



**Recurso nº 272/2012**

**Resolución nº 277/2012**

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

En Madrid, a 5 de diciembre de 2012.

**VISTA** la reclamación interpuesta por D. E. N. C. en representación de Promociones Becadía SL, contra su exclusión del procedimiento de licitación del Suministro de sujeciones SKL para obras y mantenimiento de la Dirección de operaciones e ingeniería de red convencional de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF en lo sucesivo) convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 30 de julio de 2012 y remitido al Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de julio, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de Suministro de sujeciones SKL para obras y mantenimiento de la Dirección de operaciones e ingeniería de red convencional de la Entidad, por un valor estimado de 750.000 €, a la que presentó oferta, entre otras, la empresa recurrente.

**Segundo.** Con fecha 4 de octubre de 2012 se procede por parte de la Comisión de Valoración a la apertura de los sobres que contenían la documentación administrativa de las cuatro empresas que habían concurrido a la licitación y se constata que la presentada por Promociones Becadía SL adolece de los siguientes defectos:

1. Faltan las escrituras originales de constitución de la empresa.
2. No presenta el aval exigido en el pliego, sino un documento del Banco indicando que el aval está en proceso de estudio.

El mismo día 4 de octubre se comunica a la citada empresa (ahora recurrente) que dispone de 3 días hábiles para subsanar los defectos citados, recordándole que el aval debe haber sido constituido en fecha anterior a la fijada como límite para la presentación de ofertas (2 de octubre de 2012).

**Tercero.** Con fecha 11 de octubre de 2012 recibe la entidad contratante resguardo de aval de la Caja General de Depósitos, tras haber efectuado la recurrente el correspondiente ingreso en efectivo.

Al considerar confusa la fecha que figura en el documento de aval, la entidad contratante solicita a la empresa aclaración sobre tal extremo; ésta comunica el 18 de octubre que efectuó el ingreso en efectivo de la fianza el 11 de octubre y que es imposible “poder obtener un aval bancario con fecha retroactiva”.

Reunida la Comisión de Valoración el día 19 de octubre para analizar la documentación de subsanación recibida de las distintas empresas, constatan, en relación con la de Promociones Becadía, que se presentó más allá del plazo otorgado para la subsanación de defectos, y que el aval lleva fecha de constitución posterior a la fecha límite de presentación de ofertas, y propone la exclusión de la oferta de dicha empresa por entender que no es válido el documento.

Con fecha 24 de octubre la entidad contratante notifica a Promociones Becadía SL su exclusión del procedimiento de contratación por no haber acreditado la constitución de aval en los términos exigidos en los pliegos.

**Cuarto.** Contra la citada exclusión interpuso reclamación la empresa Promociones Becadía SL mediante escrito fechado el 5 de octubre de 2012 y dirigido a la entidad contratante, que la propia empresa remitió por fax al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el día 6 del mismo mes y año, enviando posteriormente el escrito original de la reclamación.

**Quinto.** La Secretaría del Tribunal, con fecha 15 de noviembre, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite.

**Sexto.** Interpuesta la reclamación, con fecha 21 de noviembre este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba desestimar la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación solicitada por la recurrente, al amparo de lo dispuesto en el artículo 114 de la LCSE.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para resolver la reclamación planteada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSE.

**Segundo.** Se han cumplido los requisitos de plazo y legitimación para la interposición de la reclamación previstos en los artículos 104 y 102 de la LCSE. Igualmente se cumple el requisito objetivo, es decir, la reclamación se interpone contra la exclusión del procedimiento de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, acto de trámite cualificado contemplado en el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

**Tercero.** Los procedimientos de licitación de ADIF están regulados por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) para todos aquellos contratos de obras que tengan por objeto la construcción o modificación de la infraestructura ferroviaria; por la Ley sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales ( -lo que se ha dado en llamar Sectores Especiales- LCSE) para los contratos de obras distintas a las antes citadas, suministros y servicios, cuyos importes superen los umbrales marcados en el artículo 16 del citado texto legal; y para los contratos que no superen esos umbrales, ADIF, de acuerdo con la Disposición adicional 8ª del TRLCSP, ha aprobado la correspondiente Instrucción Interna que regula esos contratos.

De acuerdo con lo anterior y visto que el contrato objeto de reclamación supera el importe de 400.000 euros previsto en el artículo 16 de la LCSE para los contratos de suministro, el régimen jurídico aplicable al contrato en cuanto a su preparación y adjudicación, será el previsto en la LCSE y en el correspondiente Pliego de Condiciones Particulares.

**Cuarto.** Dos son los motivos esgrimidos por Promociones Becadia SL en su escrito de reclamación: por una parte, y como cuestión central de la reclamación, impugna el acto

de la Comisión de Valoración por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de contratación; y por otra, cuestiona la modificación del pliego de condiciones administrativas particulares respecto de licitaciones anteriores sobre el mismo objeto.

**Quinto.** Respecto al motivo central de la reclamación, es decir, la exclusión de la reclamante que se produce por la inadmisión por parte de la Comisión de Valoración del aval que, como garantía provisional, presentó la empresa, hay que analizar dos cuestiones: la forma en que debía ser presentada la citada garantía provisional, y los requisitos de la subsanación de defectos observados en la documentación presentada por los licitadores.

Respecto a la forma de presentación de la garantía provisional, conviene revisar las exigencias contenidas en el Pliego de Condiciones Particulares al respecto. El apartado D del cuadro de características de dicho pliego establece la exigencia que deben cumplir todos los licitadores de acreditar haber constituido una garantía provisional de 15.000 €, equivalente al 3 % del presupuesto máximo de licitación; y determina que en caso de que tal garantía se constituya mediante aval, deberá utilizarse el modelo incluido en el anejo nº 2 al citado cuadro de características.

Pues bien, en el sobre 1 de documentación administrativa, la ahora recurrente no incluyó un aval propiamente dicho, en los términos en que, con toda claridad, establecía el pliego, sino un documento en el que el Banco de Sabadell afirma que está en estudio el aval solicitado. Un documento de estas características no puede, naturalmente, aceptarse como garantía provisional y, por ello, la entidad contratante lo comunicó, junto con otros defectos detectados, a Promociones Becadia SL, otorgándole un plazo de tres días hábiles para subsanar dichos defectos, con la advertencia de que, en todo caso, la garantía cuya acreditación se solicitaba tenía que estar constituida antes de la fecha límite de presentación de ofertas.

Pero cuando se le ofreció la posibilidad de subsanar tal deficiencia de la documentación presentada en su día, la empresa remitió un nuevo aval que, previo ingreso en efectivo en la Caja General de Depósitos, constituyó con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas. Y éste fue precisamente el motivo por el cual fue excluida del proceso de licitación.

La empresa ahora reclamante admite, en todo momento, que así fue, es decir, que el aval finalmente presentado fue constituido cuando se le pidió que subsanase el defecto observado en su proposición, pero pretende que sea admitido tal aval con el argumento de que estaba pendiente de la devolución de un aval previo por parte de la entidad contratante y que, por este motivo, no había constituido el nuevo aval en el plazo exigido en el pliego. Y este es el argumento de fondo de su reclamación.

Sobre la cuestión aquí planteada, que no es otra que la fecha límite en que los licitadores deben reunir todos los requisitos exigidos para concurrir a una licitación (en el caso presente, en qué momento tenía que estar correctamente constituida la garantía provisional), ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal en Resoluciones anteriores, valga por todas la 270/2011. De acuerdo que el planteamiento entonces formulado, “el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores no es sino una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato que, recogidos en el Derecho de la Unión Europea, consagra de forma explícita el artículo 19 de la LCSE al señalar que: *“Los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*. El reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley”.

Si bien es cierto que, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 81.2, se permite la subsanación de defectos materiales por parte de los interesados a los que se concede un plazo de tres días hábiles a tal efecto, 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.

Y como se indicaba en la resolución 270/2011 antes citada y señala en su informe la entidad contratante, respecto a esta cuestión se ha pronunciado numerosas veces la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (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 aquéllos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere en este caso el Pliego de Condiciones Particulares, 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 la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, lo explica con absoluta claridad: *“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 existe de manera indudable”*.

Con esta forma de proceder, es decir, dando a los licitadores la posibilidad de subsanar defectos de su documentación administrativa pero exigiendo que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, se atiende simultáneamente a dos principios fundamentales de la contratación pública, cuales son la libre concurrencia y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como reiteradamente ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Más concretamente, en relación con la garantía provisional, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 48/02 de 28 de febrero de 2003) ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación.

Por lo que se refiere al expediente aquí examinado, la reclamante no constituyó la garantía provisional exigida en el plazo anterior al límite de presentación de las proposiciones por lo que, cuando tuvo la posibilidad de subsanar, no pudo presentar documentación alguna fechada correctamente, es decir, en el plazo en que todos los licitadores tenían que tener constituida dicha garantía, sin que fuera aceptable por la Comisión de Valoración el documento presentado que indicaba que se había constituido la citada garantía en fecha posterior a la impuesta en el pliego para todos los licitadores. Claramente, no se podía aceptar como documento de subsanación el presentado por la empresa, debiendo este Tribunal, a la vista de todo ello, desestimar las pretensiones de la reclamante en este punto.

**Sexto.** Cuestiona también Promociones Becadia SL en su escrito de reclamación, la modificación de determinados aspectos de los pliegos en relación con licitaciones anteriores, concretamente el hecho de que ahora no se exija a todos los licitadores que dispongan a la hora de concurrir de la correspondiente Autorización de Suministro y Uso (ASU), siendo un material crítico el que es objeto del contrato de suministro en licitación. Y solicita que se anule el procedimiento por ella impugnado o se declare desierto, y se convoque uno nuevo “solventando las irregularidades acaecidas en todo el proceso del citado expediente, ...”.

Pero si lo que está impugnando la recurrente son los pliegos, no cabe duda de que la reclamación es completamente extemporánea si tenemos en cuenta que el artículo 104.2 de la LCSE establece que *“El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia”*. Siendo patente que en la fecha de presentación de la reclamación se habían superado ampliamente los 15 días hábiles desde que la reclamante conoció los pliegos que parece impugnar, no resulta admisible reclamación alguna de su contenido toda vez que no se trata de ningún supuesto de nulidad plena.

Por otra parte, conviene recordar que, como viene reiterando el Tribunal en sus resoluciones, la participación en una licitación supone la aceptación sin reservas de todas y cada una de las exigencias del pliego.

A mayor abundamiento, la entidad contratante explica en su informe el motivo por el que, entre los posibles modos de acreditar la solvencia admitidos legalmente, ha optado por recoger en los pliegos uno “de aplicación supletoria a la imposibilidad de disponer de Autorización de Suministro y Uso” habida cuenta de lo sucedido en una licitación anterior que hubo que declarar desierta porque ninguno de los candidatos disponía de tal autorización en el momento de presentar oferta. Así, el apartado H del Cuadro de características de la presente licitación señala que “los productos necesitan disponer de Autorización de Suministro y Uso (ASU) de ADIF, la certificación de la misma será condición necesaria de solvencia técnica, en caso de no disponer de la misma será posible presentar certificados de cumplimiento de normativa nacional o internacional aplicable que demuestren la idoneidad del producto a suministrar”.

Este Tribunal considera que es conforme a Derecho que la entidad contratante establezca en los pliegos la forma de acreditar la solvencia que estime más oportuna entre las legalmente admitidas, sin que pueda aducirse, como hace la reclamante, que la introducción de una cláusula distinta a la contenida en los pliegos de una licitación anterior suponga irregularidad alguna en el procedimiento. Es más, la fórmula contenida en el apartado H del Cuadro de características favorecerá, sin duda, la concurrencia, sin que acarree discriminación u obstáculo para aquellos licitadores que se hallen en posesión de la repetida Autorización (ASU).

Debe, por tanto, inadmitirse la reclamación respecto al clausulado de los pliegos.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar la reclamación interpuesta D. E. N. C. en representación de Promociones Becadía SL, contra su exclusión del procedimiento de licitación del



Suministro de sujeciones SKL para obras y mantenimiento de la Dirección de operaciones e ingeniería de red convencional de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), que se confirma en todos sus extremos.

**Segundo.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la citada Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo 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.