



Recurso nº 427/2013

Resolución nº 373/2013

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a M.E.L.L. en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Contratación de la Secretaría de Estado de Cultura del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de fecha 17 de julio de 2013, por el que se excluye a la oferta presentada por dicha empresa de la licitación del contrato "ACCESO A LAS REDES Y SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA LOS EDIFICIOS DEPENDIENTES DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE MUSEOS ESTATALES, DIRECCIÓN GENERAL DE BELLAS ARTES Y BIENES CULTURALES Y DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS" (EXP. 130033-J), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación de la Secretaría de Estado de Cultura del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE de 17 de mayo de 2013 y en el BOE del día 25 del mismo mes y año, licitación para contratar mediante procedimiento abierto el suministro denominado "ACCESO A LAS REDES Y SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA LOS EDIFICIOS DEPENDIENTES DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE MUSEOS ESTATALES, DIRECCIÓN GENERAL DE BELLAS ARTES Y BIENES CULTURALES Y DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS". La licitación fue, asimismo, publicada en la Plataforma de Contratación del Estado.

En el anuncio de licitación se indicaba como fecha límite de presentación de ofertas el 1 de julio de 2013, hasta las 15,00 horas.

El valor estimado del contrato es de 4.024.173,98 euros.

Segundo. Presentadas ofertas por dos licitadores, la apertura de la documentación administrativa que acompañaba a las proposiciones se llevó a cabo por la Junta de contratación en sesión celebrada el día 10 de julio de 2013, levantándose la correspondiente acta en la que figura el resultado de esta apertura como punto 6 del orden del día. Por lo que se refiere al licitador aquí recurrente, se acordó conceder un plazo de tres días para que presentase original de la garantía provisional, constituida en tiempo y forma. Dicho documento se requirió mediante correo electrónico en el que se otorgaba al licitador plazo hasta las 14,00 horas del 16 de julio de 2013 para aportar, según el punto 10 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas, garantía provisional constituida en tiempo y forma, precisándose que debía estar constituida con fecha de hasta el día 1 de julio de 2013 y por importe de 40.000 euros.

Tercero. Con fecha 15 de julio de 2013 el licitador aquí recurrente atiende el requerimiento referido aportando aval bancario por el importe requerido pero fechado el 4 de julio de 2013.

Cuarto. A la vista del documento aportado, la Junta de Contratación, en sesión celebrada el 17 de julio, acordó declarar excluida a la empresa recurrente por no subsanar en tiempo y forma la garantía provisional, lo que fue notificado al licitador el día 22 de julio.

Quinto. Contra este acuerdo de exclusión GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A. interpone ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación mediante escrito firmado por la representante de dicha mercantil y presentado el 7 de agosto de 2013 en el registro del órgano de contratación, habiéndose, asimismo, presentado el anuncio previo ante dicho órgano de contratación mediante correo electrónico de la misma fecha.

En dicho recurso se defiende la válida constitución de la garantía provisional por parte de dicha empresa, alegando que se hizo incluso con anterioridad al requerimiento de subsanación de 10 de julio y que el defecto que fundamenta la exclusión no es más que un mero defecto formal debidamente subsanado y que no perjudica el procedimiento a los fines para los que se solicita la garantía. Por todo ello, se solicita que se deje sin efecto la exclusión y se acuerde continuar el procedimiento admitiendo como licitador a esta empresa.

Sexto. Con fecha 26 de agosto de 2013 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al otro licitador concurrente, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimara oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya evacuado este trámite.

Séptimo. El órgano de contratación ha evacuado el informe sobre este recurso previsto en el art. 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el pasado 7 de agosto, entendiendo que la exclusión recurrida es conforme a derecho y solicitando, en consecuencia, que se mantenga el acuerdo de exclusión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación a tenor de lo establecido en el artículo 41, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF).

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSF, al tratarse del licitador cuya proposición es excluida por el acuerdo recurrido.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSF, al referirse a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada licitado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y dirigirse frente a un acuerdo de exclusión de un licitador, acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (art. 40.2.b) TRLCSF).

Cuarto. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSF, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso, habiéndose presentado el recurso en el registro del órgano de contratación, conforme permite el art. 44.3 de dicho Texto legal.

Quinto. Pasando ya a abordar el objeto del presente recurso, el debate gira en torno al carácter subsanable del requisito de constitución de garantía provisional, exigida en el contrato que nos ocupa conforme a lo dispuesto en el apartado 10 del Anexo I (cuadro resumen) en relación con la cláusula 10.1.8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Conviene, por tanto, comenzar reiterando la doctrina de este Tribunal acerca de la posibilidad de subsanar los defectos advertidos en la documentación administrativa que acompaña a las proposiciones de los licitadores. Tal y como se apunta en la resolución nº 175/2013, esta facultad, consagrada en el art. 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma.

En dicha resolución, con cita a su vez de la previa resolución nº 270/2011 de este Tribunal, se alude a los numerosos pronunciamientos sobre esta materia de 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 cláusulas administrativas 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 citada Junta Consultiva en su informe 47/2009, 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 ello, y como se pone de relieve en la resolución nº 277/2012 de este Tribunal, para un caso análogo al que nos ocupa, *"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. Trasladando las previas consideraciones al supuesto objeto de este recurso, nos encontramos, en primer lugar, con que, tal y como se ha relatado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, la constitución de garantía provisional aparece exigida por el Pliego de cláusulas administrativas particulares, siendo preciso que las ofertas de los licitadores respeten los requisitos exigidos por dicho pliego rector de la contratación. Sin embargo, el licitador aquí recurrente no aportó el documento de constitución de dicha garantía al presentar su proposición, siendo requerido para subsanar tal defecto, con indicación expresa de que tal subsanación habría de consistir en aportar, según el punto

10 del Anexo I del Pliego de cláusulas administrativas, garantía provisional constituida en tiempo y forma, precisándose que debía estar constituida con fecha de hasta el día 1 de julio de 2013 y por importe de 40.000 euros.

Sin embargo, lo que hizo fue aportar un aval bancario otorgado en fecha 4 de julio de 2013, posterior a la de finalización del plazo de presentación de proposiciones, el 1 de julio. De este modo, el licitador no cumplió con el requisito exigido por el Pliego, al no haber aportado garantía provisional constituida con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones. Por tal razón, y atendiendo a la doctrina que se ha detallado, necesariamente ha de concluirse en que ello era motivo suficiente para su exclusión.

A partir de cuanto se ha razonado se debe concluir, por tanto, en que la oferta presentada por el licitador aquí recurrente no cumple con lo establecido en el apartado 10 del Anexo I en relación con la cláusula 10.1.8 del Pliego de cláusulas administrativas particulares rector del contrato, al no haberse constituido debidamente, en tiempo y forma, la garantía provisional allí exigida, con lo que el acuerdo de exclusión impugnado se ajusta a derecho, procediendo la desestimación del presente recurso.

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.E.L.L. en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A., contra el acuerdo de la Junta de Contratación de la Secretaría de Estado de Cultura del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de fecha 17 de julio de 2013, por el que se excluye a la oferta presentada por dicha empresa de la licitación del contrato “ACCESO A LAS REDES Y SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA PARA LOS EDIFICIOS DEPENDIENTES DE LA SUBDIRECCIÓN GENERAL DE MUSEOS ESTATALES, DIRECCIÓN GENERAL DE BELLAS ARTES Y BIENES CULTURALES Y DE ARCHIVOS Y BIBLIOTECAS”, confirmando la Resolución recurrida.

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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.