



**Recurso nº 603/2014**

**Resolución nº 666/2014**

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

En Madrid, a 12 de septiembre de 2014

**VISTO** el recurso interpuesto por D. P. M. R. O., con DNI 00389108V, en representación de COMSA, S.A.U., con CIF A08031098 contra la resolución del Consejo de Administración de la entidad Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A. (en adelante SEIASA), por la que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación del contrato de “Ejecución de las obras de construcción del proyecto de modernización del regadío de la Comunidad de Regantes Molinar de Flumen TT.MM. de Sangarrén, Barbués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca) Fase I”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El órgano de contratación, el Consejo de Administración de la entidad SEIASA, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato de “Ejecución de las obras de construcción del proyecto de modernización del regadío de la Comunidad de Regantes Molinar de Flumen TT.MM. de Sangarrén, Barbués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca) Fase I”. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOUE en fecha 12 de marzo 2014 y en la Plataforma de Contratación del Estado en fecha 17 de marzo de 2014.

**Segundo.** El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los procedimientos abiertos en los contratos de obras contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de noviembre (en adelante TRLCSP) en las normas de desarrollo de la misma.

**Tercero.** En fecha 24 de junio de 2014 se reúne la Mesa de Contratación, acordando, en lo que afecta a la presente resolución, que la oferta económicamente más ventajosa es la presentada por la ahora recurrente, COMSA, S.A.U, y por tanto requerirle para la aportación de la garantía definitiva y presentación de la documentación exigida en el plazo reglamentariamente previsto. El 27 de junio de 2014 se le remite requerimiento al efecto por parte del órgano de contratación.

El 9 de julio de 2014 se presenta la documentación requerida junto con el aval correspondiente a la garantía definitiva.

**Cuarto.** El 18 de julio de 2014 se acuerda por el órgano de contratación no adjudicar el contrato a COMSA, S.A.U., procediendo a requerir la documentación al siguiente licitador, por orden de la valoración obtenida, que resultó ser OBRASCÓN HUARTE, S.A.

**Quinto.** Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 6 de agosto de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado este trámite.

**Sexto.** El 7 de agosto de 2014 se acordó la suspensión del acuerdo recurrido, estimando así la solicitud de medidas cautelares efectuada por el recurrente.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, por tratarse de un acto de trámite que decide sobre la adjudicación; en este sentido y a la vista de las alegaciones efectuadas en su informe por el órgano de contratación, debe precisarse que se trata de un acuerdo de dicho órgano que excluye a la ahora recurrente de la licitación, calificación ésta que resulta procedente tanto cuando esa exclusión se decide en el trámite de valoración de

las ofertas, como cuando es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP, pues el efecto sobre el licitador afectado es el mismo: la no adjudicación del contrato a su favor. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, toda vez que el acto recurrido consiste en la exclusión de la recurrente por no haber presentado la documentación requerida en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP, de lo que se deriva su interés legítimo en el mismo, según lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

**Segundo.** Sentado lo anterior, procede entrar en lo que constituye el objeto del presente litigio. La resolución objeto de recurso excluye a la ahora recurrente que había formulado la oferta económicamente más ventajosa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP. En concreto, el órgano de contratación considera que la licitadora habría cumplido de forma defectuosa el requerimiento efectuado para la entrega de la documentación administrativa y la aportación de garantía definitiva, por dos motivos:

- a) Por separarse el aval presentado del modelo presentado en el pliego, no constando claramente el alcance de la garantía en cuanto a las obligaciones garantizadas, al no constar claramente el concepto por el que se extiende el aval.
- b) Por no constar en el texto del aval el bastanteo de los poderes otorgados a los apoderados firmantes.

La recurrente formula su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

- a) En relación con el texto del aval, la ley no exige que los avales presentados se ajusten al modelo del pliego, que es meramente orientativo, siendo suficiente con que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 96 TRLCSP y su desarrollo reglamentario.
- b) En cuanto al bastanteo, se trata de un mero error material, presentando documentación de la que resulta que los poderes de los otorgantes del aval estaban efectivamente bastanteados por la Abogacía del Estado de Barcelona.

c) En todo caso, los defectos de que pudiera adolecer la garantía definitiva son meramente formales, siendo procedente otorgar un trámite de subsanación para ello.

**Tercero.** Para resolver la presente cuestión debe tenerse en cuenta que, tal y como señala el órgano de contratación, tratándose de un poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública, de conformidad con lo señalado en el artículo 3 TRLCSP, resulta procedente acudir a lo señalado en el artículo 104 de dicho texto legal, según el cual:

*“ 1. En los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.*

*2. El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.”*

Del anterior artículo se deduce que los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, tienen, efectivamente, un mayor margen de discrecionalidad a la hora de establecer las garantías exigibles en los pliegos de contratación. Ahora bien, dicho margen de discrecionalidad se refiere a la propia exigencia de la garantía, así como al importe y el régimen de devolución o cancelación, pero no en relación a la forma en que deben prestarse las garantías que en su caso se exijan, pues el propio artículo 104 establece que las mismas podrán prestarse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 96.

Ello significa, a juicio de este Tribunal, que la forma de la garantía exigida por los poderes adjudicadores debe ser, necesariamente, alguna de las aceptadas en dicho artículo, no pudiendo en los pliegos establecerse exigencias o condiciones diferentes de las allí establecidas.

Ello supone que el hecho de que en los pliegos se incluyera un modelo de aval no implica que dicho modelo sea obligatorio para los licitadores, quienes podrán aportar un aval con otra redacción, siempre que se cumplan los requisitos exigidos legal y reglamentariamente. Así, el hecho de que el aval presentado por el licitador no se corresponda exactamente con el modelo incluido en el pliego, no puede ser considerado como un defecto de la garantía, ni resulta suficiente para excluir al licitador del procedimiento, pues ni el artículo 96 ni su posterior desarrollo reglamentario, aplicable de forma subsidiaria a este supuesto, establecen tal y exigencia, tal y como argumenta el recurrente.

Ello exige analizar en cada caso la garantía aportada para poder dilucidar si la misma resulta efectivamente suficiente a efectos de su aceptación por el órgano de contratación y para considerar correctamente cumplimentado el trámite previsto en el artículo 151.2 TRLCSP. Pues bien, a la vista del aval presentado por la ahora recurrente se observa cómo el mismo cumple con todos los requisitos legalmente exigidos para que el avalista quede obligado de forma solidaria en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.

Así, el aval señala: *“AVALA a COMSA S.A.U. con NIF A08031098, ante la Entidad SEIASA SOCIEDAD ESTATAL DE INFRAESTRUCTURAS AGRARIAS, S.A., con NIF A82535303, garantizando “EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DEL PROYECTO DE MODERNIZACION DE LOS REGADIOS DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION DEL PROYECTO DE MODERNIZACION DE LOS REGADIOS DE LA COMUNIDAD DE REGANTES MOLINAR DE FLUMEN EN LOS TT.MM DE SANGARREN, BARBUES, TORRE DE BARBUES Y ALMUNIENTE (HUESCA) FASE I, por importe de DOS MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS TRES EUROS CON OCHENTA Y NUEVE CENTIMOS (2.091.503,89 euros).”*

Cierto es que hubiera sido deseable una mayor concreción en relación con el objeto del aval. No obstante, en dicho texto queda identificado tanto la entidad avalada (COMSA S.A.U.) como la entidad ante quien se avala y el objeto del mismo: la ejecución de las obras. Por lo tanto, lo que se avala son las obligaciones derivadas de dicho contrato, precisión que, a juicio de este Tribunal, es suficiente a efectos de considerar garantizado el cumplimiento del contrato, que es al fin y al cabo la finalidad de la prestación del aval.

Por lo tanto, a juicio de este Tribunal, el aval no adolecía del error identificado por el órgano de contratación.

Por lo que se refiere al segundo defecto formal padecido, es decir, la falta de indicación en el texto del aval del bastanteo de los poderes, se trata de un defecto expresamente admitido por el recurrente, habiéndose aportado el bastanteo de los poderes con posterioridad, si bien se ha acreditado que dichos poderes aparecían bastanteados con anterioridad a la formalización del aval.

**Cuarto.** Por lo tanto, de los dos errores identificados por el órgano de contratación, el único que, a juicio de este Tribunal, puede ser considerado como tal es el segundo, es decir, la falta de indicación en el texto del aval del bastanteo de los poderes de los representantes del avalista. Siendo defectuosa la garantía constituida, resta por determinar si tal defecto era subsanable y si el órgano de contratación estaba en tal caso obligado a otorgar al licitador plazo para su subsanación.

A este respecto, resulta procedente traer a colación la doctrina expuesta por este Tribunal en su resolución 225/2013:

*“Este Tribunal (entre otras, en las resoluciones 128/2011 de 27 de abril y 184/2011 de 13 de julio), en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de julio de 2004), se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.*

*De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de*

*presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.*

*Por cuanto aquí interesa, 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 añade este Tribunal en su resolución 270/2011 de 10 de noviembre, 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.”*

De conformidad con la doctrina expuesta, en el presente caso el defecto consistente en la falta de indicación en el texto del aval del bastanteo de los poderes otorgados a los apoderados firmantes del mismo sí constituye un defecto subsanable, en la medida en que se ha acreditado por el recurrente que el bastanteo existía con anterioridad a la constitución del aval controvertido.

Llegados a este punto, el recurso debe ser estimado, anulando el acuerdo recurrido y ordenando la retroacción del procedimiento al trámite de calificación de la documentación aportada a efectos de adjudicación, considerando correcta la documentación aportada.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar el recurso formulado por D. P. M. R. O., con DNI 00389108V, en representación de COMSA, S.A.U., con CIF A08031098 contra la resolución del Consejo de Administración de la entidad Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias (en adelante SEIASA) por la que se excluye a la recurrente del procedimiento de licitación del contrato de “Ejecución de las obras de construcción del proyecto de modernización del regadío de la Comunidad de Regantes Molinar de Flumen TT.MM. de Sangarrén, Barbués, Torres de Barbués y Almuniente (Huesca) Fase I”, anulando el citado acuerdo y ordenando la retroacción del procedimiento al trámite de calificación de la documentación aportada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.2 TRLCSP.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

**Tercero.** 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 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