

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

En Madrid, a 16 de diciembre de 2015.

**VISTA** la Reclamación interpuesta por don L.P.G., en nombre y representación de Instalaciones Presur, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Empresa Municipal de Transportes, S.A., por el que se la excluye del procedimiento de licitación del “Servicio de mantenimiento integral de las instalaciones de protección contra incendios de la Sede Central, Centros de Operaciones, aparcamientos y bases de la Empresa Municipal de Transportes, S.A.”, número de expediente: 15/046/3, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados en el perfil de contratante el día 4 de agosto de 2015, en el DOUE el día 7 de agosto, en el BOE el día 17 de agosto y en el BOCM el día 19, la Empresa Municipal de Transportes, S.A. (EMT), convocó licitación para la contratación del servicio mencionado.

**Segundo.-** En el anuncio de licitación se establecía que el plazo para presentación de ofertas finalizaba el día 14 de septiembre de 2015 a las 14:00 horas.

En el punto 4.6 del Pliego de Condiciones Generales (PCG) y apartado H del Cuadro de Características Específicas se establece *“se exige la constitución de una garantía provisional por importe de 7.525,68 €, correspondiente al 2% del presupuesto base de licitación, que deberá constituirse y depositarse en la forma establecida en este Pliego”*.

En este mismo punto, se determina que *“tanto el documento acreditativo del ingreso o de la transferencia bancaria como el documento acreditativo de la constitución del aval o del seguro de caución deberán ser presentados por los licitadores en el Servicio de Caja de la Dirección Económico Financiera de la EMT para la obtención del correspondiente recibo que deberá ser incorporado con el resto de la documentación administrativa en el sobre número 1”*.

**Tercero.-** Finalizado el plazo de presentación de ofertas se calificó la documentación administrativa presentada por las empresas que concurren a la licitación, con el resultado que figura en el Acta de apertura de documentación de fecha 15 de septiembre de 2015, concediéndose a los licitadores cuya documentación adolecía de algún defecto, un plazo para subsanar que concluía el día 22 de septiembre de 2015.

En cuanto a la empresa Instalaciones Presur, S.L., se le requirió para que, entre otros, subsanara los siguientes extremos: *“Falta depositar garantía provisional por importe de 7.525,68 euros correspondiente al 2% del presupuesto base de licitación”*.

Dentro del plazo concedido, el 21 de septiembre de 2015, procedió a constituir garantía provisional por importe de 7.525,68 euros mediante transferencia a la cuenta de la EMT que figura en el punto 4.6 del PCG.

En el acto público de apertura de ofertas se comunicó a Instalaciones Presur, S.L. su exclusión del procedimiento de contratación por haber incurrido en un defecto formal. Constan en el expediente diversos correos electrónicos de la recurrente interesándose por la causa de exclusión y un escrito de alegaciones de su departamento jurídico, de 28 de septiembre, en el que solicita que se tenga por subsanado el defecto de documentación que le fue requerido. Asimismo, posteriormente, el 11 de noviembre, en contestación a sus correos electrónicos, si bien no se señalaba la posibilidad de reclamación, se procedió a la notificación expresa de los motivos de la exclusión indicando: *“Se le comunica que falta depositar, es decir, hacer entrega del justificante de haber constituido la garantía provisional, interpretación a la que se llega sobre la base de lo dispuesto en el punto 6.4 del Pliego de Condiciones Generales cuando se indica que “tanto el documento acreditativo del ingreso o de la transferencia bancaria como el documento acreditativo de la constitución del aval o del seguro de caución deberán ser presentados por los licitadores en el Servicio de Caja de la Dirección Económico Financiera de la EMT, sita en la calle Cerro de la Plata número 4, 4º planta, de Madrid capital, para la obtención del correspondiente recibo que deberá ser incorporado con el resto de documentación administrativa en el sobre número 1”, es decir, debe constituirse con carácter previo a la finalización del plazo de presentación de ofertas”.*

**Cuarto.-** El 27 de noviembre, Instalaciones Presur, S.L. presentó escrito calificado como reclamación en el que solicita que se acuerde la nulidad del acto de exclusión, por falta de motivación suficiente ocasionando indefensión o, subsidiariamente, se deje sin efecto por ser contrario a derecho, así como de toda la actuación posterior, retrotrayendo el procedimiento de contratación al momento de la apertura de la propuesta técnica incluyendo la oferta de la recurrente.

La reclamación fue trasladada al órgano de contratación, que remitió el expediente y el preceptivo informe el 1 de diciembre en virtud de lo establecido en el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de

contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE).

**Quinto.-** La Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a los demás interesados, para que se presentaran en su caso las correspondientes alegaciones, sin que se haya presentado alegación alguna por los interesados.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.-** La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”*, al ser licitadora al contrato objeto de la reclamación.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante de la reclamación.

**Segundo.-** El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

La reclamación se dirige contra la exclusión del procedimiento de adjudicación de la que si bien tuvo conocimiento en el acto público de apertura de ofertas y en sucesivos correos, fue notificada el día 11 de noviembre, interponiéndose la misma ante este Tribunal el 27 de noviembre, dentro del plazo legal.

**Tercero.-** El acto impugnado proviene de la EMT, una entidad sujeta a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), que a tenor del

apartado 7 de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3, cuando se trate de las actividades a que se refiere su artículo 10, circunstancia que concurre en el presente caso.

**Cuarto.-** Por cuanto respecta al objeto de la reclamación debe indicarse que ésta se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento abierto correspondiente a un contrato de servicios incluido en la categoría 1 del anexo II A, sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma.

**Quinto.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la presente reclamación.

**Sexto.-** En primer lugar, alega la recurrente la nulidad de la notificación de exclusión porque en la misma se indica que ha incurrido en un defecto formal sin especificar cual, habiendo sido varios los defectos a subsanar. La falta de motivación le produce indefensión. Por ello solicita la anulación de toda la actuación posterior, retro trayendo la actuación al momento previo a su exclusión incluyendo a dicha empresa.

La notificación tiene un carácter finalista cual es que el destinatario del acto lo conozca de forma adecuada para poder, en su caso, reaccionar con corrección procedimental o procesal frente a él. Por eso es formal y el defecto de contenido puede convertir la notificación en defectuosa con sanción de nulidad si ha causado perjuicio a la defensa del interesado o ha limitado su derecho al ejercicio de derechos. En ese supuesto, al no cumplir su función instrumental respecto del acto que se pretende comunicar, procede la retroacción de actuaciones. Por ello los defectos de notificación sólo son relevantes en caso de que hayan impedido alcanzar el fin que le es propio y no impide la producción de efectos cuando, como

sucede en este caso, no existe obligación de notificar los motivos de exclusión hasta la notificación de adjudicación y cuando constan en el expediente diversos correos electrónicos que ponen de manifiesto el conocimiento del motivo de exclusión (especialmente el mencionado de 11 de septiembre), y asimismo los razonamientos de la propia reclamación suponen el conocimiento del contenido y alcance del acto, interponiendo la reclamación procedente. No puede admitirse ignorancia de un acto fundada en notificación defectuosa cuando la propia interposición de la reclamación evidencia el conocimiento del acto y de la posibilidad de recurrir. En consecuencia, procede rechazar la pretensión de nulidad y retroacción de actuaciones por falta de motivación del acto de exclusión.

**Séptimo.-** Manifiesta Instalaciones Presur, S.L. que procedió a la constitución de la garantía provisional por el importe indicado dentro del plazo de subsanación concedido, que la actuación de la EMT, concediendo un plazo de subsanación de deficiencias subsanables provoca confusión y conculca los más elementales principios de derecho administrativo y la doctrina de los actos propios, cuando una vez aportada la subsanación, se determina que uno de los defectos es insubsanable, sin que sirva de excusa la argumentación referida a que lo subsanable era la justificación del depósito ya que, literalmente se requirió la subsanación indicando que *“falta depositar la fianza”*. Argumenta que lo cierto es que en el pliego de condiciones del proceso selectivo, así como en la documentación complementaria no existe un solo apartado que establezca que la falta de depósito en plazo sea insubsanable, como lo demuestra el hecho que la propia entidad contratante requirió para subsanar dicha falta (y no la justificación como se pretende argumentar en la comunicación antes mencionada).

La EMT, en su informe a la reclamación, considera que su actuación no ha infringido la doctrina de los actos propios, por cuanto la comunicación enviada para subsanar, efectivamente, indicando que *“falta depositar garantía provisional”*, es un requerimiento que no podría enunciarse de otro modo, puesto que, dado que se exigía la constitución de garantía provisional, para participar en el procedimiento, se

puede presumir que el licitador ha constituido la garantía exigida y que por un descuido a la hora de preparar la documentación para presentar la oferta, no se ha incluido el justificante que acredita la constitución, en el sobre correspondiente a la documentación administrativa.

Sobre el carácter de insubsanable de la falta de constitución de garantía provisional se ha pronunciado en diversas resoluciones la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 31/00, de 30 de octubre de 2000; Informe 35/02, de 17 de diciembre de 2002; Informe 48/02 de 28 de febrero de 2003; Informe 47/09 de 1 de febrero de 2010; Informe 18/10, de 24 de noviembre). También este Tribunal en su Resolución 114/2012, de 20 de septiembre, que, haciéndose eco de las resoluciones de la Junta Consultiva, mantiene que el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, siéndolo sólo su acreditación.

La garantía provisional asegura el mantenimiento de las ofertas tal y como se establece en el artículo 104 del TRLCSP y reconoce de forma unánime la doctrina (Vid Informe 69/1999 de 11 de abril de 2000, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa), de forma que en el caso de retirada injustificada antes de la adjudicación, procede la incautación de la citada garantía, tal y como previene el apartado 4 del artículo 103.

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 recogido en el artículo 19 de la LCSE, 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.

En la Resolución nº 772/2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, se transcribe parte del contenido de la Resolución núm. 529/12 del mismo Tribunal, en la que se confirma 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 de la garantía provisional debería ser previa a la fecha límite de presentación de las proposiciones, indicando que *“si bien es cierto que en el requerimiento de subsanación no se especificaba que la constitución de la garantía provisional debía ser previa a la fecha límite de presentación de las proposiciones, ello no resultaba necesario.”*

*En este sentido, debe tenerse en cuenta que el propio PCAP exige que dentro de la documentación administrativa a presentar por los licitadores debe incluirse el resguardo acreditativo de la garantía provisional lo que supone, necesariamente, que dicha garantía se haya constituido con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas. Esta interpretación, además, es la única compatible con*

*la finalidad de la garantía provisional que no es otra que asegurar la seriedad de las ofertas que se presentan en un proceso de licitación”.*

En consecuencia, procede desestimar el motivo de la reclamación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 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 la Reclamación interpuesta por don L.P.G., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de la Empresa Municipal de Transportes, S.A., por el que se la excluye del procedimiento de licitación del “Servicio de mantenimiento integral de las instalaciones de protección contra incendios de la Sede Central, Centros de Operaciones, aparcamientos y bases de la Empresa Municipal de Transportes, S.A.”, número de expediente: 15/046/3.

**Segundo.-** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

**Tercero.-** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal el día 2 de diciembre de 2015.

**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 108 de la LCSE.