

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

En Madrid, a 16 de enero de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don F.D.S., en nombre y representación de KLUH LINAER ESPAÑA, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 19 de noviembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del "Servicio de limpieza del edificio sede del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda" del Ayuntamiento de Madrid, nº de expediente: 300/2012/001339, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda del Ayuntamiento de Madrid, por Decreto de fecha 4 de octubre de 2012 aprobó los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares a regir en el citado procedimiento, con un presupuesto total de licitación de 1.063.071,82 euros (IVA incluido), y dispuso la apertura del procedimiento de selección por procedimiento abierto, de conformidad con lo previsto en los artículos 115, 116, 138 Y 150 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el

que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

La licitación se publicó en el DOUE de 9 de octubre, en el BOE de 20 de octubre y en el perfil de contratante el 4 de octubre, finalizando el plazo de presentación de ofertas el 12 de noviembre de 2012.

Segundo.- El 15 de noviembre de 2012, se reúne la Mesa de Contratación para proceder a la calificación previa de la documentación administrativa de conformidad con el artículo 22 de Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

En esta reunión se acuerda comunicar a los interesados los defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, concediéndose un plazo de tres días hábiles, hasta el 19 de noviembre de 2012, para que los licitadores procedan a subsanarlos.

Mediante fax de fecha 15 de noviembre de 2012 se requieren los siguientes extremos a la empresa Kluh Linaer España, S.L.:

"Debe aportar el original o fotocopia compulsada del CIF de la empresa.

Debe aportar el original o fotocopia compulsada de la declaración responsable conforme al modelo fijado en el Anexo V del Pliego de Cláusulas Administrativas, de que la empresa, sus administradores y representantes, así como el firmante de la proposición, no están incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60 del TRLCSP, en los términos y condiciones previstas en el mismo. Esta declaración comprenderá expresamente la circunstancia de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, así como de no tener deudas de naturaleza tributaria en periodo ejecutivo de pago con el Ayuntamiento de Madrid.

Deberá aportar la documentación relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de minusválidos, aquellos licitadores que tengan un número de 50 o más trabajadores en su plantilla estarán obligados a contar con un 2% de trabajadores con discapacidad o a adoptar las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad. A estos efectos, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta del TRLCSP, los licitadores deberán aportar un certificado de la empresa en el que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma o, en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas. Asimismo, aquellos licitadores que tengan en su plantilla menos de 50 trabajadores, deberán aportar certificado de la empresa en el que conste el número global de trabajadores de plantilla.

También deberá aportar el original o fotocopia compulsada del compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato.

Y del mismo modo, deberá aportar original o fotocopia compulsada de la declaración responsable del licitador en la que manifieste la vigencia de los datos contenidos en el certificado del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, y que por lo tanto, declare que estos datos no han experimentado variación.

Toda la documentación aportada deberá tener fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de las ofertas (12/11/2012)”.

El día 19 de noviembre de 2012, se reúne la Mesa de contratación para estudiar la subsanación de la documentación presentada a requerimiento de la misma y excluye a la empresa Kluh Linaer España, S.L. por no cumplir los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

El día 20 de noviembre de 2012, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura en acto público del sobre que contiene la documentación relativa a los criterios valorables en cifras y/o porcentajes de las proposiciones presentadas y donde se pone de manifiesto a los asistentes la exclusión de los licitadores que no han cumplido los requisitos establecidos en el PCAP, tras el requerimiento de la Mesa de contratación para que los licitadores corrigieran o subsanaran los defectos u omisiones subsanables de la documentación administrativa presentada. No consta la asistencia de ningún representante de la recurrente a dicho acto.

Tercero.- El 21 de diciembre la Delegada del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda dicta el Decreto de adjudicación, que es notificado a la recurrente el mismo día, en el que se hace constar que su oferta se excluyó en fase de subsanación porque *“todos los documentos aportados están fechados el 15 de noviembre de 2012. Y por tanto, los siguientes documentos como la declaración responsable, conforme al modelo fijado en el Anexo V del Pliego de Cláusulas Administrativas, así como la declaración relativa al cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y el documento relativo al compromiso de adscripción de medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato, tienen fecha posterior a la fecha de finalización del contrato (sic) que era 12 de noviembre de 2012, y por tanto, están fuera de plazo”.*

Cuarto.- El 28 de diciembre de 2012 tuvo entrada en el órgano de contratación escrito de la empresa Kluh Linaer España, S.L., anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación, presentando el recurso ante este Tribunal el día 4 de enero de 2013. El recurso considera que la resolución de adjudicación impugnada es una negación del plazo de subsanación de la documentación administrativa y una expulsión ilegal del procedimiento y solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se dictó el acto impugnado y se proceda conforme a lo estipulado en la cláusula 20 del PCAP.

Quinto.- El 8 de enero de 2013, el Ayuntamiento de Madrid remite copia del expediente de contratación junto al informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP.

Sexto.- Con fecha 10 de enero de 2013, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- La Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores, 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 Kluh Linaer España, S.L., para interponer recurso especial, al tratarse de una persona jurídica *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Segundo.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.c) del TRLCSP en relación al 16.1.b).

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Decreto de adjudicación se notificó el 21 de diciembre de 2012 y el recurso fue presentado el 4 de enero de 2013.

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.- La cuestión de fondo planteada en el recurso se refiere a si la documentación de subsanación fechada con posterioridad a la fecha final de presentación de proposiciones debió ser admitida.

Argumenta la recurrente que la exclusión se ha producido al haber consignado por error en las declaraciones presentadas una fecha posterior a la de fin de plazo de entrega de proposiciones, y que la misma, obviando el derecho de igualdad de trato y la obligación de transparencia, es una negación del plazo de subsanación de la documentación administrativa y una expulsión ilegal del procedimiento.

En primer lugar, 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 enunciados de forma explícita en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. El reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su

situación a las exigencias del PCAP debe considerarse como una ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

El art. 160.1 TRLCSP prevé la calificación de la documentación general en el procedimiento abierto, tarea que debe realizar *«el órgano encargado de la valoración de las proposiciones»*. El art. 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, concreta en este aspecto las funciones de la Mesa de contratación y en su artículo 27 establece 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 Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), establece 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 hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Por otra parte, la cláusula 19 del PCAP regula la forma y contenido de presentación de las proposiciones, y la 20 la calificación de la documentación presentada, y la subsanación de defectos u omisiones en términos similares al citado Reglamento.

En el caso concreto que nos ocupa la Mesa de contratación observó determinadas omisiones en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos concediendo al efecto un plazo que finalizaba el 19 de noviembre, haciendo la advertencia expresa en la notificación de que toda la documentación aportada deberá tener fecha anterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas (12/11/12).

Tras el requerimiento de subsanación de la documentación administrativa y dentro de los tres días hábiles concedidos, la empresa Kluh Linaer España, S.L. presenta las declaraciones y compromisos solicitados fechados todos el 15 de noviembre.

Solicita la recurrente que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se dictó el acto impugnado y se proceda conforme a lo dispuesto en la cláusula 20 del PCAP.

Tal como consta en los hechos expuestos la Mesa de contratación apreció determinadas omisiones en la documentación presentada dentro del plazo límite señalado en los anuncios de licitación y concedió plazo para su subsanación. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el PCAP y en la normativa de contratación. En cuanto a la posibilidad de subsanar, la tendencia generalizada que marcan tanto la Jurisprudencia como los informes de las Juntas Consultivas de Contratación es la de la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación. Así el informe 10/2003 de la JCCE señala que:

"Se trata de permitir subsanar deficiencias en los documentos aportados u omisiones documentales, pero sin que esto suponga alterar las condiciones comunes de participación en la licitación, como son la existencia de los requisitos legales exigidos en el periodo de presentación de proposiciones".

Para valorar la cuestión planteada, es preciso partir del criterio pronunciado en numerosas ocasiones por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCE -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-), indicando que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación.

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 RGLCAP, 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. La Comisión de Contratación Administrativa de Andalucía en la Recomendación 4/2001, de 22 de marzo, considera subsanables, entre otros defectos, *“la falta de aportación de declaraciones responsables sobre circunstancias que han de concurrir en el licitador, como pueden ser las referidas al cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social”*.

Tal como señala el informe del órgano de contratación en lo que a las limitaciones temporales del régimen de subsanabilidad se refiere, se debe ponderar en función de una doble limitación temporal, que obtiene su fundamento sobre la base de los principios generales de derecho de la preclusión de los plazos (procesales), el de igualdad y el de publicidad. La primera limitación temporal se encuentra en el plazo de subsanación del artículo 81 del RGLCAP. En el expediente que nos ocupa, este precepto legal ha sido cumplido por la Mesa de contratación, concediendo el plazo de tres días hábiles señalados en los correspondientes requerimientos notificados y que así constan en el expediente. Y a cuyo requerimiento la empresa recurrente Kluh Linaer España, S.L. respondió aportando nueva documentación administrativa el día 16 de noviembre de 2012.

La segunda limitación temporal se refiere a la fecha que debe tener la documentación que se presenta para la subsanación, la cual debe tener fecha igual o anterior a la última fijada para la presentación de ofertas por los licitadores, para garantizar la premisa del trato igualitario y no discriminatorio del artículo 139 del TRLCSP.

En este sentido se pronuncia la JCCE en el informe 18/2010 de 24 de noviembre con cita del 47/2009, de 1 de febrero de 2010 en el que expresa *“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”*. Y en referencia a los “defectos subsanables en la declaración responsable de no estar incurso en las prohibiciones de contratar”, el Informe 9/06, de 24 de marzo, de la misma Junta concluye que:

“b) Aplicando los criterios de la Junta Consultiva, habrá de acreditarse que la fecha de la declaración responsable sea igual o anterior a la fecha de presentación de la proposición, pues si es posterior no se cumpliría la exigencia de que el requisito –la declaración responsable- existía aunque no su acreditación”.

Hay que concluir, por tanto, que por todo lo expuesto este Tribunal considera ajustada a derecho la decisión de la Mesa de Contratación de excluir a la empresa Kluh Linaer España, S.L. del procedimiento de contratación porque aunque aportó documentación en el plazo de subsanación concedido por la Mesa de contratación, ésta llevaba fecha de 15 de noviembre de 2012, por lo que esta documentación estaba fuera del plazo de presentación de ofertas que concluyó el día 12 de noviembre de 2012 y no acredita que las declaraciones existían a tal fecha, en igualdad de condiciones con los demás licitadores.

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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por Don F.D.S., en nombre y representación de KLUH LINAER ESPAÑA, S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 19 de noviembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del "Servicio de limpieza del edificio sede del Área de Gobierno de Urbanismo y Vivienda" del Ayuntamiento de Madrid, nº de expediente: 300/2012/001339.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 10 de enero.

Cuarto.- 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.