



**Recurso nº 234/2011**

**Resolución nº 270/2011**

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 10 de noviembre de 2011.

**VISTA** la reclamación interpuesta por Doña M.J.R.L., en representación de TOPONORT, SA, contra el acuerdo de la Comisión de Valoración de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, de 11 de octubre de 2011, por la que se le excluyó de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios titulado “Servicios de asistencia al proceso de expropiaciones de los bienes y derechos afectados por las obras de los proyectos de alta velocidad, tramo: Zamora – Lubián – Ourense, fase II”, el Tribunal, en sesión celebrada en 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 y en el Diario Oficial de la Unión Europea, los días 6 y 12 de agosto de 2011 respectivamente, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios antes citado, con un valor estimado de 898.260 euros (IVA excluido). A la licitación de referencia presentó oferta la empresa recurrente.

**Segundo.** Examinada la documentación administrativa (sobre nº 1), con fecha 4 de octubre de 2011 la Comisión de Valoración –en sesión privada- acordó la exclusión de TOPONORT, SA, por presentar una garantía provisional insuficiente. En concreto la garantía provisional presentada por la recurrente ascendía a 20.947,80 euros, cuando la exigida en el Pliego de Condiciones Particulares (apartado D) era de 26.947,80 euros.

Con fecha 11 de octubre de 2011, se reunió la Comisión de Valoración –en sesión pública- para proceder a la apertura de las proposiciones económicas, comunicando en ese acto la exclusión del procedimiento de TOPONORT, SA por el motivo antes citado, constitución de la garantía provisional por importe insuficiente.

**Quinto.** Contra el acuerdo de exclusión la representación de TOPONORT, SA interpuso reclamación mediante escrito presentado el 21 de octubre de 2011 en el registro de la entidad contratante, por la que, previas las consideraciones que entendió convenían a su derecho, solicitó la concesión de un plazo de tres días hábiles para la subsanación del defecto determinante de la exclusión.

La citada reclamación se remitió por ADIF a este Tribunal acompañada del expediente, así como del correspondiente informe, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE, en lo sucesivo).

**Sexto.** Con fecha 3 de noviembre de 2011 se conceden por el Tribunal las medidas cautelares solicitadas, de acuerdo con lo dispuesto en los el artículo 103 de la LCSE, consistentes en la suspensión del procedimiento de contratación.

**Séptimo** La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya ejercitado el mismo por las interesadas.

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

**Primero.** La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1.a) de la LCSE, en relación con el artículo 311.4 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP, en adelante).

**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, acto de trámite cualificado contemplado en el artículo 310.2.b) de la LCSP.

**Tercero.** Los procedimientos de licitación de ADIF están regulados por la LCSP para todos aquellos contratos de obras que tengan por objeto la construcción o modificación de la infraestructura ferroviaria; por la LCSE para los contratos de obras distintas a las antes citadas, suministros y servicios, cuyos importes superen los umbrales marcados en el artículo 16 de la citada Ley. Para los contratos que no superen esos umbrales, ADIF, de acuerdo con la Disposición adicional 11ª de la LCSP, 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 387.000 euros previsto en el artículo 16 de la LCSE para los contratos de servicios, 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.** La cuestión de fondo que se plantea en la reclamación se ciñe a la exclusión de la reclamante por incluir entre la documentación administrativa una garantía provisional por importe insuficiente. Entiende la reclamante que dicho defecto es subsanable y que por tanto debió de concedérsele el correspondiente plazo para su subsanación. En defensa de su argumentación se refiere a distintos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

En contraposición a lo expuesto por la reclamante la entidad contratante considera que es un defecto insubsanable y que por tanto procede su exclusión del procedimiento de licitación.

**Quinto.** Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión es conveniente reproducir las distintas exigencias contenidas en el Pliego de Condiciones Particulares al respecto. Así en el Cuadro de Características de dicho Pliego, apartado D, se establece la exigencia de constituir una garantía provisional, por importe de 26.947,80 euros, ascendiendo la constituida por TOPONORT, SA a 20.947,80 euros, cuestión ésta no discutida por las partes.

El Pliego de Condiciones Particulares que rige la licitación establece para todos los licitadores la aportación del resguardo acreditativo de la garantía provisional en el sobre nº 1 de documentación administrativa. Asimismo, la cláusula V, punto 7º, del Pliego de Condiciones Particulares establece que la Comisión de Valoración calificará previamente los documentos en tiempo y forma, procediendo a tal fin a su examen, y acordando, en su caso, la subsanación de defectos materiales, en un plazo de tres días hábiles, comunicándose la existencia de dichos defectos u omisiones subsanables a los interesados mediante fax. La citada Comisión, una vez calificada la documentación, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas previstos en el Pliego, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas del rechazo.

**Sexto.** La cuestión aquí discutida se centra por tanto en determinar si la constitución de la garantía provisional por importe insuficiente debe ser considerada como un defecto subsanable o insubsanable.

En este sentido cabe indicar que 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, recogido 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 el Pliego de Condiciones Particulares, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 81.2, permite que la Comisión de Valoración acuerde la subsanación de defectos materiales, comunicándose a los interesados mediante fax y dándoles un plazo de 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 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, 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 existe 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 de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da la Junta Consultiva, y que comparte este Tribunal, ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia.

La propia Junta Consultiva 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 añade este Tribunal, no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación, supuesto éste que no resulta aplicable al expediente de referencia.

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 esta 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.

En este sentido interesa apuntar a este Tribunal que si bien es cierto que la tendencia generalizada que marcan tanto la jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y que este Tribunal comparte, se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación administrativa, no es menos cierto que no todo error en la documentación administrativa es subsanable, incluyéndose dentro de los defectos insubsanables a juicio de este Tribunal el aquí citado, la constitución de la garantía provisional por un importe insuficiente.

En consecuencia, no es asumible el argumento esgrimido por la reclamante en el sentido de que debió permitírsele subsanar la garantía provisional constituida por importe insuficiente. Procede, por tanto, desestimar la reclamación en todos sus extremos.

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 por Doña M.J.R.L, en representación de TOPONORT, SA, contra el acuerdo de la Comisión de Valoración de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, de 11 de octubre de 2011, por la que se le excluyó de la licitación convocada para adjudicar el contrato de servicios titulado "Servicios de asistencia al proceso de expropiaciones de los bienes y derechos afectados por las obras de los proyectos de alta velocidad, tramo: Zamora – Lubián – Ourense, fase II".

**Segundo.** Levantar la suspensión del expediente de contratación concedida por este Tribunal mediante acuerdo de fecha 3 de noviembre de 2011.

**Tercero.** 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.