

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

Resolución nº 265/2018

En Madrid, a 13 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación formulado por doña A.S.M., en nombre y representación de Delfo, Desarrollo Laboral y Formación, S.L. (Delfo), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 20 de junio del 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del lote 1 del contrato “Servicio de apoyo psicológico en la intervención social de los servicios sociales de atención social primaria del Distrito de Villaverde”, número de expediente: 300/2017/01643, este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 5 de enero de 2018 se publicó en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid y en el BOCM el anuncio de licitación del contrato “Servicio de apoyo psicológico en la intervención social de los servicios sociales de atención social primaria del Distrito de Villaverde” dividido en dos lotes, contrato público de servicios sociales, de salud y conexos a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un plazo de ejecución de 12 meses prorrogable hasta un máximo de 24, con un valor estimado de 285.454,54 euros.

Segundo.- A la licitación del Lote 1 “Programa de promoción de buen trato a las personas mayores en el ámbito intrafamiliar y comunitario” del contrato de referencia se presentaron tres empresas entre ellas la recurrente, que resultó propuesta como adjudicataria el 10 de mayo de 2018, tras excluir de la licitación la Mesa de contratación a la empresa Ikebana que había sido inicialmente propuesta como adjudicataria, el 5 de marzo de 2018, debido a la justificación de la solvencia técnica y profesional presentada.

Examinada la documentación administrativa presentada por la empresa recurrente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 151.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), la Mesa de contratación constata el 13 de junio que la documentación presentada por Delfo se refiere al año de mayor ejecución

2014, cuando conforme a lo dispuesto en los pliegos debía ser la del año de mayor facturación que fue el 2015. En consecuencia, el 14 de junio se le vuelve a requerir la documentación, comprobando la Mesa que la mercantil no alcanza a cubrir la solvencia exigida para el lote (72.727,25 €), habida cuenta que presenta un certificado de 26.525,46 € y un informe de 56.148 € suscrito por el Jefe de Sección de Personas Mayores, de la Delegación de Bienestar Social y Personas Mayores del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, que no se admite al no venir suscrito por un fedatario público.

La Mesa de contratación el 20 de junio de 2018 acuerda excluir de la licitación a Delfo, por no acreditar la solvencia técnica o profesional exigida en el apartado 12 del Anexo I de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, y proponer como adjudicatario del lote 1 a la siguiente empresa en puntuación Arje Formación S.L.U.

Tercero.- Con fecha 6 de julio de 2018 Delfo ha interpuesto recurso especial en materia de contratación solicitando se acuerde la anulación de su exclusión de la licitación y se proceda a la admisión de la documentación presentada por la empresa acreditativa de su solvencia técnica. Asimismo solicita la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato en tanto se sustancia el recurso, dado el perjuicio evidente que pudiera ocasionar a la empresa, de difícil o imposible reparación, si llegara a producirse la adjudicación del contrato de referencia.

Por su parte el órgano de contratación, en el informe preceptivo establecido en el artículo 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), recibido junto con el expediente el 12 de julio, no se pronuncia sobre la medida cautelar de suspensión, y afirma que no puede admitirse como acreditación de la solvencia técnica de la empresa un informe suscrito por el Jefe de Sección de Personas Mayores, de la Delegación de Bienestar Social y Personas Mayores del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, al no venir suscrito por un fedatario público.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la empresa propuesta adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que transcurrido el plazo se haya recibido ninguna.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo de 11 de julio de 2018 de este Tribunal sobre adopción de medidas provisionales, debido al estado de tramitación del expediente considerando que no se debe adjudicar el contrato con anterioridad a la resolución del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

El expediente de contratación se rige por el TRLCSP, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un licitador excluido “cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto de recurso”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo se acredita la representación con que actúa la firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 20 de junio de 2018, e interpuesto el recurso el 6 de julio de 2018 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto de trámite cualificado adoptado en el procedimiento correspondiente a un contrato de servicios cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El recurso presentado se basa en un único motivo de controversia que es la incorrecta exclusión de la recurrente por no presentar lo requerido por el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica o profesional conforme al apartado 12 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Interesa conocer a los efectos de la resolución del recurso lo que establece el PCAP, al regular las características del contrato, en el apartado 12 del Anexo I sobre la acreditación de la solvencia técnica o profesional exigida:

“La solvencia técnica o profesional tiene carácter acumulativo.

1) Artículo 78.1 del TRLCSP apartado: a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos cinco años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serán comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

Requisitos mínimos de solvencia: Se considerará acreditada esta solvencia por aquellas empresas que hayan realizado durante los cinco últimos años (2013-2014-2015-2016-2017), servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato o del lote al que se licita. Los empresarios deberán acreditar que, en el año de mayor facturación, los servicios ejecutados de igual o similar naturaleza al objeto o del lote al que se licita, alcanzan como mínimo la cuantía del presupuesto base de licitación del lote. Si se licitan a más de un lote deberán alcanzar la suma del presupuesto base de licitación de cada uno de los lotes a los que se presenta. Se aportará relación de los trabajos en servicios de igual o similar naturaleza al objeto del contrato, realizados en ese año de mayor ejecución, así como importes, fechas y beneficiarios públicos o privados, suscrita por el representante legal de la empresa.

La acreditación de dichos trabajos se realizará mediante certificados emitidos por una entidad pública; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario. En el caso de aportar declaración, deberá explicarse los motivos por los que no puede aportarse certificado.”

La recurrente se opone a la decisión recurrida toda vez que los documentos aportados acreditan la solvencia técnica y responden a los criterios exigidos en pliegos: son proyectos de similar naturaleza al objeto del lote al que se licita, superan la cuantía del presupuesto base de licitación del lote, en los mismos consta el importe, la fecha, los beneficiarios y el objeto del contrato y han sido desarrollados con el visto bueno de las diferentes administraciones públicas, estando firmados por responsables de los servicios sociales o de mayores. La forma del documento del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes no altera la eficacia de su contenido cuyo valor deriva de lo declarado en el mismo y de quién lo declara y no de su denominación. Se trata de un documento emitido por la Jefa de Sección de Personas Mayores del Ayuntamiento donde se

expone con claridad todas las actuaciones realizadas en los años 2014, 2015 y 2016 del Servicio de Actividades Preventivas, de apoyo social, psicológico y de ocupación del ocio y tiempo libre dirigido a personas mayores.

Asimismo alega Delfo que los documentos de acreditación de la solvencia de la empresa ha sido admitida por la Administración Pública en otras licitaciones, sin estar sujeta a la formalidad estricta de su denominación como certificado y venir firmados por diferentes cargos públicos, aportando diferentes documentos acreditativos emitidos por el Ayuntamiento de Madrid donde aparecen un “Hace Constar”, “Informe” en lugar de “Certificado” y venir firmados por Jefas de Departamento, Jefas de Sección, Jefas de Unidad, y Directores Generales, habiéndose aportado a distintas licitaciones sin problema alguno. No se entiende el criterio restrictivo de la Mesa de contratación al rehusar admitir el documento del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes cuando el propio Ayuntamiento de Madrid y sus diferentes Distritos no sólo emiten documentos similares para acreditar la buena ejecución de los trabajos desarrollados por la empresa, sino que además los admiten en sus licitaciones y en base a ellos adjudican los contratos.

El órgano de contratación afirma que no se acredita suficientemente la realización de los trabajos al no constar como certificado, indicando que conforme al artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL) son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones Locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a Funcionarios con Habilitación de Carácter Nacional, entre otras, las de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. Solo se puede ejercer la función de fedatario local, cuando se reúnen las condiciones de ser funcionario con Habilitación de carácter Nacional. La certificación ha sido definida por el Fiscal de Sala del Tribunal Supremo como el “documento en el que bajo la fe y palabra de la persona que la autoriza con su firma, se hace constar un hecho, acto o cualidad, a fin de que pueda surtir los correspondientes efectos jurídicos”. Así pues, la certificación, como documento solemne en lo sustancial y en lo formal, tiene rango de documento público (artículo 1.216 del C.C.). En definitiva, la certificación es la verdad legal y es el objeto de la denominada “potestad certificante” que en la Administración Local está atribuida al fedatario del Ayuntamiento por expresión de la ley y por la propia naturaleza del cargo.

Comprueba el Tribunal que en la documentación del expediente consta el cumplimiento del requisito mínimo de solvencia exigido en el PCAP, informe de haber realizado a satisfacción de la Concejalía de Bienestar Social del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes, servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del lote al que se licita, en los términos y condiciones que indica la recurrente, si bien la acreditación no se efectúa mediante certificado, como exige el órgano de contratación y prevé el PCAP.

Conviene reiterar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido

y también a los órganos de contratación en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Del análisis del expediente y del informe emitido se desprende que el órgano de contratación no discute la solvencia técnica de la empresa sino la validez de acreditarla por medio de un documento firmado por persona no competente para ello, por lo que nos encontramos, ante un defecto formal de la documentación administrativa que este Tribunal en sintonía con la jurisprudencia y la doctrina viene considerando subsanable.

Conforme al principio antiformalista que debe regir la contratación y a la vista de lo dispuesto en los artículos 81.2 y 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), cabe subsanar, aclarar o completar las ofertas presentadas en un procedimiento de licitación, dado que respectivamente prevén que si la mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados, concediendo un plazo no superior a tres días hábiles para que los corrijan o subsanen, sin que el cambio u omisión de algunas palabras del modelo sea causa suficiente para el rechazo si ello no altera su sentido.

Asimismo, el artículo 52.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que resulta aplicable subsidiariamente a los procedimientos de contratación en virtud de lo dispuesto en la disposición final tercera del TRLCSP, prevé que si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

Además hay que resaltar el criterio, sobre la existencia de defectos subsanables, reiteradamente mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en sus informes (25/02, de 17 de diciembre, 35/02, de 17 de diciembre, 48/02, de 28 de febrero de 2003, 27/04 y 36/04, de 7 de junio, 51/06, de 11 de diciembre o 23/08, de 29 de septiembre) donde manifiesta que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

Como dictamina la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por

simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.

Abundando en los argumentos relativos a la subsanación cabe mencionar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en diversos informes (2/2012, de 22 de febrero, sobre posibilidad de subsanación de solvencia técnica, y 6/2009 de 6 de noviembre, sobre subsanación de defectos en la proposición económica), así como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, han manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos u omisiones en la documentación que ha de acompañar a las proposiciones de las empresas, indicando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la Ley y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista. Asimismo, 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 literal de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia. La Ley establece las normas reguladoras de la presentación de las proposiciones, sin incluir criterios respecto a los defectos que puedan presentar las proposiciones ni su posible subsanación. Tampoco el 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 (RDPLCSP) introduce criterios de subsanación limitándose a citar en su artículo 22 b) como una de las funciones de las Mesas de contratación, la de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por tanto, para analizar la posibilidad de subsanación o rechazo de las proposiciones defectuosas hay que acudir a lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en vigor en cuanto no sea contrario a lo dispuesto en la Ley y en su norma de desarrollo parcial. De la regulación reglamentaria de la subsanación de defectos u omisiones se desprende claramente que la concesión del plazo de subsanación no es una facultad de la Mesa sino un trámite de obligado cumplimiento, siempre que los defectos u omisiones en la documentación presentada sean subsanables. No obstante, sigue siendo competencia de la Mesa apreciar que defectos son subsanables o no, puesto que la normativa no lo determina expresamente. Esta Comisión Permanente ha manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos en anteriores informes, entre los que cabe citar los siguientes: 3/2009, de 10 de junio; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 mayo, o 4/2007, de 31 de mayo.

A estos efectos es interesante recordar, como ha manifestado este Tribunal en diversas Resoluciones (200/2017, de 5 de julio de 2017, 28/2017, de 1 de febrero) que uno de los principios fundamentales que rige el procedimiento de la licitación pública es el de igualdad entre los licitadores, en aras a garantizar la máxima transparencia y la concurrencia de los licitadores en igualdad de oportunidades. Los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos, enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. La Mesa de contratación que según el artículo 22.b) del RDPLCSP tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

Sin perjuicio de lo anterior resulta conveniente mencionar que el artículo 28.2 de la LPACAP, establece respecto a los documentos aportados por los interesados al procedimiento administrativo que no estarán obligados a aportar los “que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.”

No cabe desconocer además de todo lo anterior, que la exigencia de certificado para acreditar la ejecución de los contratos, no tiene otra finalidad que probar documentalmente que las prestaciones se han ejecutado de conformidad, siendo el personal técnico encargado del seguimiento de la ejecución del servicio el que está en condiciones de aseverar tal circunstancia, sin perjuicio de que sobre la base de su informe previo en el supuesto que nos ocupa el Secretario emita o vise el certificado correspondiente. A ello cabe añadir la dificultad en muchas ocasiones de obtener tales certificados, así como la utilización y aceptación generalizada de los informes emitidos por las unidades competentes para acreditar la ejecución de los trabajos, incluido el propio Ayuntamiento de Madrid.

Por otra parte, dado el principio antiformalista del procedimiento administrativo y la tendencia a la simplificación y economía procedimental de la contratación pública, la acepción certificado bien se puede interpretar en el sentido común del término referido a un tipo de texto administrativo empleado para constatar un determinado hecho, o como recoge la Real Academia Española para fijar, señalar con certeza, asegurar,

afirmar, dar por cierto algo, o dicho de una autoridad competente, hacer constar por escrito una realidad de hecho.

Por último cabe indicar, que si bien es cierto que en el caso que nos ocupa ya se ha concedido un primer trámite de subsanación en relación con la anualidad a acreditar, sin embargo no se comunicó la existencia de defecto alguno en la forma de acreditación por lo que tratándose de una formalidad, en tanto en cuanto lo que se certifica es la realización de un servicio, el certificado necesariamente debe basarse en el informe emitido, y pudiendo haberse generado indefensión al recurrente, y apreciando que no existe un defecto sustancial de falta de solvencia técnica, este Tribunal considera que debe admitirse la prueba presentada para acreditar la solvencia de la recurrente, por economía procedimental.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación formulado por doña A.S.M., en nombre y representación de Delfo, Desarrollo Laboral y Formación, S.L, anulando el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 20 de junio de 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del Lote 1 “Programa de promoción de buen trato a las personas mayores en el ámbito intrafamiliar y comunitario” del contrato “Servicio de apoyo psicológico en la intervención social de los servicios sociales de atención social primaria del Distrito de Villaverde”, número de expediente: 300/2017/01643, anulando su exclusión del procedimiento de licitación del contrato.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato que fue adoptada por este Tribunal mediante acuerdo de medidas provisionales de 11 de julio de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.