



Roj: **STSJ CL 2762/2020 - ECLI: ES:TSJCL:2020:2762**

Id Cendoj: **09059330012020100152**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **04/09/2020**

Nº de Recurso: **99/2018**

Nº de Resolución: **152/2020**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE MATIAS ALONSO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA Y LEON SALA CON/AD**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00152/2020**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SECCION 1ª**

**Presidente/allma. Sra. Dª. Concepción García Vicario**

**SENTENCIA**

Sentencia Nº : 152/2020

**Fecha Sentencia** : 04/09/2020

**CONTRATOS**

Recurso Nº : 99/2018

**Ponente** D. José Matías Alonso Millán

**Ltrado de la Administración de Justicia:** Sr. Ruiz Huidobro

**Escrito por** : MIS

**CONTRATOS**

**CONTRATOS Num.:** 99/2018

**Ponente**D. José Matías Alonso Millán

**Ltrado de la Administración de Justicia:** Sr. Ruiz Huidobro

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SECCION 1ª**

**SENTENCIA Nº. 152 / 2020**

**Ilmos. Sres.:**

**Dª. Concepción García Vicario**



**D. José Matías Alonso Millán**

**D<sup>a</sup>. M. Begoña González García**

En la ciudad de Burgos a cuatro de septiembre de dos mil veinte.

Recurso contencioso-administrativo número **99/2018**, interpuesto por la entidad UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA S.A.U. XXII, representada por la procuradora doña Paula Mazariegos Luelmo y defendida por la letrada doña Ángela Bariego Vazquez, contra la Resolución 32/2018, de 4 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, notificada el 8 de mayo de 2018, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra la adjudicación del contrato de servicio de comunicaciones de voz y acceso a Internet de la Diputación de Segovia, denominado "SERVICIO DE COMUNICACIONES DE VOZ Y ACCESO A INTERNET DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEGOVIA" a favor de la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. Y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA. S.A.U. (25/ABSE).

Ha comparecido como parte demandada la Excm. Diputación Provincial de Segovia, representada y defendida por el Letrado de la misma, en virtud de la representación y defensa que por Ley ostenta, y, como codemandada, la mercantil VODAFONE ESPAÑA S.A.U., representada por el procurador don Luis Antonio Diez-Astrain Foces y defendida por el letrado don Juan Francisco Gomariz Hernández.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala del mismo orden jurisdiccional de Valladolid y, admitido a trámite el recurso, reclamó el expediente administrativo. Se inhibió esta Sala a favor de la de Burgos, que aceptó su competencia.

**SEGUNDO.-** Se formalizó la demanda por medio de escrito de fecha 29 de abril de 2019, que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando que en su día se dicte sentencia por la que "*se estime el presente recurso contencioso-administrativo, declarando nula la Resolución recurrida*".

**TERCERO.-** Se confirió traslado de la demanda por término legal a la parte demandada, que contestó en forma legal por escrito de fecha 19 de septiembre de 2019, oponiéndose al recurso, solicitando se "*DESESTIME ÍNTEGRAMENTE las pretensiones del recurrente y declare ajustado y conforme a Derecho la resolución impugnada*".

Igualmente contestó la codemandada, por medio de escrito de fecha 19 de junio de 2019, solicitando "*dicte Sentencia en la que se declare:*

- a.- *Que se declare la conformidad a derecho de las Resoluciones impugnadas por las razones expuestas en este escrito de contestación a la demanda.*
- b.- *Que se desestimen las pretensiones ejercitadas de contrario.*
- c.- *La condena en costas a la demandante*".

**CUARTO.-** Solicitándose por las partes la presentación de conclusiones escritas, se evacuó traslado para cumplimentar tal trámite, quedando el recurso concluso para sentencia, y, quedando los autos pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, se señaló el día 3 de septiembre de 2020 para votación y fallo.

Siendo ponente el Ilmo. Sr. D. José Matías Alonso Millán, Magistrado integrante de esta Sala y Sección:

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional, la Resolución 32/2018, de 4 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, notificada el 8 de mayo de 2018, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra la adjudicación del contrato de servicio de comunicaciones de voz y acceso a internet de la Diputación de Segovia.

**SEGUNDO.-** Frente a dicha resolución sancionadora se levanta en el presente recurso, la parte actora, esgrimiendo los siguientes motivos de impugnación:



1.-La Resolución nº 32/2018 de fecha 4 de mayo de 2018 por la que se estimaba parcialmente el recurso en materia de contratación interpuesto por Vodafone es nula de pleno derecho. Pese a que la oferta comercial de AENOR no acreditaba que Vodafone estuviese en curso de obtener la Certificación del Esquema Nacional de Seguridad, pues se trataba de una oferta unilateral que no estaba firmada por Vodafone, tal documento junto con la declaración responsable de Vodafone, suponía un indicio que permitía albergar dudas de que efectivamente sí que estaban en curso de obtenerla. De este modo, pese a aceptar que había habido una clara falta de diligencia por parte de Vodafone a la hora de preparar su documentación, entendía que deberían haberle requerido para subsanar la documentación aportada.

2.-La documentación aportada por la empresa Vodafone en el momento de proposición de la oferta, el día 16 de noviembre de 2017, para acreditar que se encontraban en trámite de obtener el Certificado de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad no era subsanable. Cuando el artículo 81 del RGLCAP, en su apartado 2, hace referencia a "defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada," se refiere a los errores u omisiones que pueden observarse en la documentación administrativa o acreditativa del cumplimiento de los requisitos de personalidad y solvencia de los licitadores, que se valora al inicio del procedimiento de contratación abierta, con la apertura del Sobre 1. De forma excepcional y en contadas ocasiones, la Jurisprudencia acepta la subsanación de la documentación aportada en la parte de la oferta, pero SOLO cuando se trata de corregir meros errores u omisiones puramente formales de fácil remedio. Tenemos la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Para finalizar con la doctrina que existe en relación con el art. 81.2 del RGLAP, tenemos varias Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos contractuales, como la Resolución nº 437/2013 de 10 de octubre, o la Resolución nº 449/2014 de 13 de junio.

3.- Los documentos que pretendía Vodafone que pudieran ser subsanados, formaban parte de la documentación correspondiente a la oferta, en concreto, a la documentación de criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas preestablecidas, recogidos en el Sobre 3 y que como acabamos de exponer, no es subsanable automáticamente de acuerdo con el art. 81.2 de la RGLAP. Aportaron al procedimiento una oferta comercial unilateral, sin aceptación ninguna por parte de Vodafone, y que por tanto los técnicos del Ayuntamiento entendieron, acertadamente, que no acreditaba que esta empresa se encontrase, en ese mismo momento, en trámites de obtener la Certificación. No hay aquí un simple error o defecto subsanable de fácil solución, sino la omisión de un requisito esencial; y ello es achacable a la falta de diligencia que Vodafone tuvo a la hora de preparar sus documentos, presentando una oferta comercial que a día 16 de noviembre de 2017, último día del plazo para presentar las proposiciones, no estaba aceptada por parte de Vodafone. Si cumplían con el requisito de estar en curso de obtener la Certificación desde el 10 de noviembre de 2017, a fecha 16 de noviembre de 2017, cuando Vodafone presentó su proposición, podrían haber presentado dicho Certificado de la empresa AENOR, y no lo hicieron.

4.- En relación con lo que estamos explicando, existe una sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo Sección 7ª, de 21 de julio de 2011.

5.- No estamos ante un mero error formal o material, sino ante una omisión sustancial, una clara falta de diligencia de Vodafone a la hora de preparar su proposición. Y eso, es única y exclusivamente achacable a Vodafone en su calidad de licitador.

6.- Que incluso en el hipotético caso de que se entendiese que la documentación aportada en relación al criterio de adjudicación de la Certificación de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad era subsanable, no hay nada que subsanar, porque en el momento en que se presentó la oferta, Vodafone no cumplía con el requisito de estar en curso de obtener el Certificado del Esquema Nacional de Seguridad de AENOR. La firma era imprescindible para entender cumplido el requisito de estar en curso de obtener la Certificación de AENOR, porque suponía que Vodafone había aceptado la oferta comercial, y por tanto la citada oferta pasaba a convertirse en un documento contractual de obligado cumplimiento para las partes. El inicio de los trámites para iniciar el proceso de certificación comienza con la aceptación de las condiciones contractuales tanto técnicas como económicas, y dicha aceptación se produce con la firma de la oferta comercial.

**TERCERO.-** A dicho recurso se opone la Administración demandada esgrimiendo las siguientes alegaciones:

1.- VODAFONE se encontraba en proceso de certificación del esquema nacional de seguridad en el momento de presentación de las ofertas. La demandante se incardina en la falta de firma de la Oferta 2017/ENS/24464 que en fecha 7 de septiembre de 2017 AENOR remitió a Vodafone, y llevando con constancia la atención sobre este hecho, parece olvidar la existencia de los otros dos documentos necesarios para poder valorar de manera bastante si Vodafone cumplía o no con el requisito de encontrarse en curso de cumplimiento del ENS. Así pues, para poder realizar una correcta valoración deben tenerse en cuenta los tres documentos en conjunto. De todo ello puede concluirse, sin espacio para la duda, que el 16 de noviembre de 2017, fecha en



que Vodafone presenta Oferta al expediente de licitación, esta se encontraba en proceso de certificación del esquema nacional de seguridad, al haber iniciado el proceso el día 10 de noviembre de 2017, hecho acreditado expresamente por AENOR, tal y como es requerido por la Cláusula 18ª del PCAP.

2.- Sobre la prueba en vía administrativa de que Vodafone se encontraba en proceso de certificación del esquema nacional de seguridad. Si la Mesa de Contratación consideraba que la documentación aportada no acreditaba suficientemente el cumplimiento de tal requisito, debió solicitarle a Vodafone la aclaración o subsanación correspondiente, tal y como dispone el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

3.- Son numerosas las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y numerosa la jurisprudencia de nuestros Tribunales que se pronuncia sobre la posibilidad de subsanación en los procesos de contratación: Resolución 177/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 898/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 1209/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

4.- Se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta del cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos. El Tribunal Supremo ha admitido la subsanación de errores u omisiones en la oferta, cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente. La regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables, y por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

5.- Es aplicable la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015. También la de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 y de 21 de septiembre de 2004.

6.- VODAFONE ESPAÑA S.A.U. había incluido en su proposición encontrarse en proceso de certificación (se acompañó adicionalmente declaración responsable al respecto) y tras la subsanación efectuada por la citada al aportar alegaciones en fase administrativa, efectivamente acreditó encontrarse en proceso de certificación conforme informe emitido desde la propia AENOR. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ya que siempre invocó encontrarse en proceso de certificación ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia. No existe pues alteración de la oferta inicial como se dice en demanda, desde el momento en que la oferta de VODAFONE ESPAÑA SAU siempre invocó desde el primer momento al efectuar su oferta encontrarse en proceso de certificación, lo que acreditó en fase administrativa previamente a que se dictara la resolución del TARCCyC objeto de impugnación.

Se opuso la codemandada al recurso esgrimiendo las siguientes alegaciones:

1.- Conformidad a derecho de la resolución impugnada, en cuanto a que en el momento de presentación de las ofertas se encontraba en proceso de certificación del esquema nacional de seguridad. En fecha 16 de noviembre de 2017, se encontraba en proceso de certificación en el Esquema Nacional de Seguridad, al haber iniciado dicho proceso, como indica expresamente AENOR en el documento que obra en el folio 1283 del Tomo II de los que integran el expediente administrativo, el día 10 de noviembre de 2017, es decir 6 días antes de que fuera presentada la Oferta.

2.- Según hemos referido y según se desprende del expediente administrativo, esta parte en el sobre nº 3 de la proposición presentada aportó Declaración responsable de encontrarse en proceso de certificación en el Esquema Nacional de Seguridad, así como Oferta 2017/ENS/24464, que obran en los folios 899 y siguientes del Tomo II de los que integran el expediente administrativo. Asimismo, una vez fue emitido Informe de valoración en relación con el contenido del sobre nº 3, aportó el documento que obra en el folio 1283 del Tomo II de los que integran el expediente administrativo.

2.- Si por parte de la Diputación de Segovia existían dudas en relación con dicho cumplimiento de estar en proceso de certificación se debió requerir aclaración al respecto del mismo, ello en cumplimiento del artículo 81.2 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.

3.- Las aclaraciones realizadas en modo alguno constituirían cambio alguno en la Oferta presentada, y se hubieran limitado a ser una simple aclaración de los extremos contenidos en la misma, poniendo de manifiesto el cumplimiento de un criterio de valoración con carácter previo a la presentación de las Ofertas, como acertadamente reconoció el Tribunal de Recursos Contractuales de Castilla y León en la Resolución recurrida. El requisito de encontrarse en fase de certificación era existente al momento de presentación de las Ofertas, por lo cual dichas aclaraciones no modificaban la Oferta presentada. En este sentido: Sentencia nº 200/2019



de fecha 14 de febrero de 2019 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sentencia nº 798/2015 de fecha 9 de noviembre de 2015 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

4.- Queremos dar por reproducidos los Fundamentos de Derecho de la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales reflejados en la Resolución nº 520/2016 de 1 de julio.

#### **CUARTO.- Subsanación de defectos documentales en las plicas -I-**

Toda la problemática que aquí se presenta es si procede una subsanación por defectos en la documentación aportada en el sobre 3 de la plica presentada para concurrir al procedimiento abierto para la contratación del "Servicio de Comunicaciones de Voz y Acceso a Internet de la Diputación Provincial de Segovia". El problema se presenta a la hora de interpretar el alcance de la Cláusula 18 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, en cuanto al apartado relativo a "Certificación de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 3/2010): Máximo 15 puntos", y la posibilidad de subsanar defectos de los documentos aportados.

Este apartado de esta cláusula 18 presentaba, en cuanto al criterio aquí objeto de debate, la siguiente redacción:

*"Se evaluará partiendo de la tabla del apartado 11 "documentación" sub-apartado "B) Documentación de criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas preestablecidas", del Pliego de Prescripciones Técnicas.*

*Se hará la siguiente solución a puntos en la tabla:*

*Si un servicio está certificado nivel alto, se le asignará 1 punto*

*Si la certificación nivel alto del servicio está en curso, se asignarán 0,5 puntos*

*Si el servicio no está en ninguno de los dos estados anteriores no se dará ningún punto.*

*Se sumarán los puntos obtenidos, y se asignarán 15 puntos al licitante cuyo sumatorio sea mayor, 5 puntos al segundo y 0 puntos al resto. En caso de empate se asignarán los mismos puntos a dichos licitadores.*

*Tanto si se está en proceso de certificación como si se hubiese obtenido la certificación, se deberá acreditar con algún documento o certificado de la entidad certificadora cualquiera de los dos estados, según se solicita en el apartado 11 "Documentación" del Pliego de Prescripciones Técnicas".*

Es indudable que esta cláusula debe ponerse en directa relación con el apartado 11 "Documentación" sub-apartado "B) Documentación de criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas preestablecidas", del Pliego de Prescripciones Técnicas, pues así se recoge en esta cláusula 18.

Aquel apartado 11 presentaba la siguiente redacción:

*"El licitador entregará una copia en CD-ROM (diferente al que se debe de entregar para la documentación del punto A) Documentación de criterios que requieran un juicio de valor técnico) conteniendo todos los ficheros en formato PDF. Todas las tablas que aparezcan a lo largo de la oferta, además de ir en documento del que formen parte serán presentadas en formato Excel, "OpenDocumentSheet", o en cualquier otro formato que sea editable, en archivos independientes, lo que facilitará enormemente su tratamiento.*

*La documentación que se presente debe seguir en orden los siguientes puntos con la información que se detalla a continuación:*

1...

2. *Certificación de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad (Real Decreto 3/2010):*

*-Se entregará la siguiente tabla rellena:*

Se especifica una tabla relativa a servicio de telefonía fija, servicio de telefonía móvil, servicio línea profesional, servicio de acceso a Internet, servicio de FAX y servicio de SMS/MMS.

*-Certifica dos expedidos por empresas acreditadas por ENAC de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad en los servicios solicitados.*

*-Justifica ntes por parte de empresa acreditada por ENAC de que los servicios a prestar están siendo certificados para cumplir el Esquema Nacional de Seguridad".*

El resto de puntos de este apartado, así como el punto 1 (que no hemos transcrito) no tienen trascendencia para la cuestión debatida.

La contratista proponente de plica presentó, para justificar la procedencia del otorgamiento de 5 puntos, entendiendo que estaba en proceso de certificación, una oferta de AENOR para la certificación conforme al



Esquema Nacional de Seguridad (folios 581 a 582 del expediente administrativo), así como una declaración responsable (folios 578 y 579 del expediente administrativo) en la que termina indicando "que para demostrar que se encuentra en curso de la certificación, adjunta el documento oficial de AENOR en el que la entidad describe las condiciones técnicas y económicas establecidas para la certificación de Vodafone España, S.A.U."

Con esta documentación esta mercantil consideraba que quedaba acreditada esta circunstancia de encontrarse en curso de la certificación, mientras que la mesa de contratación consideró que no se aportaba la documentación exigida conforme se indica en el apartado 11 "Documentación" sub-apartado "B) Documentación de criterios evaluables automáticamente mediante fórmulas preestablecidas", por lo que no procede otorgarle puntuación alguna respecto de este apartado.

La mercantil pidió que se tuviese por subsanado el defecto mediante la aportación de la Comunicación emitida por AENOR de fecha 07/02/2018 informando que Vodafone inició el pasado 10 de noviembre de 2017 el proceso de Certificación según ENS, según la oferta 207/ENS/24464 (la aportada en su momento por Vodafone) (folio 1283 del expediente -Tomo II-).

El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en su Resolución 32/2018, de 4 de mayo, después de recoger diversa doctrina del mismo Tribunal y de otros Tribunales, incluido el Central, y después de recoger diversa jurisprudencia, acabó fundamentando su resolución de la siguiente forma:

*" Como se desprende de la documentación aportada, en concreto del informe de AENOR, la recurrente inició el proceso de certificación el 10 de noviembre de 2017, esto es, antes de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y así lo declaró responsablemente la licitadora, si bien no aportó un justificante adecuado de tal circunstancia. La oferta de AENOR, indicio de que tal proceso podría existir, no acreditaba tal requisito pero, tal documento junto con la declaración responsable de la recurrente, permitía albergar dudas sobre su efectivo cumplimiento para su valoración.*

*Por otra parte, con el requerimiento de subsanación o aclaración se estaría dando la oportunidad al licitador, no de alterar su oferta -actuación vedada por la normativa y no admitida por la jurisprudencia y la doctrina-, sino de acreditar si efectivamente en el momento de presentar su proposición los servicios demandados por la Administración se encontraban en proceso de certificación del Esquema Nacional de Seguridad. Es decir, se trataría de que la empresa acreditara el cumplimiento de un requisito que ya existía y cuya concurrencia la Administración no tenía por cierto, esto es, de que aclarara tal indicio, sin que la aportación de dicho documento, como es el informe que posteriormente presentó, implique modificación alguna de la oferta.*

*Si bien es cierto que la deficiencia en la documentación presentada es imputable exclusivamente a la falta de diligencia de la licitadora, también lo es que deben rechazarse posturas excesivamente formalistas que impliquen que errores o defectos puramente formales y fácilmente subsanables, impidan adjudicar el contrato a las ofertas económicamente más ventajosas, pues ello determinaría una actuación administrativa excesivamente rigorista y contraria al principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación pública.*

*En conclusión, este Tribunal considera que, procede estimar el motivo, anular la adjudicación y acordar la retroacción del procedimiento para que, una vez acreditado el requisito de estar en proceso de certificación, se valore tal circunstancia en la oferta de la recurrente".*

#### **QUINTO.- Subsanación de defectos documentales en las plicas -II-**

La cuestión planteada presenta fuertes dudas fundamentalmente en cuanto al alcance que se le puede dar a la posibilidad de subsanación de defectos o errores sufridos en la aportación de la documentación del sobre 3. El artículo 81 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 (Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables), presenta la siguiente redacción:

*"1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, y el Secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos.*

*2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.*

*3. De lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse".*



Sin embargo, la discusión estriba en que esta posibilidad de subsanación que se prevé en este artículo se refiere a la documentación general que debe constar en el sobre 1, no en el sobre 3; sin que se prevea subsanación alguna cuando dicho Real Decreto regula el contenido del sobre 2 (en donde se deben entender comprendidos los documentos relativos a los sobres 2 y 3 de este concreto contrato).

A toda esta dificultad pone hasta cierto punto una interpretación ajustada la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 25 de mayo de 2015, dictada en recurso de casación 322/2014, ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva:

"SEGU NDO.- La sentencia ahora recurrida en casación por CLECE estimó el recurso contencioso-administrativo de ACCIONA y anuló la resolución del **TACRC**.

Según explica en sus fundamentos, la cuestión objeto de debate era la de si, pese a no haberse impugnado el pliego de cláusulas administrativas, cabía subsanar la omisión padecida por CLECE y en directa relación con ello la de si la existencia de un Centro Especial de Empleo era un requisito subsumible en la llamada "solvencia técnica" pese a que el pliego la remitía al sobre nº 3.

Recuerda la sentencia el tenor del artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001:

*"Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".*

Seguidamente, advierte que el precepto se está refiriendo a los documentos contemplados por el artículo 81.1 es decir, a los que se refería el artículo 79.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y en concreto a los que acrediten "la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica". Y dice la sentencia que los que no aportó de forma correcta CLECE tienen que ver con lo que se considera en el pliego como un supuesto de "criterio cuantificable automáticamente".

Prosigue la Sala de la Audiencia Nacional diciendo que si la lectura de las condiciones 8.1 y 8.3 del pliego revela que la primera regula la "calificación de la documentación" (sobre nº 1) y se remite expresamente a la posibilidad de subsanación regulada en el artículo 81.2 en cambio, cuando la cláusula 8.3 regula los "criterios cuantificables automáticamente" (sobre nº 3), no contempla la posibilidad de subsanación.

Desde estos presupuestos, la sentencia sienta las siguientes premisas de su fallo estimatorio:

*"1.- El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es una pieza esencial de contrato administrativo, la contractus lex. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia y así, cabe citar, entre otras la STS de 4 de mayo de 2005 (Rec. 1607/2003) y 19 de septiembre de 2000 (Rec. 632/1993) donde se sostiene que: "el Pliego de Condiciones es la Ley del Contrato por lo que ha de estarse siempre a lo que se consigne en él". La jurisprudencia ha sostenido, además, que debe estarse a las condiciones fijadas en el pliego, pues como razona la STS de 12 de abril de 2000 (Rec. 1984/1992): "Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles sean las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego".*

*2.- Es cierto que la acreditación de la titularidad de un Centro Especial de Empleo, nadie lo discute, puede ser calificada como una documentación referida a la acreditación de la solvencia técnica - STS de 23 de septiembre de 2011 (Rec. 1080/2009)-. También lo es que, de tratarse el caso de autos de un supuesto de acreditación de la solvencia técnica en fase de licitación, el defecto podría considerarse subsanable - STS de 15 de enero de 1999 (Rec. 2608/1992) y STS 16 de diciembre de 2004 (Rec. 756/2000)-.*

*3.- Pero lo cierto es que la Administración ha configurado el requisito no como un supuesto de solvencia técnica, caso en el cual sería de aplicación el art. 81.2 del RGLCAP; sino como de un supuesto de adjudicación al que concede 5 puntos. Además, en consonancia con la norma, en el pliego se configura la fase de "calificación de la documentación" como un supuesto subsanable - cláusula 8.8.1-; mientras que, por el contrario, no se establece posibilidad alguna de subsanación respecto de los criterios "cuantificables automáticamente" -cláusula 8.8.3.-. Y el Pliego de Condiciones Administrativas Particulares no ha sido impugnado por nadie.*

*La solución del **TACRC**, por razonable que pueda ser, resulta contraria al juego de los principios de seguridad, igualdad y, por lo tanto, a la libertad de competencia y, por lo tanto, no podemos confirmarla".*



.....

SÉPTIMO.- Hay que decir, además, que no está en discusión si se cumple o no el requisito cuando la sociedad a la que pertenece dicho Centro es distinta a la licitadora aunque esté integrada en su grupo y su capital pertenezca en su totalidad a ésta última. El debate, hay que insistir en ello, versa sobre si, no habiendo acreditado CLECE de manera suficiente al parecer de la mesa de contratación su titularidad del Centro Especial de Empleo, podía o no subsanar tal defecto.

La sentencia de la Audiencia Nacional deja constancia de que la jurisprudencia admite, conforme al Real Decreto 1098/2001, la subsanación de defectos de la documentación relativa a la solvencia del contratista y que la disposición de un Centro Especial de Empleo se considere requisito de solvencia técnica y ve razonable la solución a la que llega el **TACRC** pero entiende que no es aplicable aquí pues el requisito en discusión ha sido configurado como un criterio de adjudicación. De ahí que la razonabilidad recién admitida de la interpretación del **TACRC** se transforme en quiebra de la seguridad jurídica y de la igualdad de trato así como de la libre concurrencia.

El paso de la razonabilidad a la ilegalidad no está debidamente explicado en la sentencia, sobre todo cuando la resolución del **TACRC** justifica su decisión de tener por subsanable el defecto del que venimos hablando, entre otras razones, porque considera que el requisito, aunque es de los contemplados en la cláusula 8.3 y se ha de justificar con la documentación del sobre nº 3, es en realidad de solvencia. Esta calificación no ha sido reflejada en la sentencia, que tampoco la analiza, sino que se limita a remitirse al tenor del pliego sin mayores razonamientos.

Además de la naturaleza del requisito o criterio, hay que tener presente la forma en que el pliego lo enuncia que es la siguiente:

*"Se valorará la existencia, que deberá justificar documentalmente el licitador en el sobre nº 3, de un Centro Especial de Empleo en la entidad".*

Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el **TACRC**. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el **TACRC** y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó, tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia.

Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el **TACRC** sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos.

*No hay, pues, razón para no aplicar a esta documentación el régimen general de subsanación. De ahí que proceda acoger el motivo de casación, anular la sentencia y desestimar el recurso contencioso-administrativo".*

Es indudable que la subsanación de defectos respecto de la documentación aportada en el sobre 3 debe ser considerada con carácter excepcional, pero no es menos cierto que el requisito esencial para no admitir la subsanación es que se pueda alterar de alguna forma la oferta, requisito que defiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al indicar que se debe tratar del mismo modo y con lealtad a los diferentes candidatos a la adjudicación del contrato, de tal forma que no se pueda producir un beneficio o un perjuicio indebido a ninguno de ellos; pero si no se produce ninguna modificación en la oferta con la subsanación, es admisible admitir esta subsanación en aplicación del principio de la concurrencia competitiva, dando posibilidad a todos y cada uno de los postores que concurren en el procedimiento de adjudicación contractual.

Por otra parte, es importante siempre tener en cuenta que las cláusulas que integran el pliego, ya de prescripciones técnicas, ya de las cláusulas administrativas particulares, deben ser consideradas como los criterios que han de servir de base para la adjudicación.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, nos encontramos con que la subsanación que se realiza no afecta en ningún caso a la oferta en su momento presentada, por cuanto que ya en su oferta incluía los conceptos de este criterio de valoración, al recoger la tabla, a que se refiere el punto 2 de la prescripción 11.B) del pliego de prescripciones técnicas, la indicación de que el certificado nivel alto del servicio del Esquema Nacional de Seguridad se encontraba en curso. Por otra parte, si bien esta prescripción 11 del Pliego





de Posiciones Técnicas se refiere a certificados expedidos por la empresa acreditadora y justificantes por parte también de la empresa acreditadora, esta circunstancia no se indica con esta precisión en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pues, al referirse a la "Certificación de cumplimiento del Esquema Nacional de Seguridad", en el último párrafo de este apartado, se indica que "se deberá acreditar con algún documento o certificado de la entidad certificadora", habiendo entendido la parte aquí codemandada que con el documento de la entidad certificadora que aportó, unido a la declaración responsable, era documento suficiente para cumplir con la obligación de acreditación de estar en curso de obtener la correspondiente certificación; lo cual es lógico si tenemos en cuenta que se aporta una oferta, que por sí sola no sería suficiente, pero que acompañada de la declaración responsable -todo ello sin perjuicio de que sería mucho más ajustado haber aportado la certificación correspondiente y no sólo un documento (una oferta)- inicialmente hacía suponer que se encontraba en curso de certificación.

Es indudable que no alterando de ninguna manera la oferta realizada y teniendo en cuenta esta duda interpretativa de la cláusula 18, en cuanto si bastaba con la aportación de algún documento, junto con la declaración responsable, o este documento debería ser una certificación de encontrarse en curso, lo que procede es la subsanación de este documento.

Además, esta subsanación es todavía más ajustada a derecho si tenemos en cuenta que, aun cuando no sea un documento que deba integrarse en el sobre 1, se trata de una acreditación de la suficiencia técnica de la empresa; no suficiencia técnica para acreditar que reúne los requisitos exigidos para concursar, pero sí para acreditar que reúne unos requisitos que presuponen una superioridad técnica, que concurre al momento de concurrir al concurso de adjudicación; y que estos requisitos se reúnen en este momento, sin perjuicio de que la documentación no sea la más adecuada para acreditar el cumplimiento de los mismos.

En atención a estas circunstancias, se debe concluir que es acertada y ajustada a derecho la resolución impugnada.

**ÚLTIMO.-** De conformidad con lo establecido en el art. 139.1 de la LJCA, según redacción dada al mismo por la Ley 37/2011, aun cuando se desestima el recurso, no procede imponer las costas a ninguna de las partes, por cuanto que se presentan grandes dudas de derecho en cuanto a la interpretación del artículo 81 y concordantes del Real Decreto 1098/2001 y alcance que se debe dar a la subsanación de defectos documentales en cuanto a los documentos a aportar dentro del sobre 3.

**VISTOS** los criterios legales citados y demás de general y procedente aplicación

## FALLO

Que se desestima el recurso contencioso-administrativo registrado con el número **99/2018**, interpuesto por la entidad UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA S.A.U. XXII, representada por la procuradora doña Paula Mazariegos Luelmo y defendida por la letrada doña Ángela Bariego Vazquez, contra la Resolución 32/2018, de 4 de mayo, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, notificada el 8 de mayo de 2018, por la que se estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra la adjudicación del contrato de servicio de comunicaciones de voz y acceso a internet de la Diputación de Segovia, denominado "SERVICIO DE COMUNICACIONES DE VOZ Y ACCESO A INTERNET DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEGOVIA" a favor de la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. Y TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA. S.A.U. (25/ABSE).

No ha lugar a la imposición de costas.

Notifíquese e la presente resolución a las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso- Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA, debiendo acompañarse documento acreditativo de haberse ingresado en concepto de depósito la cantidad 50 € a que se refiere el apartado 3.d) de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre.



Firme que sea esta sentencia remítase el expediente administrativo con certificación de la misma, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ