

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por Don J.J.M.R., en calidad de Administrador Único de la Empresa AEBIA Tecnología y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende, de fecha 29 de julio de 2013, por el que se acuerda excluir a la UTE FEDECAM-AEBIA por no acreditar la solvencia técnica de la licitación del contrato denominado "Apoyo a Madrid Emprende para la gestión y desarrollo del Vivero de Empresas de Carabanchel", nº expediente 300/2013/000673, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de julio de 2003 fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria del Gerente de la Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende, para la licitación, mediante tramitación ordinaria, procedimiento abierto y pluralidad de criterios, del contrato denominado "Apoyo a Madrid Emprende para la gestión y desarrollo del Vivero de Empresas de Carabanchel". El valor estimado del contrato alcanza 641.257,58 euros.

Segundo.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación, establece en el apartado 12 de su Anexo I los medios seleccionados por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica o profesional en este contrato y la documentación que deben aportar los licitadores para acreditar que cumplen dicha solvencia:

“Acreditación de la solvencia técnica o profesional:

(...)

Artículo 78 apartado e): Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

Requisitos mínimos de solvencia: En relación con el equipo de trabajo, se acreditará: El equipo técnico encargado de la realización del trabajo estará integrado como mínimo por: un director, un técnico asesor y dos administrativos. (...) Los administrativos tendrán estudios secundarios y contarán con experiencia profesional en trabajos similares de, al menos, un (1) año. En todos los casos se acreditará mediante la presentación de los correspondientes títulos universitarios homologados (para la titulación), y del currícula vitae (para la experiencia profesional). Asimismo, se acreditará mediante certificado, que al menos una de las personas que forman parte del equipo técnico, estén habilitados por el CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresas) para poder gestionar la creación de empresas telemáticamente”.

Asimismo el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece en su apartado 3:

“3.- EQUIPO DE TRABAJO

La empresa encargada de la realización del proyecto aportará un equipo de trabajo que desarrollará sus actividades en la sede del Vivero, integrado como mínimo por: un director, un técnico asesor y dos administrativos.”

La UTE FEDECAM-AEBIA presentó, como acreditación de la solvencia técnica exigida una declaración responsable señalando el equipo técnico que se encargará de la realización del trabajo: un director, un asesor técnico y un administrativo. Se adjuntan los correspondientes títulos y el curriculum vitae, acreditativos de la titulación exigida y de la experiencia profesional respectivamente.

El 29 de julio de 2013 se reúne la Mesa de Contratación de la Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende para proceder a la calificación previa de la documentación administrativa presentada, acordando la exclusión del procedimiento de la UTE FEDECAM-AEBIA, dado que el equipo técnico de trabajo ofertado para la realización del trabajo no se ajusta a los requisitos mínimos de solvencia profesional establecidos en el apartado 12 del Anexo I del Pliego dado que el equipo de trabajo está integrado por un solo administrativo cuando son exigibles dos.

Con fecha 31 de julio de 2013, se notificó por escrito la exclusión a la UTE FEDECAM-AEBIA por los motivos citados anteriormente.

Tercero.- El 7 de agosto de 2013, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso interpuesto por D. J. J. M. R., en calidad de Gerente único de la UTE FEDECAM- AEBIA, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende, de fecha 29 de julio de 2013, por el que se acuerda excluir a la recurrente de la licitación del contrato y en el mismo se solicita que se ordene la reposición del procedimiento al momento en que fue cometida la infracción y se proceda a la retroacción de las actuaciones al momento de la calificación de la documentación administrativa, requiriendo a la UTE FEDECAM-AEBIA la subsanación de la solvencia técnica.

El mismo día fue remitido al órgano de contratación para remisión del expediente y su informe. Junto con dicha comunicación se adjuntó la Resolución 1/2013 de la Presidenta del Tribunal por la que se suspende la tramitación de los Recursos Especiales

en materia de contratación durante el mes de agosto al no ser posible, dada la composición de aquél, contar con el quórum suficiente para resolver los recursos planteados.

Dicho recurso fue reformulado el 9 de agosto, por el mismo representante, ahora en calidad de Administrador Único de la Empresa AEBIA Tecnología y Servicios, S.L

Cuarto.- El órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), que fueron recibidos el día 27 de agosto.

El informe concluye que el recurso debe ser desestimado porque no se trata de un defecto u omisión de la documentación que pueda ser subsanable, puesto que existe una declaración responsable por parte del licitador en el que establece de forma fehaciente el equipo de trabajo que va a asignar a la ejecución del contrato, por lo que lógicamente será sobre este equipo sobre el que habrá realizado su análisis de costes para efectuar su oferta económica.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso a los restantes interesados en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de alegaciones de la UTE ATA, ASALMA, UPTA y FECOMA (UTE VESA) en la manifiesta que entiende que no procede la subsanación de la solvencia técnica por cuanto nos encontramos ante una clara causa de exclusión y no ante un acto subsanable. Cita al respecto el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referente al reconocimiento por el licitador de que la proposición adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable lo que determina que sea desechada por la mesa. Asimismo considera que la posibilidad del trámite de

subsanción conllevaría no una corrección de la oferta presentada sino una modificación de forma sustancial de la misma al admitir hechos inexistentes en la propuesta inicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Se acredita en el expediente la legitimación para interponer recurso especial en materia de contratación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Como se ha indicado en el relato fáctico de la presente resolución, el recurso se presentó inicialmente por el representante en calidad de gerente de la UTE. No obstante dicha UTE no está constituida existiendo únicamente un compromiso de constitución. El recurso fue firmado el 9 de agosto en representación de la empresa AEBIA que concurre en compromiso de UTE. Como ya tiene señalado este Tribunal, no es obstáculo para admitir la legitimación activa de los recurrentes el hecho de que presenten el recurso por sí solos, aún en el caso de que hubieran concurrido a la licitación con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas. Y ello porque el sentido amplio que el artículo 42 del TRLCSP da al concepto de legitimación permite entender que siempre que los derechos o intereses legítimos de una entidad resulten afectados por la resolución, incluso aunque sólo lo sean parcialmente, ésta resultará legitimada para interponer el recurso.

También resulta acreditada la representación para interponer el recurso especial.

Segundo.- El acuerdo de exclusión fue notificado el 31 de julio y presentado el recurso el 9 de agosto. Por tanto, la interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.b) del TRLCSP.

Tercero.- El recurso se interpone contra la exclusión de la licitación de un contrato de servicios clasificado en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 641.257,58 euros, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.b y 2.c) del TRLCSP.

Cuarto.- La Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende, es un organismo autónomo, dotado de personalidad jurídica pública, adscrito al Área competente en materia de economía del Ayuntamiento de Madrid, que a efectos de contratación tiene la consideración de Administración Pública (artículo 3.2 del TRLCSP).

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.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la exclusión de la UTE de la que forma parte la recurrente, por los motivos que le fueron notificados, es ajustada a derecho o si procede como se solicita en el recurso la concesión de plazo para la subsanación de los defectos de la documentación aportada para acreditar la solvencia técnica o profesional exigible según el PCAP.

Tal como consta en los antecedentes, entre los requisitos de solvencia técnica o profesional figura que el equipo de trabajo estará integrado como mínimo por dos administrativos que tendrán estudios secundarios y contarán con experiencia profesional en trabajos similares de, al menos, un año. En todos los casos se acreditará mediante la presentación de los correspondientes títulos universitarios homologados (para la titulación), y del curricula vitae (para la experiencia profesional).

En el sobre de la documentación administrativa, la UTE presentó una declaración responsable de los curriculum presentados de cada una de las personas que formarán el

equipo técnico que se encargará de la realización del trabajo, a la que se adjuntan las titulaciones y el curriculum vitae que, tal como se reconoce en el escrito de recurso, no cumplía con todos los requisitos señalados en el PCAP, ya que se relacionó un equipo de trabajo formado por un director, un técnico asesor y un administrativo, y no dos administrativos como así se pedía, omitiendo por tanto la titulación y curriculum correspondientes al mismo.

Según alega la recurrente, la Mesa de contratación ha incumplido lo preceptuado en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), excluyendo directamente a la UTE FEDECAM AEBIA sin otorgarle la posibilidad de subsanar el error u omisión detectado a la hora de acreditar la solvencia técnica o profesional.

Considera el informe del órgano de contratación que no se trata de un defecto u omisión de la documentación que pueda ser subsanable, puesto que si se hubiese dado posibilidad de subsanación y el licitador hubiese completado el equipo de trabajo recogido en la documentación administrativa, procediéndose a la admisión de su oferta, se rompería el principio de igualdad con el resto de los licitadores, puesto que estos desde el principio habrán presentado su oferta económica teniendo en cuenta los requisitos mínimos de solvencia profesional establecidos en el PCAP, es decir: un director, un técnico asesor y dos administrativos, siendo lógicamente la oferta económica de la UTE FEDECAM-AEBIA inferior, dando como mínimo la posibilidad de la existencia de baja temeraria por su parte.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22.1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde a la Mesa de contratación la función de calificar los documentos acreditativos de la solvencia de los licitadores, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación.

En cuanto a la subsanación de defectos de la documentación acreditativa de la solvencia se ha de partir de lo dispuesto en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: *“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”*.

La subsanación de “defectos u omisiones” en la documentación presentada por los licitadores constituye un trámite que con frecuencia origina dudas interpretativas en el procedimiento de contratación, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado habrá de apreciarse en cada caso sobre la base de que los mismos se refieran a la falta de acreditación del requisito de que se trate y no a su cumplimiento.

En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, por los órganos consultivos de contratación administrativa, en diversos informes, como criterio general orientativo, teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables, se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere a “los defectos u omisiones subsanables” en la “documentación presentada”, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

Es doctrina reiterada y consolidada del Tribunal Supremo insistir en las posibilidades subsanadoras para evitar la limitación de la concurrencia pues considera que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos.

En este sentido se pronuncia el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid 2/2012, de 22 de febrero, sobre posibilidad de subsanación de solvencia técnica, que concluye que *“la posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP”*.

El artículo 78.e) del TRLCSP, utilizado por el órgano de contratación para el establecimiento de los requisitos de titulación y experiencia que figuran en el PCAP como criterios de solvencia técnica o profesional, distingue entre las titulaciones del empresario y personal directivo de la empresa y del personal responsable de la ejecución del contrato. Mientras la primera ofrece una valoración global o en abstracto de la solvencia técnica del licitador la segunda implica una obligación de afectar de manera efectiva y directa las personas designadas como responsables de la ejecución del contrato.

Con carácter general la solvencia es un término referido a la capacidad o aptitud, bien económico-financiera, bien técnica de la empresa en relación con el objeto del

contrato, de manera que se trata de un concepto atinente no al propio objeto del contrato sino de la empresa que lo va a ejecutar. Así la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06 (Dimos Alexandroupolis), señala *“Por consiguiente, se excluyen como criterios de adjudicación aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa sino que están vinculados, en esencia a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”*.

Resulta, a la vista de los antecedentes de hecho, que la composición del equipo de trabajo es una prescripción técnica exigible para la ejecución del servicio según el PPT y que el PCAP señala que los títulos y curriculum del personal que lo integra se configuran como criterio de solvencia. Debe por tanto determinarse el alcance y naturaleza de tales condiciones, porque de ello deriva directamente el tratamiento que debe darse a su acreditación y por tanto determina la adecuación o no a derecho de la actuación de la Mesa de contratación.

Los medios técnicos y personales forman parte de la propuesta presentada por los licitadores y por tanto del contrato. De ahí que exista una obligación de mantenerlos durante el tiempo de ejecución, obligación que los pliegos o el documento contractual puede otorgarle el carácter de esencial a efectos de prever la resolución contractual o bien establecer penalidades motivadas en el incumplimiento contractual.

En cuanto a la posibilidad de subsanación es criterio consolidado que la falta de acreditación o la acreditación defectuosa no es causa suficiente para inadmitir la proposición, sin embargo no será subsanable la falta del nivel de solvencia que directamente se puede apreciar de la documentación acreditativa.

Eso es lo que ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa. La documentación de la recurrente incorpora una declaración responsable del equipo que se adscribirá a la ejecución del servicio y la titulaciones y curriculum correspondientes a los designados en

la declaración. Dicha documentación es coherente entre sí en cuanto acredita la solvencia del equipo propuesto, es decir no carece de omisión o defecto subsanable, no se da el supuesto de omisión de documentación acreditativa de titulación o solvencia de alguno de los miembros propuestos ni insuficiencia en la misma que conduzca a la necesidad de conceder trámite de subsanación. Sin embargo dicha declaración manifiesta una voluntad de asignar un equipo que directamente acredita tanto la insuficiencia del nivel de solvencia exigido como el incumplimiento del requisito exigible según el apartado 3 del PPT. No se trata de un error o defecto material en la documentación presentada que impida tener en cuenta ofertas potencialmente ventajosas sino de la manifestación o evidencia de una insuficiencia de lo presentado. La concesión de un trámite de subsanación cuando la documentación no adolece de defecto u omisión subsanable sería contraria al principio de igualdad pues permitiría que en este momento ofertas de empresas que deberían ser excluidas puedan verse mejoradas adecuándose, o no, según su conveniencia, al requisito de solvencia y del PPT.

A ello cabe añadir, respecto de la aducida obligación de subsanación, que si bien es cierto que el artículo 81.2 del RGLCAP, prevé la subsanación de la documentación presentada que contuviera defectos u omisiones, en el presente caso tal y como venimos diciendo, de la documentación aportada por la recurrente no se aprecia la existencia de un defecto subsanable, sino tan solo el incumplimiento de las condiciones de solvencia exigidas por el PCAP y condiciones técnicas del PPT.

El error u omisión detectado por la Mesa de Contratación en la acreditación de la solvencia técnica presentada por la UTE FEDECAM AEBIA, no incluir en la declaración responsable ni aportar documentación de un administrativo de los dos señalados en el Pliego, no es susceptible de subsanación, siendo su exclusión ajustada a Derecho, lo que determina la desestimación del recurso.

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 Don J.J.M.R., en calidad de Administrador Único de la Empresa AEBIA Tecnología y Servicios, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Agencia de Desarrollo Económico Madrid Emprende, de fecha 29 de julio de 2013, por el que se acuerda excluir a la UTE FEDECAM-AEBIA por no acreditar la solvencia técnica de la licitación del contrato denominado "Apoyo a Madrid Emprende para la gestión y desarrollo del Vivero de Empresas de Carabanchel", expediente nº 300/2013/000673.

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.