

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

En Madrid, a 10 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa FLOMARSAN, S. L. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de mayo de 2021 por la que se le excluye para los lotes 24, 30 y 40, de la licitación del contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Sur para los cursos 2021/2022, 2022/2023 Y 2023/2024 (Código: Madrid-Sur Plurianual-21), dividido en 52 lotes, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fechas, respectivamente, de 14 y 16 de abril de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con único criterio de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 12.320.824,01 euros, con un plazo de ejecución desde el 1 de septiembre de 2021 al 30 de junio de 2024.

Segundo.- La mesa de contratación en su sesión celebrada el 11 de mayo de 2021 procedido a la apertura de sobres y comprobación de la documentación a la que se refieren los arts. 119 y 140 LCSP.

En el seno de la misma se acordó conceder plazo de subsanación a FLOMARSAN para que aportase el DEUC corregido, así como de la garantía provisional, siendo cursado requerimiento a tales efectos en fecha 12 de mayo de 2021.

Con fecha 18 de mayo de 2021, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la recurrente al no constituir la garantía provisional en plazo. El acuerdo se publicó el 24 de mayo de 2021.

El 29 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FLORMANSAN contra el acuerdo de exclusión de los lotes 24, 30 y 40 del contrato de referencia.

Tercero.- El 2 de junio del 2021, el órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo fue notificado el 24 de mayo de 2021, interponiéndose el recurso el 29 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- A efecto de la resolución del recurso, conviene destacar que el PCAP, en su cláusula 11, entre la documentación que debe incluirse en el SOBRE 1 relativo a la "DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA", en su apartado 3 señala *"Justificante de haber constituido, en su caso, la garantía provisional por el importe señalado para cada lote en el apartado 10 de la cláusula 1 del presente pliego, de conformidad con las condiciones y requisitos establecidos en la cláusula 8"*.

En cuanto al fondo del asunto, el recurrente lo fundamenta en que la exclusión es desproporcionada, considerando que debe admitirse la subsanación realizada en el plazo en que fue requerida para ello.

Considera que debe tenerse en cuenta el contexto y la situación actual. Las pequeñas empresas como la suya, dedicadas a transporte discrecional y turístico, han venido siendo, de lejos, las más afectadas por la crisis del coronavirus y por la total falta de trabajo. Es precisamente por ello, que las entidades bancarias, dados los préstamos y créditos solicitados por las empresas como FLOMARSAN, con o sin avales ICO, y la ausencia de actividad, no permiten tener abiertas líneas de avales. Por esta circunstancia, hubo de solicitarlo específicamente, para poder participar en esta licitación, y tras barajar diferentes opciones, efectuó petición en plazo de presentación de ofertas, el 29 de abril y subió la misma a la plataforma de contratación pública junto que la demás documentación requerida.

En este sentido, fueron requeridos, en fecha 12 de mayo de 2021, para la subsanación de los extremos antedichos, finalizando el plazo el 15 de mayo del presente. En fecha 14 de mayo procedieron a aportar tanto el DEUC como la garantía provisional requeridos, concurriendo con posterioridad, en fecha 24 del presente a la apertura de la oferta económica, siéndonos comunicado en ese momento, la exclusión de FLOMARSAN por falta de constitución de la garantía en plazo.

Considera que el acuerdo de exclusión no es ajustado a derecho ya que en el plazo de subsanación que les fue conferido al efecto, presentaron la garantía provisional respecto a los tres Lotes -24, 30 y 40- a los que habían ofertado. Añade que es innegable, que la garantía fue satisfecha en metálico mediante consignación en la Caja de Depósitos, pero también es cierto que es ésta una de las formas de prestación de la garantía provisional permitidas por el art.108.1.a) LCSP por remisión del art. 106 del citado cuerpo legal y que precisamente desde la Caja de Consignaciones de la CA Madrid se les pidió, antes de enviarles las cartas de pago,

que le presentasen el requerimiento de subsanación. Señala que el interés en participar en la presente licitación, el escaso tiempo que proporciona un procedimiento de tramitación urgente como el presente así como el excesivo tiempo que se toman las entidades bancarias para formalizar el aval instado en plazo, de hecho, a día de la fecha, aún no han recibido contestación alguna a su petición, fueron determinantes de que, en plazo de subsanación, 15 de mayo, constituyéramos la precisa garantía provisional solicitada y anunciada en plazo de presentación de ofertas, 29 de abril, si bien en metálico, ante la falta de pronta respuesta de la entidad bancaria.

Concluye señalando que el criterio antiformalista imperante en la actualidad, dadas las reseñadas difícilísimas circunstancias actuales, siendo que el aval había sido solicitado en plazo de presentación de ofertas por FLOMARSAN, y que la prestación de la garantía en forma diversa, asimismo en plazo de subsanación conferido al efecto, no ha sido sino por causa, en absoluto imputable a su empresa, sino a la falta de contestación por parte de la entidad bancaria en el breve plazo de subsanación conferido al efecto, siendo ambas formas de prestación de la garantía perfectamente válidas, no excluyentes y conformes a derecho, debiera determinar fuera dejada sin efecto la exclusión de la licitación a la que se refiere el presente procedimiento, al estimar que una decisión tan drástica atentaría al principio de proporcionalidad que ha de conducir la actuación de la Administración, de conformidad con el art. 132.1 párr. 1º in fine LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación señala que, tal y como reconoce la propia empresa, lo que aporta FLOMARSAN en el sobre nº 1 es la solicitud de aval bancario de fecha 29 de abril de 2021. La recurrente presentó en fase de subsanación, en relación a la garantía provisional, tres resguardos de garantías en efectivo del Área de Caja de Depósitos de la Comunidad de Madrid con fechas de expedición de 13 de mayo de 2021. Se evidencia, por tanto, que a fecha fin del plazo de presentación de las proposiciones (29 de abril de 2021), FLOMARSAN no había constituido la garantía provisional.

En este sentido, trae a colación lo dispuesto en el artículo 140 de la LCSP, relativo a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, que señala en su apartado 1 letra d) que *“en todos los supuestos en que en el procedimiento se exija la constitución de garantía provisional, se aportará el documento acreditativo de haberla constituido”* y en su apartado 4 que *“las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”*. Así pues, a la vista de lo dispuesto en la LCSP y en el PCAP, no basta la mera solicitud de aval bancario dentro del plazo de presentación de ofertas, sino que es preciso su constitución efectiva. Y ello porque, tal y como se desprende del artículo 106.1 de las LCSP, el fin de dicha constitución previa de la garantía provisional es responder del mantenimiento de su oferta hasta la perfección del contrato.

En consecuencia, a su juicio, la falta de constitución de la garantía provisional 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.

Vistas las alegaciones, procede traer a colación la doctrina el TACRC, coincidente con lo mantenido por este Tribunal, respecto a la subsanación de la constitución de a garantía provisional. En este sentido la RTACRC 772/2015, 4 de septiembre señalaba:

“Sexto. Este Tribunal se ha pronunciado en distintas ocasiones acerca de los efectos de la falta de constitución, dentro del plazo de presentación de proposiciones, de la garantía provisional, en los casos en los que la misma viene exigida en los pliegos rectores de la licitación. Así, en nuestra Resolución núm. 277/2012, al analizar el

carácter subsanable, o no subsanable, de la falta de constitución de la garantía provisional dentro del plazo de presentación de proposiciones, señalamos lo siguiente: “Sobre la cuestión aquí planteada, que no es otra que la fecha límite en que los licitadores deben reunir todos los requisitos exigidos para concurrir a una licitación (en el caso presente, en qué momento tenía que estar correctamente constituida la garantía provisional), ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal en Resoluciones anteriores, valga por todas la 270/2011. De acuerdo que el planteamiento entonces formulado, “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, recogidos 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, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 81.2, se permite la subsanación de defectos materiales por parte de los interesados a los que se concede un plazo de tres días hábiles a tal efecto, 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. Y como se indicaba en la resolución 270/2011 antes citada y señala en su informe la entidad contratante, respecto a esta cuestión 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 aquellos 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, lo explica con absoluta claridad: “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”. Con esta forma de proceder, es decir, dando a los licitadores la posibilidad de subsanar defectos de su documentación administrativa pero exigiendo que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, se atiende simultáneamente a dos principios fundamentales de la contratación pública, cuales son la libre concurrencia y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como reiteradamente ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más concretamente, en relación con la garantía provisional, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 48/02 de 28 de febrero de 2003) ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación”. En este mismo sentido, en nuestra Resolución núm. 529/12, confirmamos la exclusión de la empresa recurrente del procedimiento de licitación por falta de constitución de la garantía provisional dentro del plazo de presentación de ofertas, y ello a pesar de que, en el supuesto examinado, en el requerimiento de subsanación dirigido a la empresa tras constatar que no se encontraba, entre la documentación administrativa, el documento acreditativo de la constitución de la garantía, no se

había especificado que la constitución e la garantía provisional debía ser previa a la fecha límite de presentación de las proposiciones: “[...] A juicio de este Tribunal el defecto apreciado, falta de constitución de la garantía provisional en fecha anterior al día límite para la presentación de las proposiciones, no puede ser considerado como un defecto susceptible de ser subsanado ex artículo 81.2 del RGLCAP”.

Nos encontramos ante un procedimiento competitivo, de manera que el reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego, en este caso la constitución de la garantía provisional, debe considerarse como una clara ruptura de los principios de no discriminación, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia, y, por consiguiente, contrario a la Ley.

A mayor abundamiento, debemos señalar que no encontramos en el supuesto sometido a examen ningún elemento que permita apreciar diligencia en la actuación del recurrente. La solicitud del aval a la que hace referencia se presentó ante la entidad bancaria el día 29 de abril, que era la fecha límite para la presentación de ofertas. Ante esa circunstancia, debió haber realizado el depósito en efectivo en esa misma fecha, una vez comprobadas las dificultades para la obtención del aval bancario antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas y no llevarla a cabo en el plazo de subsanación concedido para la documentación administrativa.

Por todo lo anterior, debe considerarse ajustado a derecho el acuerdo de exclusión realizado por la mesa de contratación, procediendo, por tanto, la desestimación del recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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 en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa FLOMARSAN, S. L. contra el acuerdo de la mesa de contratación de 18 de mayo de 2021 por la que se le excluye para los lotes 24, 30 y 40, de la licitación del contrato “Transporte escolar de la Dirección de Área Territorial Madrid-Sur para los cursos 2021/2022, 2022/2023 Y 2023/2024 (Código: Madrid-Sur Plurianual-21), dividido en 52 lotes

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 58 de la LCSP.

Tercero.- 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 59 de la LCSP.