



EB 2017/003

Resolución 020/2017, de 9 de febrero de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la UTE formada por Santiago Peñalba, Manuel Arruabarrena y Mikel Iriondo, contra el acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de la licitación del contrato de “Revisión de Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 3 de enero de 2017 la UTE formada por Santiago Peñalba, Manuel Arruabarrena y Mikel Iriondo (en adelante, la UTE) interpuso en el registro del órgano de contratación un recurso especial contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2016, que excluía a la UTE de la licitación del contrato de “Revisión de Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO: El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), se recibieron en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 10 de enero de 2017.

TERCERO: Trasladado el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente, no se ha recibido ninguna alegación.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes que actúan en su propio nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios con un valor estimado superior a 209.000,00 €. El contrato recurrido tiene por objeto la “Revisión de Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria – Gasteiz” y su valor estimado es de 1.090.909,09 €.

TERCERO: El objeto del recurso es el acuerdo de la Mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2016, de exclusión de la licitación del contrato, recurrible según el artículo 40.2 b) del TRLCSP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El apartado 9 “Garantía provisional” de la carátula de Pliego de Condiciones Administrativas (en adelante, PCA) establece la exigencia de una garantía provisional de 19.834,71 €. A su vez, la cláusula 8.3.2 «Sobre “B” Documentación Administrativa» del PCA prevé la presentación de una declaración responsable del licitador según el modelo previsto en el Anexo 0 indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración; considera que entre estas condiciones está la del subapartado 8.3.2.5 que se refiere a la garantía provisional.



b) La Mesa de contratación asocia el hecho de no haber presentado la garantía provisional al efecto radical de excluir su proposición del proceso de licitación; esta decisión es a juicio de los recurrentes:

- Carente de justificación y desproporcionada en el marco del PCA.

El apartado 9 de la carátula exige la presentación de garantía provisional pero no dice nada en lo referente al momento de su presentación. La cláusula 8.3.2 tiene dos referencias sobre el momento de presentación de la garantía provisional: por un lado, el subapartado 8.3.2.5 incide en que las condiciones que se exigen han de ser acreditadas ante el Servicio de Contratación y a su requerimiento por el licitador a cuyo favor se tramita la propuesta de adjudicación en un plazo improrrogable de 7 días naturales; por otro, el propio subapartado 8.3.2.5 indica que la constitución de la garantía debe adjuntarse en el sobre “B” junto con el Anexo 0. Aprecian los recurrentes que los pliegos aluden a dos posibles momentos de presentación de la referida garantía provisional. Finalizan diciendo que la naturaleza de la garantía provisional justifica su carácter subsanable.

- Es una decisión desproporcionada y carente de ponderación en el marco de la legislación vigente.

De conformidad con los artículos 4 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 84 de la Ley de Bases de Régimen Local, las actuaciones de las Administraciones se han de adecuar al principio de proporcionalidad. La presentación de la garantía provisional no es una condición imposible de subsanación o corrección; la naturaleza y objetivo de la garantía provisional dan pie a considerar que es posible su subsanación, que es condición imprescindible para poder continuar en la licitación.

c) Solicita la anulación del acuerdo de la Mesa de contratación de 21 de diciembre de 2016, la determinación de las condiciones de presentación de la



garantía provisional que se comprometen a realizar y la adopción de un nuevo acuerdo por la Mesa que posibilite su continuidad en el proceso de licitación.

SÉPTIMO: El poder adjudicar, en su informe al recurso, opone que:

a) El recurrente plantea una interpretación sesgada de los pliegos que desconoce que la exigencia de la garantía provisional tiene por objeto, conforme dispone el artículo 103 del TRLCSP, responder del mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato. Por el contrario, la previsión del artículo 146 del TRLCSP de presentación de la documentación acreditativa de la capacidad de obrar en un momento posterior tiene por objeto facilitar a los licitadores la presentación de documentación pero teniendo en cuenta que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de capacidad y solvencia es el de finalización del plazo de presentación de proposiciones. Como reconoce el propio recurrente, el apartado 8.3.2.5 del PCAP establece que “la carta de pago que acredite la constitución de la garantía provisional debe adjuntarse en sobre “B” junto con el anexo 0 de este pliego”.

b) Sobre la subsanación del requisito de constitución de la garantía provisional, aduce el informe que son muchas las ocasiones en las que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha mantenido que la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación del requisitos que existiendo en el momento de aportar la documentación no se han acreditado debidamente (Informe 48/02). Este criterio es el mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 270/2011.

c) Solicita la desestimación del recurso especial.

OCTAVO: El único motivo de impugnación versa sobre la exclusión de la UTE de la licitación; entienden los recurrentes que de la carátula y del PCA puede



interpretarse que hay dos momentos para la presentación de la referida garantía, por lo que es posible la subsanación de la omisión de su constitución.

Según el punto 9 “Garantía provisional” de la carátula del PCA «Se exige una garantía provisional de 19.834,71 euros ya que, dada la cuantía de este contrato, su duración y teniendo en cuenta su objeto, es necesario que el licitador mantenga su oferta presentada hasta la adjudicación del contrato.»

Por su parte, la cláusula 8.3.2.de PCA en lo referente a la capacidad de obrar prevé que «Se presentará la Declaración Responsable del licitador según el modelo previsto en el ANEXO 0, indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. (...)» Las condiciones que se exigen son las especificadas en el propio punto, cuyo subapartado “8.3.2.5 Garantía provisional” señala que «Cuando así se exija en el punto 9 de la carátula del Pliego de Condiciones Administrativas, las empresas licitadoras estarán obligadas a constituir garantía provisional. (...). La carta de pago que acredite la constitución de la garantía provisional debe adjuntarse en el sobre “B” junto con el anexo 0 de este pliego. (...)»

De la lectura de los textos reproducidos únicamente puede concluirse que el PCA prevé la constitución de una garantía provisional y que ésta debe introducirse en el sobre “B” junto con la declaración responsable del ANEXO 0 relativa a la capacidad de obrar.

Es cierto que la cláusula 8.3.2 del PCAP permite a los licitadores presentar una declaración responsable (ANEXO 0) indicando que cumplen las condiciones establecidas legalmente para contratar, y que tales condiciones son las que a continuación establece la propia cláusula, entre las que encuentra la obligación de constituir la garantía provisional por el importe previsto en el apartado 9 de la carátula; pero no es menos cierto que el subapartado 8.3.2.5 expresamente señala que la carta de constitución de la garantía provisional debe adjuntarse en el sobre “B” junto con el ANEXO 0. De esta forma el pliego está diferenciando los requisitos propios de las condiciones de aptitud para contratar



(artículo 54 del TRLCSP), cuya presentación es exigible únicamente al licitador a cuyo favor se tramita la propuesta de adjudicación (artículo 146.4 del TRLCSP), de la constitución de la garantía provisional para responder del mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato (artículo 103 del TRLCSP). No tendría sentido demorar la constitución de la garantía provisional hasta la acreditación de las condiciones aptitud, porque de retirar el licitador seleccionado su oferta no habría garantía provisional para responder del mantenimiento de la oferta.

En segundo lugar, como bien dice el poder adjudicador en su informe, la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación de los requisitos que existiendo en el momento de aportar la documentación no se han acreditado debidamente. Los recurrentes en ningún momento prueban que tuvieran constituida la garantía en el momento de finalización del plazo de presentación de documentación de proposiciones (artículo 146.5 del TRLCSP) y que su subsanación es posible; por el contrario, de su escrito se deduce que lo que pretenden es que se amplíe el plazo de presentación de proposiciones y se les permita la presentación de una garantía aún no constituida, contradiciendo el principio de igualdad de trato para todos los licitadores que establecen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Este OARC / KEAO en su Resolución 141/2016, con cita en las Resoluciones 020/2015 y 093/2016, ya manifestó que «La exigencia de una formalidad concreta va unida a dos principios como son el de transparencia, según el cual las reglas que rigen la licitación deben ser lo suficientemente claras como para poder ser entendidas de la misma forma y de manera constante durante todo del procedimiento por todos los interesados que desplieguen una mínima diligencia para su interpretación; y el de igualdad, que impide admitir una forma de presentación distinta a la exigida cuando conlleva una ventaja respecto de los licitadores que sí han cumplido, como sucede si se otorga la oportunidad de ofrecer mayor información alterando las reglas establecidas. A estos principios hay que añadir los de libertad de acceso a la licitación y de proporcionalidad.



En conclusión, el PCA es lo suficientemente claro al prescribir que la acreditación de la constitución de la garantía provisional se incluirá en el sobre “B” junto con la declaración responsable del ANEXO 0, y del propio recurso se deduce que la garantía no estaba constituida al tiempo de finalizar la presentación de las ofertas.

No puede acogerse, por tanto, el motivo de impugnación y el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE formada por Santiago Peñalba, Manuel Arruabarrena y Mikel Iriondo, contra el acuerdo de la Mesa de contratación, de 21 de diciembre de 2016, de exclusión de la licitación del contrato de “Revisión de Plan General de Ordenación Urbana de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

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.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko otsailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de febrero de 2017