



Recurso nº 555/2017

Resolución nº 664/2017

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

En Madrid, a 21 de julio de 2017.

VISTA la reclamación interpuesta por. D.R.M.F., en representación de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE LA VEGA DE VALENCIA, y D.J.H.C.M., en representación de OBREMO, SL., contra la exclusión del contrato de servicios de "*Servicios de conservación de obras civiles*", Expediente EC17-C02-02940, convocado por Autoridad Portuaria de Valencia; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Autoridad Portuaria de Valencia, anunció en el DOUE de 4 de marzo de 2017, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato servicios arriba indicado, con un valor estimado que asciende 4.152.219,90 euros y una duración de 24 meses no prorrogable.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos 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 (en adelante LCSE), y subsidiariamente por las disposiciones de la Orden FOM/4003/2008, por la que se aprueban las Normas y Reglas Generales de los Procedimientos de Contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, sin perjuicio de las remisiones de la citada Orden a lo previsto en el 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.

Tercero. Abierto el plazo para presentar ofertas, y presentadas las ofertas por los licitadores, con fecha de 27 de abril de 2017 se procedió por la Mesa de Contratación a la apertura de los Sobres nº 1, relativo a la documentación administrativa, incluidas en las

propuestas. En relación con la oferta presentada por AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA y la entidad OBREMO, S.L., que concurren bajo el compromiso de constituir una UTE (en adelante las recurrentes) se advirtió por la Mesa de Contratación la necesidad de requerir la subsanación de la documentación presentada, pues *"La garantía provisional constituida por OBREMO, S.L. por importe de 38.927,06€, sólo se refiere a OBREMO, S.L y no garantiza, por tanto, solidariamente la proposición presentada por todos los componentes de la unión"*.

Mediante escrito de 28 de abril de 2017 se requirió a las empresas con el fin de subsanar la documentación administrativa presentada. En dicho requerimiento expresamente se hizo constar que *"la acreditación del cumplimiento de los requisitos ha de ser a fecha de presentación de la documentación requerida para participar en la licitación"*. Las empresas atendieron el requerimiento en el plazo señalado y aportando aval bancario de fecha de 3 de mayo de 2017, de la entidad Bankinter, SA.

Examinada la documentación, el 18 de mayo de 2017, se acuerda por el Órgano de Contratación la inadmisión de la proposición presentada por AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA y la entidad OBREMO, S.L., notificándose el acuerdo el día 22 de mayo.

Cuarto. El día 9 de junio de 2017 tiene entrada en el registro del Órgano de Contratación, escrito por el que las mercantiles anuncian contra el acuerdo de exclusión la interposición de la reclamación prevista en el artículo 101 LCSE, interponiéndose la misma ante este Tribunal, mediante escrito con entrada en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública en idéntica fecha.

Quinto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del Órgano de Contratación. Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado del recurso interpuesto con el fin de formular alegaciones en el plazo conferido al efecto, habiéndose evacuado únicamente el trámite conferido por la empresa PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, SA.

Sexto. Por último, indicar que el día 22 de junio de 2017, la Secretaría del Tribunal adoptó, a petición de la empresa recurrente, la medida provisional consistente en suspender el

procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 103 y 105 de la LCSE, medida que se mantendrá hasta el dictado de la resolución que acuerde su levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), y el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Se recurre el acuerdo de exclusión del procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios que supera el umbral previsto en el artículo 16.a) LCSE, y al ser la entidad contratante una de las previstas en la Disposición Adicional Segunda de la citada ley, el acto recurrido es susceptible de reclamación ante este Tribunal.

Tercero. La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 102 de la LCSE, que señala que *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*.

Cuarto. Entrando en el examen de las cuestiones planteadas por el fondo del recurso, las recurrentes consideran que la resolución por la que se acuerda la exclusión no es conforme a Derecho y ello por los tres motivos que se resumen a continuación:

En primer lugar, señalan los recurrentes que la garantía provisional se exige de forma indebida, pues los Pliegos no cumplen con lo exigido por el artículo 103.1 del TRLCSP, que obliga a *“justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato”*. Tal circunstancia supondría, en palabras de los recurrentes, un requisito de nulidad, o anulabilidad, por lo que la cláusula del PCAP que exige la garantía provisional debería tenerse por no puesta, o al menos, ponderar los efectos del incumplimiento de su exigencia.

En segundo lugar, con invocación de los principios generales que han de regir en los procedimientos de contratación y cita a copiosa jurisprudencia, se indica que ha de ser *“susceptible de subsanación aquello que existe de forma previa a la finalización del plazo de presentación y resultan de carácter insubsanable aquellos elementos que no existen en la finalización del plazo de presentación”*. Y que ha de orientarse el Órgano de Contratación de acuerdo con criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores, siendo la exclusión una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos de la libre concurrencia de licitadores ha de aplicarse de manera estricta.

En tercer lugar, señalan los recurrentes que resulta indiscutible, según el expediente de contratación, que se constituyó la garantía provisional por un importe total de 77.854,12 € mediante dos avales dentro de la fecha de presentación de proposiciones. Que el aval emitido por Bankia, por importe de 38.927,06 €, no adolecía de defecto alguno, y, que el aval emitido por Bankinter, por otros 38.927,06 €, en el que se incluía como avalada a una sola de las empresas que concurrían con compromiso de constituir una UTE, completaba el importe de la garantía provisional exigida en el PCG. Y que dentro del plazo de 3 días, se presenta nuevo aval subsanando la deficiencia observada.

De acuerdo con lo expuesto, la exclusión resulta desproporcionada, pues debe admitirse la subsanación realizada en fecha posterior a la presentación de las proposiciones. Cuando los empresarios concurren agrupados en UTE (art. 59 TRLCSP) responden solidariamente, por lo que el aval objeto de subsanación en aplicación del principio de solidaridad ya cubría el riesgo pues aunque viniera referido a una sola empresa, ésta responde solidariamente de las obligaciones aún en el caso de que la empresa que no constaba en el aval se retirase.

No se puede reprochar que el nuevo aval presentado subsanando la omisión sea de fecha posterior. La operativa bancaria no admite otra posibilidad, más que la emisión de un nuevo aval, como así se hizo, resultando imposible otra forma de subsanación. Y, con cita a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2010, recurso 32/2007, se añade que en definitiva estamos ante una redacción del aval imperfecta, que fue subsanada en el plazo otorgado.

Quinto. Por su parte, el Órgano de Contratación se opone a la admisión del recurso, defendiendo su conformidad a Derecho. Así, en relación con la nulidad de la cláusula del Pliego que exige su otorgamiento, se rechaza la alegación argumentando que no se han recurrido los Pliegos con anterioridad, por lo que únicamente se pretende la anulación de la cláusula para evitar la exclusión.

En base a las alegaciones del recurso se indica en el informe que en el escrito se pone en evidencia que el defecto advertido en el aval no era un mero error formal, y que si la subsanación sólo es posible aportado un documento no existente a la finalización del plazo de presentación, ello responde a que el requisito de haber constituido la garantía correctamente no se encontraba cumplido en plazo. Afirma el Órgano de Contratación, con cita a las Resoluciones nº 1076/2016 y 1296/2016 de este Tribunal, que cualquier solución distinta a la adoptada comportaría la vulneración de los principios de libre concurrencia y no discriminación e igualdad de trato entre licitadores pues supondría posibilitar que un licitador cumpla los requisitos establecidos para la admisión a la licitación en un plazo mayor al exigido a los restantes licitadores.

Por otro lado, la empresa PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, SA, en su escrito de alegaciones defiende de igual modo la legalidad del acuerdo de exclusión, indicando que el artículo 7 del PCAP exige para el caso de concurrir al expediente mediante UTE, o con el compromiso de su constitución, que se constituya una garantía provisional que garantice a todos los componentes de la agrupación empresarial, y que debe estar constituida con anterioridad a la expiración del plazo para la presentación de las proposiciones.

Sexto. Examinadas las cuestiones planteadas por el recurso interpuesto, es preciso recordar que este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre los defectos que puedan concurrir en la documentación administrativa que ha de incluirse en el sobre correspondiente de la oferta que presentan los licitadores, en este caso, el Sobre nº 1.

Recientemente, en la Resolución 1076/2016, de 22 de diciembre, que cita el Órgano de Contratación, indicábamos que (FD4º) *“En reiteradas ocasiones nos hemos manifestado sobre los defectos que tienen naturaleza subsanable, así en la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señalamos: “En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución*

193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: 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. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)".

Es más, en relación con los defectos en los que puedan incurrirse al constituir la garantía provisional, señalábamos en la Resolución 744/2016, de 23 de septiembre, que *“como recuerda la Resolución número 309/2014 de fecha 11 de abril, “En la resolución 225/2013, de 12 de junio de 2013, ya señalamos que 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 no puede considerarse defecto subsanable salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación, doctrina que es también aplicable al caso de la garantía definitiva. En el presente caso no nos encontramos ante un defecto de acreditación, sino de constitución de la garantía [...]”*

Y sobre un caso con muchas similitudes al del presente recurso, se fallaba en la Resolución 117/2016, de 12 de febrero, que *“Se ha reiterado por este tribunal, que los pliegos, en tanto válidos, resultan vinculantes en todas sus cláusulas, respecto de los participantes en el concurso o procedimiento de licitación de que se trate, por lo que la circunstancia prevista expresamente en la citada cláusula contractual, la 2.4.3 tiene esa eficacia respecto de todos los licitadores.*

Por lo tanto, parece claro que la garantía provisional no puede entenderse como válida cuando tan solo se refiere a uno de los participantes en la agrupación, y así resulta de la documentación que se acompaña con el expediente y de las propias alegaciones del recurrente, que reconoce de forma explícita tal circunstancia. Como podemos observar, efectivamente, la garantía provisional aportada inicialmente por el recurrente, ponía de manifiesto la cobertura económica total, pero tan solo respecto de uno de los integrantes de la agrupación [...]

[...] y ello aun cuando se pone de manifiesto que se trata de una garantía solidaria, al incluirse que la entidad financiera AVALA SOLIDARIAMENTE, y este concepto es contradictorio con el de que existe tan solo una entidad avalada, cuando el aval solidario se refiere a una pluralidad de personas en la posición de avalados o garantizados, pero lo cierto es que aun cuando se haga tal referencia en el sentido estricto y técnico el aval se constituye, exclusivamente, respecto de una de las entidades que participan en la licitación, sin que resulten admisibles las alegaciones de la recurrente, pues al respecto, el pliego es

claro y obliga a todos los participantes en el procedimiento de contratación, no admitiendo en este aspecto una interpretación distinta a la literal, que podría resultar contraria a los principios de transparencia, igualdad de los participantes y no discriminación en el procedimiento, principio, estos que citamos, que tienen su propia consagración legal [...]

[...] Sólo uno es el avalado, pues aun cuando se haga referencia en el propio aval a que la garantía es solidaria, lo cierto e inmutable es que sólo uno es el avalado, solo uno es, en conclusión, el contratista cuyas obligaciones quedan garantizadas y cubiertas por el aval al que nos venimos refiriendo en el presente recurso. Por lo tanto, y a la luz de los preceptos legales citados y de las propias cláusulas contractuales, la única garantía que puede considerarse como admisible en el presente caso es aquella que haga constar de forma clara que se garantiza a los dos participantes de la agrupación empresarial y que tal garantía tiene un carácter solidario. Ello es congruente además, con la posición del órgano de contratación que podría ver desvirtuadas su garantía ante el incumplimiento de la agrupación, cualquiera de sus miembros, y sólo pudiera dirigirse contra uno de ellos, mientras que el otro, no incorporado formalmente a la garantía, y eventualmente más solvente que el anterior, por cualquier circunstancia temporal o permanente, no respondería ante ese incumplimiento y frente al órgano de contratación".

A la vista de lo expuesto, la resolución del presente recurso no puede ser otra que la desestimación de su pretensión revocatoria, pues aunque es cierto que este Tribunal tiene también señalado que la doctrina elaborada en relación con la adjudicación de los contratos sometidos al TRLCSP no es sin más trasladable a los contratos sujetos a la LCSE (Resolución 328/2015), también es cierto que el PCAP exigía con suficiente claridad en su Cláusula 7ª.C. relativa a la documentación a incluir como contenido en el Sobre nº 1, punto 6) que *"En el caso de uniones temporales de empresarios, la garantía provisional podrá constituirse por una o varias de las personas participantes de la unión, siempre que en conjunto se alcance la cuantía de la misma, y garantice solidariamente la proposición presentada por todos los componentes de la unión."*

Es evidente que el aval otorgado por Bankinter, por importe de 38.927,06€, a favor únicamente de OBREMO, SL, en calidad de garantía provisional, no se ajusta a lo exigido por los Pliegos, pues quedan sin garantizar la mitad del citado importe que corresponde a la

otra mercantil, AGRICULTORES DE LA VEGA DE VALENCIA, SA. Sin que sea óbice para ello que el PCAP no hubiera justificado la exigencia de la garantía provisional, pues, no rige aquí el artículo 103 del TRLCSP, sino la Regla 14ª de la Orden FOM/4003/2008, de 22 de julio, por la que se aprueban las normas y reglas generales de los procedimientos de contratación de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, que no exige dicho requisito en la elaboración de los Pliegos. Todo ello sin olvidar que la impugnación que ahora se hace de la Cláusula del PCAP se realiza de manera extemporánea, debiendo pasar los recurrentes por sus propios actos, ya que, aceptaron de manera incondicionada la redacción del clausulado al presentar su oferta (art. 145.1 del TRLSCP, que rige de manera supletoria).

Y en cuanto al momento en el que debe quedar válidamente constituido el aval, habrá de ser, como se ha indicado por este Tribunal en otras resoluciones (sirvan por todas, las Resoluciones 796/2014, 1076/2016 y 123/2017), uno anterior a la fecha en que expire el plazo de presentaciones de proposiciones, siendo subsanable la prueba de su existencia pero no que el requisito no se encuentre cumplido en plazo, pues como bien señalan las recurrentes en su escrito a modo de principio general: *“es subsanable aquello que existe de forma previa a la finalización del plazo de presentación y resultan de carácter insubsanable aquellos elementos que no existen en la finalización del plazo de presentación”*. En este mismo sentido, no olvidemos que la JCCA en sus informes 18/2010, de 24 de noviembre, y 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”*.

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. D.R.M.F., en representación de la SOCIEDAD ANÓNIMA DE LA VEGA DE VALENCIA, y D.J.H.C.M., en representación de OBREMO, SL., contra la exclusión del contrato de servicios de "*Servicios de conservación de obras civiles*", Expediente EC17-C02-02940, convocado por Autoridad Portuaria de Valencia

Segundo. Levantar la suspensión del acuerdo impugnado, de conformidad con el artículo 106.4 de la LCSE.

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 106.5 de la LCSE.

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.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.