



Recurso nº 379/2023

Resolución nº 471/2023

Sección 1ª

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

En Madrid, a 20 de abril de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.T.M.R. en representación de RAMIREZ & CIA (FILHOS) S.A contra la exclusión de la licitación convocada por el Fondo Español de Garantía Agraria, O.A. (FEGA), para contratar “*Suministro y distribución de alimentos en el marco del Programa de Ayuda Alimentaria a las Personas más Desfavorecidas 2023-II– PO FEAD 2014-2020. Lote 3. Conserva de Sardina*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El anuncio de licitación del contrato de “*Suministro y distribución de alimentos en el marco del Programa de Ayuda Alimentaria a las Personas más Desfavorecidas 2023-II– PO FEAD 2014-2020. Lote 3. Conserva de Sardina*”, se publicó el 14 de febrero de 2023 en el DOUE, el 11 de febrero en la PLACSP y el 16 de febrero en el BOE.

Segundo. Se presentaron las siguientes empresas a la licitación: BOLTON FOOD, S.L., FRINSA DEL NOROESTE, S.A., IGNACIO GONZÁLEZ MONTES, S.A. y RAMIREZ & Cª (FILHOS), S.A.

Tercero. El 9 de marzo de 2023 la Junta de Contratación procedió a la apertura del sobre nº 1 que contiene la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y acuerda calificar desfavorablemente la documentación presentada por la empresa RAMIREZ & Cª (FILHOS), S.A. por haber constituido una garantía provisional inferior al 1% del Presupuesto Base de Licitación, conforme a lo exigido en la cláusula 7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y, en consecuencia, excluirle de la licitación. Frente dicho acuerdo de exclusión se interpone el presente recurso.



Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 27 de marzo de 2023 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiéndolas presentado en plazo IGNACIO GONZÁLEZ MONTES, SA., solicitando la desestimación del recurso. Asimismo, ha presentado alegaciones fuera del plazo concedido, la mercantil BOLTON FOOD, S.L.

Quinto. Por Acuerdo de este Tribunal de fecha 30 de marzo de 2023 dictado al amparo del artículo 58.2, letra b) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se declara que prima facie no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso y se acuerda la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el lote 3 del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 45 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo.

Segundo. La resolución recurrida es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los artículos 44.1 a) y 44.2 b) de la LCSP, por tratarse de un acuerdo de exclusión adoptado en el curso de la licitación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo legalmente establecido en el artículo 50 LCSP.

Cuarto. La entidad recurrente, mercantil excluida del procedimiento, ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar*



afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.” La confirmación o no de su exclusión en sede de recurso afectará a sus derechos e intereses legítimos.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la parte recurrente cuestiona que el órgano de contratación acordara la exclusión de su oferta por haber constituido una garantía provisional insuficiente.

En el caso que nos ocupa, la exigencia de garantía provisional queda justificada conforme al artículo 106 de la LCSP, en el Informe Justificativo de la Solicitud de Garantía Provisional para la contratación de alimentos, en el marco del programa de Ayuda Alimentaria a las Personas Más Desfavorecidas 2023 – PO FEAD 2014- 2020, que ha sido publicado en la licitación a través de la PLACSP y que obra en el Documento 10 del expediente administrativo, así como en la cláusula 7 del PCAP donde se señala: *“1. De conformidad con el artículo 106 de la LCSP para poder concurrir a la licitación se requiere la constitución previa, por los licitadores, de una garantía provisional, equivalente al 1 % del importe del PBL, IVA excluido.”*

La parte actora no discute la exigencia de esta garantía sino el hecho de que el órgano de contratación debió requerirle para su subsanación una vez advertida que la garantía provisional aportada por el recurrente era de cuantía insuficiente de acuerdo con lo exigido.

La cuestión de la posible subsanación de la constitución de una garantía provisional por importe insuficiente ha sido tratada, entre otras, en nuestra Resolución nº 270/2011, de 10 de noviembre de 2011, a través de los siguientes razonamientos:

“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 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”.

Esta doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de este Tribunal referidas a la imposibilidad de subsanar distintos defectos en la constitución de la garantía provisional, pudiendo citar la Resolución nº 117/2016, en la que se indica:

“Pero, en todo caso, entrando ya en esta posibilidad, legal y reglamentariamente establecida, de subsanar los defectos de que adolezca la documentación administrativa y, dentro de ella, específicamente en lo que se refiere al presente recurso, la que se corresponde con la garantía provisional, sí debe señalarse que la subsanación debe suponer, en todo caso, la subsanación o reparación del requisito incumplido, reparando los defectos en que haya podido incurrirse en su cumplimiento, pero nunca, en absoluto, esa subsanación podrá suponer un cumplimiento nuevo de tal requisito al que se refiere la subsanación”.

Recientemente este Tribunal ha evolucionado su doctrina y ha venido flexibilizando su posición al respecto, primero en relación con los defectos apreciados en la constitución de la garantía definitiva, posición que se ha trasladado a los defectos apreciados en la garantía provisional, muestra de ello es nuestra Resolución nº 1156/2022, de 6 de octubre, en la que dijimos:

“Octavo. Aun cuando las precedentes consideraciones son vertidas para aquellos supuestos en que la garantía definitiva es prestada de forma insuficiente, consideramos



que las mismas resultan ser igualmente extrapolables cuando se produce idéntico escenario fáctico, pero con respecto a la garantía provisional, de forma que habría que distinguir entre los siguientes escenarios: (i) La ausencia total de constitución de garantía provisional, o su constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos relativos a la misma. (ii) La existencia de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, pero sin que pueda apreciarse un incumplimiento manifiesto de la norma o una conducta pasiva o negligente del contratista.

Mientras que en el primer caso procederá sin duda acordar la exclusión del licitador que hubiera incurrido en dicho incumplimiento, en el segundo, la posibilidad de subsanación deberá ser considerada en cada caso concreto, atendida la justificación ofrecida por el licitador respecto a las circunstancias que hayan causado el defecto”.

Esta resolución, que destaca los principios de concurrencia y proporcionalidad, se hace eco de la Sentencia nº 891/2013, de 11 de marzo de 2013, (rec.2163/2007), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se estimó procedente la subsanación de la garantía provisional constituida por importe insuficiente, por una escasa diferencia, debido a un mero error en el cálculo de la misma, aunque imputable al solicitante.

Atendido lo anterior, entiende el Tribunal que en este caso nos encontramos ante un incumplimiento manifiesto de lo exigido en el pliego, que ha conllevar la exclusión del licitador sin posibilidad de subsanación. El defecto en la constitución de la garantía provisional es relevante, pues exigida la misma por un importe del 1% del Presupuesto Base de Licitación, IVA excluido, el cual para el lote 3 se cifraba en 6.371.355€, conforme a lo dispuesto en la cláusula 7 del PCAP, aquélla debía alcanzar el importe de 63.713,55 euros, habiéndose en cambio constituido por importe de 30.000 euros. La recurrente apunta que tal defecto se debió a un error involuntario, sin embargo, ningún argumento aduce para justificar la causa del mismo o su carácter. Por lo que a todas luces nos encontramos ante un incumplimiento voluntario y plenamente imputable al recurrente de los pliegos que rigen la contratación, aplicables a todos los licitadores, permitir bajo estas circunstancias la subsanación de la garantía provisional afectaría al esencial principio de



no discriminación e igualdad de trato que rige la contratación pública. Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso y confirmar la exclusión acordada del lote nº 3.

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. M.T.M.R. en representación de RAMIREZ & CIA (FILHOS) S.A contra la exclusión de la licitación convocada por el Fondo Español de Garantía Agraria, O.A. (FEGA), para contratar “*Suministro y distribución de alimentos en el marco del Programa de Ayuda Alimentaria a las Personas más Desfavorecidas 2023-II– PO FEAD 2014-2020. Lote 3. Conserva de Sardina*”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES