

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

En Madrid, a 11 de mayo de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Enrique Bardají y Asociados, S.L. contra el Acuerdo de 29 de marzo de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del lote 3 del procedimiento de licitación del contrato de servicios de “redacción de proyecto básico y de ejecución y dirección facultativa de las obras de reforma para la implantación de unidades de convivencia en seis residencias de personas mayores a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU”, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente 136/2022 (A/SER-026005/2022), este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 26 de septiembre de 2022 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 28 en el DOUE y el 6 de octubre en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en seis

lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 1.224.933,13 euros y su plazo de duración será de 45 meses.

A la presente licitación se presentaron 25 empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tras el desarrollo del procedimiento de licitación, mediante Orden 332/2023, de 15 de febrero, se acepta la propuesta de la mesa de contratación de 10 de febrero mediante la que propone como adjudicataria del lote 3 del contrato de referencia a la empresa recurrente.

De conformidad con el artículo 150 de la LCSP, se requiere a Enrique Bardají y Asociados, S.L. para que presente la documentación contemplada en la cláusula 15 del PCAP. Dicho requerimiento le fue notificado por NOTE el día 23 de febrero de 2023.

El 9 marzo Enrique Bardají y Asociados, S.L. aporta la documentación requerida que una vez estudiada por la mesa de contratación el 17 de marzo arroja el siguiente resultado:

- En relación con la garantía definitiva, deberá acreditar que el aval fue concedido en el plazo de los 10 días hábiles otorgados para la presentación de la documentación prevista en la cláusula 15 del pliego de cláusulas administrativas particulares.
- El Anexo XI Declaración de Ausencia de Conflicto de Interés (DACI) carece de firma.
- Deberá justificar el pago del IAE correspondiente a 2022.

El requerimiento de subsanación le fue notificado el 22 de marzo y el 24 de marzo presenta a los efectos que aquí interesa:

- Carta del BBVA

- Concesión Línea de Aval

El 29 de marzo la mesa de contratación se reúne para el estudio de la documentación presentada en trámite de subsanación acordando:

“La Mesa de Contratación acuerda su exclusión de la licitación al no justificar que el aval fue constituido antes del día 9 de marzo, fecha fin de plazo de presentación de documentación prevista en la Cláusula 15 del PCAP. La presentación de documentación acreditativa de la concesión al propuesto adjudicatario de una línea de avales, con fecha de 2 de marzo por importe de 25.000 euros, considera la Mesa de Contratación que no es documento que acredite la concesión del aval concreto para este contrato y, por tanto, impide verificar si, aun depositándose fuera plazo en la Caja de Depósitos de la Comunidad de Madrid, su constitución se realizó dentro del plazo concedido. Acordada dicha exclusión, se requerirá la documentación prevista en la Cláusula 15 del PCAP a UTE ABALO ARQUITECTURA E INGENIERIA, S.L. - G. CABANILLAS ARQUITECTOS, S.L.”.

El 4 de abril se notifica al interesado el acuerdo de exclusión.

Tercero.- El 26 de abril de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Enrique Bardají y Asociados, S.L. en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión y que se suspenda el procedimiento hasta la resolución del recurso.

El 4 de mayo de 2023 el órgano de contratación remitió el 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 transponen 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso y que se permita proseguir con el procedimiento hasta el momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato.

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 persona jurídica excluida del procedimiento de licitación “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (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 impugnado fue adoptado el 29 de marzo, notificado el 4 de abril, e interpuesto el recurso el 26 de abril, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco 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.- Alega el recurrente que en el trámite de presentación de la documentación exigida en el artículo 150.2 de la LCSP, procede conceder un plazo de subsanación, cita al respecto diversa normativa, jurisprudencia y doctrina y concluye que el principio que rige tanto en el procedimiento administrativo común cuanto en procedimiento de contratación es que el administrado/licitador tenga la oportunidad de subsanar su solicitud en tanto en cuanto no exista una resolución definitiva al respecto.

Considera que la Mesa ha realizado una aplicación rigorista del artículo 150.2 de la LCSP. Al respecto expone que si bien inicialmente los Tribunales apuntaban por la exclusión del licitador cuando la garantía definitiva se prestaba extemporáneamente o ésta era insuficiente, tras las Directivas Europeas que motivaron la redacción de la LCSP de 2017, los Tribunales optaron por flexibilizar la aplicación del artículo 150.2 de la citada Ley al estimar desproporcionada la exclusión del licitador que ha presentado la mejor oferta para la ejecución del contrato por no haber cumplido con un trámite de poca o escasa entidad y haberle acreditado que su intención era la de cumplir con lo exigido por el órgano de contratación.

En este sentido señala que el 2 de marzo de 2023 se formalizó ante notario una póliza de cobertura con el BBVA para el otorgamiento de aval con el objetivo de prestar la garantía definitiva en el concurso y que el 9 de marzo presentó ante el órgano de contratación una carta en la que manifestaba la imposibilidad de obtener el aval. El 10 de marzo presentó por el BBVA aval ante la Comunidad de Madrid por importe de 7.405,85 euros para servir de garantía del presente contrato. A pesar de ello el 17 de marzo se le requiere para que acredite que el aval fue concedido en el plazo otorgado para la presentación de la documentación. En cumplimiento presenta una carta del BBVA de 2 de marzo, en el que, a su juicio, justificaba que se había otorgado en plazo. El aval fue constituido formalmente el 10 de marzo, un día después del plazo conferido por lo que ha de estimarse subsanable este defecto. Por ello, considera que la recurrente ha acreditado su voluntad de no retirar su oferta, hecho que impide sancionar con su exclusión.

Señala el órgano de contratación que es una cuestión que no deja lugar a dudas que el aval del BBVA, emitido a favor de la recurrente por importe de 7.405,85 euros, para el contrato de referencia, fue constituido el 10 de marzo de 2023. Tampoco deja lugar a ninguna duda que el aval fue presentado en la Caja de Depósitos el mismo día 10 de marzo, fecha esta que es la que figura en el resguardo emitido por la Caja de Depósitos.

Por ello, tanto la constitución del aval como su depósito en la Caja de Depósitos se hicieron fuera del plazo concedido para ello. Esto, no solo está acreditado documentalmente en el expediente, sino que también es reconocido por el propio recurrente en el escrito de recurso.

Alega que la mesa de contratación, siguiendo la más reciente doctrina antiformalista de los tribunales que conocen del recurso especial en materia de contratación, otorgó un plazo para que la entidad justificara que, si bien el depósito de la garantía se realizó fuera de plazo, la constitución del aval se constituyó dentro del plazo establecido.

Tradicionalmente se venía sosteniendo que el requisito de aportar la garantía definitiva había de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito del mismo, no siendo por tanto subsanable la falta del depósito o su depósito fuera de plazo.

No obstante, posteriormente se ha ido entendido que la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: una, sustantiva y fundamental, de constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por alguna persona de la entidad financiera con poder bastante para otorgarlo, y otra, formal, de justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía y de su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello.

En este sentido, la mesa de contratación entendió que la falta de depósito del aval o su depósito fuera de plazo, era subsanable siempre que el aval se hubiera constituido en el plazo concedido.

Admitir actuaciones de los licitadores fuera de los plazos concedidos para ello conculcaría los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores que marca el artículo 1 de la LCSP.

En defensa de sus pretensiones cita la reciente resolución 107/2023 de este Tribunal que afectó a un contrato de esta Consejería.

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal procede a examinar el expediente de contratación a los efectos de dilucidar si dadas las circunstancias que se producen en el presente caso llevarían o no a la exclusión del licitador.

El recurrente presenta inicialmente una carta en la que manifiesta:

“ Que con fecha 2 de marzo del 2023 suscribió con el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) en la notaría de D. C. M. U., situada en Madrid calle Goya 61, la póliza de cobertura para límite de garantías bancarias (...)

Firmando por poderes por parte de la entidad BBVA D. J. P. G. L.

Que por circunstancias incontrolables para el que suscribe, el aval bancario solicitado contra dicha póliza de cobertura no le ha sido facilitado por el BBVA en el plazo que estaba convenido previamente.

Como quiera que la línea de Aval está concedida, pero no han hecho todavía efectivo el Aval requerido por importe de 7.405,85 € para el presente concurso,

SOLICITA

Le sea prorrogado el plazo para la entrega del aval preceptivo que será presentado en cuanto se disponga del mismo”.

El órgano de contratación le contestó que: *“el plazo para presentar la documentación y la garantía definitiva es improrrogable, si no tienen el aval o seguro*

de caución, deberían haber realizado un ingreso en efectivo, según figura en el apartado 5 del requerimiento. Tampoco procede garantía en retención de precio.

No obstante, la decisión corresponde a la Mesa de Contratación”.

En trámite de subsanación presenta una carta del BBVA de fecha el 23 de marzo de 2023 en el que se indica:

“Informamos que el pasado día 2 de marzo firmamos Póliza de Cobertura para Limite de Garantías Bancarias (Línea de avales) (...) por importe de 25.000 € y titular la sociedad Enrique Bardají y Asociados S.L con CIF B82492687, firmada ante Notario en la fecha indicada (2 de marzo 2023) adjunto copia de la misma.

Dicha línea de avales se concedió a la sociedad Enrique Bardají y Asociados S.L. para dar cobertura al aval por importe de 7.405,85 € presentado ante la Caja de Depósitos de la Comunidad de Madrid en días posteriores cuando lo tuvimos preparado, aunque se autorizó con fecha 2 de marzo 2023, al firmar la Línea de avales citada”.

También se adjunta documento notarial que hace constar que con fecha 2 de marzo de 2023 se ha intervenido la operación suscrita entre el BBVA y la entidad Enrique Bardají y Asociados S.L. adjuntando la póliza de cobertura para límite de garantía bancarias por importe de 25.000 euros.

Es un hecho indiscutible y así se comprueba en el expediente que la garantía se constituye y deposita en la Caja General de Depósitos el 10 de marzo, un día después del plazo establecido al efecto.

Del relato de los hechos no se puede considerar que el licitador tuviese la intención de retirar su oferta, toda vez que presentó la documentación que se le requirió en el plazo establecido, salvo la constitución de la garantía que se realizó un día después al plazo otorgado. Incluso presentó la confirmación de su oferta, requerida por el órgano de contratación, puesto que al haberse superado los plazos indicados en el artículo 158 de la LCSP para adjudicar el contrato tenía derecho a

retirar su proposición.

No se pueda imputar a Enrique Bardají y Asociados S.L. inacción ni falta de diligencia en el cumplimiento de los plazos sino todo lo contrario, pues informó puntualmente al órgano de contratación de la circunstancia que le impedía constituir el aval y que fueron refrendadas por la entidad bancaria. Es más, se indica que la línea de avales se concedió, para dar cobertura al aval por el importe del presente contrato y que se autorizó el 2 de marzo, esto es, dentro del plazo establecido, aunque no se hubiese materializado.

En este punto debemos recordar la doctrina antiformalista que rodea el procedimiento de licitación sobre todo en el trámite del artículo 150.2. de la LCSP donde ya no hay una competencia entre licitadores, pues se ha propuesto la adjudicación del contrato a la mejor oferta en su conjunto. Cuestión diferente sería que nos encontrásemos en el proceso de valoración de las ofertas donde la doctrina antiformalista hay que aplicarse con suma cautela.

Al margen de lo anterior añadir que el artículo 150.2 de la LCSP dispone:

“2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.”

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

Como decíamos en nuestra Resolución 304/2020, de 13 de noviembre: “Este Tribunal interpreta que la norma establece una presunción “iuris tantum” sobre el comportamiento del propuesto como adjudicatario (“se entenderá que el licitador ha retirado su proposición”), presunción que aparece la no presentación de la documentación a la retirada de la proposición. No cabe entenderlo de otro modo, cuando la no presentación de la documentación se asimila a la no formalización del contrato en plazo por causas “imputables” al contratista, que igualmente se sanciona con el 3% del importe de licitación (artículo 153.3). Entiende que la no presentación de la documentación es culpable, por causa imputable al mismo y, por ello, le sanciona.

Y es lo que, textualmente, recoge el artículo 109. 1 de la LCSP: de no presentar la garantía definitiva “por causas a él imputables” la Administración no efectuará la adjudicación a su favor con las consecuencias del artículo 150.2:

“Artículo 109. Constitución, reposición y reajuste de garantías.

- 1. El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 150”.*

Una presunción “iuris tantum” admite prueba en contrario, a diferencia de una

presunción “iuris et de iure”, que es una declaración legal”.

En definitiva, de acuerdo con los hechos expuestos no se puede considerar que en el presente caso la falta de presentación de la garantía sea imputable al licitador.

Asimismo, señalar que la Resolución 107/2023 de este Tribunal alegada por el órgano de contratación no guarda similitud con las circunstancias que acontecen en el presente supuesto.

En consecuencia, se estima el recurso anulando el acuerdo de exclusión, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de que se valore el aval presentado el 10 de marzo de 2023.

Resuelto el fondo del asunto no procede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Enrique Bardají y Asociados, S.L contra el Acuerdo de, 29 de marzo de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del lote 3 del procedimiento de licitación del contrato de servicios de “redacción de proyecto básico y de ejecución y dirección facultativa de las obras de reforma para la implantación de unidades de convivencia en seis residencias de personas mayores a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia Financiado por la Unión Europea-

Next Generation EU”, de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social, número de expediente 136/2022 (A/SER-026005/2022), en los términos establecidos en el fundamento de derecho quinto.

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 multa 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.