JUSTIFICANTE DE REGISTRO ELECTRÓNICO

DATOS DE REGISTRO			
Nº REGISTRO:	2020-00971976-E	FECHA DE REGISTRO:	30/12/2020 18:01:54
FECHA PRESENTACIÓN:	30/12/2020 17:58:17	EXPEDIENTE:	N/A
APLICACIÓN:	APLICACIÓN DE FORMULARIO DE PROPÓSITO GENERAL PARA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS		
FORMULARIO:	FORMULARIO DE PROPÓSITO GENERAL PARA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS		

PRESENTADOR			
NOMBRE/RAZÓN SOCIAL:	MARIA DE LAS NIEVES CABALLERO REINARES	NIF/NIE:	51452869Y
DIRECCIÓN:	C/ VILLANUEVA 14 4ª PLT	LOCALIDAD:	MADRID
PROVINCIA:	MADRID	CÓDIGO POSTAL:	28001
PAÍS:	ESPAÑA	TELÉFONO:	635185690
CORREO ELECTRÓNICO:	NCABALLERO@NUEVAMUTUASANITARIA.ES		

REPRESENTADO			
NOMBRE/RAZÓN SOCIAL:	NIEVES CABALLERO REINARES	NIF/NIE:	V86444965
DIRECCIÓN:	C/ VILLANUEVA 14 4ª PLT	LOCALIDAD:	MADRID
PROVINCIA:	MADRID	CÓDIGO POSTAL:	28001
PAÍS:	ESPAÑA	TELÉFONO:	635185690
CORREO ELECTRÓNICO:	NCABALLERO@NUEVAMUTUASANITARIA.ES		

DESTINATARIO			
CENTRO DIRECTIVO:	OFICIALIA MAYOR		
DIRECCIÓN CENTRO:	C/ ALCALÁ, 5		
LOCALIDAD:	MADRID	PROVINCIA:	MADRID
CÓDIGO POSTAL:	N/A	TELÉFONO:	N/A

ASUNTO

Escrito: F/10120/2020 - RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN FRENTE AL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DEL SEGURO COLECTIVO DE SALUD PARA LOS EMPLEADOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (EXPTE 06/20)

FICHEROS ADJUNTOS

ORDEN	NOMBRE FICHERO	HASH	ALGORITMO
1º	Recurso Nueva Mutua Sanitaria.pdf	84KNlKCYoFYOIPTnlPgYoWxqyJg=	SHA1

El acuse de recibo no prejuzga la admisión definitiva del escrito si concurriera alguna de las causas de rechazo contenidas en el artículo 29.1 del Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre.

Recurrente: NUEVA MUTUA SANITARIA
Actuación recurrida: Acuerdo de adjudicación del contrato del seguro colectivo de salud para los empleados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (EXPTE. 06/20)"
Poder adjudicador: Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)

RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

Dª. Nieves Caballero Reinares, con D.N.I. 51452869Y, en nombre y representación de Nueva Mutua Sanitaria del Servicio Médico, Mutua de Seguros a Prima Fija (en adelante, "**NMS**"), representación que acredito mediante los poderes que se adjuntan como **Documento nº 1**, con domicilio a efectos de notificaciones en Madrid, Calle Villanueva 14 y dirección electrónica ncaballero@nuevamutuasanitaria.es, ante este Tribunal Administrativo comparezco y como mejor proceda en Derecho,

DIGO

I. En fecha 14 de diciembre se notificó a esta parte y se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la Resolución del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, "**CNMV**") por la que se adjudica el contrato del sector público de *"seguro colectivo de salud para los empleados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (EXPTE. 06/20)"* (en adelante, el "**Contrato**"). Se adjunta copia de la resolución recurrida como **Documento nº 2**.

II. Entendiendo que la Resolución del Presidente de la CNMV por la que se adjudica el Contrato (en adelante, la "**Resolución**") es contraria a Derecho, al amparo de lo dispuesto en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("**LCSP**") y por medio del presente escrito, interpongo en la representación que ostento frente a la citada Resolución **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** de conformidad con los siguientes

HECHOS

1º. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratos del Sector Público el día 21 de enero de 2020, se convocó por la CNMV la licitación para la adjudicación del Contrato, por procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

2º. El objeto del Contrato consiste en proveer a la CNMV de un seguro colectivo de salud para su personal.

3º. Para la adjudicación del Contrato, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) prevé que únicamente se tendrán en cuenta criterios de valoración automática mediante la aplicación de fórmulas matemáticas. Así, junto al criterio estrictamente económico (oferta económica por las diferentes prestaciones incluidas en el seguro ofertado, en forma de prima de seguro), el PCAP prevé que dentro de la oferta técnica se valorará el grado de cobertura hospitalaria del que los asegurados podrán disfrutar con el seguro ofertado, medido en función del número de hospitales concertados en Madrid y Barcelona y el número de especialidades cubiertas por el seguro en cada uno de los hospitales concertados; valorándose este criterio con los siguientes puntos:

> ***B.1. Red asistencial - 76 puntos***
>
> *1. Concierto con hospitales referenciados en la cláusula séptima punto 7.6 del pliego de prescripciones técnicas - 38 puntos*
>
> *2. Concierto de todas las especialidades en los hospitales referenciados en la cláusula séptima punto 7.6 del pliego de prescripciones técnicas - 38 puntos*

A efectos de la valoración de estos criterios se tiene en cuenta el listado de hospitales indicado en la cláusula séptima punto 7.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) con los que el licitador tenga concierto en Madrid y Barcelona, debiendo los licitadores rellenar a estos efectos el certificado que se acompaña al PCAP como Anexo B, en el que se incorpora una relación de centros hospitalarios concertados a valorar, indicado para cada uno de ellos si se dispone de concierto y si el concierto incluye o no todas las especialidades disponibles en cada uno de los centros.

4º. NMS dispone de concierto con 44 hospitales (29 en Madrid y 15 en Barcelona) de los 48 hospitales (30 en Madrid y 18 en Barcelona) referidos en el listado de la cláusula séptima punto 7.6 del PPT y en los 44 hospitales el concierto de NMS incluye todas

las especialidades disponibles. Así lo hizo constar NMS en su oferta, mediante la firma y aportación del correspondiente certificado con el formato del Anexo B del PCAP (se adjunta copia como **Documento número 3**).

5º. La Subdirectora del Recursos Humanos de la CNMV procedió a la valoración de las ofertas presentadas, emitiendo *"Informe de valoración final y orden de clasificación de la licitación"* fechado el 16 de noviembre, en el que se otorgan cero puntos a la oferta presentada por NMS en el apartado relativo al *"Concierto de todas las especialidades en los hospitales referenciados en la cláusula séptima punto 7.6 del pliego de prescripciones técnicas"*, por no haber *"aportado el correspondiente certificado del hospital, conforme a lo establecido en el PCAP".*

6º. La mesa de contratación, en la sesión de 17 de noviembre de 2020, haciendo suya la valoración contenida en el informe descrito en el párrafo anterior, propuso la adjudicación del Contrato a la empresa SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS.

7º. El Presidente de la CNMV, el 19 de noviembre de 2020, siguiendo el criterio de la Mesa de Contratación requirió a SEGURCAIXA ADESLAS, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS la presentación de la documentación previa a la adjudicación del Contrato, acordando su adjudicación definitiva a dicha empresa mediante la Resolución que aquí se recurre.

8º. Nótese que ni la Mesa de Contratación, ni el técnico encargado de valorar las ofertas, ni el propio Órgano de Contratación, requirieron en ningún momento a NMS para que aclarase su oferta o aportase la documentación acreditativa de los extremos ofertados, a pesar de que esta posibilidad está expresamente prevista en los artículos 95 y 141.2 de la LCSP y además tal información es pública porque aparece detallada en la Web de NMS: https://www.nuevamutuasanitaria.es/cuadro-medico

9º. Esta parte respetuosamente entiende que la actuación del Órgano de Contratación es contraria a Derecho y vulnera la doctrina consolidada de este Tribunal sobre la subsanación de defectos formales de las ofertas, por las razones que detalladamente exponemos a continuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

1.- Recurso procedente

El presente recurso se interpone contra la Resolución del Presidente de la CNMV por la que se adjudica el contrato administrativo de *"seguro colectivo de salud para los empleados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (EXPTE. 06/20)"*.

La Resolución es recurrible por esta vía al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.2 apartado c) de la LCSP.

2.- Órgano ante el que se solicita y competencia para su resolución

La resolución de los recursos especiales en materia de contratación interpuestos contra los actos relacionados en el apartado 2 del artículo 44 de la LCSP, dictados por entidades del sector público estatal, cuando se refieren a los tipos de contratos especificados en el apartado 1 del mismo artículo, corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo estipulado en el artículo 45 de la LCSP.

3.- Plazo de interposición

Según lo dispuesto en el artículo 50 de la LCSP:

> *"1. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
>
> *(...)*
>
> *d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento".*

La Resolución fue notificada a esta parte el día 14 de diciembre de 2020, por lo que el presente recurso se interpone en el plazo de quince días hábiles previsto en la norma.

4.- Legitimación activa

Mi representada se encuentra legitimada activamente para interponer el presente recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, como persona jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se han visto perjudicados y resultan afectados por la Resolución que se recurre, ya que de haberse valorado correctamente su oferta, NMS habría resultado adjudicataria del Contrato.

5.- Suspensión del procedimiento

En virtud de lo previsto en el artículo 53 de la LCSP, la interposición del presente recurso especial en materia de contratación implica de manera automática la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del recurso.

SEGUNDO. - MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

ÚNICO. – NULIDAD DE LA ADJUDICACIÓN PUESTO QUE LA VALORACIÓN REALIZADA ESTÁ MOTIVADA EN UN ERROR FORMAL SUBSANABLE EN LA DOCUMENTACIÓN PRESENTADA

Tal y como hemos indicado en los antecedentes de hecho de este escrito, en el informe de valoración de ofertas se otorgan cero puntos a la oferta presentada por NMS en el apartado relativo al *"Concierto de todas las especialidades en los hospitales referenciados en la cláusula séptima punto 7.6 del pliego de prescripciones técnicas"*, por no haber *"aportado el correspondiente certificado del hospital, conforme a lo establecido en el PCAP"*, sin que ni la Mesa de Contratación, ni el Órgano de Contratación procediesen a requerir aclaraciones o la subsanación del error formal de la oferta de NMS, habiéndose explicitado en la oferta el cumplimiento de dicho requisito y siendo público y notorio que el concierto de NMS con los hospitales referenciados en su oferta incluye todas las especialidades disponibles en los mismos, pues esta información aparece detallada en la Web de NMS: https://www.nuevamutuasanitaria.es/cuadro-medico.Esta información es de acceso público y gratuito y estaba (y está) a disposición de la CNMV, organismo que, por otro lado, dispone de medios suficientes para acceder a esta y otra información pública, siendo esta tarea parte de sus cometidos habituales. En definitiva, NMS declaró que cumplía (y sigue cumpliendo) el criterio de valoración consistente en el concierto con

los hospitales exigidos, pero el Órgano de Contratación no ha tenido en cuenta este criterio por el mero hecho de que NMS no incluyó en su oferta los certificados acreditativos del concierto, al no poder contar con ellos en un plazo tan breve de tiempo. Y todo ello, a pesar de que el cumplimiento del criterio en cuestión por parte de NMS resulta evidente a la luz de la información pública disponible y sin que el Órgano de Contratación haya siquiera permitido a NMS subsanar o aclarar la falta de documentación advertida, a pesar de que nos encontramos ante un defecto formal perfectamente subsanable, ya que la información a que hacen referencia los certificados cuya aportación reclama el Órgano de Contratación era conocida en el momento de presentación de ofertas y la mera aportación de tales certificados no supone modificar en forma alguna la oferta de NMS. Por el contrario, el Órgano de Contratación sí ha dado por válidos varios certificados aportados por el adjudicatario, expedidos en el año 2017. Es decir, el Órgano de Contratación admite documentos que, por su antigüedad, es dudoso que sirvan para acreditar la vigencia en la actualidad de los conciertos que supuestamente certifican. Entendemos que el Órgano de Contratación realizaría las averiguaciones oportunas para determinar la vigencia de estos certificados antiguos, ya sea acudiendo a la información pública sobre el adjudicatario, ya sea requiriendo aclaraciones al adjudicatario. Por eso resulta más que sorprendente que el Órgano de Contratación se haya negado no solo a atender a la información pública que acredita la vigencia y extensión de los conciertos declarados por NMS, sino también, y lo que es más grave, a permitir a NMS subsanar el defecto formal existente, en una clara actuación contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación.

La subsanación de la falta de documentación acreditativa del cumplimiento de un requisito exigible a los licitadores, existente en el momento en que era exigible, es una posibilidad perfectamente admitida tanto por la doctrina de este Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos, como de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ("**JCCA**"), por ello entendemos que tanto la valoración realizada como la Resolución de adjudicación no son ajustados a derecho por los siguientes motivos:

1. El Órgano de Contratación debió solicitar aclaración de la oferta al apreciar un defecto formal subsanable.

2. La subsanación de la oferta es admisible pues no supone una modificación de la misma.

3. La no valoración de este apartado de la oferta supone una quiebra manifiesta de los principios de concurrencia, selección de la oferta económicamente más ventajosa y antiformalismo que rigen la contratación pública.

Pasamos a desarrollar cada uno de estos argumentos.

1. El Órgano de Contratación debió solicitar de oficio aclaración de la oferta

El Órgano de Contratación debió solicitar de oficio la aclaración de la oferta a NMS pues es manifiesto que la misma adolecía de un defecto formal perfectamente subsanable.

En este sentido, el artículo 95 de la LCSP expresamente prevé esta posibilidad cuando indica que *"El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios"*. Asimismo, tanto el artículo 141.2 LCSP como el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establecen la obligación del Órgano de Contratación de otorgar un plazo al licitador para que proceda a subsanar los errores subsanables que hubieran podido apreciar en sus ofertas.

Pues bien, nada de esto sucedió y es por ello que el primer reproche que debemos realizar es que el Órgano de Contratación ha prescindido absolutamente del procedimiento legalmente establecido y ha omitido la solicitud de subsanación de los defectos formales advertidos en la oferta y dicha omisión ha supuesto que el Contrato vaya a adjudicarse a una oferta menos ventajosa, contraviniendo así varios de los principios que inspiran la contratación pública.

A la necesidad de permitir la subsanación de errores formales para dar cumplimiento a estos principios se refiere el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2014, de 21 de noviembre de 2014, señalando al respecto que:

> *"No es conforme al Derecho de la contratación del sector público, hacer depender de un elemento formal la validez del cumplimiento de un requisito material o sustancial debidamente cumplimentado. Pues en tal caso se deforma y perjudica la finalidad del procedimiento, que no es otra sino la obtención de la oferta económicamente más ventajosa.*
>
> *De manera que una interpretación adecuada del apartado 3 del Anexo XII del PCAP, a la vista de cuanto se ha expuesto y de las reglas generales de nuestro Derecho de la contratación, obliga a considerar que no cualquier omisión de requisitos formales, sino únicamente aquellos que merezcan la calificación de sustanciales, puede dar lugar al rechazo sin más de una proposición. Sobre todo si, y además, se atiende a dos de los principales principios que inspiran*

toda licitación pública: el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa; que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública".

Siguiendo la doctrina expuesta, si existiesen dudas acerca de la viabilidad técnica de la oferta, en este caso del cumplimiento de los criterios de valoración, el Órgano de Contratación debería haber solicitado aclaraciones a mi mandante, cuestión permitida por nuestro ordenamiento y doctrina, sin que ello implique la modificación de la oferta.

Así, la Resolución 763/2014 de 15 de octubre de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ("**TACRC**"), citando otras resoluciones similares permite esta posibilidad, señalando al respecto lo siguiente:

> *"En definitiva, <u>siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, "pues dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos</u>", "debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos" (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo (LA LEY 4607/2012), o 35/2014, de 17 de enero (LA LEY 12522/2014), entre otras)".*

En términos similares se manifiesta el TACRC en su Resolución 297/2012, de 21 de diciembre de 2012:

> *"En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y <u>subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos</u> (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría <u>aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los</u>*

requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación".

Por todo lo anterior, el Órgano de Contratación ha infringido la norma y ha omitido el trámite de subsanación de ofertas, puesto que, al encontrarnos ante un defecto formal en la documentación presentada, hubiese procedido dar dicho trámite al licitador de cara a garantizar la adjudicación del Contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

No podemos hablar en ningún caso de trato desigual, ya que como hemos extractado en la doctrina ya muy consolidada, la subsanación de errores formales no supone una quiebra del principio de igualdad de trato entre los licitadores, sino que por el contrario es un trámite necesario para garantizar los principios de concurrencia y selección de la oferta más ventajosa.

2. La subsanación de la oferta es admisible pues no supone una modificación de la misma

El informe de la JCCA número 18/10, de 24 de noviembre, haciendo una recopilación de toda su doctrina al respecto, afirma que son subsanables los defectos y omisiones que se adviertan por la mesa en la documentación de los licitadores, siempre y cuando dichos defectos u omisiones se refieran a la acreditación del cumplimiento por la oferta del licitador de los requisitos exigidos por el pliego y no al propio cumplimiento de tales requisitos:

> *"[…] si bien es cierto que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas acepta, en su artículo 81.2, que «si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores», también lo es que esta facultad se refiere, exclusivamente, a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma.*
>
> *Al respecto ya se ha pronunciado, numerosas veces, esta Junta (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros) indicando que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Dicho en otras palabras, si bien no es posible establecer una*

lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

En tal sentido, esta Junta Consultiva, en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que «el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir, siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que, evidentemente, es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que, en el momento citado, no exista de manera indudable».

Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a que un excesivo rigor, al aplicar las normas de procedimiento, puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa, el de la libre concurrencia, a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados y el principio de libre concurrencia."

Es muy ilustrativa al respecto la expresión utilizada por la JCCA *"**puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que, en el momento citado, no exista de manera indudable**"*. Así lo entiende igualmente este TACRC, quien en su resolución 871/2017, señala lo siguiente:

"Este Tribunal, recogiendo la doctrina de la JCCA, se ha pronunciado, reiteradamente, sobre la cuestión, entre otras muchas, en las resoluciones número 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio, 225/2013, de 12 de junio y 92/2014, de 5 de febrero, donde hemos 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.

A la vista de todo ello, la concesión de la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa o general no se configura, en la legislación contractual, como una facultad de la que la mesa de contratación pueda hacer un uso discrecional ni, menos aún, arbitrario; lejos de eso, la regla general es que los defectos formales de la documentación son subsanables y, por ello, debe concederse al licitador el trámite de subsanación.

Sólo cuando de la documentación presentada, ya en el sobre cerrado, ya tras el requerimiento de subsanación, resulte que los requisitos de capacidad y solvencia no existían a la finalización del plazo de presentación de las proposiciones (artículo 146.5 TRLCSP), cabe excluir al licitador.

Ello es así, porque la mesa debe garantizar el cumplimiento, no sólo de las normas, sino, también, de los principios que rigen la contratación pública, singularmente, los de igualdad, en su vertiente de no discriminación y de libre concurrencia e interpretar el PCAP, de modo que esos principios tengan realización efectiva.

*Así, **en el caso de omisión de documentación, el defecto puede subsanarse aportándola, por lo que debe concederse la posibilidad de subsanación y, sólo a la vista de la no presentación de la documentación requerida o si ésta no acredita el cumplimiento de los requisitos en el momento exigido, puede excluirse al licitador**.*

[…]

Por tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores, puramente formales, en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas."

Permítasenos reiterar que **NMS declaró que cumplía (y sigue cumpliendo) el criterio de valoración consistente en el concierto con los hospitales exigidos; criterio que no se le ha tenido en cuenta a pesar de que el cumplimiento por parte de NMS del mismo resulta de su declaración y de la información pública disponible**. Por ello, y en contra del criterio de la Mesa de Contratación, la aportación de los certificados que acreditaban

el cumplimiento de tal criterio no supone variación alguna de la oferta de NMS, tal y como se desprende de la doctrina de este Tribunal. La realidad es la que es.

En los mismos términos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012 (C-599/10), señala:

> *"Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma".*

En definitiva, nos encontramos ante un error formal perfectamente subsanable, puesto que la información a que hacen referencia los certificados cuya aportación reclama el Órgano de Contratación era conocida en el momento de presentación de ofertas y la mera aportación de tales certificados no supone modificar en forma alguna la oferta de NMS, sino tan solo reforzar la acreditación del cumplimiento de lo que se ofertó.

3. La no valoración de este criterio supone una quiebra manifiesta de los principios de concurrencia, selección de la oferta económicamente más ventajosa y antiformalismo que rigen la contratación pública

La omisión del Órgano de Contratación de su obligación de solicitar la subsanación del error advertido ha provocado no sólo una quiebra del procedimiento, sino una vulneración de los principios de la contratación pública.

No hay que olvidar que los procedimientos de licitación se rigen por principios claramente definidos en la norma y que deben inspirar la actuación de los Órganos de Contratación. De los hechos reseñados, se extrae que los principios vulnerados han sido el de concurrencia, selección de la oferta económicamente más ventajosa y el principio antiformalista.

Estos tres principios están íntimamente relacionados y es que la aplicación de **un criterio formalista y rigorista que excluya o no valore ofertas por cuestiones puramente**

formales choca con el principio de concurrencia que debe presidir las licitaciones para garantizar la mayor participación posible y, por ende, la selección de la oferta económicamente más ventajosa. Y así lo ha entendido el propio Órgano de Contratación a la hora de valorar la documentación aportada por el adjudicatario, dando por válidos certificados expedidos en el año 2017 que, por su antigüedad, cabría considerar que no sirven para acreditar la vigencia en la actualidad del concierto que supuestamente certifican. Admitir estos certificados y, por el contrario, no permitir que mi mandante subsane la falta de los mismos es, además, contrario al principio de igualdad de trato y no discriminación.

Como ya ha señalado el Tribunal de Contratación Pública de Aragón en el ya citado Acuerdo 49/2012:

> *"De manera que una interpretación adecuada del artículo 84 RGLCAP, a la vista de cuanto se ha expuesto y de las reglas generales de nuestro Derecho de la Contratación, obliga a considerar que no cualquier tipo de error, sino únicamente aquel que merezca la calificación de manifiesto, puede dar lugar al rechazo sin más de una proposición. Sobre todo si, y además, se atiende a dos de los principales principios que inspiran toda licitación pública: el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa; que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública.*
>
> *Además, no debe olvidarse, que existe un interés legalmente protegido, incluso un derecho de los ciudadanos y sus empresas, a ser adjudicatarios de los contratos —en virtud del principio de igualdad, y de las diferentes exigencias del principio de legalidad— si reúnen las condiciones y ofrecen cumplirlos del modo que sea más ventajoso para los fines públicos. Por su parte, la Administración cuando contrata se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto y al mismo principio de igualdad de trato a los ciudadanos; pues la contratación no es si no otra forma de distribución de los recursos públicos (entre los que se encuentran los de los propios ciudadanos licitadores) para el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas en orden a la satisfacción de las necesidades y fines públicos".*

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 137/2017, afirma:

> *"Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en diversas ocasiones, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar una controversia como la que nos atañe debiendo, asimismo, considerar el principio de concurrencia del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables".*

En este caso, una aplicación absolutamente restrictiva de la concurrencia ha impedido que la oferta de mi mandante sea valorada como merece impidiéndole, en consecuencia, resultar adjudicataria del Contrato.

En virtud de lo anterior,

SOLICITO al **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES** que tenga por presentado el presente recurso, lo admita y tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso especial en materia de contratación contra la Resolución del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se adjudica el contrato de *"seguro colectivo de salud para los empleados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (EXPTE. 06/20)"*, y en su virtud acuerde, previos los trámites procesales oportunos, la anulación de la Resolución recurrida ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe de valoración de las ofertas presentadas, para que la Mesa de Contratación proceda a requerir a NMS la subsanación de su oferta aportando los certificados que acrediten el cumplimiento del criterio B.1.2 de su Oferta Técnica, procediendo a la valoración de este criterio en consecuencia con el resultado de tal subsanación.

Madrid, 30 de diciembre de 2020

_____

Nieves Caballero Reinares
NUEVA MUTUA SANITARIA