

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

En Madrid, a 20 de septiembre de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don M.M.A., en nombre y representación de la empresa Germar Gestión de Calidad S.L., (en adelante Germar) contra la decisión de la Mesa de Contratación, de no subsanación de la falta de constitución previa de la garantía provisional, en el expediente de contratación “Servicios para la impartición de 41 Cursos de Formación Profesional para el Empleo, de varias familias profesionales agrupados en 10 lotes, en el Centro de Formación para el empleo de Leganés, durante los ejercicios 2012-2013, promovidos por la Consejería de Educación y Empleo en el marco del Programa Operativo Plurirregional "Adaptabilidad y Empleo", Eje 2 y Tema Prioritario 66, a adjudicar por procedimiento abierto único criterio” (LC/005/2012), lote 6, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 3 de julio de 2012, se publicó en el BOCM y en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación correspondiente a contrato de prestación de servicios antes descrito con un valor estimado del contrato

de 844.309 euros, a adjudicar por procedimiento abierto único criterio, el precio.

De acuerdo con lo establecido en el anuncio de convocatoria el objeto del contrato se divide en 10 lotes, siendo objeto de la solicitud presentada únicamente el lote 6 denominado Aeronáutica, diseño, con un presupuesto de licitación de 101.312 euros y para el que se fija como garantía provisional la cantidad de 2.026,24 euros (2% del importe de licitación del contrato).

Según certificado del Subdirector General de Régimen Interior de la Consejería de Educación y Empleo a la licitación convocada para el lote 6 se presentaron cuatro licitadores entre ellos las recurrentes.

En el acto público de apertura de la documentación administrativa celebrado el día 23 de julio se da cuenta de las deficiencias que debían ser subsanadas por los licitadores, constando que se requirió a la empresa Germar para que, entre otros documentos, presentase justificante acreditativo de haber constituido la garantía provisional por el importe señalado en el documento “características del lote”, antes del fin del plazo de admisión de ofertas, el 18 de julio de 2012.

Consta en el acta correspondiente al acto de apertura de la documentación presentada en plazo de subsanación del día 30 de julio que la empresa Germar aportó el documento justificativo de haber constituido la garantía provisional con fecha 26 de julio de 2012 con posterioridad al fin del plazo de admisión de ofertas.

El día 31 de julio se procedió a la apertura de las ofertas respecto de los criterios valorables mediante fórmula (criterio precio), resultando que excluida la empresa ahora recurrente.

Segundo.- Con fecha 28 de agosto de 2012, tuvo entrada en el Registro del este Tribunal el recurso interpuesto por Germar, presentado el día 3 de agosto. El presente recurso tiene por objeto el acuerdo de la Mesa de Contratación por el que

se excluye a la recurrente de la licitación al no haber constituido la garantía provisional, que consta incorporado al acta del día 31 de julio de 2012, aduciendo que en ningún precepto de los aplicables de la normativa en materia de contratación se exige que la garantía provisional deba ser constituida con anterioridad a la fecha de presentación de ofertas y que por tanto, debería haberse tenido por subsanado el defecto padecido, una vez presentada la garantía aunque se hubiera constituido con posterioridad.

El órgano de contratación de acuerdo con lo dispuesto en 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 (en adelante TRLCSP) remitió junto con el recurso, el expediente administrativo, acompañado del informe preceptivo del órgano de contratación previsto en el artículo 46.3 del mismo texto legal. En dicho informe se concluye citando para ello los informes 47/2009 de 1 de febrero de 2010, y 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que *“la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse un defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiese omitido el documento de su acreditación”*.

Tercero.- Con fecha 3 de septiembre de 2012 se dio traslado del recurso a los demás interesados, para que se presentaran en su caso las correspondientes alegaciones, sin que se haya presentado escrito alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La recurrente está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante del recurso.

Segundo.- Respecto del plazo de interposición del recurso, el mismo se dirige contra el acto de la Mesa de Contratación de 31 de julio de 2012, sin que conste su notificación. Por su parte el recurso se interpone ante el órgano de contratación el 3 de agosto, teniendo su entrada en este Tribunal el día 28 del mismo mes.

El artículo 44.2 del TRLCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial, será de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, matizando en su apartado 2.b) que en el caso de los actos de trámite el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.

En este caso el recurrente se da por enterado del acto del día 31 de julio, siendo este el día en que por tanto, efectivamente tuvo conocimiento de la exclusión. Considerando el día 31 como días a quo para el cómputo del plazo de interposición del recurso, el mismo, interpuesto el día 3 de agosto, se ha interpuesto en plazo.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra un acto de exclusión de la oferta de la recurrente del procedimiento abierto correspondiente a un contrato de servicios de la categoría 24 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 844.309 euros, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.b) y 2.b) al superar el importe de 200.000 euros.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en 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 el presente recurso.

Quinto.- El recurso presentado contiene un único reproche a la actuación de la Mesa de contratación excluyendo la oferta de la recurrente, y es el a su juicio, carácter subsanable de tal omisión.

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), 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 la Ley no especifica que la garantía provisional debe constituirse con anterioridad a la presentación de las ofertas, como aduce la recurrente, 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, 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 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”*.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 2 del TRLCSP y el artículo 3 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 Germar Gestión de Calidad S.L., contra la decisión de la Mesa de Contratación, de no subsanación de la falta de constitución previa de la garantía provisional, en el expediente de contratación “Servicios para la impartición de 41 Cursos de Formación Profesional para el Empleo, de varias familias profesionales agrupados en 10 lotes, en el Centro de

Formación para el empleo de Leganés, durante los ejercicios 2012-2013, promovidos por la Consejería de Educación y Empleo en el marco del Programa Operativo Plurirregional "Adaptabilidad y Empleo", Eje 2 y Tema Prioritario 66, a adjudicar por procedimiento abierto único criterio" (LC/005/2012), lote 6.

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 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.