



Recurso nº 193/2015 C.A. Principado de Asturias 16/2015

Resolución nº 286/2015

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.A.F.F. contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de "*Servicio de Atención Infantil Temprana en las Áreas de Servicios Sociales VI, VII y VIII*", adoptado el día 18 de febrero de 2015 por la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 24 de septiembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Principado de Asturias el anuncio de licitación del contrato de servicio de Atención Infantil Temprana en las Áreas de Servicios Sociales VI, VII y VIII. El ahora recurrente presentó oferta a los lotes 2 y 3.

Segundo. Por Resolución de fecha 19 de noviembre de 2014 de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda se adjudican los lotes número 1, número 2 y número 3 a ANTONIO CORRIPIO SERVICIOS S.L. al haber realizado la proposición económica más ventajosa. Por Resolución de este Tribunal de fecha 20 de enero de 2015 se acuerda retrotraer el procedimiento de adjudicación al momento en que estima la mesa incurrió en una infracción del artículo 151 TRLCSP, dado que el Tribunal considera que la documentación a que se refiere el número 2 del citado artículo no puede ser objeto de

subsanación, por lo que la mesa debió entender retirada la oferta del licitador a cuyo favor había propuesto la adjudicación.

Dicho acuerdo fue notificado al licitador mediante oficio de fecha 23 de septiembre de 2014.

Tercero. Con fecha 30 de enero de 2015 la Mesa de Contratación acuerda elevar la propuesta de adjudicación del contrato a favor de D. J.A.F.F. para que por el órgano de contratación se requiera la presentación de la documentación a que se refiere la cláusula 2.3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Cuarto. Con fecha 18 de febrero de 2015 la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda acuerda por unanimidad excluir a D. J.A.F.F. dado que examinada la documentación presentada en plazo resulta que según consta en certificado de la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias, las garantías constituidas para cada uno de los lotes (2 y 3) lo son por importe inferior al requerido en noventa céntimos, no tratándose de un requisito subsanable.

Quinto. Con fecha 24 de febrero de 2015 consta anunciado el recurso especial en materia de contratación y con fecha 25 de febrero de 2015 se interpone recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de exclusión de fecha 18 de febrero de 2015.

Sexto. Consta informe del órgano de contratación de fecha 2 de marzo de 2015.

Séptimo. En fecha 4 de marzo de 2015, por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que a su derecho convinieran. Se han presentado alegaciones con fecha 9 de marzo de 2015 por parte de ANTONIO CORRIPIO SERVICIOS S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del TRLCSP y el Convenio de Colaboración suscrito con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de fecha 3 de octubre de 2013 y publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013 mediante resolución de 4 de octubre de la Subsecretaría del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Segundo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, D. J.A.F.F., en su condición de licitador en el procedimiento de contratación está legitimado para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El recurso se dirige contra el acuerdo de exclusión del licitador del contrato de servicio de atención infantil temprana en las áreas de servicios sociales VI, VII y VIII”, adoptado el día 18 de febrero de 2015 por la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias.

Dispone el artículo 40.2 TRLCSP lo siguiente: *“Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores”.

Dado que estamos ante un acuerdo de exclusión del licitador, el acuerdo es susceptible de recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días previsto en el artículo 44 de la TRLCSP, acompañándose al mismo los documentos legalmente exigidos.

Quinto. En cuanto al fondo de la cuestión planteada, el recurrente considera que la Resolución de la Mesa de Contratación es contraria al principio de proporcionalidad y de buena y protección de la confianza. Señala que si bien la falta de constitución, total o parcial de la garantía no es subsanable, a la vista del mínimo error o defecto entraría en juego el principio de proporcionalidad.

El órgano de contratación por su parte señala en su informe que se trata de un defecto no subsanable dado que afecta a la existencia del requisito, defecto imputable únicamente a un error por parte del ahora recurrente al haber constituido las garantías por un importe inferior al requerido.

Procede por tanto analizar si se trata o no de un requisito subsanable.

Sexto. En este caso resulta indiscutible que el ahora recurrente, visto el requerimiento efectuado por el órgano de contratación en el que se exigía la constitución de garantías para cada lote por importe once mil ciento cuarenta y nueve euros y noventa céntimos, y el aval depositado en la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias, constituyó las garantías por un importe inferior al requerido. Las garantías fueron prestadas por la cuantía de once mil ciento cuarenta y nueve euros en cada lote. Por tanto las garantías fueron constituidas por un importe inferior al requerido.

Dispone el artículo 151.2 TRLCSP lo siguiente: *“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 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”.

El precepto continua disponiendo que de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Señala el Informe número 53/2010 de 10 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de la Competencia: *“En los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09 de 1 de febrero de 2010, en el que se señala como una regla aplicable por todos, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. Más adelante sostiene que “Por otra parte la abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en materia de defectos subsanables viene a sentar un criterio claro a este respecto, además de indicar que dicho criterio general deberá ser aplicado por el órgano de contratación caso por caso. Así la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con*

anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación..."

Con relación a la prestación de garantías si bien se refiere a la provisional, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 48/02 de 28 de febrero de 2003 ha señalado que *la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse un defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación.*

Sobre la cuestión se pronuncia entre otras la Resolución del Tribunal número 177/2013 de fecha 14 de mayo de 2013: *"En nuestra Resolución 296/2012 ya señalamos que la cuestión de la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones por parte de las empresas licitadoras en un procedimiento de contratación, con carácter general, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2011, 16 de diciembre de 2004 o 6 de julio de 2004), habiéndose pronunciado igualmente sobre el particular tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal como este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

Exponiendo de manera sintética las conclusiones alcanzadas por la doctrina jurisprudencial y administrativa sobre el tema planteado, cabe destacar lo siguiente:

l) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en 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 (RGLCAP), conforme al cual: "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”. Por tanto, la regla general es la concesión de la posibilidad de subsanar al licitador cuya oferta presente defectos u omisiones subsanables.

II) 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 de 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 (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa)”.

De igual modo, como se señala en la Resolución de fecha 4 de julio de 2013: “la Resolución de este Tribunal 184/2011 declaró que *“la posibilidad de subsanación se contrae exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma”*”.

Dispone la Resolución del Tribunal número 469/2014 de fecha 18 de junio: “Las previsiones legales sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos para contratar deben entenderse, como expone la Resolución de este Tribunal 255/2013, de 14 de noviembre, en el contexto del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la concurrencia competitiva, que ya ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por la Jurisprudencia, señaladamente respecto a la cuestión de los defectos subsanables: como dice la STS de 26-1-2005, Sala de lo C-A, Secc. 4ª, “En la Sentencia de 15 de enero de 1999 se dijo «una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el art. 13 de la LCE de 8 abril de 1965, 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 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». A la doctrina judicial citada debemos añadir, como recogió nuestra Resolución 267/2011, “la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones en los procesos de concurrencia como resulta de la Guía de la Comisión Nacional de Competencia, en la que se afirma: “2.Subsanación de errores. El formalismo administrativo, cuando es excesivo o innecesario en relación con el objetivo que se persigue, se convierte en un obstáculo a la competencia, porque impone a los operadores cargas que podrían evitarse y que pueden incluso llevar a la exclusión de ofertas que resulten plenamente competitivas”.

En el caso que nos ocupa, la garantía era defectuosa al haberse constituido por un importe inferior al requerido, por lo que resta por determinar si tal defecto era subsanable y si el órgano de contratación estaba en tal caso obligado a otorgar al licitador plazo para su subsanación.

A este respecto, resulta procedente traer a colación la doctrina expuesta por este Tribunal en su resolución 61/2013 de 6 de febrero de 2013, de conformidad con la cual, *“los defectos existentes en la aportación de la garantía definitiva no pueden ser subsanados, en aplicación del artículo 151.2 TRLCSP, no pudiendo concederse al licitador un nuevo plazo para su subsanación. Tal y como se recoge en dicha resolución, el precepto transcrito regula un trámite previo a la adjudicación del contrato, según el cual el órgano de contratación requerirá al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, en el plazo de diez días hábiles, aporte determinada documentación, entre ella, la que acredite haber constituido la garantía definitiva que sea procedente, de manera que si no se presenta la documentación exigida, se considerará que el licitador retira su oferta, debiéndose requerir al licitador siguiente, atendiendo al orden de clasificación de las ofertas. A estos efectos interesa indicar que el artículo 99 del TRLCSP, en consonancia con lo señalado en el último párrafo del apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP, relativo a la “Constitución, reposición y reajuste de garantías”, dispone que “El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2”.*

De acuerdo con lo expuesto, el plazo de diez días hábiles que establece el artículo 151.2 del TRLCSP para aportar la documentación exigida en el mismo no puede ser rebasado, pues como ya señalamos en nuestra resolución 153/2011 de 1 de junio, para un supuesto análogo referido a la acreditación de los medios comprometidos a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, “de no ser así ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público (actuales arts. 1 y 139 TRLCSP)”.

Como recuerda la Resolución número 309/2014 de fecha 11 de abril, *“En la resolución 225/2013, de 12 de junio de 2013, ya señalamos que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación con la garantía provisional (informe 48/02 de 28 de febrero de 2003), ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional, total o parcial no puede considerarse defecto subsanable salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación, doctrina que es también aplicable al caso de la garantía definitiva. En el presente caso no nos encontramos ante un defecto de acreditación, sino de constitución de la garantía, al haberse constituido a favor de un órgano distinto y no haberse depositado en la Caja General de Depósitos.”*

La Resolución del Tribunal número 270/2011 de fecha 10 de noviembre de 2011 dispuso con relación a la prestación de garantía provisional por cuantía inferior a la requerida: *“En concreto, por lo que se refiere al expediente aquí examinado se observa que la reclamante constituyó la garantía provisional exigida por un importe menor al requerido, de manera que si dicho defecto fuera objeto de subsanación la única manera de cumplir con el requerimiento exigido sería la de constituir en periodo de subsanación una garantía por importe adicional al que se realizó en su momento y se incluyó en el sobre nº 1 de documentación administrativa. En consecuencia, no estamos ante una falta de acreditación de la garantía constituida en un momento anterior al de finalización del plazo para presentar las proposiciones sino ante una falta de cumplimiento de un requisito exigido, constituir la garantía provisional por un importe determinado, lo cual, de acuerdo con los pronunciamientos antes expuestos, hace necesario considerar el defecto observado como insubsanable. En definitiva no resulta admisible que la constitución de una garantía provisional, en este caso por un importe parcial, se preste –como pretende la reclamante- con posterioridad a la fecha de apertura de las proposiciones, pues sólo resulta subsanable si se acredita su existencia en fecha anterior a la expiración del plazo para presentar las proposiciones, circunstancia ésta que no se cumple en el caso presente”.*

Vemos por tanto cómo el supuesto que nos ocupa ha de considerarse como un defecto no subsanable dado que afecta a la existencia misma del requisito y no a un defecto en su acreditación no siendo posible a la vista de la doctrina expuesta la concesión de un plazo para subsanar tal defecto, sólo imputable a la parte ahora recurrente. Si bien la cuantía de la diferencia, noventa céntimos, es ciertamente escasa ello no permite a este Tribunal alterar sus conclusiones toda vez que ello llevaría a plantear en cada momento en que acaeciese un error con el ahora producido, si se trata de un defecto subsanable o no en función de la entidad del error, afectando a la seguridad jurídica y a la igualdad de los licitadores. La normativa es clara al respecto y al tratarse de un defecto que afecta a la existencia misma del requisito por causa no imputable a la Administración, el mismo no es susceptible de subsanación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.A.F.F. contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de “*Servicio de Atención Infantil Temprana en las Áreas de Servicios Sociales VI, VII y VIII* “ adoptado el día 18 de febrero de 2015 por la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias dado que las garantías constituidas para cada uno de los lotes 2 y 3, lo son por importe inferior al requerido siendo tal defecto insubsanable.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo dos meses, a contar

desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.