

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

En Madrid, a 3 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por Don L.M.C., en representación de la empresa Dotación y Equipamiento S.L., contra su exclusión de los lotes 1 y 2 de la licitación para contratar el suministro de vestuario y equipamiento para la plantilla de Policía Local y resto de personal uniformado del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 21 de noviembre de 2013, se publica en el DOUE, el anuncio de licitación para la adjudicación del contrato del suministro de vestuario y equipamiento para la plantilla de la Policía Local y resto de personal uniformado de este Ayuntamiento, por procedimiento abierto y sujeto a regulación armonizada, dividido en 3 lotes. Asimismo se publica en el BOE de 4 de diciembre de 2013. El valor estimado del contrato asciende a 403.473,18 euros. El plazo de presentación de ofertas finalizó el 30 de diciembre de 2013.

Segundo.- En la cláusula III.2.1.f) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se establecen los documentos a incluir en el sobre de

documentación administrativa, en cuyo apartado f) expresamente se recoge lo siguiente: *"Si así se especifica en el apartado 8 del ANEXO I, deberá presentar resguardo acreditativo de haber constituido a favor del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, en la Tesorería de este Ayuntamiento, una fianza provisional por el importe señalado en el mismo, que no podrá ser superior al 3% del presupuesto del contrato señalado en el apartado 3 del ANEXO I, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, y en cualquiera de las formas previstas en el art. 103 del TRLCSP y en los arts, 56, 57 y 58 del RGLCAP."*

A su vez, según el apartado 8 del Anexo al citado PCAP, resulta exigible a los licitadores, la prestación de garantía provisional por los siguientes importes:

Lote 1: 1.722,07 euros.

Lote 2: 1.229,44 euros.

Tercero.- En sesiones de fechas 3 y 9 de enero de 2014, se reúne la Mesa de contratación para proceder al examen de la documentación administrativa de las empresas que se han presentado a la licitación, y constatando que la recurrente no ha aportado documentación alguna relativa a la garantía provisional acuerda requerirla para la subsanación de: *"Resguardo acreditativo de haber constituido, en el plazo de presentación de proposiciones (30 de diciembre de 2013), en la Tesorería de este Ayuntamiento, fianza provisional por Importes de 1.722.07,- euros (lote 1) y 7,229,44,- euros (lote 2)"*.

El 14 de enero de 2014, Dotación y Equipamiento S.L. presenta dos mandamientos de constitución de depósitos expedidos por la Tesorería del Ayuntamiento de fecha 14 de enero de 2014, a favor de la citada mercantil por los certificados de seguro de caución de Crédito y Caución Atradius Group, por importes de 1.722,07 euros y 1.229,44 euros, en los que consta como fecha de expedición el 29 de diciembre de 2013.

Mediante Resolución de la Alcaldía-Presidencia de fecha 27 de febrero de 2014, se acuerda entre otras cuestiones, la inadmisión de la proposición presentada

por la mercantil Dotación y Equipamiento, SL por cuanto no ha subsanado los defectos observados en el plazo concedido, por no acreditar haber constituido en la Tesorería del Ayuntamiento, con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones (30 de diciembre de 2013) la fianza provisional exigida por importes de 1.722,07 euros (lote 1) y 1.229,44 euros (lote 2), de conformidad con la propuesta que efectúa la Mesa de Contratación en sesión celebrada el día 21 de enero de 2014. Igualmente se procede a declarar desierto el procedimiento de licitación en relación con el lote 2 (Equipamiento Policía) por falta de licitadores admitidos, así como se procede a la adjudicación del lote 1 y lote 3.

La Resolución de declaración de desierto del lote 2 y adjudicación de lotes 1 y 3, se ha publicado en el Perfil de Contratante con fecha 3 de marzo de 2014 y se ha remitido con fecha 5 de marzo a todos los licitadores.

Cuarto.- El 14 de marzo de 2014 tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Dotación y Equipamiento S.L. contra su exclusión de la licitación, por el motivo ya indicado.

El recurso alega que la Mesa de contratación constató la ausencia de documentos, entre otros de las garantías provisionales al lote 1 y lote 2, por lo que fue concedido el plazo legal para su subsanación, la cual se realizó el día 14 de enero del 2014 por medio de la presentación de sendos Certificados de Seguro de Caución fechados y constituidos con anterioridad a 30 de diciembre de 2013 (fecha del cierre de presentación de licitaciones). Sostiene su pretensión de anulación de la resolución de adjudicación en que en los supuestos en que el PCAP esté afectado por cláusulas oscuras que supongan una dificultad interpretativa de los mismos, su interpretación no podrá perjudicar a los licitadores.

Quinto.- El recurso especial, se remite al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 20 de marzo, junto con una copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del Texto

refundido de la Ley de contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Considera el informe que de admitirse a la recurrente el depósito de garantía provisional que se realiza fuera del plazo de presentación de proposiciones, es decir, durante el plazo concedido para la subsanación, resultaría vulnerado el principio de igualdad que debe regir todo procedimiento de licitación, puesto que el trámite de subsanación sirve a los efectos de que el interesado pueda acreditar lo que no se ha acreditado con anterioridad pero sí se ha cumplido, no para que el interesado cumpla lo que en su día no cumplió debida y diligentemente, toda vez que no habiendo acreditado en el sobre A, de ningún modo admitido en derecho, la constitución a favor del Ayuntamiento, dentro del plazo de presentación de proposiciones de la garantía provisional exigida para participar, sólo podrá acreditarse de forma fehaciente su cumplimiento dentro del plazo de presentación de proposiciones, mediante su depósito en la Tesorería Municipal dentro del citado plazo.

Sexto.- Con fecha 26 de marzo de 2014, el Tribunal acordó mantener la suspensión de los lotes 1 y 2 del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

Séptimo.- Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido escrito de Sagres S.L. Partenon que manifiesta “que no va a presentar ninguna alegación a los recursos presentados por los otros licitadores, pero asimismo no entiende las razones aportadas por la mismas para presentar dicho recurso”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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 empresa Dotación y Equipamiento S.L., para interponer recurso especial contra la adjudicación del lote 1 y declaración de desierto del lote 2 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora a los mismos *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- También queda acreditado, que el recurso se interpuso contra la Resolución de adjudicación del lote 1 y declaración de desierto del lote 2 de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.c) en relación al 15 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 27 de febrero de 2014, practicada la notificación el 5 de marzo, e interpuesto el recurso el 14 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44. 2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, éste se concreta en determinar si la subsanación de la no aportación del documento de garantía provisional a los lotes 1 y 2 fue suficiente con la documentación presentada.

El PCAP, reproduciendo lo dispuesto en el TRLCSP admite la garantía provisional en cualquiera de las formas previstas en el artículo 103 del TRLCSP y en los artículos 56, 57 y 58 del RGLCAP, efectivo, valores, avales, certificado de seguro

de caución, realizado a favor del Ayuntamiento, y además impone que debe ser depositada en la Tesorería municipal.

Dotación y Equipamiento, SL no presentó en el sobre A documentación alguna que acredite haber constituido la garantía provisional en el plazo de presentación de proposiciones. Dentro del plazo de subsanación concedido aporta cartas de pago de sendos certificados de seguro de caución depositados en la Tesorería Municipal el 14 de enero de 2014, en los cuales consta como fecha de expedición de los mismos el 29 de diciembre de 2013.

Según el informe del órgano de contratación en ocasiones y como así ha ocurrido en el presente procedimiento en concreto respecto de determinada mercantil los licitadores que no han depositado los avales en la Tesorería del Ayuntamiento, han procedido a acreditar su constitución en plazo, incluyendo el citado documento de aval o seguro de caución en el propio sobre A, y no por ello han sido excluidos, sino que se ha procedido de oficio a su depósito en la Tesorería de este Ayuntamiento, entendiéndose la Mesa de contratación, que al incluir el documento de aval o seguro de caución en el sobre de documentación administrativa se ha depositado la citada garantía provisional ante el propio Órgano de Contratación. En el caso de la recurrente no se han aportado las garantías provisionales exigidas, ante la Tesorería Municipal, pero tampoco constan documentos que acrediten la constitución de garantía provisional a favor del Ayuntamiento.

El TRLCSP establece un procedimiento diferente para la constitución de las garantías provisionales (artículo 103.3) y definitivas (artículo 96.1). Asimismo el artículo 61 de Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) regula en el mismo sentido un procedimiento para la constitución de las garantías provisionales (apartado 1) distinto al de las definitivas (apartado 2). Según ambas normas las garantías definitivas se constituirán en todo caso en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales o en las cajas o establecimientos públicos

equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes. Las provisionales, en cambio, se constituirán en la Caja de Depósitos o establecimientos equivalentes de las entidades locales cuando se trate de metálico o valores y cuando la forma sea de aval o seguro de caución ante el órgano de contratación, incorporándose la garantía al expediente de contratación, sin perjuicio de que su ejecución se efectúe por los órganos mencionados anteriormente.

La forma más habitual de constituir las garantías viene siendo el aval y el seguro de caución. La celeridad y eficacia que demandan los procedimientos de licitación requieren un sistema rápido y eficaz para la custodia y devolución de la garantía provisional a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato (art. 103.4 del TRLCSP). Por ello la Ley opta por admitir la constitución ante el órgano de contratación no exigiendo, como sí hace respecto de la definitiva, el depósito en la Caja de Depósitos u organismos equivalentes, estableciendo un procedimiento destinado a evitar al licitador mayores trámites a fin de conseguir mayor celeridad en las formas de presentación y devolución.

Es cierto que, de acuerdo con la normativa contable, corresponde a la Tesorería el control y custodia de los fondos, valores y efectos, sin embargo la normativa de contratación, en este caso, ha de prevalecer interpretando que dicho control ha de recaer únicamente sobre las garantías definitivas y en el supuesto de incautación de la provisional. Es decir, no se requiere el depósito previo de las garantías provisionales constituidas mediante aval o seguro de caución.

Por otra parte tampoco se aprecia obstáculo para que en aras al principio de autoorganización, sin colisionar con los derechos de los licitadores reconocidos en la normativa de contratación, el propio Ayuntamiento pueda establecer normas respecto de la custodia y responsabilidad derivada de las garantías constituidas como aval o seguro de caución. El Ayuntamiento puede fijar reglas con determinación del órgano y procedimiento para la custodia de estas formas de garantía provisional y, en el caso concreto planteado, una vez aportada con la documentación determinar si la custodia y control de los avales o certificados de

seguro ha de corresponder al departamento de contratación o a la Tesorería municipal, pero lo que no puede es alterar el régimen legal (artículo 103.3.b del TRLCSP).

Lo cierto es que en el supuesto que nos ocupa el PCAP requiere que la garantía provisional cualquiera que sea la forma de constitución, se deposite en la Tesorería municipal. Procede por tanto, analizar si la documentación aportada en plazo de subsanación cumple los requisitos necesarios para tenerla por suficiente.

Cabe recordar que el plazo de presentación de ofertas finalizó el 30 de diciembre de 2013 y lo aportado fueron las cartas de pago de los mandamientos de constitución de depósitos fechadas el 14 de enero de 2014, correspondientes a los seguros de caución fechados el 29 de diciembre de 2013, sin que quepa dudar de su veracidad salvo prueba en contrario . Por tanto, se acredita la previa existencia de la garantía provisional en forma de seguro de caución con anterioridad a la fecha final de presentación de proposiciones si bien el depósito es posterior a dicha fecha pero dentro del plazo de subsanación, por lo que hemos de determinar si el depósito en ese periodo subsana el defecto.

Con carácter general cabe recordar que la Jurisprudencia ha adoptado un criterio antiformalista a la hora de apreciar el carácter subsanable o no de los requisitos exigidos a los licitadores para participar en los procedimientos de contratación, en el entendimiento de que la exclusión de los mismos por defectos subsanables en su documentación pueda ser contraria al principio de concurrencia. Este criterio antiformalista se expone con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 que declara lo siguiente: *“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 las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia..., 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, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995”.

La concurrencia constituye uno de los principios básicos de la contratación administrativa, junto con el de publicidad, igualdad y no discriminación, tendentes todos ellos a conseguir la máxima competencia en beneficio del interés público, que ha de presidir siempre la actuación de las Administraciones Públicas.

El informe 27/04, de 7 de junio de 2004, de la Junta Consultiva Estatal afirma que desde el punto de vista del interés público que la contratación administrativa representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de esta últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además que un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña el principio de concurrencia.

El informe 1/2008, de 4 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre subsanación de defectos en el resguardo acreditativo de la garantía provisional, referido a un supuesto en que se presenta un aval sin el bastanteo de los Servicios Jurídicos, que fue realizado durante el plazo de subsanación pero posterior al plazo de presentación de ofertas, considera correctamente presentados y admisibles los documentos aportados por los licitadores durante el plazo de presentación de proposiciones e igualmente los que se pudieran aportar durante el plazo de subsanación cuando la Mesa lo hubiera

concedido, pues queda acreditado que la garantía provisional había sido constituida previamente y subsanado en plazo el defecto formal detectado en la calificación de la documentación.

En consecuencia con lo expuesto, en el supuesto que nos ocupa los certificados de seguro de caución presentados en fase de subsanación datados con fecha anterior al plazo de finalización de ofertas, de acuerdo con la normativa de contratación serían suficientes para acreditar la constitución de la garantía provisional por el importe exigido. Además el requisito adicional impuesto en el PCAP de depositar los certificados de seguro o avales en la Tesorería municipal también queda subsanado aunque su fecha sea posterior pero comprendida en el plazo concedido. El requisito se cumple con la acreditación de la existencia de la garantía, sin que se discuta su autenticidad, siendo el depósito en la Tesorería un acto de constatación de una situación ya existente, igual que lo resultaría, por ejemplo, el bastanteo o el depósito en una caja distinta a la de la entidad contratante. Por tanto procede estimar el recurso y declarar la nulidad de la Resolución que inadmite a la recurrente a los lotes 1 y 2, retrotrayendo las actuaciones al momento de su exclusión.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto Don L.M.C., en representación de la empresa Dotación y Equipamiento S.L., contra su exclusión de los lotes 1 y 2 de la licitación para contratar el suministro de vestuario y equipamiento para la plantilla de Policía Local y resto de personal uniformado del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón, declarando la nulidad de la Resolución que la inadmite, debiendo retrotraer

las actuaciones al momento de su exclusión.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal el 26 de marzo.

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.