

Recurso nº 704/2016

Resolución nº 744/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de septiembre de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. U. A., en representación de la UTE D. M. U. A.-12G APRAIZ MARCHAL BARBERENA ARQUITECTOS, SLP, contra el acuerdo de exclusión del contrato de *“Servicios de Asistencia Técnica para la redacción del proyecto básico y de ejecución de las obras de rehabilitación del antiguo edificio del Banco de España, en San Sebastián”* convocado por la Junta de Contratación de los Servicios Centrales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; el Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación arriba identificado anunció en el Diario Oficial de la Unión Europea de 30 de marzo de 2016, la licitación pública, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la contratación del contrato antes referido, con un valor estimado que asciende a 226.578,23 €

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Presentadas las ofertas por los licitadores, se inicia la tramitación del expediente de contratación, una vez procedida la apertura de los sobres correspondientes a las ofertas, la UTE recurrente, según acuerdo de la Junta de Contratación de los Servicios Centrales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones

Públicas, obtiene, por acuerdo de 28 de junio de 2016, la mayor puntuación en la clasificación realizada de las distintas ofertas.

En dicho acto, se acordó requerir al licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa, para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar desde aquél en que reciba el requerimiento, presente la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos y obligaciones que exigen los artículos 146 y 151.2 del TRLCSP y el artículo 75 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/201, de 12 de octubre, así como cualquier otra exigida por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

El requerimiento, según consta en el expediente, fue notificado el día 29 de junio de 2016, haciéndose constar en él que el licitador debía aportar, además de la documentación relacionada en la Cláusula X del PCAP, aquella que acreditase haber constituido la garantía definitiva a favor de la UTE o bien a favor de sus miembros. En este último caso, en el documento correspondiente deberá citarse todos los componentes e indicarse expresamente el carácter conjunto y solidario de la garantía.

Cuarto. El día 11 de julio, se atiende el requerimiento formulado, mas se aporta aval, a modo de garantía, a favor únicamente de D. M. U. A. Así consta también en el resguardo de garantía emitido el 6 de julio por la Caja General de Depósitos del Ministerio de Economía y Competitividad.

Quinto. Con posterioridad, en sesión de 12 de julio, la Junta de Contratación de los Servicios Centrales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, examinado el aval, considera que el primer clasificado no ha atendido el requerimiento formulado, al figurar únicamente como avalado uno de los empresarios componentes de la UTE. En consecuencia se dicta acuerdo por el que se considera retirada la oferta presentada por la recurrente.

Sexto. El acuerdo es notificado el día 26 de julio de 2016, y el día 29, del mismo mes y año, se anuncia la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el mismo, teniendo entrada el recurso, por vía telemática, en el Registro Electrónico del

Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y del Ministerio de Economía y Competitividad, el día 1 de agosto de 2016.

Séptimo. Recibido por este Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación, el 25 de agosto de 2016 la Secretaria del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularsen alegaciones, sin que conste que se haya hecho uso de dicho trámite.

Octavo. No se ha interesado por la recurrente la adopción de ninguna medida cautelar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Se recurre el acuerdo de exclusión dictado en un procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 16.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Tercero. La empresa recurrente, dada su condición de licitadora cuya oferta se ha tenido por retirada, ostenta legitimación activa para la interposición del recurso, en base a lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, el cual afirma que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44.2 del TRLCSP, que dice que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.”*

Cuarto. El recurso interpuesto se fundamenta en las siguientes alegaciones: La Cláusula XII del PCAP no menciona en modo alguno que el aval deba otorgarse a favor de la UTE, o bien, a favor de sus miembros.

El aval fue redactado por la entidad colaboradora, a quién se le entrega el PCAP, en función de lo que en el mismo se dispone y en el compromiso de constitución de UTE entregado el día 11 de julio de 2016. Aval que es sellado por la Abogacía del Estado de acuerdo con la documentación anterior. Con posterioridad se redacta el resguardo de Garantía por la Delegación de Economía y Hacienda Provincial de Guipúzcoa.

También se indica que, en base al PCAP, y los artículos 97.1 del TRLCSP y el artículo 1830 del Código Civil, se permite otorgar garantías a favor del adjudicatario por personas distintas a este, lo que no impide la ejecución de la garantía por el órgano de contratación en cualquier momento durante la ejecución del contrato, por lo que aquella, la garantía, no afecta a su correcto funcionamiento.

Finalmente, se cita el artículo 97 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que permite al órgano de contratación dirigir su acción frente al patrimonio de la UTE adjudicataria.

Quinto. Por otro lado, el órgano de contratación en su informe defiende la exclusión acordada. Indica que, efectivamente, la Cláusula XII no exige la constitución de la garantía a favor de la UTE o de todos y cada uno de sus miembros, pero que, cuando se le requirió la documentación, se indicó de manera clara y expresa que había de constituirse de dicho modo.

Se desechan las alegaciones formuladas en cuanto a la redacción y sellado del aval, y se indica que, no obstante los términos de la Cláusula XII, de acuerdo con el artículo 100 TRLCSP, la garantía debe responder de las obligaciones derivadas del contrato, y por tanto, debe figurar expresamente como garantizado el futuro contratista. En el caso de que se adjudique el contrato a una UTE, esta se constituye una vez adjudicado, de ahí que se prevea la opción de que el aval se otorgue a favor de todos sus miembros.

Se aplica, en definitiva, lo previsto para las garantías provisionales en el artículo 61.1 del RGLCAP, de forma analógica, pues con el nuevo TRLCSP, artículo 151.2, la garantía

definitiva se constituye con anterioridad a la adjudicación del contrato, mientras que bajo la vigencia del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, la garantía definitiva se constituía con posterioridad a la adjudicación. Es por ello que cabe aplicar a las garantías definitivas lo previsto para las garantías provisionales en el artículo 61.1 del Reglamento, pues existe identidad de razón al ser idéntica la situación en ambos casos.

Sexto. Entrando en el fondo del recurso, se observa que la única cuestión a determinar es si el hecho de que el aval se hubiera otorgado únicamente a favor de una de las empresas que debían constituir la UTE es o no causa de exclusión. Se ha de indicar, desde ya, que la decisión solo puede ser favorable a la exclusión, y ello desde un punto de vista lógico jurídico, sobre el que las alegaciones del recurso no pueden imponerse: el aval debe constituirse a favor del adjudicatario, y si este resulta ser una UTE, la entidad avalada será o esta, si se hubiera ya constituido, o, en caso contrario, cada una de las empresas que la integran, siendo a todas luces defectuoso, por insuficiente, un aval que se otorgue exclusivamente a favor de una sola de estas, hecho que queda acreditado en el expediente.

Estimar el razonamiento contrario, el postulado por el recurso, sería admitir una interpretación *contra legem*, pues es el licitador que ofrece la oferta económica más ventajosa el que, sin distinción alguna, en aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP, debe aportar la documentación que acredite haber constituido la garantía definitiva, sin que el legislador haya previsto especialidad alguna en relación a las empresas que concurren a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE si resultasen adjudicatarias, permitiendo que se constituye a favor de una sola de estas. Ha de ser la UTE, o en su caso todas y cada una de las empresas que la integran, las que aporten la garantías, pues son estas las que presentan, de manera conjunta, la oferta económica más ventajosa, y no solo una de ellas.

Y es por ello que las alegaciones formuladas en el recurso no deben ser estimadas. Aunque la Cláusula XII del PCAP no lo prevea así expresamente, lo requerido se deriva directamente de la normativa reguladora de los contratos públicos y de la letra de sus preceptos, por lo que su inclusión en la cláusula indicada era del todo ociosa. A mayor abundamiento, la claridad del requerimiento efectuada por el órgano de contratación, en

aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP, es manifiesta y se impone sobre los razonamientos del recurrente, pues se indicaba expresamente a favor de quién debía otorgarse el aval. Si el licitador requerido no estaba de acuerdo con los términos exigidos para la garantía a otorgar, debió haber formulado, al menos, alguna alegación que expresase su disconformidad, o haber solicitado aclaración al respecto al órgano de contratación. Sin embargo, no lo hizo así, consintiendo con el contenido del requerimiento, por lo que ahora de cargar con los efectos de no haberse ajustado la documentación aportada a lo que se le requería.

No resulta ocioso traer a colación la doctrina sentada por este Tribunal en la Resolución número 286/2015, que citando a la Resolución número 61/2013, señalaba: *“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)”.

Finalmente, 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.”*

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar recurso interpuesto por D. M. U. A., en representación de la UTE D. M. U. A.-12G APRAIZ MARCHAL BARBERENA ARQUITECTOS, SLP, contra el acuerdo de exclusión del contrato de *“Servicios de Asistencia Técnica para la redacción del proyecto básico y de ejecución de las obras de rehabilitación del antiguo edificio del Banco de España, en San Sebastián”* convocado por la Junta de Contratación de los Servicios Centrales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

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 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, 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 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.