

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.L.S., en nombre y representación de Retineo Ingeniería, S.L. y don A.C.R., en nombre y representación de Gestión, Estudios, Obras y Proyectos, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, de fecha 2 de marzo de 2018, por el que se excluye su oferta de la licitación del lote 2 del contrato “Servicio de mantenimiento y reparación de estructuras de la red de carreteras de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: A/SER -007128/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 13, 15, 22 y 30 de enero de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Portal de Contratante de la Comunidad de Madrid, en el BOE y en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato mencionado, dividido en tres lotes, pudiendo los empresarios licitar a un solo lote, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios y con precios unitarios. El valor estimado del contrato es de

24.000.000 euros y el del lote 2 es de 7.200.000 euros. El plazo de presentación de ofertas finalizó el 20 de febrero de 2018.

Interesa destacar en relación con los motivos del recurso que en los anuncios de la licitación se especifican las garantías exigidas, indicando los importes por lotes.

En la cláusula 1ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, (PCAP), apartado 10, se establece el importe de la garantía provisional para cada uno de los lotes siendo el previsto para el lote 2 de 108.000 euros, indicando expresamente que *“Se considera imprescindible su establecimiento para asegurar la firmeza de las ofertas que se presenten.*

Ante la coyuntura económica general del país, se hace necesaria la exigencia de esta garantía provisional para asegurar el mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato.

Tiene también la finalidad disuasoria de evitar la presentación de ofertas que pretendan distorsionar o perturbar la licitación.”

Además en la cláusula 9 el PCAP regula la constitución de la garantía provisional y prevé expresamente en el caso en el que el licitador sea una UTE que *“(…) Cuando el licitador presente su proposición bajo la forma de unión temporal de empresarios, la garantía provisional podrá constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en su conjunto se alcance la cuantía exigida en el apartado 10 de la cláusula 1 y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión. (…)*”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron quince empresas, seis de las cuales concurren en tres UTE´s, una de ellas la UTE Retineo Ingeniería S.L.-Gestión de Estudios, Obras y Proyectos S.A.

La UTE recurrente presentó dentro del plazo límite de presentación de ofertas un seguro de caución en concepto de garantía provisional por importe de 54.000

euros que garantizaba conjunta y solidariamente a ambas empresas, Retineo Ingeniería S. L. y Gestión Estudios, Obras y Proyectos S.A., de fecha 15 de febrero de 2018 y un aval provisional que garantizaba a la empresa Retineo Ingeniería S. L. por importe de otros 54.000 euros, de fecha 9 de febrero de 2018.

Con fecha de 27 de febrero de 2018, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación acreditativa de los requisitos previos, y acuerda requerir a la UTE Retineo-Gestión lo siguiente: *“Deberán aportar justificante de haber constituido antes de la finalización del plazo establecido para la presentación de ofertas, garantía provisional que garantice solidariamente a ambas empresas por el importe establecido para el lote número 2 en el apartado 10 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7 de la opción b) de la cláusula 12 apartado “A) Sobre nº 1 documentación administrativa”, y con las condiciones y requisitos previstos en la cláusula 9 del citado Pliego.”* Lo que se publicó en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid ese mismo día.

La UTE Retineo-Gestión atendió el requerimiento en plazo, presentando un aval del Banco Caminos que garantizaba conjunta y solidariamente a ambas empresas por un importe de 54.000 euros constituido en fecha 2 de marzo de 2018, que la Mesa de contratación en su reunión celebrada ese mismo día consideró incorrecto por haber sido constituido una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, acordando rechazar a las empresas integrantes de la UTE.

No consta que dicho acuerdo haya sido notificado a la recurrente que se da por notificada mediante la publicación del acta en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid con fecha 16 de marzo en la que consta el motivo de la exclusión *“En el lote 2 - U.T.E. RETINEO INGENIERÍA, S.L –GESTIÓN ESTUDIOS, OBRAS Y PROYECTOS, S.A. por no aportar justificante de haber constituido antes de la finalización del plazo establecido para la presentación de ofertas, garantía provisional que garantice solidariamente a ambas empresas por el importe*

establecido para el lote número 2 en el apartado 10 de la cláusula primera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 7 de la opción b) de la cláusula 12 apartado “A) Sobre nº 1 documentación administrativa”, y con las condiciones y requisitos previstos en la cláusula 9 del citado Pliego”.

Tercero.- El 27 de marzo de 2018, tuvo entrada en el Tribunal previo anuncio al órgano de contratación en el mismo día, escrito de la representación de la UTE en el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión solicitando la nulidad y la suspensión del procedimiento.

El 3 de abril de 2018, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP solicitando la desestimación del recurso y oponiéndose a la suspensión.

Cuarto.- El 4 de abril de 2018 el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso al resto de interesados en el procedimiento al no ser tenidos en cuenta en la Resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la UTE al tratarse de una

persona licitadora “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al haber sido excluida su oferta del procedimiento de licitación.

Asimismo se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento de licitación de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, susceptible de recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.1.a) y 2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues el Acuerdo de exclusión se adoptó el 2 de marzo de 2018, publicándose en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid el día 16 de marzo y el recurso fue presentado el 27 del mismo mes.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se alega por el recurrente que la Mesa de contratación se ha extralimitado al adoptar una decisión sin que conste petición de Informe a la Asesoría Jurídica, ni de ningún otro órgano asesor. Considera que la función principal de la mesa de contratación (ex artículo 320 del TRLCSP) es valorar las ofertas con el fin de apreciar cual es la oferta más ventajosa y que no ha interpretado los Pliegos conforme al sentido literal de los mismos, por lo que procede la revisión de este acto en el que aprecia concurren las circunstancias de error, arbitrariedad o defecto procedimental.

Sostiene que conforme al artículo 81.2 del RGLCAP es posible la subsanación de defectos materiales por parte de los interesados y que las empresas que integran la UTE aportaron la constitución de la garantía provisional mediante avales en el momento de presentación de su oferta con el fin de acreditar ante el

órgano de contratación la solvencia de los licitadores, y si dicho documento tenía un defecto de carácter material, dicho defecto se subsanó en tiempo y forma.

Por todo ello alega además del error o arbitrariedad, la falta de motivación que afecta a su derecho de defensa y considera que el acuerdo adoptado es contrario a los principios generales de la contratación como son la publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato, recogidos en el artículo 1 del TRLCSP y supone la vulneración de la legislación de contratación del sector público determinando la nulidad de la notificación de adjudicación realizada, según dispuesto en el artículo 151.4 del TRLCSP.

En el informe el órgano de contratación expone que el PCAP es claro ya que en relación con lo estipulado en el apartado 10 de la cláusula 1ª del PCAP, en la cláusula 9ª del mismo Pliego, expresamente se refiere al supuesto en el que el licitador presente su proposición bajo la forma de unión temporal de empresarios, indicando que la garantía provisional podrá constituirse antes de la finalización de presentación de ofertas por una o varias de las empresas participantes, siempre que en su conjunto se alcance la cuantía exigida en el apartado 10 de la cláusula 1ª (108.000 euros) y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión. De acuerdo con lo cual el apartado 7 de la opción b) de la cláusula 12 del PCAP establece la exigencia a los licitadores de aportar dentro del sobre de la documentación administrativa el justificante de haber constituido la garantía provisional por el importe señalado para cada lote en el apartado 10 de la cláusula 1 del pliego, de conformidad con las condiciones y requisitos establecidos en la cláusula 9.

Afirma que si bien el aval presentado en trámite de subsanación por la UTE Retineo-Gestión garantizaba solidariamente a ambas empresas, se había constituido en fecha 2 de marzo de 2018, fecha posterior a la del fin de plazo de presentación de ofertas, 20 de febrero de 2018. Por lo que en aras a los principios generales que rigen la licitación y sin arbitrariedad alguna, la Mesa acordó el rechazo de la oferta.

Recuerda además que forma parte de la Mesa un letrado de la Abogacía de la Comunidad de Madrid y en cuanto a las funciones de la Mesa de contratación sostiene que ha actuado conforme a lo establecido en la cláusula 13 del PCAP y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y en el artículo 19 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; ha calificado la garantía provisional y ha apreciado defectos y omisiones requiriendo su subsanación.

Comprueba el Tribunal que los Pliegos no adolecen de oscuridad debiendo interpretarse en su conjunto, de manera sistemática, siendo indubitada la obligación de constituir la garantía provisional, dentro del plazo de presentación de ofertas, que sea solidaria en el caso de que el licitador sea una UTE y su importe, por lo que conforme a doctrina de las Juntas Consultivas y los Tribunales Administrativos de contratación pública (Informes de JCCA 48/02,47/09; Informe 31/00, de 30 de octubre de 2000; Informe 35/02, de 17 de diciembre de 2002; y las resoluciones del TACP de Madrid 114/2012, 175/13) resulta posible subsanar exclusivamente la acreditación de su cumplimiento en un momento posterior siempre que el requisito exista con anterioridad pues su existencia no es subsanable, sino sólo su acreditación.

En el caso que nos ocupa el período de presentación de ofertas se extendió entre los días 15 de enero de 2018 (publicación en el Portal) y el 20 de febrero y la garantía que aporta la recurrente se constituyó el 2 de marzo, tras haber resultado requerida para la subsanación.

La garantía provisional asegura específicamente el mantenimiento de las ofertas tal y como se establece en el propio PCAP y en el artículo 104 del TRLCSP, por tanto ni acredita la solvencia de la licitadora -cuyos requisitos ha determinado el PCAP en el apartado 5 de la cláusula 1ª del PCAP- ni garantiza la correcta ejecución del contrato -cuya constitución y condiciones se determinan en la cláusula 1ª

apartado 13 y en la cláusula 14^a del PCAP-.

Como manifestara este Tribunal en la Resolución 345/2017, de 16 de noviembre *“Una interpretación lógica de este precepto nos lleva necesariamente a concluir, que la garantía provisional debe constituirse con anterioridad a la presentación de las ofertas, pues, otra interpretación no permitiría el cumplimiento de la finalidad a la que está destinada, puesto que muy bien podría ocurrir que un licitador presentase una oferta inviable o carente de seriedad y la retirase a la vista del resto de las ofertas, de no resultar constreñido por la constitución de una garantía previa que, en tal caso resultaría incautada.*

El principio de igualdad de los licitadores exige que en el caso de que el órgano de contratación haya optado, como en el presente caso, por exigir una garantía provisional, dicha garantía deba ser constituida por todos los licitadores con anterioridad a la presentación de ofertas. De esta forma la aportación de una garantía constituida con posterioridad no puede ser aceptada por la Mesa en vulneración del indicado principio, sin perjuicio de que, como correctamente se hizo por la Mesa, en los términos del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, sea posible la subsanación de la omisión de la documentación acreditativa de la constitución de la garantía siempre que esta se hubiera verificado efectivamente y su falta obedeciese a un error en la documentación a incluir en el sobre correspondiente.”

Comprobado que la garantía se constituyó el 2 de marzo, mediante un aval, procede desestimar el recurso por este motivo.

Tampoco se aprecia falta de competencia de la Mesa de contratación ni vulneración del procedimiento legalmente establecido por lo que se refiere a la exclusión de las recurrentes, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público corresponden a la

Mesa de contratación las siguientes funciones *“a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.”*

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don A.L.S., en nombre y representación de Retineo Ingeniería, S.L. y don A.C.R., en nombre y representación de Gestión, Estudios, Obras y Proyectos, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, de fecha 2 de marzo de 2018, por el que se excluye su oferta de la licitación del lote 2 del contrato “Servicio de mantenimiento y reparación de estructuras de la red de carreteras de la Comunidad de Madrid”, número de expediente: A/SER - 007128/2017.

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.

Tercero.- Levantar la suspensión acordada el 4 de abril de 2018.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.