



Recurso nº 314/2013 Comunidad Valenciana 022/2013

Resolución nº 275/2013

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

En Madrid, a 10 de julio de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.^a M.J.G.M., en representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de "Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión a los edificios e instalaciones municipales", convocado por el Ayuntamiento de Xixona, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Ayuntamiento de Xixona (Alicante), ha licitado el contrato de SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN ALTA Y BAJA TENSIÓN A LOS EDIFICIOS E INSTALACIONES MUNICIPALES.

Segundo. Los anuncios de licitación se publicaron en Diario Oficial de la Unión Europea de 20 de abril de 2013, en el Boletín Oficial del Estado de 6 de mayo de 2013, en el Boletín Oficial de la provincia de Alicante el 7 de mayo de 2013, así como en el perfil de contratación del Ayuntamiento de Xixona.

Tercero. El contrato de suministro eléctrico se licita por procedimiento abierto y está sujeto a regulación armonizada por ser su valor estimado de 560.000 euros.

Cuarto. En fecha 30 de mayo de 2013, tuvo lugar la Mesa de apertura de la documentación administrativa correspondiente a las proposiciones presentadas, resultando, según consta en el acta correspondiente, lo siguiente:

“1. NRE: 3621, de 24 de mayo de 2013, documentación presentada por M.J.G.M., en representación de la empresa "IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U.", CIF: A95075586.

Se comprueba que la documentación presentada adolece de los defectos subsanables siguientes: (...)

Justificante de haber abonado en la Tesorería Municipal la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, según la ordenanza fiscal reguladora de la expedición de documentos. (Cláusula 12.2.1.1) del Pliego)

A estos efectos, se solicitará el documento de autoliquidación correspondiente a la Oficina de Atención al Ciudadano de este Ayuntamiento (OAC), ubicada en la C/ Alcoy, núm. 12 de Xixona, Tfno: 965610300, Extensiones: 309, 320, 334.

Por lo expuesto, deberá subsanar los defectos observados presentando la documentación pertinente ante el Registro General de Entrada de este Ayuntamiento en un plazo que concluirá a las 14.30 horas del día 3 de junio de 2013.

En su defecto, NO se abrirá el sobre nº 2) presentado por esa empresa, quedando excluida de la licitación”.

Quinto. La citada cláusula **12.2.1. letra i)** del pliego de condiciones administrativas particulares está redactada como sigue:

“Tasa: Justificante de haber abonado en la Tesorería Municipal la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, según la ordenanza fiscal reguladora de la expedición de documentos.

El importe correspondiente a esta tasa se satisfará en la forma prevista en el apartado b) anterior, debiéndose incorporar a este sobre de documentación administrativa una fotocopia de la autoliquidación satisfecha”.

Por su parte, en la cláusula 15.1 se dispone que “si la Mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la documentación que se incluye en el sobre nº 1), lo

comunicará verbalmente a los interesados, sin perjuicio de que estas circunstancias se hagan públicas a través de anuncios del órgano de contratación, concediéndose un plazo **no superior a tres días hábiles** para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

Sexto. Una vez requerida a la empresa recurrente la subsanación de la documentación antes mencionada, tuvo lugar, en fecha de 5 de junio de 2013, la Mesa de Contratación para la calificación de documentos en el trámite de deficiencias y admisión y/o exclusión de licitadores, resultando lo siguiente, según acta:

“(...) licitadores que no han subsanado la totalidad de los defectos u omisiones en la documentación señalados en el acuerdo de esta Mesa de Contratación del día 30 de mayo dentro del plazo concedido para la subsanación de deficiencias (hasta las 14.30 horas del día 3 de junio de 2013), por cuya causa son rechazados y excluidos de la licitación, con indicación de deficiencias no subsanadas que determinan el rechazo y la exclusión: no haber satisfecho, según el informe del Tesorero Municipal de fecha 5 de junio de 2013, la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, según la ordenanza fiscal reguladora de la expedición de documentos. (Cláusula 12.2.1.i) del Pliego).”

Séptimo. Contra el anterior acuerdo de exclusión, por parte de la mercantil IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., se interpuso ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación el 17 de junio de 2013, previo anuncio registrado en la misma fecha.

Octavo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 25 de junio de 2013, 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 conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para conocer de este recurso en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y 4 del TRLCSP y en el Convenio suscrito entre la Administración

del Estado y la Comunidad Autónoma de Valencia de 22 de marzo de 2013, publicado en el BOE el día 17 de abril de 2013.

Segundo. La empresa recurrente está legitimada para interponer el recurso por haber sido licitadora en el procedimiento, de acuerdo con el Art.42 del TRLCSP.

Tercero. El acto de exclusión por la Mesa de contratación de la empresa es un acto recurrible al amparo de lo previsto en el Art. 40.2.b) del TRLCSP, específicamente, por tratarse de un acto de exclusión adoptado por la Mesa de contratación. El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por ser su valor estimado de 560.000 euros y, por lo tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Cuarto. Tanto el recurso como el anuncio del mismo han sido formulados en plazo. En efecto, adoptado el acuerdo de exclusión por parte de la Mesa de contratación el 5 de junio de 2013, el recurso ha sido interpuesto el 17 de junio de 2013, ante el órgano de contratación y en la misma fecha se ha presentado su anuncio, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 44 TRLCSP.

Quinto. La empresa recurrente alega que comunicó al Departamento de Contratación que, en el momento en que dispusieran del justificante del pago de la tasa, se haría llegar al Ayuntamiento. Afirman que la transferencia se realizó con fecha 3 de junio de 2013, aunque este dato no fue comunicado al órgano de contratación hasta el 6 de junio. A estos efectos, la empresa indica que "aunque la transferencia se realizó por la Entidad Bancaria con fecha de 3 de junio, la fecha de valor que figura es el 4 de junio de 2013, pero, como insistimos, la transferencia se efectuó el 3 de junio y, por tanto, dentro del plazo señalado por el Ajuntament (se anexa copia)". Por último, solicitan que se acuerde por la Mesa de Contratación la inclusión de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., en la licitación, por los anteriores motivos.

Sexto. Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, el pliego de condiciones administrativas particulares de este procedimiento de licitación contempla expresamente, como requisito para formular ofertas, no impugnado por la empresa recurrente, el justificante de **haber abonado** en la Tesorería Municipal la tasa de 93,50 €

por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, según la ordenanza fiscal reguladora de la expedición de documentos. (Cláusula 12.2.1.i) del Pliego). Este requisito debe acreditarse en el sobre número 1 relativo a la documentación administrativa, y se advierte que su incumplimiento conlleva la exclusión del contrato.

Pues bien, como bien afirma el órgano de contratación en su informe, el incumplimiento por parte de las empresas de los plazos de subsanación de la documentación que a tales efectos otorgue el órgano de contratación, o la Mesa, ha sido objeto de pronunciamiento en diversas resoluciones de recursos especiales — entre otras, resoluciones del Tribunal nº 182/2011, de 13 de julio, nº 196/2011, de 27 de julio, nº 236/2011, de 11 de octubre o nº 26/2012, de 18 de enero. En las anteriores resoluciones se hace referencia a lo que dispone el Art.- 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que señala que "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", en relación con el Art.- 83.6 de la misma disposición, que indica que "Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que, en este momento, pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento". Particularmente, explícita es la Resolución del Tribunal Nº 196/2011 que señala, en referencia al Art.- 83.6 del Real Decreto 1098/2001 que "La redacción dada a este precepto no puede ser más clara en cuanto a que no pueden admitirse nuevos documentos que no hayan sido entregados en el plazo de admisión de ofertas o en el de subsanación, previstos en el artículo 81.2 de este Reglamento. Ello nos lleva a concluir que no cabe, en el momento actual, admitir documentos que no fueron en su día presentados con la documentación que integraba la oferta ni, posteriormente, en el régimen de

subsanación de los trámites que prevé el artículo 81.2 del Reglamento". De este modo, la subsanación de la documentación administrativa sólo se puede admitir dentro del plazo que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 81 del Real Decreto 1098/2001, otorgue el órgano de contratación o la mesa.

En la Resolución 177/2011, de 10 de julio se justifica esta conclusión en los siguientes términos: (Sexto) "El Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, determina en su artículo 27 que, siempre que resulte precisa la subsanación de errores u omisiones en la documentación administrativa, la Mesa concederá un plazo inferior a siete días para efectuarla. Hay que tener en cuenta que la norma exige que la apertura de los sobres con la documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de juicios de valor tenga lugar en los siete días siguientes a la apertura de los sobres con la documentación administrativa; en esos siete días, por tanto, la Mesa tiene que analizar y valorar dicha documentación administrativa, comunicar a los licitadores los defectos subsanables, recibir la documentación de subsanación, valorarla y determinar las posibles exclusiones que se pudieran producir si algún licitador no hubiera subsanado debidamente. Las conclusiones de las actuaciones anteriores se comunican en el acto público de apertura de los sobres con la documentación evaluable mediante juicios de valor, que tiene que celebrarse necesariamente en el citado plazo no superior a siete días desde la apertura de la documentación administrativa". En términos similares puede citarse la Resolución 26/2012, de 18 de enero.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación afirma que "los defectos advertidos en la documentación administrativa presentada por IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., en la sesión de la Mesa de Contratación de fecha de 30 de mayo de 2013, le fueron comunicados mediante fax en el mismo día (Reg. Salida 1964/2013), concediendo un plazo para su subsanación que concluiría a las 14:30 horas del día 3 de junio de 2013. En concreto, en lo que se refiere a la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos, lo que se requería, de manera literal, era lo siguiente:

"Justificante de haber abonado en la Tesorería Municipal la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos

anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, según la ordenanza fiscal reguladora de la expedición de documentos. (Cláusula 12.2.1.i) del Pliego)

A estos efectos, se solicitará el documento de autoliquidación correspondiente a la Oficina de Atención al Ciudadano de este Ayuntamiento (OAC), ubicada en la C/ Alcoi, núm. 12 de Xixona, Tfno: 965610300, Extensiones: 309, 320, 334.

También se indicaba de manera inequívoca en el requerimiento las consecuencias que tendría su incumplimiento, en los siguientes términos:

"En su defecto, NO se abrirá el sobre nº 2) presentado por esa empresa, quedando excluida de la licitación".

Cabe señalar que lo requerido en un plazo que concluía a las 14:30 horas del 3 de junio de 2013 era un justificante del ingreso de una tasa y que, según informa el Tesorero Municipal, la tasa de que se trata "a fecha de 3 de junio de 2013 no había sido satisfecha por el sujeto pasivo". En consecuencia, no sólo se exigía el abono de la tasa citada en la Tesorería Municipal en un plazo que concluía a las 14:30 horas del 3 de junio de 2013, sin que tal abono constara en esa fecha sino que, además, debía aportarse en el mismo plazo la correspondiente justificación de abono, que ha tenido entrada en esta Administración junto con el recurso especial en materia de contratación, en fecha de 17 de junio de 2013 (Reg. de Entrada 4226/2013). Es decir, el documento justificativo del ingreso se ha recibido dos semanas después del fin del plazo concedido, y por la vía de un recurso administrativo".

A la vista de los datos que figuran en el expediente, es evidente que el ingreso de la autoliquidación de la tasa por parte de la empresa recurrente no se produjo en tiempo y forma, puesto que, como muy pronto, acredita que se produjo la transferencia un día después, el día 4 de junio (la Tesorería de la Entidad local acredita que el día 3 de junio no se había producido el ingreso), y que presentó al órgano de contratación el justificante de haber hecho el ingreso con el recurso, esto es, el 17 de junio, cuando había vencido con holgura el plazo. Por todo ello, este Tribunal considera que es conforme a Derecho la exclusión de la empresa recurrente del procedimiento.

La consecuencia de este incumplimiento del plazo de subsanación, no puede ser otro que la inadmisión de la subsanación efectuada por IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U., por extemporánea, ya que no figuraba el ingreso en la Tesorería Municipal de la tasa requerida en fecha de 3 de junio de 2013, y la exclusión de la empresa recurrente del procedimiento de licitación.

Octavo. A mayor abundamiento, este Tribunal considera que el requisito de **haber abonado** la tasa forma parte de los requisitos que deben cumplirse dentro del plazo de presentación de las ofertas. Es decir, en otras palabras, el ingreso de esta tasa debió haberse producido en el plazo para la presentación de las ofertas, siendo sólo subsanable la acreditación del mencionado requisito, pero no su cumplimiento mismo dentro de plazo, que es insubsanable. A estos efectos, se considera aplicable la doctrina establecida en la resolución 270/2011, de 10 de noviembre que, aún referida a la garantía provisional, se entiende extensible a este caso. Dice así la mencionada resolución:

“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, comunicándoselo 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 aquellos 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 período 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.

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”.

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.^a M.J.G.M., en representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento para la adjudicación del contrato de "Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión a los edificios e instalaciones municipales", convocado por el Ayuntamiento de Xixona, por haberse presentado la acreditación de la subsanación de la falta de pago de la tasa de 93,50 € por presentación de documentos necesarios para formar parte en subastas y concursos anunciados en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, fuera de plazo.

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 de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de 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.