



Recurso nº 165/2015 C.A Extremadura 14/2015

Resolución nº 264/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid a 23 de marzo de 2015

VISTO el recurso interpuesto por D. José María Díaz García en nombre y representación de DÍAZ SACO BROKERS, Correduría de Seguros, S.A., y D. Santiago Villarrubia de Francisco en nombre y representación de MARSH, S.A., Mediadores de seguros (empresas que concurren como UTE), contra el Acto de la Mesa de Contratación por el que se acuerda conceder plazo de subsanación de su oferta económica a un licitador en el procedimiento abierto de contratación del servicio de correduría de seguros privados convocado por la Diputación de Badajoz.

ANTECEDENTES

Primero. Con fecha de 9 de octubre de 2014, el Diputado Delegado del Área de Economía, Hacienda, Compras y Patrimonio de la Diputación de Badajoz, en calidad de órgano de contratación por delegación del Ilmo. Sr. Presidente, dicta Resolución aprobando el expediente de contratación arriba referenciado, y los Pliegos que rigen el mismo, acordando la apertura del procedimiento abierto.

Segundo. Con fecha 16 de octubre se publica el correspondiente anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, poniéndose los pliegos a disposición de los interesados en el Perfil del Contratante de esta Diputación. El día 23 de octubre se publica el anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia de Badajoz. Finalmente, el día 12 de noviembre se publica en el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado.

Tercero. Recibidas las proposiciones y tras comprobarse la documentación administrativa de todos los licitadores, por la Mesa de Contratación se procede a la



apertura del Sobre C "Criterios evaluables mediante Juicios de Valor", solicitándose el correspondiente informe técnico. Dicho informe técnico es emitido con fecha 26 de enero de 2015.

Cuarto. Emitido el citado informe, la Mesa de Contratación, con fecha 30 de enero de 2015, y previa lectura pública de las puntuaciones otorgadas a los licitadores por aplicación de los "Criterios evaluables mediante Juicios de Valor", procede a la apertura del Sobre A "Criterios aplicables mediante fórmulas matemáticas" de cada una de las empresas licitadoras. En relación con la puntuación del Criterio relativo al "Personal adscrito en exclusiva a la ejecución del contrato (por encima del mínimo fijado en el pliego)" se detecta la siguiente incidencia: la empresa GRUPO PACC no presenta documentación alguna acreditativa de la titulación y experiencia del personal adscrito, tal y como se exigía en el Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas, de forma que sólo indica el número de personas a adscribir. En ese momento se da por finalizada la sesión de la mesa, quedando a expensas de analizar detenidamente por los miembros de la mesa la incidencia planteada.

Quinto. Visto lo anterior, la Mesa de contratación acuerda y así consta en el acta, conceder al licitador GRUPO PACC un plazo de cinco días naturales para que subsane el error y aporte la documentación acreditativa del personal. Este acuerdo es debidamente comunicado por email a todos los licitadores, tal y como se acredita en la documentación aportada al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Sexto. El 19 de febrero de 2015, D. José María Díaz García en representación de DÍAZ SACO BROKERS, Correduría de Seguros, S.A., al amparo del artículo 40.3 del TRLCSP, manifiesta el defecto de tramitación en el que, a su juicio, se ha incurrido. La Diputación Provincial de Badajoz no obstante remite el escrito al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 26 de febrero de 2015, calificándolo de recurso especial en materia de contratación: "A fin de cumplimentar lo establecido en el artículo 46 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, adjunto se remite copia (en PDF)



del RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN interpuesto por la U.T.E. MARSH-DISBROK contra el Acta de la Mesa de Contratación del expediente de contratación 352/14 "CORREDURÍA DE SEGUROS PRIVADOS: ASESORAMIENTO Y MEDIACIÓN", tramitado por la Diputación Provincial de Badajoz".

Séptimo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el 24 de febrero de 2015 solicita subsanación a los representantes de la UTE para que remitan apoderamientos otorgados a favor de quienes dicen actuar en nombre del recurrente en los que figuren expresamente atribuidas las facultades de interponer recurso ante la Administración General del Estado. Los documentos solicitados se remiten el 26 de febrero de 2015.

Octavo. Solicitadas alegaciones a todos los posibles interesados en este procedimiento, el 26 de febrero de 2015, el Grupo PACC presenta alegaciones el 2 de marzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El escrito presentado se ha calificado como recurso especial en materia de contratación siendo que de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 y 4 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) corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la resolución del presente recurso ya que el 9 de agosto de 2012 se publica en el BOE, la resolución de 27 de julio de 2012 de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas por la que se publica el convenio de colaboración suscrito con la Comunidad de Autónoma de Extremadura, sobre atribución de competencia de los recursos contractuales.

El Convenio suscrito y publicado establece en su cláusula octava que producirá efectos desde el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y que el Tribunal será competente para resolver únicamente los recursos especiales en materia de contratación, las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos, las solicitudes de adopción de medidas provisionales y las cuestiones de nulidad que se hubieran interpuesto o solicitado con posterioridad a la entrada en vigor del presente



Convenio, por lo que el recurso interpuesto por D. José María Díaz García en nombre y representación de DÍAZ SACO BROKERS, Correduría de Seguros, S.A., y D. Santiago Villarrubia de Francisco en nombre y representación de MARSH, S.A., Mediadores de seguros (empresas que concurren como UTE), debe ser objeto de resolución por este Tribunal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido, dado que se trata de un licitador que concurre al presente procedimiento. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2. del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra un acto de un contrato de servicios sujeto, por razón de su cuantía, a regulación armonizada por lo que al amparo del artículo 40, es susceptible del mismo. No obstante debe tenerse en cuenta la naturaleza del acto que realmente se impugna y que no es otro que el acuerdo de la mesa de contratación pidiendo subsanación a una de las empresas licitadoras del contenido de su oferta económica. En este sentido y tal como se ha indicado en diversas resoluciones de este Tribunal -entre otras la Resolución 244/2014, de 21 de marzo o la Resolución 125/2015, de 6 de febrero- el acto en cuestión es un acto de trámite y, por tanto, al amparo del artículo 107 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, sólo será susceptible de recurso si decide directamente o indirectamente sobre el fondo del asunto, determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. En la Resolución citada nos remitíamos a otras de este Tribunal, para concluir que: *"la admisión de un licitador no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tiene lugar en un momento procedimental posterior), ni impide la continuación del procedimiento (pues la oferta de la reclamante no resulta afectada pudiendo incluso resultar adjudicatario) y no produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos (pues el licitador podrá impugnar la adjudicación cuando ésta tenga lugar)".*

Y es que, la Ley solo da posibilidad de recurrir a los licitadores que pudieran resultar



perjudicados en el ejercicio de sus derechos o la defensa de sus intereses legítimos, como hubiera sido el caso de los posibles licitadores excluidos. Pero al tratarse sólo de la admisión de ofertas económicas, previo a la valoración de las mismas, se trata de un acto de trámite no cualificado sobre el que, como reseñábamos en la Resolución 244/2014, no cabe la reclamación por cuanto no perjudica de forma directa el derecho de un licitador *"pues, con independencia de que la no exclusión del procedimiento no prejuzga respecto del contenido de la adjudicación, además, de resultar adjudicatario el licitador que debiera haber sido excluido, siempre quedará la posibilidad de recurrir el acto de adjudicación a los restantes licitadores en base a la circunstancia que debió motivar su exclusión. En conclusión, la admisión de ofertas económicas no decide la adjudicación, ni determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni produce indefensión o perjuicio irreparable a la empresa recurrente. Se trata de un acto de trámite no cualificado y, por tanto, no susceptible de reclamación, por lo que ésta debe ser inadmitida"*.

En el presente caso ni siquiera se trata del acto de admisión de ofertas sino del previo por el cual se acuerda solicitar la subsanación de la oferta económica de un licitador, si bien todos los argumentos expuestos anteriormente son perfectamente válidos y aplicables al supuesto.

De hecho en el escrito original el propio recurrente hace mención expresa al artículo 46.3 del TRLCSP. Esto es, considera que se trata de un defecto de tramitación. De la misma forma el recurrente acompaña un escrito de aclaraciones junto con los poderes que se le solicitan para interponer el recurso y en el mismo puntualiza que: *"Siguen considerando que el defecto que pusieron de manifiesto afectaba a un acto de trámite no cualificado puesto que no determina su exclusión ni se produce indefensión o perjuicio irreparable dado que la mesa, a la vista, de esta oposición aún puede reconsiderar la calificación como subsanable, si bien solicitan al tribunal que en el supuesto que estime que el recurso no es tal ni se presenta frente a un acto objetivamente recurrible, no se limite a decretar su inadmisión y aproveche la ocasión hasta donde sin entrar en el fondo ello le resulte posible para facilitar a la mesa de contratación de la Diputación de Badajoz unas pautas generales sobre las omisiones que a la luz de la doctrina establecida pueden y no pueden considerarse subsanables"*.



Cuarto. Las anteriores conclusiones harían innecesario el análisis de las cuestiones de fondo planteadas en el recurso. No obstante y dadas las manifestaciones del propio recurrente y por razones de economía procesal (evitar un posible recurso especial en materia de contratación en el que se utilicen los mismos argumentos contra el acuerdo de adjudicación) y en el bien entendido que si se entra en el fondo del asunto es a efectos meramente dialécticos se procede, a continuación, a examinar si pueden o no prosperar los motivos del recurrente que fundamentan, a su juicio, la decisión equívoca de la mesa de contratación, a la hora de conceder plazo de subsanación de la oferta económica al licitador, GRUPO PACC.

El recurrente califica de error el acuerdo de conferir un plazo de subsanación de la oferta económica. Entiende que lo que se ha producido es una ausencia de claridad tal en la oferta que no es sino el resultado del incumplimiento del deber de diligencia que pesaba sobre el licitador en el momento de su preparación por lo que el hecho de que un poder adjudicador le solicite aclaraciones entraña el riesgo, si finalmente se acepta la oferta del candidato que hizo la oferta imprecisa, de que se considere que el poder negociador ha negociado confidencialmente con él su oferta en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato (resolución 32/2015).

No se trata de que el licitador haya omitido meramente acreditar la titulación de las personas que ha decidido adscribir al servicio, por encima del mínimo establecido, sino que realmente no ha adscrito a nadie en concreto, lo que constituye una insuficiencia que hace inviable que se le otorgue ninguna puntuación en este apartado, pues la omisión no permite objetivamente apreciar la verdadera intención del oferente (Resolución 297/2012).

Con arreglo a la cláusula 11 del PCAP, no son aceptables aquellas proposiciones que contengan omisiones que impidan conocer lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar la oferta, habiéndose aclarado oportunamente que el órgano de contratación consideraba fundamental para evitar exclusiones del procedimiento que en este sobre se aportase la documentación relativa a las personas adscritas en exclusiva, sin que, bajo ningún punto de vista, pueda aceptarse que la mera indicación de un número sea



cumplir con lo requerido, pues si el licitador no disponía de tales medios en el momento de realizar su oferta, la oferta de subsanación que indebidamente ahora se le hace le permite disfrutar de un tiempo extraordinario para proveerse de lo que se le requiere, pudiendo tener un conocimiento preciso de lo que los demás candidatos ya han adscrito.

El órgano de contratación considera por su parte que tal y como se manifiesta en el acta, la mesa de contratación llega a la conclusión de que dicha deficiencia es susceptible de subsanación por parte del licitador, toda vez que podría considerarse una omisión puramente material o formal, pero lo cierto es que la Administración dispone del dato necesario para otorgar la puntuación correspondiente (número de personas adscritas en exclusiva al servicio), aunque no dispone de la correspondiente documentación acreditativa. Antes de tomar la decisión al respecto, la mesa analiza diversos informes y resoluciones entre los que destaca los siguientes:

Resolución 32/2015 del TACRC, donde, en relación con las proposiciones presentadas (al margen de la documentación administrativa, cuya subsanación es perfectamente admisible) se señala la posibilidad de: *"admitir como excepción la eventual subsanación de errores u omisiones puramente materiales o formales"*.

Resolución 297/2012 del TACRC, donde se dispone que la imposibilidad de subsanación de ofertas *"llevada al extremo supondría la inadmisión de cualquier oferta en la que se apreciase un error"*.

Quinto. A la actuación de la mesa de contratación en cuanto a la admisión o no de las ofertas económicas cuando adolecen de defectos se refiere el artículo 84 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, precepto que dispone *"si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa en resolución motivada. Por el contrario, el*



cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Como podemos observar, el criterio general que debe seguirse en esta materia es el criterio antiformalista en lo que se refiere a la documentación que se ha de presentar por cada uno de los licitadores en sus ofertas técnicas y económicas, toda vez que si aceptáramos el excesivo formalismo, nos encontraríamos ante una actuación contraria a los principios de la contratación pública consagrados en el propio Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público y, particularmente, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, lo cual supone que en su actuación, la Administración debe tender a obtener la mayor concurrencia posible, siempre que ello lógicamente no suponga una vulneración del principio de igualdad de trato de todos los licitadores o, en otras palabras, siempre que esa actuación antiformalista no genere una discriminación entre los distintos licitadores. La actuación de la Administración deberá, por tanto, tratar de buscar ese punto de equilibrio en el que las exigencias formales no se lleven a un extremo que convierta al procedimiento de contratación en un conjunto de eso, de trámites estrictamente formales, cuya transgresión no quepa en absoluto al suponer la exclusión del transgresor. El principio antiformalista, obliga, en definitiva, a respetar las exigencias formales pero sin convertirlas en fines del propio procedimiento de contratación sino, por el contrario, en garantías de la actuación de los licitadores en pleno respeto de la libre concurrencia y de que no se producirán discriminaciones o tratos desiguales para cada uno de los que concurren en ese procedimiento.

Esta doctrina ha sido reiterada en numerosas resoluciones dictadas por este Tribunal y entre ellas podemos citar la Resolución 64/2012, que se remite a su vez, a la doctrina emanada por el Tribunal de Primera Instancia, que ha calificado como contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es completa y las permite o exige y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los



demás concurrentes en el procedimiento. Quedan así claras las pautas de actuación en estos casos: los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada.

Y esta misma doctrina es la que se establece en las dos resoluciones que cita el propio órgano de contratación en su informe, aun cuando el recurrente considera que estas citas a las que se refiere la mesa de contratación también han sido sacadas de contexto y empleadas como si fueran máximas.

A título de ejemplo, la primera de ellas, la Resolución 32/2015 del TACRC, por cuanto aunque en ese caso se llega a la conclusión de que el defecto de la oferta no puede ser objeto de subsanación, pone de manifiesto que como se tiene declarado por el Tribunal solo se admite la eventual subsanación de errores u omisiones puramente materiales o formales, como, por ejemplo, lo sería la falta de firma (supuesto avalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2995). En este particular, se hacía cita de la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada para resolver el asunto C-599/10, en la que se afirma que *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”,* toda vez que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”.* Por otro lado, destacaba la misma sentencia, *“no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”,* atendido, además, que *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”.*



Sexto. A la vista de esta doctrina se requiere examinar tanto la cláusula 11 del pliego de cláusulas administrativas particulares que se refiere al contenido de las proposiciones: ofertas, acreditación de la personalidad y de la solvencia y referencia técnicas, así como si la proposición económica de la empresa GRUPO PACC debería haber sido excluida, sin solicitar su subsanación.

La cláusula 11 del pliego en cuanto al contenido del sobre A "CRITERIOS CUANTIFICABLES MEDIANTE APLICACIÓN DE FÓRMULAS MATEMÁTICAS Y PROPOSICIÓN ECONÓMICA" comienza estableciendo que *"en este sobre se incluirán únicamente la proposición relativa a criterios cuantificables de forma automática, debidamente firmada y sellada y ajustada al modelo del ANEXO I del presente documento no aceptándose aquellas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa en resolución motivada.*

Este Anexo deberá ser presentado por el empresario individual..."

Por tanto a la luz de esta estipulación del pliego que es Ley para todos los que intervienen en el proceso de licitación, la proposición relativa a criterios cuantificables de forma automática deberá ajustarse al anexo I siguiendo los mismos criterios en cuanto a su admisión o inadmisión del artículo 84 del Reglamento de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por su parte el Anexo I relativo al modelo de proposición distingue en la oferta, entre la oferta económica (corretaje ofertado indicando que no podrá superar el 10%) y los medios humanos asignados en exclusiva al servicio entre lo que a su vez distingue entre



número de corredores de seguros por encima del mínimo exigido y el número de titulados universitarios por encima del mínimo exigido. Igualmente se pone de manifiesto que debe acompañarse documentación acreditativa de todo el personal. Pues bien, a la vista de esta documentación no tenemos sino que decir que la mesa de contratación actuó correctamente al pedir la subsanación de la documentación. No hay que olvidar que el principio contrario a la subsanación no es otro que se produzca una alteración de la oferta económica cuando se conoce la de todos los demás licitadores, como bien afirma el recurrente. En este caso difícilmente puede ser factible cualquier variación de la oferta, dado que GRUPO PACC ha ofertado un número concreto de corredores de seguros y de titulados universitarios que tengan la experiencia y capacitación exigida en el mismo pliego y a esa declaración realizada en el modelo I debe adaptarse la documentación que presente en fase de subsanación. Por tanto, la valoración que como máximo va a obtener sobre este aspecto de la oferta es la que realmente ha ofertado (3 corredores y 3 titulados universitarios), sin que pueda alterarlo con cualquier aclaración al respecto y siempre que acredite documentalmente al tiempo de presentar la proposición, el personal que como recursos humanos ha ofertado. Cuestión distinta es que ante la falta de acreditación en el plazo de subsanación, no obtenga puntuación alguna.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir por los argumentos expuestos en esta resolución, el recurso interpuesto por D. José María Díaz García en nombre y representación de DÍAZ SACO BROKERS, Correduría de Seguros, S.A., y D. Santiago Villarrubia de Francisco en nombre y representación de MARSH, S.A., Mediadores de seguros (empresas que concurren como UTE), contra el acuerdo de la Mesa de contratación de la Diputación de Badajoz por el que se acuerda conceder un plazo de subsanación de su oferta económica a un licitador en el procedimiento abierto de contratación del servicio de correduría de seguros privados convocado por la Diputación de Badajoz.



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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

