

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

En Madrid, a 7 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por don V.D.M., en nombre y representación de Microbuses Díaz Corrochano, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 26 de junio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del lote 42 del contrato de “Servicios de Transporte Escolar de la Dirección de Área territorial Madrid-Oeste para los cursos 2015/2016, 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019 (Código Madrid-Oeste Plurianual 15)” de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 6 y 7 de mayo de 2015 se publicó, respectivamente, en el BOCM y en el BOE, la convocatoria de licitación pública, por procedimiento abierto y criterio precio, para la adjudicación del mencionado contrato, dividido en 54 lotes, siendo el valor estimado de 15.634.139,61 euros. Con fecha 6 de mayo se publicó igualmente en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid.

La publicación en el DOUE se realizó con fecha 30 de abril de 2015.

Segundo.- Con fecha 26 de junio de 2015 se reunió la Mesa de contratación para proceder en acto público a la apertura de las proposiciones económicas.

Consta en el acta correspondiente, que se acordó por la Mesa la admisión de todos los licitadores, a excepción de la empresa Microbuses Díaz Corrochano, S.L., al lote 40, al no presentar oferta para este lote, aunque sí lo avala, y al lote 42, porque aunque presenta oferta para este lote, no presenta aval para él.

Posteriormente y previa la tramitación correspondiente se realizó por la Mesa de contratación propuesta de adjudicación del contrato, con fecha 17 de julio de 2015.

Tercero.- El día 6 de agosto de 2015 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por Microbuses Díaz Corrochano, S.L., contra su exclusión de la licitación del lote 42.

El recurso alega que presentó oferta para el concurso para los Lotes 1-5-10-11-39-42-44-48 y 52. Manifiesta que se le ha notificado que no ha sido adjudicatario de ningún lote y considera que debería habersele adjudicado el lote 42 *“del que se presentó el correspondiente aval”*.

Cuarto.- El 10 de agosto el órgano de contratación remite una copia del expediente de contratación junto al 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 (TRLCSF), en el que argumenta que *“aunque en su oferta económica solicita licitar al lote 42, en la documentación administrativa indica que licita al lote 40 y presenta garantía para el lote 40, pero no licita en su oferta económica al lote 40. Por lo tanto, queda excluida de la licitación al lote 40 porque no presenta oferta económica al mismo; y queda excluida de la licitación al lote 42 ya que no presenta garantía del mismo”*.

Quinto.- No se ha dado traslado del expediente administrativo para alegaciones al

resto de interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Procedimiento Administrativo Común, aplicable en virtud del artículo 46 del TRLCSP, al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la recurrente.

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 empresa Microbuses Díaz Corrochano, S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP al tratarse de una persona jurídica *“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.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión de un contrato de servicios clasificado en la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP, sujeto a regulación armonizada, acto recurrible al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo de exclusión impugnado fue adoptado el 26 de junio, no constando la fecha de notificación, el interesado se da por notificado el día 27 de julio, fecha en que presenta el anuncio previo de interposición del recurso, e interpuesto el mismo, el 6 de agosto, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Quinto.- Interesa destacar a efectos del presente recurso que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en su cláusula 1, apartado 8 establece que procede la constitución de garantía provisional por importe del 2% de la base imponible de cada uno de los lotes.

Para la resolución del recurso debemos partir de la premisa de que los pliegos que rigen la licitación, que no fueron impugnados, son la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración como a los licitadores que con la presentación de su oferta, según el artículo 145 del TRLCSP supone la aceptación incondicionada de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna.

La recurrente alega que debió habersele adjudicado el lote 42 *“del que presentó el correspondiente aval”*, habiendo aclarado en el acto de apertura que la oferta económica se refería al lote 42. No obstante, consta en el expediente que en su proposición económica no incluyó el lote 40, que es el que figura en el texto del aval, sino el 42 y que respecto del 42 no presentó el aval requerido.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 103.1 del TRLCSP, *“En atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2.”*

Esta garantía provisional asegura la seriedad de las ofertas y la formalización del contrato adjudicado, tal y como se establece en el artículo 103 del TRLCSP antes transcrito y reconoce de forma unánime la doctrina (Vid Informe 69/1999 de 11 de abril de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado), de forma que en el caso de retirada injustificada de las ofertas antes de la adjudicación, procede la incautación de la citada garantía, tal y como previene el apartado 4 del citado artículo 103 TRLCSP.

Una interpretación lógica de este precepto nos lleva necesariamente a concluir, que pese a que no especifica que la garantía provisional debe constituirse con anterioridad a la presentación de las ofertas, otra interpretación no permitiría el cumplimiento de la finalidad a 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 recogido en el artículo 1 del TRLCSP, 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, en de acuerdo con lo previsto en el 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. En este sentido podemos citar a la Junta Consultiva de Contratación del Ministerio de Economía y Hacienda cuando señala en su informe 48/2002, *“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.”*

No es este el caso, puesto que la garantía no se había constituido en el momento de la apertura para el lote al que se licita sino para otro distinto, sin que sea transmisible de uno a otro, aún cuando se tratase de idéntica cantidad, por la sola declaración del licitador.

En consecuencia, el órgano de contratación actuó correctamente no considerando subsanable la oferta presentada respecto de los lotes afectados y, en consecuencia, el recurso debe desestimarse.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 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.- Desestimar el recurso especial, interpuesto por don V.D.M., en nombre y representación de Microbuses Díaz Corrochano, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación 26 de junio de 2015, por el que se le excluye de la licitación del lote 42 del contrato de “Servicios de Transporte Escolar de la Dirección de Área territorial Madrid- Oeste para los cursos 2015/2016, 2016/2017, 2017/2018 y 2018/2019 (Código Madrid-Oeste Plurianual 15)”.

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.- 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.