

Recurso 110/2016**Resolución 152/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 1 de julio de 2016.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 4 de mayo de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica del Ayuntamiento de Puente Genil, Córdoba” (Expte. 1/2016), convocado por el citado Ayuntamiento, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 10 de marzo de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 12 de abril de 2016 se publicó el citado anuncio en el Boletín Oficial del Estado número 88, y el 14 de abril de 2016 en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Puente Genil.



El valor estimado del contrato asciende a 1.332.222,74 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas la ahora recurrente.

TERCERO. El 4 de mayo 2016, se reunió la Mesa de contratación para el examen de la documentación administrativa (Sobre nº 1), acordando la exclusión de la entidad ENDESA ENERGÍA, S.A.U por no presentar la constitución de la garantía provisional exigida en el pliego.

Dicho acuerdo de la Mesa de contratación fue notificado a la recurrente mediante correo certificado el 11 de mayo de 2016.

CUARTO. El 24 de mayo de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación anuncio y escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENDESA ENERGÍA, S.A.U contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 4 de mayo de 2016, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el 26 de mayo de 2016 el citado recurso junto al expediente de contratación y un informe sobre el recurso especial interpuesto, teniendo entrada en el Registro de este Tribunal el 30 de mayo de 2016.



QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 1 de junio de 2016, se solicita a la recurrente que aporte determinada documentación para la subsanación de su escrito de interposición del recurso. Dicha documentación fue remitida por la recurrente teniendo entrada en este Tribunal dentro del plazo concedido.

SEXTO. El 1 de junio de 2016, la Secretaría de este Tribunal requirió al órgano de contratación para que completara el expediente de contratación remitido, solicitando las alegaciones en relación con la medida provisional de suspensión solicitada y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificaciones.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 3 de junio de 2016, dio traslado del recurso interpuesto a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, resultando que no se ha recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

OCTAVO. Con fecha de 6 de junio de 2016 este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de



Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de una entidad local andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, tal y como se indica en el oficio de remisión del órgano de contratación, del convenio, a tales efectos, formalizado el 3 de febrero de 2014 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Puente Genil, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre (en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto), por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, el cual permanece vigente a la fecha de presentación del presente recurso, no habiendo sido denunciado por ninguna de las partes firmantes del mismo.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los contratos contemplados legalmente y si se interpone contra algunos de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 40 del TRLCSP.

Pues bien, aunque la recurrente señala en su escrito que el recurso se formula frente al acto de exclusión y posterior adjudicación del presente contrato, hemos de señalar que el contrato todavía no se ha adjudicado, encontrándose el mismo pendiente del requerimiento de documentación previa a la adjudicación efectuado al único licitador que continúa en el procedimiento licitatorio.



Por tanto, el análisis de la cuestión debe circunscribirse únicamente al acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación, el cual se encuentra encuadrado dentro de un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, siendo su valor estimado de 1.332.222,74 euros, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1.a) y 2.b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

(...)

b) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. (...)

En el supuesto examinado, la Mesa de contratación acordó la exclusión el 4 de mayo de 2016, notificándola a la ahora recurrente, mediante correo certificado, el 11 de mayo de 2016. Por tanto, habiendo tenido entrada el recurso en el Registro del órgano de contratación el 24 de mayo de 2016, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.



En primer lugar, señala la recurrente que la Mesa la excluyó del procedimiento por no aportar la garantía provisional exigida entre la documentación presentada, sin conceder previamente una plazo para subsanar tal omisión, y privándole, por tanto, de la posibilidad de acreditar que se había constituido la misma antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas, esto es, el 27 de abril de 2016.

Asimismo, manifiesta la recurrente que, en el supuesto que nos ocupa, nos encontramos en presencia de un defecto subsanable pues, aunque no se había presentado la garantía entre la documentación aportada, esta existía y se había constituido con anterioridad a la finalización del plazo para la presentación de ofertas, concretamente el 26 de abril de 2016.

Por último, alega la recurrente que la apertura de los Sobres B y C se llevó a cabo en unidad de acto sin celebrar una sesión distinta a la del Sobre A, entendiéndose que se ha vulnerado el procedimiento, al haberse privado a los licitadores de asistir al acto público establecido para su apertura y, por ende, los principios de publicidad, transparencia y libertad de concurrencia que deben regir todo procedimiento de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, en el informe remitido, manifiesta que entre la documentación presentada no constaba copia del documento de aval constituido, ni tampoco su depósito en la Caja de la Corporación, señalando que este último se realizó el 4 de mayo de 2016, siete días después de la formalización del documento de aval concedido.

Además, sigue manifestando el órgano de contratación que el 27 de abril de 2016 tuvo entrada en el registro escrito de la propia recurrente, a través de su representante, en el que señalaba que no se aportaba el aval bancario por falta de tiempo para su elaboración, señalando que el mismo sería remitido en el plazo más breve posible, por lo que la Mesa no pudo sino entender que no se había



constituido.

SEXTO. Expuestos los argumentos de las partes, procede analizar las cuestiones suscitadas en el escrito de recurso.

La recurrente basa su recurso, fundamentalmente, en su incorrecta exclusión del procedimiento al considerar que la falta de presentación de la garantía provisional era un defecto subsanable sin que, por parte, de la Mesa se hubiese concedido la posibilidad de corregir tal omisión.

Es por ello que se hace necesario examinar si la actuación de la Mesa de contratación excluyendo de plano a la recurrente, sin darle opción de subsanación, es conforme a derecho.

Al respecto, hay que recordar que la posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto.

En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento*



acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

Asimismo, podemos citar a la Junta Consultiva de Contratación cuando, en su informe 48/2002, señalaba que *“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 este mismo informe, la propia Junta Consultiva en relación con la garantía provisional señala que la falta de constitución de la garantía provisional, total o parcial añade este Tribunal, no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la recurrente señala en su recurso que la garantía provisional había sido constituida, mediante aval, un día antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas (el 26 de abril de 2016), aportando ahora una copia junto a su escrito de recurso.

No obstante, entre la documentación contenida en el expediente se encuentra un escrito de la propia recurrente dirigido al Ayuntamiento presentado el 27 de abril de 2016, último día del plazo para la presentación de oferta, cuyo tenor literal es el siguiente:

(...) para el expediente 1/2016 del Ayuntamiento de Puente Genil, entrega en el registro de entrada del mismo el siguiente escrito, acompañado de los tres sobres que se solicitan en las cláusulas del expediente citado.



Haciendo constar que, debido a que la documentación sobre las dudas suscitadas de la lectura de los pliegos fueron contestadas por vía electrónica, sin notificación oficial, el día 26 de abril de abril de 2016 a las 10.26, no ha existido tiempo material para que se elabore por parte de la entidad bancaria nuestro aval para cubrir la garantía provisional exigida en la cláusula novena del pliego de cláusulas administrativas.

No obstante, y en orden al interés que Endesa Energía tiene en concursar por la prestación de este servicio, hemos procedido a la preparación del resto de la documentación que se adjunta en cada uno de los sobres. Y en el plazo más breve posible, remitiremos a ese ayuntamiento el documento de aval que depositaremos en su tesorería.

Por lo que rogamos se tenga en cuenta esta situación. (...)”

Así pues, si bien es cierto que junto al recurso se aporta documento de aval fechado el 26 de abril de 2016, lo cierto es que dicha documentación no fue aportada en el plazo concedido. Es más, la propia recurrente, en el escrito que acompañaba a su propuesta, afirmaba que no había habido tiempo material para que se elaborase por parte de la entidad bancaria el aval para cubrir la garantía provisional, por lo que la Mesa de contratación no podía tener conocimiento de su existencia, teniendo elementos de juicio más que suficientes para concluir que la misma no había sido constituida y, por tanto, considerar que se trataba de un defecto no subsanable.

En consecuencia, hay que señalar que no se trata de un defecto subsanable en la documentación aportada, sino de la falta de presentación de una documentación acreditativa de un extremo exigido en el pliego que determina su incumplimiento a la luz del escrito presentado.

No puede pretender la recurrente subsanar ahora, en vía de recurso, lo que no hizo en el procedimiento de adjudicación alegando una omisión en la



documentación de la que la Mesa de contratación no podía tener conocimiento, por lo que la actuación llevada a cabo por esta fue correcta y ajustada a Derecho.

Entiende este Tribunal que la recurrente no procedió con la diligencia debida, debiendo ahora, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de igualdad de trato que lo inspiran, soportar la consecuencias derivadas de su actuación.

Por consiguiente, con base en todas las consideraciones anteriormente efectuadas procede desestimar este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Por último, y en lo que respecta a la infracción del procedimiento, conviene recordar aquí que el procedimiento es un cauce reglado y formal de actuaciones concatenadas previsto por el legislador con un sentido claro y una finalidad concreta. Así, el procedimiento de adjudicación de contratos públicos va dirigido a un fin concreto: de un lado, a preservar la objetividad, transparencia e imparcialidad en la selección de la oferta económicamente más ventajosa, sin que ninguna interferencia -por mínima que sea- pueda potencialmente enturbiar y frustrar la consecución de esas garantías, y de otro, a proporcionar a todos los licitadores un trato igual en la licitación (artículos 1 y 139 del TRLCSP), evitando situaciones de potencial ventaja de unos licitadores frente a otros.

Efectivamente, y como señala la recurrente, el apartado 2 de la Cláusula 14^a del PCAP dispone que:

“Adoptado el acuerdo sobre admisión definitiva de licitadores, se procederá por la mesa, en acto público no superior a 7 contados desde la apertura de la documentación administrativa a la apertura de los sobres B, que contienen la documentación económica en acto público y posteriormente a la apertura de los sobre C “Oferta Técnica”.



Pues bien, en el caso que nos ocupa, es cierto que la Mesa de contratación, una vez acordada por unanimidad la exclusión de la recurrente, procedió en el mismo acto a la apertura de los sobres B y C que formaban parte de la proposición presentada por la entidad AURA ENERGÍA, S.L., única licitadora que continuaba en el procedimiento. Por tanto, resulta evidente que la actuación llevada a cabo por la Mesa no se adecuó a lo previsto en el pliego, siendo ello reprochable.

No obstante lo anterior, aun cuando esta forma de proceder supone una infracción del PCAP, así como de lo preceptuado en el TRLCSP y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la misma no ha tenido ninguna consecuencia, ni perjudica los derechos de la licitadora recurrente que, en cualquier caso y como parte en el procedimiento, puede solicitar el acceso al expediente y a toda la documentación incluida en el mismo.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENDESA ENERGÍA, S.A.U.** contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 4 de mayo de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro de energía eléctrica del Ayuntamiento de Puente Genil, Córdoba” (Expte. 1/2016), convocado por el citado Ayuntamiento.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.



TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal en Resolución de 6 de junio de 2016.

CUARTO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

