiento de subsanación, pues en efecto, todas se hallan debidamente suplidas mediante el certificado de clasificación de EULEN, S.A., inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, por lo que la exclusión impuesta por motivos formales, presentación fuera de plazo de las mejoras, resulta desproporcionada y atenta no sólo a lo dispuesto en el artículo 84.1º del TRLCSP, sino también al propio contenido del PCAP (apartados 4.2.2 in fine y 5.1.1.5).

Octavo. Declarada la improcedencia del requerimiento de subsanación que ya nos conduce sin más a la estimación del recurso, hemos de analizar el argumento expuesto en el informe del órgano de contratación sobre los requisitos formales, de tiempo y de lugar, que han de cumplimentar las subsanaciones presentadas por las empresas licitadoras, tras la advertencia de que en la documentación administrativa se detectan defectos subsanables por la mesa de contratación. Todo ello, con el fin de aclarar los posibles casos de exclusión por presentación fuera de la fecha límite fijada para tal propósito.

Siguiendo la Resolución de este Tribunal nº 167/2012 dictada en el recurso nº 149/2012, al analizar un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, hemos de aclarar que, aún tratándose ENRESA de un poder adjudicador, ha de tener en cuenta la normativa aplicable a los procedimientos de contratación administrativa (actos separables).

La Disposición Adicional Tercera del TRLCSP establece que los procedimientos regulados en ella se regirán, en primer término por los preceptos contenidos en la misma y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y normas complementarias.

Al amparo de esta Disposición, habrá que comenzar analizando cómo contempla la normativa de contratación la cuestión que aquí se plantea, es decir, el procedimiento para

la subsanación de defectos u omisiones en la documentación administrativa presentada por las empresas participantes en una licitación.

El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina en su artículo 27 que, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa, la Mesa concederá un plazo inferior a siete días para efectuarla.

Por su parte, el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que, *“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 para que los licitadores los corrijan o subsanen **ante la propia mesa de contratación**”*.

Con ello, este Tribunal ha señalado con claridad patente que, es distinta la forma de presentación de las ofertas de la forma de subsunción de defectos y omisiones. Y así, en la forma, lugar y plazo de presentación de las proposiciones, el apartado 6 del PCAP que rige esta licitación, admite que sean entregadas en mano en el registro de ENRESA y en correos. Empero, cuando la documentación se envíe por correo, el empresario deberá justificar la imposición del envío en la oficina de Correos dentro del plazo permitido en el anuncio de licitación mediante el resguardo correspondiente y comunicar en el mismo día al órgano de contratación la remisión de la oferta, mediante fax, telegrama o correo electrónico.

Para el envío de las subsanaciones requeridas por la mesa de contratación, y siguiendo lo preceptuado en el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, el apartado 9.1 del PCAP indica que se han de presentar ante la propia mesa en el plazo no superior a tres días hábiles.

En efecto, ni el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni el pliego de cláusulas aplicable al procedimiento de contratación anunciado por ENRESA, contemplan de la misma forma el envío de las proposiciones de los

interesados para participar en la licitación y la entrega de la documentación para subsanar los defectos de la documentación administrativa, pues ello, en palabras de este Tribunal en la Resolución nº 167/2012 “(...) *haría inviable asegurar el cumplimiento del completo procedimiento de contratación y de los plazos para él establecidos. Y son las normas referidas a la subsanación de defectos u omisiones, tanto de la normativa de contratación del Sector Público como de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, las aplicables al caso que nos ocupa, que no las que se refieren a la presentación de las ofertas*”.

En este sentido, hemos de recordar que, en el oficio remitido por fax por parte de la mesa de contratación con fecha de 30 de octubre de 2012 (obrante en el folio 58 del expediente) literalmente se le indica a la empresa EULEN, S.A. que, “*Por tanto, dicha documentación deberá ser entregada en el Registro de ENRESA, con fecha tope el 5 de noviembre hasta las 13:00 horas*”.

De esta suerte, en la medida en que las subsanaciones llegaron al registro de ENRESA el día 6 de noviembre, resultan a todas luces, extemporáneas. A pesar de resultar acertada en este punto la resolución, - por tratarse de una presentación extemporánea-, este Tribunal, considerando el argumento expuesto en el anterior fundamento de Derecho, ha de proceder a la estimación del recurso especial entablado por EULEN, S.A. puesto que, si bien la documentación de subsanación se presentó fuera de plazo, no resulta procedente el requerimiento de subsanación puesto que, los calificados defectos subsanables por la mesa de contratación, se suplen con la clasificación aportada en la documentación administrativa, resultando de aplicación la presunción de aptitud y de solvencia expuesta en el artículo 84.1º del TRLCSP, en concordancia con los apartados 4.2 in fine y 5.1.1.5 del PCAP.

Por consiguiente, la exclusión de la mercantil EULEN, S.A. del procedimiento de licitación no es ajustada a Derecho, por lo que este Tribunal ha de estimar el recurso deducido, acordando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dicho acto.

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. V. J. P. S., en representación de la mercantil EULEN, S.A. y anular la resolución de 6 de noviembre de 2012, que acordó su exclusión del procedimiento de licitación referido al “Servicio de limpieza de las instalaciones RBMA El Cabril”, con nº expediente A32-CO-CB-2012-0007, acordando la retroacción de actuaciones hasta el momento previo a dicha exclusión.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Cuarto. 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 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.