

Recurso 45/2013.

Resolución 54/2013.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 2 de mayo de 2013

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FEPAMIC SERVICIOS PUBLICOS COLECTIVOS S.L.** contra el acto de la mesa de contratación de exclusión de la oferta presentada por la misma en el procedimiento para la adjudicación del “Contrato de servicios para la limpieza viaria de la localidad del municipio de Rute ” (Expte. 8/2012), licitado por el Ayuntamiento de esa localidad mediante procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación, este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de noviembre de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato de servicios indicado en el encabezamiento. Asimismo, el citado anuncio de licitación fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 24 de noviembre de 2012 y en el perfil de contratante del órgano de contratación el 27 de octubre de 2012.

El valor estimado del contrato asciende a 560.000,00 euros.



SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas las empresas FEPAMIC SERVICIOS PUBLICOS COLECTIVOS S.L. (FEPAMIC, en adelante), DIA Y TEJERO S.L. y URBASER S.A.

La mesa de contratación acordó en acta de 17 de enero de 2013 la exclusión de la empresa FEPAMIC por no haber constituido la garantía provisional del 3% del importe total del contrato que asciende a 560.000, 00 €, con anterioridad a la fecha de finalización del plazo para presentar ofertas.

TERCERO. El 22 de febrero de 2013, tuvo entrada en el registro del Ayuntamiento de Rute recurso especial en materia de contratación interpuesto por FEPAMIC contra el acto de la mesa de contratación de exclusión de la oferta presentada por la misma.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el 15 de marzo de 2013 el citado recurso junto al expediente de contratación, un informe sobre el recurso y un listado de los licitadores en el procedimiento de adjudicación, con los datos precisos a efectos de notificaciones.

CUARTO. El 1 de abril de 2013, este Tribunal dictó la resolución M.C. 12/2012 acordando de oficio suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 2 de abril de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por plazo de cinco días hábiles, habiéndolas presentado en plazo la empresa URBASER, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La primera cuestión a analizar es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del TRLCSP establece, con relación al órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de las Corporaciones Locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”*.

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10, establece que las entidades locales andaluzas y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, atribuir dicha competencia a este Tribunal, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

El 26 de septiembre de 2012, fue suscrito convenio entre el Ayuntamiento de Rute y la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver los recursos contractuales, reclamaciones y cuestiones de nulidad a este Tribunal.



SEGUNDO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato en cuestión es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un poder adjudicador, cuyo valor estimado asciende a 560.000,00 euros, siendo objeto de impugnación el acto de la mesa de contratación de exclusión del recurrente del procedimiento de contratación. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, procede el recurso especial en materia de contratación.

CUARTO. El recurso ha sido interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartado 2 del TRLCSP.

El acto de la mesa de contratación de exclusión del recurrente le fue notificado (se le notificó) el 5 de febrero de 2013 y el recurso tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación el 22 de febrero de 2013, por lo que se interpuso en el plazo de 15 días hábiles previsto en el citado precepto legal.

QUINTO. Procede, pues, analizar la cuestión de fondo que se suscita en el recurso, siendo dos los **motivos que se esgrimen**:

1. Que ha habido un error en la interpretación del concepto “presupuesto” al que alude el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante), puesto que la cláusula décima del PCAP establece una garantía provisional “del 3% del presupuesto del contrato”, mientras que la cláusula cuarta relativa al importe del contrato indica que “el valor estimado del



contrato, a efectos de lo dispuesto en el art. 88 del TRLCSP, asciende a 560.000 euros (quinientos sesenta mil euros)”, indicando el párrafo segundo que “el presupuesto base de la licitación es de 140.000 euros (ciento cuarenta mil euros), al que corresponde un 18% del IVA por importe de 25.200 euros, lo que hace una cantidad total de presupuesto máximo de licitación de 165.200 euros/anuales”. El recurrente constituyó la garantía provisional de un 3% del presupuesto del contrato, que según la citada cláusula es de 140.000 €. Además alega que el citado error fue provocado por el propio Ayuntamiento, por un lado, al no indicar en los PCAP la cantidad exacta del importe de la garantía provisional y por otro, porque cuando la recurrente preguntó al servicio de contratación sobre qué importe debía constituir aquélla, se le indicó desde el propio Ayuntamiento que era un “3% del presupuesto base” y por tanto un 3% de los 140.000 € indicados.

2. En segundo lugar alega que subsanó en tiempo y forma, ya que el 2 de enero de 2013 se le requirió para que subsanara la falta de constitución de la garantía provisional de un 3% sobre el importe total del contrato y el día siguiente constituyó un aval bancario por el importe complementario de la garantía provisional que fue aportado al Ayuntamiento y adjunta al presente recurso.
3. Por último alega que el error en la cuantía de la garantía provisional es un defecto subsanable en base al principio antiformalista que ha sido reconocido por la jurisprudencia y la doctrina.

Por su parte el **órgano de contratación** en el informe al presente recurso mantiene que la falta de constitución de la garantía por su importe total es un defecto no subsanable en base a la doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de que puede subsanarse lo que existe y no se ha aportado, pero no se puede subsanar lo que en el momento de presentación de las proposiciones no existe.



SEXTO. Visto lo alegado por las partes procede entrar en el análisis de la cuestión de fondo del recurso.

El motivo de la exclusión del recurrente fue que presentó la garantía provisional por un importe inferior al exigido en el PCAP.

La cláusula décima del PCAP disponía:

*<< **Garantía provisional:** Los licitadores deberán constituir una garantía provisional por importe del 3% del presupuesto del contrato, que responderá del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del contrato.*

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al adjudicatario hasta que proceda a la constitución de la garantía e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva.>>

Por tanto el PCAP se remite al presupuesto del contrato para calcular el importe de la garantía pero sin fijar éste en el propio PCAP.

En este sentido, la cláusula cuarta del PCAP al definir el importe del contrato lo hace del siguiente modo:

<< El valor estimado del contrato a efectos de lo dispuesto en el art. 88 del TRLCSP, atendiendo a la duración máxima del contrato (cuatro años), asciende a la cuantía de 560.000 euros (quinientos sesenta mil euros).

Siendo el presupuesto base de licitación 140.000 euros al que corresponde un 18% de IVA por importe de 25.200 euros. Lo que hace una cantidad total de un presupuesto máximo de licitación de 165.200 euros/anuales.>>



Por su parte el artículo 103.2 del TRLCSP al regular la garantía provisional dispone que *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se determinará el importe de la garantía provisional, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto de Valor Añadido (..)”*.

Por tanto, se debería haber fijado en el PCAP el importe de la garantía provisional, lo cual no se hizo, sino que se remitió para su cálculo al presupuesto del contrato. Y en relación a este punto, el PCAP fija como presupuesto base de licitación 140.000 euros, sobre cuyo importe el recurrente constituyó un aval de del 3 por 100, es decir, 2.400 euros.

El órgano de contratación, tras la apertura de los sobres A por la mesa de contratación en sesión de 18 de diciembre de 2012, requirió al recurrente el 2 de enero de 2013 para que acreditara *“que se ha constituido la garantía provisional del 3% del importe total del contrato que asciende a la cantidad de 560.000 euros, con anterioridad a la fecha de presentación de su proposición”* y se le concedió un plazo de tres días para la subsanación de tal defecto.

Al día siguiente de dicho requerimiento, el recurrente solicitó por correo electrónico, tal y como consta en el expediente, que le indicaran un número de cuenta corriente para hacer el ingreso de la garantía provisional por el importe que restaba. Pese a ello, el mismo día 3 de enero de 2013, constituyó un aval por importe de 12.600 euros (el importe que faltaba de la garantía provisional) y lo presentó el 4 de enero de 2013 en el registro del órgano de contratación.

En torno a la cuestión sobre los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, son numerosas las ocasiones en que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se ha manifestado (informes de 18 de octubre de 1996, de 14 de julio de 1997, dos de 10 de



noviembre de 1997, de 30 de junio de 1999, de 11 de abril y de 30 de octubre de 2000, expedientes 56/96, 26/97, 37/97, 44/97, 23/99, 6/00 y 31/00), manteniendo los criterios de que sin ser posible realizar una lista exhaustiva de defectos subsanables, y no subsanables las expresiones utilizadas en el artículo 101 del Reglamento General de Contratación del Estado (hoy artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) dan pie para considerar insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 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”*.

Aplicando estos criterios a la falta de constitución de las garantías provisionales (informes de 10 de julio de 1997) se afirma que tal falta no es defecto o error material que pueda subsanarse, sino que la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación de requisitos que existiendo en el momento de aportar la documentación (por ejemplo poder del garante) no se han acreditado debidamente.

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.

Este criterio, ha sido también acogido por el Tribunal Central de Recursos Contractuales. Así, en la Resolución 270/2011, de 11 de noviembre, dispuso que “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”.

SÉPTIMO. Ahora bien, en el presente caso hay que tener en cuenta que el defecto que se imputa al recurrente no es imputable al mismo, tal y como alega en su recurso.

El PCAP no fijaba el importe de la garantía provisional pudiendo hacerlo para evitar inseguridad jurídica, y dicho importe lo fijó el recurrente calculándolo sobre el presupuesto base que fijaba el PCAP (140.000€), lo cual tampoco fue un error notorio y evidente si se tiene en cuenta la dicción literal del TRLCSP y del propio pliego sobre el importe para el cálculo de la garantía provisional. Pero además, según el recurrente, cuestión que no ha sido negada por el órgano de contratación, preguntó al mismo sobre qué importe debía constituir la garantía



provisional, y se le indicó por teléfono que era sobre el presupuesto base indicado, por lo que se le indujo a error.

Además el recurrente mostró en todo momento su voluntad de subsanar la insuficiencia en el importe de la garantía provisional, y por ello, subsanó en plazo el defecto que se le imputó constituyendo un aval por el importe complementario de aquélla.

Como ha indicado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 69/99, de 11 de abril de 2000, entre otros, la finalidad y efectos de las garantías provisionales es que estas garantías, a diferencia de la definitiva que aseguran la correcta ejecución del contrato, lo que aseguran y garantizan es la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado y, por tanto, procede su incautación en supuestos de retirada de ofertas y falta de formalización por causa imputable al adjudicatario.

Así pues, la finalidad de la garantía provisional quedaba cubierta con la subsanación del importe de la misma constituyendo un aval complementario, por lo que el mantenimiento de la oferta quedaba asegurado, que es el fin de aquélla.

Pero además, hay que tener en cuenta 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.



En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1999** entendió que *“no existe un defecto sustancial de falta de presentación del aval o de aval extendido a favor de un tercero ajeno a la persona del concursante. El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 (RCL 1965\771, 1026 y NDL 7365), así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores Sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1972 (RJ 1972\2872), 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984\6617) y 19 de enero de 1995 (RJ 1995\546)”*.

Por otro lado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, en su Informe 5/2002, de 31 de octubre de 2002, admitió expresamente la posibilidad de subsanar la garantía provisional por importe insuficiente atendiendo a la línea evolutiva hacia la flexibilidad que se ha producido en las normas relativas al carácter preceptivo o discrecional de la exigencia de constituir garantía provisional, debiendo ser la mesa de contratación la que evalúe las circunstancias que hayan podido provocar el defecto de haber constituido la garantía provisional por importe inferior al exigido.

Así, indica en dicho informe que *“la primitiva redacción del artículo 36 de la LCAP imponía la constitución de garantía provisional como requisito necesario para acudir a todos los procedimientos abiertos y restringidos, mientras que, con la modificación introducida en dicha norma por la Ley 53/1999, tal requisito sólo será exigible en los supuestos de contratos de*



cuantía igual o superior a los umbrales establecidos para la publicidad en el DOCE, dejando a la discrecionalidad del órgano de contratación exigir o no garantía provisional en los procedimientos de adjudicación de contratos de cuantía inferior.”

Por tanto, tal defecto es subsanable en cuanto “el defecto o la omisión no imposibiliten, por sí mismos, la consecución del fin que se persigue con la garantía, ni contravengan de forma sustancial los requisitos que ésta haya de tener. Siendo la finalidad de la garantía provisional responder del mantenimiento de las proposiciones presentadas, en las condiciones y con los requisitos establecidos en los artículos 35 y siguientes del TRLCAP y artículos 55 y siguientes del RG, la ausencia total de constitución de garantía, o la constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos citados, darían lugar a la exclusión del licitador que incurriera en tal circunstancia, ya que tales defectos u omisiones derivarían de un incumplimiento manifiesto de la norma, y siempre que el defecto o la omisión sean subsanables antes del plazo establecido para resolver sobre la admisión o exclusión de los licitadores.”

Este criterio lo comparte este Tribunal en el caso presente pues, con la constitución del aval complementario en el plazo de subsanación que se le concedió al recurrente, los fines de la garantía provisional quedaban cubiertos.

Pero además el defecto en la aportación de una garantía provisional por importe insuficiente fue propiciado por el defecto del PCAP al no fijar el importe exacto de la garantía provisional y por la información errónea que se le dio al respecto desde el propio órgano de contratación, y además, porque la actitud del recurrente fue en todo momento cumplir con lo que se le requería.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha,



RESUELVE

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FEPAMIC SERVICIOS PUBLICOS COLECTIVOS S.L.** contra el acto de la mesa de contratación de exclusión de la oferta presentada por la misma en el procedimiento para la adjudicación del “Contrato de servicios para la limpieza viaria de la localidad del municipio de Rute ” (Expte. 8/2012), licitado por el Ayuntamiento de esa localidad.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión acordada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 12/2012, de 1 de abril.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

