



INFORME 4/2018, DE 26 DE JULIO, SOBRE POSIBILIDAD DE SUBSANACIÓN DE LA DOCUMENTACIÓN REQUERIDA AL LICITADOR QUE HAYA PRESENTADO LA MEJOR OFERTA.

ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando emisión de informe en los siguientes términos:

Antecedentes de hecho

Primero: El artículo 151 del TRLCSP establece en su apartado 2. “El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello , de disponer efectivamente de los medios a que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. Las normas autonómicas de desarrollo de esta ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda de veinte días hábiles. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en este caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Segundo: Los modelos del Pliegos aprobados por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa contienen las siguientes cláusulas:

“Cláusula. Acreditación de la capacidad para contratar.

Una vez que el órgano de contratación, conforme a los informes técnicos pertinentes, en su caso, tenga conocimiento de la oferta económicamente más ventajosa, requerirá al licitador que la haya presentado para que, en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la

siguiente documentación según corresponda:

A) *Licitadores que hayan presentado sus proposiciones conforme a la OPCION a) (Declaración responsable) de la Cláusula 11:*

1.- Obligaciones tributarias:

a) Original o copia compulsada del alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el epígrafe correspondiente al objeto del acuerdo marco, siempre que ejerza actividades sujetas a dicho impuesto, referida al ejercicio corriente, o el último recibo completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

Los sujetos pasivos que estén exentos del impuesto deberán presentar declaración responsable indicando la causa de exención. En el supuesto de encontrarse en alguna de las excepciones establecidas en el artículo 82.1 apartados e) y f) de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, deberán presentar asimismo resolución expresa de la concesión de la exención de la Agencia Estatal de Administración.

Las agrupaciones y uniones temporales de empresas deberán acreditar el alta en el impuesto, sin perjuicio de la tributación que corresponda a las empresas integrantes de la misma.

b) Certificación positiva expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, en la que se contenga genéricamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 13 del RGLCAP.

Además, los licitadores que hayan presentado las ofertas económicamente más ventajosas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.5 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, no deberán tener deudas en periodo ejecutivo de pago con la Administración autonómica, salvo que estuviesen garantizadas. El certificado que acredite la inexistencia de dichas deudas se aportará de oficio por la Administración Autonómica.

Si el empresario autorizó expresamente a la Administración contratante para acceder a la información relativa al cumplimiento de las obligaciones

tributarias, en los términos previstos en la cláusula 11, SOBRE N° 1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA”, del presente pliego, la información así obtenida, en su caso, sustituirá a la correspondiente certificación en los términos previstos en el Convenio suscrito.

2.- Obligaciones con la Seguridad Social:

Certificación positiva expedida por la Tesorería de la Seguridad Social, en la que se contenga genéricamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14 del RGLCAP.

Si el empresario autorizó expresamente a la Administración contratante para acceder a la información relativa al cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social, en los términos previstos en la cláusula 11, SOBRE N° 1 “DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA”, del presente pliego, la información así obtenida, en su caso, sustituirá a la correspondiente certificación en los términos previstos en el Convenio suscrito.

3.- Documentación acreditativa de la constitución de la garantía definitiva.

4.- Justificantes correspondientes al pago de los anuncios de licitación.

5.- Documentación acreditativa de la efectiva disposición de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato.

6.- Si procede, los documentos originales que se requieran para el supuesto de licitación electrónica.

7.- Si el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa se comprometió a la contratación de personas en situación de exclusión social, deberá presentar igualmente en el citado plazo: informes de los servicios sociales públicos competentes acreditativos de dicha situación, contratos de trabajo y documentos de cotización a la Seguridad Social.

Además, deberá presentar en el citado plazo los documentos indicados en los números 1, 2, y 4 de la cláusula 11, OPCIÓN b). No obstante, no será necesario presentar los documentos justificativos de aquellas informaciones que ya se hayan acreditado con anterioridad, si no precisan actualización, ante el órgano de contratación, o que queden acreditadas mediante el certificado expedido por el

Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del TRLCSP, el certificado de inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público eximirá a los licitadores inscritos con certificado en vigor de la presentación en las convocatorias de contratación de la documentación correspondiente a los datos que figuren en él, concretamente, y salvo prueba en contrario, de las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y clasificación, así como concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones de contratar que deban constar en el mismo. No obstante, el empresario deberá aportar la documentación requerida en esta cláusula que no figure en el citado certificado, entre la que se encuentra la específicamente exigida por la Administración de la Comunidad de Madrid, y aquella que aun figurando no esté actualizada.

No es preciso que los empresarios aporten el certificado de inscripción, sustituyéndose su presentación por el acceso de los órganos y mesas de contratación al mismo por medios telemáticos.

Los órganos de contratación podrán en todo momento acceder a las certificaciones del Registro relativas a las empresas licitadoras en los términos previstos en el artículo 8 de la Orden 1490/2010, de 28 de mayo, por la que se regula el funcionamiento del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado.

Los licitadores podrán ser excluidos del procedimiento e incurrir en la circunstancia de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1 e) del TRLCSP, con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, si la información contenida en el DEUC se ha falseado gravemente, se ha ocultado o no puede completarse con documentos justificativos.

B) Licitadores que hayan presentado sus proposiciones conforme a la OPCION b) (Aportación de documentación) de la Cláusula 11:

Deberán presentar los documentos indicados en el apartado A) de esta cláusula, números 1 a 7.

Cláusula. Propuesta de adjudicación. Renuncia o desistimiento.

La Mesa de contratación calificará, cuando proceda, la documentación aportada y, si observa defectos u omisiones subsanables, se lo comunicará al interesado, mediante telefax, correo electrónico, tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid o cualquier otro medio similar, concediéndose un plazo no superior a cinco días naturales para que el licitador los corrija o subsane o para que presente aclaraciones o documentos complementarios.

Si el licitador no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, si no la subsana, en su caso, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.2 a) del TRLCSP. En estos supuestos la Mesa de contratación propondrá al órgano de contratación la adjudicación a favor del licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, previa acreditación de su capacidad para contratar con la Comunidad de Madrid, mediante la presentación de la documentación correspondiente en el plazo establecido para ello.

Posteriormente, junto con los informes emitidos, en su caso, la Mesa elevará las ofertas con el acta y la propuesta de adjudicación al postor que oferte el precio más bajo, al órgano de contratación.

La propuesta de adjudicación de la mesa de contratación no crea derecho alguno en favor del empresario propuesto, que no los adquirirá, respecto a la Administración, mientras no se haya formalizado el contrato.

Si, antes de la adjudicación, el órgano de contratación renunciase a la celebración del contrato o desistiese del procedimiento, deberá compensar a los licitadores por los gastos efectivos en que hubieran incurrido, previa solicitud y con la debida justificación de su valoración económica.”

Tercero: La aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP ha dado lugar a pronunciamientos distintos y, en ocasiones, contradictorios por parte de los Tribunales Administrativos de Contratación y Juntas Consultivas de Contratación respecto a la posibilidad de que pueda requerirse a los licitadores propuestos adjudicatarios que subsanen defectos en la documentación aportada en cumplimiento de dicho artículo.

El Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 25 de junio de 2014 (Resolución 91/2014) establece que “La normativa de contratos del sector público no contiene ninguna previsión específica respecto de la subsanación en esta fase del procedimiento, de manera que, visto el régimen de aplicación subsidiario previsto en la disposición final tercera del TRLCSP, se puede considerar aplicable lo que prevé el apartado 2 del artículo 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para el supuesto en que se considere que alguno de los actos de las personas interesadas no tiene los requisitos necesarios. Por lo tanto, en este caso, hay que afirmar la existencia de la posibilidad de la procedencia de otorgar un plazo de subsanación, pero siempre teniendo en cuenta que los defectos sólo son subsanables cuando afectan a la acreditación de los requisitos y nunca lo serán si afectan a la existencia. El trámite de subsanación permite que el licitador aporte los documentos que pueden acreditar que cumplía con los requisitos que le resultaban exigibles. En este sentido se pronuncia la Resolución 9/2014 del 15 de enero de este Tribunal en relación a la posibilidad de subsanar la documentación acreditativa de la adscripción de medios. Este Tribunal ha manifestado en numerosas ocasiones que los principios de proporcionalidad y concurrencia impiden rechazar proposiciones por defectos fácilmente subsanables pues la preclusividad del plazo tiene por objeto evitar sorpresas para el resto de licitadores o estratagemas poco limpias pero no la exclusión de licitadores con ofertas competitivas”.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 15/13 de 18 de diciembre de 2014 concluye que “la falta de presentación en plazo de la documentación requerida por parte del licitador seleccionado conlleva la consecuencia de entender retirada la oferta y de requerir al siguiente licitador, por el orden conforme hayan quedado clasificadas las ofertas, que aporte los documentos necesarios. La redacción clara y taxativa del artículo 151.2 TRLCSP in fine demuestra que no existe posibilidad de subsanación ni de solicitud de aclaración una vez transcurrido el plazo de 10 días hábiles (...).”

La Resolución 819/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales efectúa un resumen de la doctrina de este tribunal en relación con la forma y plazo en que ha de efectuarse el requerimiento relativo al trámite del artículo 151.2 TRLCSP y señala que “los defectos formales detectados en la documentación presentada no pueden ser subsanados, de suerte que no es posible conceder un plazo adicional de subsanación, habiendo de considerarse incorrectamente cumplido el requerimiento, salvo que el defecto formal afecte exclusivamente a la forma de acreditación del requisito y no a su existencia misma (Resolución nº 11/2016 y

735/2014).”

La sentencia 162/2016 de 19 de mayo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja indica en su fundamento de derecho segundo que “procede recordar el criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores y en este sentido este Tribunal ha señalado (por todas la resolución nº 449/2013, de 16 de octubre de 2013 (LA LEY 264778/2013) que: “(...) la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación pueda ser contraria al principio de concurrencia. Este criterio antiformalista se expone con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que declara lo siguiente: “El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia....., así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995”. Por tanto, es preciso distinguir entre la acreditación del cumplimiento de un determinado requisito y cumplimiento mismo del requisito en cuestión y en ese sentido, este Tribunal en Resoluciones como la nº 128/2011 de 27 de abril (LA LEY 51654/2011) y la nº 184/2011 de 13 de julio (LA LEY 98585/2011), en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de julio de 2004), se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación, (...).”

*La Resolución 64/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales indica remitiéndose a la Resolución 712/2016 en la que se plantea idéntica cuestión que debe concluirse que los defectos en la acreditación de los requisitos de solvencia a que se refiere el artículo 146.1 del TRLCSP son por su propia naturaleza subsanables , a diferencia de la documentación exigida en el artículo 152.1 del TRLCSP que recoge un listado *númerus clausus* de documentos cuya omisión no sería subsanable.*

Cuestiones sobre la que se solicita Informe

A la vista de los antecedentes expuestos se solicita informe sobre:

- *Si podría concederse plazo de subsanación en caso de falta de presentación en el plazo concedido de alguno de los documentos establecidos en el artículo 151.2 del TRLCPS.*
- *Si podría concederse plazo de subsanación en caso de que por la Mesa de Contratación se adviertan defectos de acreditación en la documentación referida en el artículo 151.2 del TRLCPS presentada en plazo por el licitador propuesto adjudicatario.*

CONSIDERACIONES

1.- La consulta plantea la cuestión de si resulta posible conceder plazo al licitador propuesto como adjudicatario para la subsanación de la documentación que ha de aportar con carácter previo a la adjudicación del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 151.2 del derogado texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, actualmente artículo 150.2 de la vigente 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) y si podría concederse dicho plazo en el supuesto de falta de presentación de la documentación en el plazo establecido por la ley.

2.- El artículo 150.2 de la LCSP establece que, una vez que ha sido aceptada la propuesta de la Mesa de contratación sobre la mejor oferta para la adjudicación del contrato, los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán al licitador propuesto para que, en un plazo de diez días hábiles, presente la documentación requerida en dicho artículo y, de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en ese plazo, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, por lo que, además de exigirle la

penalidad indicada en el artículo citado, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

3.- Esta Junta Consultiva se ha pronunciado en reiteradas ocasiones acerca de la posibilidad de subsanación por parte de los licitadores de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones, así como sobre la posibilidad de subsanación de defectos en la proposición económica (Recomendación 2/2002, de 5 de junio; Informes 4/2007, de 31 de mayo; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 de mayo; 6/2009, de 6 de noviembre; 2/2012, de 22 de febrero y Recomendación 2/2014, de 10 de julio). En ellos se argumenta la reiterada jurisprudencia contraria a un rigorismo formalista en esta cuestión y partidaria de favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores, que es uno de los principios de la normativa contractual, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos, así como la consecución de la mejor oferta.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se ha pronunciado reiteradamente sobre la consideración de defectos subsanables (Informes, entre otros, 25/02 y 35/02, de 17 de diciembre; 48/02, de 28 de febrero de 2003; 27/04 y 36/04, de 7 de junio), manifestando que, sin poder establecer una lista exhaustiva, ha de considerarse que revisten carácter subsanable los defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento, criterio compartido por la jurisprudencia y por esta Junta Consultiva.

4.- Si bien el artículo 141.2 de la LCSP otorga un plazo de tres días al empresario para la subsanación de defectos de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos establecida en el artículo 140, el artículo 150 no especifica plazo de subsanación en relación con la documentación que ha de presentar el licitador que haya presentado la mejor oferta y haya sido, en consecuencia, propuesto como adjudicatario.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 150, el licitador que haya presentado la mejor oferta ha de presentar la documentación que en él se indica en el plazo que se establece. Si, entre la documentación presentada, se observasen defectos subsanables, que se refieran a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento, por analogía con lo previsto en el artículo 141.2 y, en todo caso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de aplicación subsidiaria conforme a lo establecido en la disposición final cuarta de la LCSP, como indica el

Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en el informe que se cita en el escrito de consulta, y dado que el licitador propuesto como adjudicatario ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP y ha demostrado su voluntad de aportar la documentación requerida en plazo y mantener, por ello, su oferta, resulta adecuado y conveniente para el interés público otorgarle plazo para corregir los defectos u errores que la documentación aportada pueda presentar, o solicitarle las aclaraciones oportunas al respecto, teniendo en cuenta asimismo la jurisprudencia contraria al rigorismo formalista.

No obstante, si el licitador que haya presentado la mejor oferta no presenta la documentación requerida en el plazo indicado en el citado artículo 150.2, se entenderá que ha retirado su oferta, pues ha incumplido lo dispuesto en dicho artículo y no ha mostrado voluntad de mantenerla, y se procederá conforme establece dicho artículo: se le exigirá el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad y se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

En este supuesto, no se produce una limitación de la concurrencia, dado que todos los licitadores que cumplieran las condiciones para ser admitidos a la licitación lo fueron en la fase de selección de los licitadores, habiéndose escogido entre ellos la mejor oferta. Dado que lo que se produce en este supuesto es la retirada de la mejor oferta previamente seleccionada por voluntad del empresario que la presentó, no procede la concesión de un nuevo plazo de presentación de la documentación.

CONCLUSIONES

1.- En el supuesto de que la documentación aportada por el licitador que haya presentado la mejor oferta, conforme a lo exigido en el artículo 150.2 de la LCSP, presente defectos subsanables, que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento, se podrá conceder plazo de subsanación.

2.- En el supuesto de que el licitador que haya presentado la mejor oferta no presente la documentación exigida en el artículo 150.2 de la LCSP en el plazo concedido para ello, se entenderá que ha retirado su oferta, y se procederá a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, y a recabar la misma documentación al licitador siguiente.