

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 435/2016

Recurso nº 391/2016

Resolución nº 435/2016

En Madrid, a 03 de junio de 2016.

VISTO el recurso presentado por D. E. T. G. y D. JL. A.V., en nombre y representación, mancomunadamente, de la UTE BZT (BSD-TÉCNICOS ASOCIADOS INFORMÁTICA SAU GLOBAL TMS), contra la Resolución de 25 de abril de 2016 por la que se le excluye del proceso de licitación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, tramitado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, con número de expediente nº 24/15, "Acuerdo Marco para los Servicios de Desarrollo de Sistemas de Administración Electrónica (AM 26/2015)", este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La convocatoria de la licitación que nos ocupa fue anunciada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 11 de diciembre de 2015 y en el Boletín Oficial del Estado el 19 de diciembre de 2015, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2015, siendo su valor estimado de 368.000.000,00 €.

En la cláusula XI del PCAP se establece que toda la documentación deberá presentarse en originales o copias debidamente legalizadas.

Segundo. Tras los trámites oportunos, la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Centralizada, en sesión celebrada el 2 de febrero de 2016, acordó, entre otros extremos, requerir a los licitadores

seleccionados –entre los que se hallaba la recurrente- para que, en el plazo máximo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hayan recibido el requerimiento, presentasen la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos y la documentación justificativa del artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

El 3 de febrero de 2016, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se procedió a hacer el requerimiento a la empresa recurrente, la cual accedió el 6 de febrero de 2016, como se acredita en el sello de tiempo de la Plataforma.

La Comisión Permanente, en sesión celebrada el 31 de marzo de 2016, procede a la calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos presentada por los licitadores propuestos como adjudicatarios, conforme a lo dispuesto en el PCAP y 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 (en adelante RLCSP).

Como consecuencia de dicho examen, la Comisión Permanente acordó, entre otros extremos, requerir a la recurrente, para que “dentro del plazo de tres días hábiles contados desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, se SUBSANEN o se APORTEN, en su caso, los documentos que se detallan a continuación:

- Personalidad y capacidad de obrar:

No se acredita la personalidad ni la capacidad de obrar de las empresas TECHNOLOGY MANAGED SERVICES, S.L. y BSDENTERPRISE ESPAÑA, S.L.

Por lo tanto, ambas sociedades deberán aportar escrituras de constitución, estatutos o acto fundacional en su caso, inscritas en el Registro Mercantil.”

Se señalaba como lugar de aportación el Registro General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

El 4 de abril de 2016, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se procedió a hacer el requerimiento de subsanación a la empresa recurrente, la cual accedió el 5 de abril de 2016, como se acredita en el sello de tiempo de la plataforma.

En el expediente constan, en cumplimiento de tal requerimiento, escrituras aportadas en fotocopia, con inscripción manuscrita ilegible al margen.

Tercero. La Comisión Permanente, en sesión celebrada el 25 de abril de 2016, procedió al examen de las subsanaciones presentadas, acordando, entre otros extremos excluir de la licitación a la recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1 b) del TRLCSP, puesto que no acredita las condiciones de aptitud exigidas en la cláusula VII del PCAP relativas a la personalidad y capacidad de obrar. Así, se dice que en fase de subsanación de documentación, se aportan las escrituras de constitución de ambas sociedades en fotocopia simple, cuando en la cláusula XI del PCAP se establece que toda la documentación deberá presentarse en originales o copias debidamente legalizadas.

El 27 de abril de 2016, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, se procedió a notificar el acuerdo de exclusión a la empresa recurrente, accediendo el mismo día, como se acredita en el sello de tiempo de la Plataforma.

Cuarto. Con fecha 13 de mayo de 2016 se interpone este recurso en el que se alega que dicho requerimiento no era necesario para determinar la personalidad y capacidad de obrar, puesto que se había aportado, y así consta en el expediente, la escritura pública de constitución de la UTE BZT en la que el Notario ya había efectuado el juicio de suficiencia relativo a la capacidad de obrar y personalidad de las dos empresas anteriormente mencionadas. Pero que, en todo caso, la UTE BZT atendió el requerimiento en tiempo y forma, puesto que "en fecha 6 de abril de 2016, D. Enrique Borrego García, acompañado de D. Roberto Schuitemaker se personaron, previa gestión telefónica en la que les indicaron expresamente como debían proceder, el Registro de la Junta de Contratación Centralizada con las escrituras originales de ambas empresas y copia de las mismas para que se procediera a su "compulsa". En ese acto se exhibieron las escrituras originales y su fotocopia a dos funcionarias que indicaron que se iba a proceder a su compulsión y facilitaron un formulario para su aportación. Se acompaña como documento número 3 el formulario que se cumplimentó con su sello de entrada. Como es de ver se hizo constar, según se indicó por las propias funcionarias que se "aportaban escrituras de constitución de ambas empresas como respuesta a la solicitud de la Junta de Contratación Centralizada".

En todo momento se aseguró a D. Enrique y D. Roberto que se había dado cumplimiento al trámite. E insistimos, éstos procedieron exactamente de la forma que se les había indicado previamente por teléfono.

Se acompaña como documento número 4 declaración jurada de ambas personas que corroboran lo manifestado.

A mayor abundamiento, y sin perjuicio, reiteramos, de que se había llevado tanto originales como fotocopias para su compulsión (no se entendería sino qué sentido tendría ir en persona al Registro para aportar una "mera fotocopia") aportamos como documentos números 5 a 8 copias testimoniadas de las escrituras...."

Solita que se anule su exclusión, y que sea admitida a todos los efectos.

Quinto. El órgano de contratación informa que quedaba plenamente motivada la procedencia del requerimiento de subsanación practicado, al no haber aportado dos de las empresas que componen la UTE, concretamente las sociedades TECHNOLOGY MANAGED SERVICES, S.L. y BSD ENTERPRISE ESPAÑA, S.L., la documentación que acreditara la personalidad y capacidad de obrar, a los efectos de determinar si las prestaciones objeto del acuerdo marco están comprendidas entre los fines, objeto y ámbito de actividad de dichas empresas.

En cuanto a la forma de presentación, recuerda el valor vinculante de los pliegos, en que se señalaba el modo en que debían presentarse, de modo que la presentación en fotocopia simple no cumple con lo dispuesto en la cláusula XI del PCAP en lo referente a la forma de presentación de la documentación acreditativa de requisitos previos. Y, en cuanto a la pretendida compulsión, "de acuerdo con lo establecido en las normas sobre las oficinas de registro, relativas a la compulsión de documentos, la diligencia de compulsión debe incluir el sello oficial y el lugar, fecha, firma y nombre del funcionario; siendo por tanto la compulsión un dato concreto objetivo que no puede ser en ningún caso objeto de interpretación por parte de la Comisión Permanente." Añade que "En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en las normas de funcionamiento de la Comisión Permanente y del clausulado de los pliegos reguladores del procedimiento, el único hecho constatable por parte de la Comisión Permanente es que no se aportaron las escrituras compulsadas, no pudiendo entrar a valorar la normativa que sea aplicable para su obtención, y máxime considerando que la aportación de la documentación solicitada a subsanar no es por sí misma, una situación de contenido ni alcance imposible."

Aludiendo, por último, al principio de igualdad entre licitadores.

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores el 23 de mayo de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por la recurrente como especial en materia de contratación, tratándose de un procedimiento de contratación sujeto a contratación armonizada, conforme al artículo 40 del TRLCSP.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. La recurrente estaría legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal previsto para ello (artículo 44 del TRLCSP).

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos, asimismo, a la conclusión de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. En cuanto al fondo, está de acuerdo este Tribunal con la necesidad de requerir la presentación de las escrituras correspondientes a las empresas que conformaban la UTE, pese a la labor calificadora del Notario en la escritura de constitución de la propia UTE.

Y ello, por cuanto el artículo 57.1 del TRLCSP señala que "Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios".

Y el artículo 24 del RGLCAP indica que "En las uniones temporales de empresarios, cada uno de los que la componen deberá acreditar su capacidad y solvencia conforme a los artículos 15 a 19 de la Ley y 9 a 16 de este Reglamento, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma, sin perjuicio de lo que para la clasificación se establece en el artículo 52 de este Reglamento".

Ya en nuestra Resolución 148/2011 sentamos en interpretación de estos artículos, y con cita de los informes de la JCCA Cat 8/2005, y de la JCCA Balear 11/2008, que "cada una de las empresas UTE debe acreditar su capacidad y solvencia, independientemente de la posible acumulación posterior", y que "todas las empresas que integran una UTE tienen que acreditar una relación directa o indirecta entre su objeto social y las prestaciones incluidas en el objeto del contrato".

Pues bien, esta acreditación exige un examen de los documentos en que conste el objeto social de cada empresa, puesto que el juicio notarial realizado sobre la escritura de constitución de la propia UTE no alcanza a estos extremos.

En definitiva, era procedente el requerimiento de subsanación.

Sexto. También está de acuerdo este Tribunal con el órgano de contratación en que la documentación debía presentarse conforme a lo dispuesto en el pliego, por ser éste, conforme doctrina notoria, ley del contrato, y por ser la única forma en que se acredita de forma plena la veracidad de los documentos notariales en que consisten. Si bien, sería admisible que quedase en poder del órgano no el original o la copia "legalizada" (hay que entender, según interpretación habitual en el uso jurídico, ex artículos 144 y 265 y siguientes del

Reglamento Notarial, copia notarial) presentados en el Registro, sino una fotocopia previa compulsada realizada en forma, aunque no se diga expresamente en el pliego. Por una parte, porque lo admite así implícitamente en su informe el órgano de contratación (aunque niegue la validez de la compulsada en este caso); y porque, en definitiva, si la compulsada se realiza por el propio registro del órgano destinatario (como dice aquí el recurrente), ello significa que la documentación requerida se ha presentado en forma (original o copia legalizada) y en el lugar requerido, si bien no se le pide al presentador que la deje allí depositada, sino que se le admite que deje en poder del órgano una copia simple, una vez cotejada, es decir, comprobada su concordancia con el original o con la copia legalizada.

Sentado lo anterior, el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, que desarrolla la Ley 30/1992, de supletoria aplicación a los procedimientos regulados en el TRLCSP, y regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro, señala en su artículo 8 que “El sello o acreditación de compulsada expresará la fecha en que se practicó así como la identificación del órgano y de la persona que expiden la copia compulsada.” De nuestra Resolución 1056/2015 resulta, “a sensu contrario”, que es de aplicación en el caso de que el órgano de contratación pertenezca a la Administración General del Estado, como nuestro caso.

Como señala el órgano de contratación, tales extremos no figuran cumplimentados en nuestro caso (tal y como señalamos en nuestro Antecedente Segundo “in fine”), por lo que la compulsada no puede considerarse válida, lo que impide que se tenga por acreditada la veracidad de la documentación subsanatoria que obra en el expediente.

Séptimo. Ahora bien, según el relato de la recurrente, el defecto en que incurre la documentación que llegó en definitiva a poder del órgano encargado de su calificación no le sería imputable, sino que habría sido inducido a que se realizase un cotejo inválido por el propio Registro del órgano de contratación. Si ello fuera cierto, entendemos que las consecuencias no podrían recaer sobre el licitador con la grave consecuencia de su exclusión, pues ello contradiría el principio de buena fe que debe regir la actuación de los poderes públicos, consagrado no solo en nuestra legislación civil (artículo 7 del Código Civil) y administrativa (artículo 3 de la aún vigente Ley 30/1992), sino en la Jurisprudencia de nuestros tribunales y del propio TJUE.

A efectos del razonamiento subsiguiente, debemos recordar nuestra tradicional doctrina sobre la interpretación antiformalista en la subsanación de documentación, siempre que no suponga modificación de

la oferta (lo que en este caso no se discute), y que el requisito que se pretende acreditar preexistiera al momento de la acreditación (como resultaría en nuestro caso si las escrituras presentadas son auténticas). Así, en la Resolución nº 122/2016 recordamos que “Al amparo de este principio antiformalista se han considerado subsanables, entre otros, defectos como la falta de acreditación de la suficiencia de los poderes de los representantes (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1973 y de 22 de noviembre de 1984, entre otras muchas, e informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 27/04, de 2 de junio de 2004), la falta de inclusión en la documentación administrativa de una garantía provisional constituida en fecha anterior a la de terminación del plazo de presentación de proposiciones, sobre la consideración de que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos, y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado 48/02, de 28 de febrero de 2003, entre otros), la inclusión del resguardo acreditativo de la constitución de la garantía provisional en un sobre distinto al exigido en los Pliegos (STS de 4 de octubre de 1994), la falta de acreditación del cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias (STS de 28 de septiembre de 1995 y de 28 de mayo de 2002), o la falta de firma de la proposición económica (STS de 6 de julio y 21 de septiembre de 2004).”

Pues bien, en nuestro caso, la cuestión se reduce a si resulta acreditado que, como relata la recurrente, sea imputable al Registro del órgano de contratación el hecho de que quedase depositada en el mismo, a efectos subsanatorios, fotocopias no compulsadas en forma. Y a la vista de sus manifestaciones, de la anotación manuscrita que hay en la documentación presentada, y de la evidencia de que no podía ser en su interés realizar la subsanación de forma inadecuada en un supuesto (como destaca el propio órgano de contratación) en que la documentación era por su naturaleza, de fácil obtención, nos llevan a considerar verosímil su relato. Ello, junto al criterio antiformalista antes señalado (en un supuesto, insistimos, en que no queda afectada la oferta y el requisito existiría –en su caso- en el momento en que debía concurrir), nos lleva a concluir que no pueden recaer sobre la recurrente las consecuencias de una defectuosa subsanación propiciada, en definitiva, por la propia Administración contratante; por lo que el acuerdo de exclusión debe ser anulado.

Y no consideramos que ello sea contrario al principio de igualdad entre los licitadores, puesto que para infringirlo es necesario un término de comparación válido. En nuestro caso, ello solo sucedería si hubiera otro u otros que se encontrase en una situación similar (compulsa errónea inducida), lo que, por una parte no consta, y por otra, podría haber hallado remedio por vía de recurso, como este caso.

Octavo. Ahora bien, ello no nos lleva a estimar el recurso en su integridad, teniendo por realizada la subsanación, puesto que como hemos razonado en el Fundamento Quinto, la documentación que obra en

poder de la Administración contratante, que es la competente para calificarla, no goza de verosimilitud. Por ello, y dado que el requerimiento de subsanación resultó frustrado por causas que no le son imputables a la recurrente, lo procedente es que se realice un nuevo requerimiento de subsanación, en los mismos términos y en el mismo plazo.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación, ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar en parte el recurso presentado por por D. E. T. G. y D. JL. A.V., en nombre y representación, mancomunadamente, de la UTE BZT (B5D-TECNICOS ASOCIADOS INFORMATICA SAU-GLOBAL TMS), contra la Resolución de 25 de abril de 2016 por la que se le excluye del proceso de licitación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, tramitado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, con número de expediente nº 24/15, “Acuerdo Marco para los Servicios de Desarrollo de Sistemas de Administración Electrónica (AM 26/2015)”, que se anula, a los efectos de que se verifique otro requerimiento de subsanación en los mismos términos y plazo.

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.

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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.