



Recurso nº 200/2013 Comunidad Valenciana 002/2013

Resolución nº175/2013

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 14 de mayo de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. J.P.B., en representación de la mercantil IMESAPI, S.A., contra la Resolución de exclusión decretada por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Paterna dictada en el expediente del contrato mixto de “*Suministro eléctrico y servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Excmo. Ayuntamiento de Paterna*” del procedimiento abierto 2.1.3.1.6/12, con valor estimado de 19.620.855,99 €; el Tribunal, se sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo plenario del Ayuntamiento de Paterna de 26 de diciembre de 2012, previo Dictamen de la Comisión Informativa de Infraestructuras se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para el contrato mixto de suministro eléctrico y servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público de la referida Corporación municipal, con un valor estimado del contrato, IVA excluido de 19.620.855,99 €, para tramitar por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del expediente de contratación.

Segundo. La referida convocatoria de licitación fue enviada para su anuncio de licitación en el D.O.U.E. el 17 de enero de 2013, del mismo modo se anunció en el perfil de contratante del Ayuntamiento y se publicó en el B.O.E. el día 31 de enero de 2013.

Tercero. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los procedimientos abiertos contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público



aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la Ley.

Cuarto. Con fecha de 26 de febrero se expidió el certificado de las empresas presentadas dentro del plazo abierto para la licitación (desde el 17 de enero al 26 de febrero de 2013), entre ellas, la ahora recurrente IMESAPI, S.A.

El 1 de marzo de 2013, en virtud de lo establecido en la cláusula 17 del pliego administrativo, se reunió la mesa de contratación para proceder a la apertura del sobre 1 "Documentación general". Del resultado de la apertura y calificación de la documentación presentada, el acta levantada por la mesa refleja en lo tocante a la empresa ahora recurrente, el siguiente tenor:

"PLICA Nº 1.- IMESAPI, S.A.

La mercantil aporta aval bancario, pero no aporta carta de pago emitida por la Tesorería de este Ayuntamiento acreditando el depósito de la garantía provisional.

La mesa realiza consulta a la Tesorería Municipal, que confirma que la mercantil IMESAPI, S.A., no ha depositado la garantía provisional.

Al no ser subsanable la falta de dicho documento, según se establece en la cláusula 13.2 del pliego administrativo, la oferta debe ser inadmitida y, por tanto, no se prosigue con el análisis de la documentación general y requisitos mínimos para participar".

Quinto. Con fecha de 3 de abril de 2013 se constituyó de nuevo la mesa a efectos de determinar la admisión o inadmisión de licitadores y para proceder a la apertura del Sobre nº 2 "Documentos justificativos de los criterios subjetivos objeto de valoración". En primer lugar, el acta refleja que se procedió a la lectura del informe de documentación administrativa, mostrando su conformidad los miembros de la mesa, y, por ende, proponiendo la inadmisión de las plicas nº 1 (la de la mercantil recurrente) y la nº 2. Consta en el acta que el Presidente de la mesa invitó a las empresas excluidas a exponer cuantas observaciones o reservas estimasen oportunas, informándoles, en caso de producirse éstas, de la posibilidad de presentar reclamaciones escritas ante el órgano de contratación en el plazo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto, dirigiéndose al



órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa resolvería el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.

Sexto. Con fecha de 11 de abril de 2013 la mesa de contratación quedó constituida para analizar y valorar las alegaciones presentadas por la mercantil IMESAPI, S.A. el 5 de abril. El acta levantada por la mesa reflejó expresamente la desestimación de las alegaciones presentadas por D. J.P.B. en nombre y representación de la mercantil IMESAPI, S.A. con motivación en el informe que se adjuntó al acta. En definitiva, la mesa acordó proponer al órgano de contratación:

“Primero. Desestimar las alegaciones presentadas por D. J.P.B. en nombre y representación de la mercantil IMESAPI, S.A., registrado con entrada el 5 de abril de 2013 con número 2013008436, fundamentando ésta en el contenido del presente informe.

Segundo. Y a la vista de la petición formulada en su escrito como OTROSI DIGO, considerar anunciada la interposición del recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP”.

Séptimo. El 19 de abril el representante de la mercantil excluida registró un escrito en el Ayuntamiento de Paterna dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por el que se solicitaba la anulación del acto administrativo de exclusión, y la retroacción de las actuaciones al momento de estudio de la correcta presentación de las garantías provisionales por las diferentes empresas.

Octavo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las demás empresas licitadoras en fecha 30 de abril de 2013, otorgándoles un plazo común de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado este trámite.

Noveno. También con fecha de 30 de abril de 2013 este Tribunal decretó la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación al amparo de lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, previa audiencia al órgano de contratación.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 41.3 del TRLCSP y con el Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales, publicado en el BOE de 17 de abril de 2013.

Segundo. La empresa IMESAPI, S.A. concurrió a la licitación del procedimiento abierto del contrato mixto de suministro eléctrico y servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público del Ayuntamiento de Paterna. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurre la Resolución de exclusión dictada por el órgano de contratación susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP, y se han cumplido todas las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. La mercantil recurrente basa su impugnación en los siguientes motivos:

1. Sobre la garantía provisional para concurrir al procedimiento de licitación considera que los defectos formales en su constitución han de considerarse subsanables, por cuanto que el contrato de seguro de caución ya está constituido en el momento de presentar la licitación, pues, a su juicio, se trata de una mera cuestión formal el haberla presentado ante la mesa de contratación o en el registro de entrada de la Tesorería municipal.
2. Por lo que respecta a la interpretación de la Cláusula 20 del pliego considera que la mesa ha sido excesivamente formal y rigorista. A su entender, esta cláusula ha de ser interpretada sistemáticamente con lo dispuesto en los artículos 55 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001 y, en especial, al amparo del artículo 61.1, b) que permite que cuando la garantía provisional se constituya bajo la modalidad de aval bancario o de seguro de caución se ha de hacer ante el órgano de contratación,



incorporándose la misma al expediente de contratación, sin perjuicio de que su ejecución se efectúe por los órganos señalados en el apartado anterior. A tal efecto, el representante de la mercantil recurrente insiste en que, de acuerdo con la regulación reglamentaria citada por la cláusula 20 del PCAP, prevé una regulación inequívoca de acuerdo con la cual, si la garantía se constituye en valores o en metálico se debe depositar en la Caja de Depósitos y, por el contrario, si son avales o seguros se tienen que entregar directamente al órgano de contratación. En consecuencia, entiende que la única interpretación integrada y coherente del precepto debe ser la que colige que en la Tesorería únicamente se han de depositar los importes en metálico de la garantía o la documentación acreditativa de los valores públicos o privados alternativos al pago en metálico. Por el contrario, los seguros y avales se deben introducir en *el sobre para su presentación directa al órgano de contratación* (sic).

3. Además, formula alegación expresa valorando la legalidad de la cláusula 13.2 del PCAP pues afirma que no puede aprobarse un pliego que sea una carrera de obstáculos que evite la pública concurrencia y la adjudicación a las mejores ofertas. Trae a colación varias resoluciones judiciales en las que apoya su consideración de tratarse de un defecto subsanable, reputando que dicha cláusula para su legalidad ha de interpretarse en conexión con el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que permite expresamente la subsanación de los defectos de las solicitudes incluso en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. En definitiva, estima que el Ayuntamiento debe redactar y aprobar sus pliegos dentro de los límites fijados por la legislación, lo contrario, en su opinión los convierte en nulos. Y así estima que, *“la cláusula nula debe ser tenida por no puesta, o interpretada de una forma acorde con los principios de jerarquía normativa. Sería, en todo caso, admisible, que no se pudiera subsanar una no presentación de garantías, o una presentación de garantías completamente apartada de las exigencias de la normativa y el pliego, sin embargo, una interpretación distinta de la cláusula 20-1 del pliego, que provoca que se presenten ante un órgano u otro del mismo Ayuntamiento, constituye una irregularidad irrelevante, que siempre debe ser considerada como subsanable. La cláusula 13.2 in fine debe ser interpretada de*



forma que, cuando habla de “insubsanable”, se refiere a la no presentación de garantías, no a que las mismas tengan alguna irregularidad irrelevante”.

En virtud de tales alegaciones, la mercantil que ha formalizado este recurso suplica a este Tribunal la anulación del acto de exclusión y que ordene al Ayuntamiento de Paterna que retrotraiga las actuaciones al momento en que se estudió la correcta presentación de las garantías provisionales por las diferentes empresas concurrentes. De forma subsidiaria, solicita que se le conceda un plazo de tres días a la mercantil IMESAPI, S.A. para subsanar el defecto, devolviendo el aval y permitiendo su presentación ante la Tesorería municipal.

Quinto. El órgano de contratación en el informe aprobado por la Junta de Gobierno Local de 24 de abril de 2013 expone que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos:

1. Por lo que concierne a la forma de constitución de las garantías provisionales entiende el órgano de contratación que el principio de igualdad y no discriminación en los procedimientos de contratación administrativa exige que todos los licitadores e incluso la propia Administración hayan de estar a lo determinado en los PCAP. De esta guisa, aduce el carácter vinculante de los pliegos puesta de manifiesto por constante y reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello, y en relación sobre cómo habían de constituirse las garantías provisionales, trae a colación el tenor literal de la **cláusula 13.2** del PCAP, considerando a su amparo que la falta de aportación de la carta de pago emitida por la Tesorería del Ayuntamiento de Paterna acreditando el depósito de la garantía según las condiciones establecidas en esta cláusula **no será subsanable**. Así, el informe citando varias Resoluciones de este Tribunal e Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reputa que la forma de presentar la garantía provisional en el sobre de la documentación administrativa ante la mesa de contratación y no ante la Tesorería municipal es un defecto insubsanable, reiterando en varias ocasiones que los resguardos de depósito de la garantía en la Tesorería municipal no existen a la fecha de celebración de la mesa ni a la fecha del plazo de presentación de las ofertas, por lo que es imposible que las mercantiles excluidas (dos) pudieran subsanar o aportar un documento que no existe. Así, el órgano de contratación ratificando la propuesta de exclusión elevada



por la mesa expresa que, *“la mesa estima que dichas ofertas deben ser inadmitidas, puesto que, de admitir ofertas que incumplen un requisito no subsanable, colocaría en situación de desigualdad a los licitadores que hubieran cumplido con lo establecido con el clausulado del pliego administrativo”*.

2. Considera que las cláusulas 13 y 20 del PCAP no infringen la legislación vigente en materia de contratación administrativa, ya que la exigencia del depósito de las garantías provisionales en la Tesorería municipal no es contrario a lo establecido en el artículo 103 del TRLCSP. A su juicio, el PCAP establece una condición complementaria a lo establecido en el TRLCSP pero no contraria a éste. El órgano de contratación se apoya en esta dependencia municipal, la Tesorería, en relación con el depósito de las garantías provisionales o definitivas de los contratos y, por ello, establece como requisito insubsanable que las garantías provisionales que se constituyan ante él deban **previamente depositarse en la Tesorería municipal**. Y expresa que se trata de una condición complementaria que, por otra parte, ha sido aceptada por todos los licitadores, pues no recurrieron los pliegos, incluidos los recurrentes, que presentaron su oferta en virtud a lo establecido en la cláusula 4 del pliego administrativo y en el artículo 145 del TRLCSP.
3. Trae a colación las facultades organizativas de la Administración municipal y, en particular, del Ayuntamiento de Paterna, en virtud de las cuales puede exigir en el PCAP que se depositen los documentos acreditativos de la constitución de las garantías provisionales en la Tesorería municipal. Afirma que en el Ayuntamiento de Paterna la custodia y control de todos los avales es responsabilidad de la Tesorería quien requiere las condiciones formales para su constitución, emite resguardos de depósitos y ejecuta las resoluciones de devolución de fianzas, estando aquella constituida por funcionarios públicos con la capacitación necesaria para la realización de estas funciones siempre bajo la supervisión de la habilitación estatal. De esta forma, redundante en advertir que la aportación del resguardo del depósito acredita la corrección de los avales depositados y se apoya en el Informe de la JCCA 37/2006 que expresa que es la Tesorería municipal como órgano al que corresponde la custodia y control de los avales incluso cuando no lo haya determinado así el Ayuntamiento en el ejercicio de sus facultades organizativas. En definitiva, con apoyo



en Resoluciones de este Tribunal y en Informes de la JCCA concluye afirmando que *“sólo puede subsanarse lo que existe pero no se ha aportado; sin embargo, no se puede subsanar lo que en el momento de presentación de la documentación no existe de manera indudable”*.

Sexto. Expuestas las posiciones de las partes y de forma previa al análisis de la documentación administrativa de la licitación, así como de las alegaciones esgrimidas por la parte recurrente, hemos de partir de la preceptividad y del carácter vinculante de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen, no sólo el procedimiento de contratación, sino todas las vicisitudes materiales del contrato.

Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que, por ello, se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar que, de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo <<pacta sunt servanda>> con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982).*

Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se



puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.

Pues bien, con la eficacia jurídica vinculante, hemos de analizar las exigencias impuestas en el PCAP sobre la forma de constitución de la garantía provisional, y los posibles supuestos de subsanación. Los pasajes que sobre esta materia hallamos en el pliego son los siguientes:

- **Cláusula 13.- Contenido de las ofertas.**

- 13.2.- Garantía provisional.**

Será requisito necesario aportar el **resguardo original acreditativo de haber depositado**, en concepto de garantía provisional, la cantidad correspondiente al 3% del presupuesto de licitación, esto es, la cantidad de 56.872,00 €. La constitución de la fianza debería realizarse siguiendo las indicaciones establecidas en la cláusula 20 del presente pliego.

En el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cantidad requerida y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

La falta de aportación de carta de pago emitida por la Tesorería de este Ayuntamiento acreditando el depósito de la garantía según las condiciones establecidas en esta cláusula **no será subsanable**.

- **Cláusula 20. Constitución de la garantía provisional y de la garantía definitiva.**

20.1. Las garantías podrán constituirse en metálico, mediante aval, en valores públicos o en valores privados, por contrato de seguro de caución, en la forma y condiciones establecidas en los artículos 55 y siguientes del Reglamento General de la LCAP, debiendo depositarse su importe, o la documentación acreditativa correspondiente, en la Tesorería Municipal, ajustada al siguiente modelo (página siguiente).

Obra en el expediente administrativo la documentación aportada al procedimiento de licitación por parte de la mercantil recurrente y así, en cuanto a la garantía provisional, se aporta un contrato de seguro de caución, en virtud del cual, su tomador, la mercantil recurrente IMESAPI, S.A., asegura en beneficio del Ayuntamiento de Paterna la cantidad del 3 % expresada en el PCAP, esto es, 56.872,00 €, en concepto de garantía provisional para responder de las obligaciones, penalidades y demás gastos que se puedan derivar. Contrato suscrito en Madrid el 22 de febrero de 2013, esto es, con anterioridad al término del plazo abierto para la licitación (26 de febrero).

La modalidad ofrecida por la mercantil recurrente IMESAPI, S.A., mediante el contrato de seguro de caución resulta ajustada a la legalidad y a lo preceptuado en la cláusula 20 del PCAP, a renglón seguido hemos de analizar si reúne las formalidades exigidas para entender que existe jurídicamente en el momento temporal anterior al vencimiento del plazo para la presentación de la documentación y si los defectos formales de que adoleciera son o no subsanables.

En efecto, las cláusulas transcritas del PCAP no pueden contravenir las disposiciones legales y reglamentarias que sobre las garantías provisionales contiene la normativa vigente en materia de contratación administrativa. En primer término, hemos de acudir al **artículo 103 del TRLCSP**, cuyo apartado 3º literalmente expresa que, *“Cuando se exijan garantías provisionales éstas **se depositarán** en las condiciones que las normas de desarrollo de esta ley establezcan, en la siguiente forma:*

- a) *En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.*
- b) **Ante el órgano de contratación**, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución”.

En cuanto a la **forma de la constitución** de las garantías provisionales hemos de estar a lo dispuesto reglamentariamente, en particular **al artículo 61 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1.098/2001**, cuyo apartado 1º dispone que: “*Las garantías provisionales se constituirán:*

- a) *En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, encuadradas en las Delegaciones Provinciales de Hacienda o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes a las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, cuando se trate de garantías en metálico o valores.*
- b) *Cuando se trate de aval o seguro de caución, **ante el órgano de contratación**, incorporándose la garantía al expediente de contratación, sin perjuicio de que su ejecución se efectúe por los órganos señalados en el apartado anterior”.*

Al amparo del sistema de fuentes del Derecho y su jerarquía, hemos de analizar e interpretar las cláusulas del PCAP referidas a la forma de constitución de la garantía provisional pues, en efecto, imponen una solemnidad de constitución mediante depósito ante la Tesorería municipal que aparentemente entraría en colisión, para las garantías provisionales en forma de contrato de seguro de caución, con lo dispuesto en el artículo 103.1º que exige su constitución ante el órgano de contratación.

En todo caso, la consecuencia jurídica impuesta en la cláusula 13.2 in fine del PCAP declarando insubsanable la acreditación del depósito de la garantía ante la Tesorería municipal cuando la garantía provisional se ha realizado mediante contrato de seguro de caución, resulta desproporcionada y contraria a lo preceptuado en los artículos 103.1º y 61.1º del TRLCSP y del Reglamento de la LCAP, respectivamente.

Tal forma de proceder, declarando la exclusión por reputarse un defecto insubsanable, contraviene los principios de igualdad y no discriminación que han de regir los procedimientos de contratación administrativa (artículo 1 del TRLCSP) generando indefensión en aquellas licitadoras que han aportado aval o seguro de caución en su documentación administrativa considerando que constituyen la garantía provisional ante el órgano de contratación (artículo 103 TRLCSP y artículo 61 Reglamento de la LCAP), por lo que hemos de entender que la **cláusula 13.2 in fine en relación con la 20.1** en la exigencia obligatoria del depósito de avales ante la Tesorería municipal resultan atentatorias de los preceptos legal y reglamentario reseñados.

Séptimo. Si bien es cierto que, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su **artículo 81.2**, se permite la subsanación de defectos materiales por parte de los interesados a los que se concede un plazo de tres días hábiles a tal efecto, también lo es que esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma.

Y como se indicaba en la resolución de este Tribunal nº 270/2011, respecto a esta cuestión se ha pronunciado numerosas veces la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 9/06, de 24 de marzo de 2006; informe 36/04, de 7 de junio de 2004; informe 27/04, de 7 de junio de 2004; informe 6/00, de 11 de abril de 2000; informe 48/02, de 28 de febrero de 2003; informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros), indicando que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que **no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación**.

Dicho en otras palabras, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la **acreditación**, mediante los documentos a que se refiere, en este caso, el Pliego de Condiciones Particulares, del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, **el requisito debe existir con anterioridad** a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación. Supuesto éste que encaja en el que ahora analizamos pues, en efecto, **el requisito existe**, esto es, se ha constituido la garantía provisional mediante contrato de seguro de caución con anterioridad al vencimiento de plazo para la

presentación de las proposiciones, por consiguiente, amén de que formalmente ha sido constituida ante el órgano de contratación, la exigencia de su depósito en la Tesorería municipal afecta a su acreditación y, como tal, los defectos imputables a ésta se han de considerar como subsanables.

En tal sentido, la JCCA en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, lo explica con absoluta claridad: *“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”*.

Con esta forma de proceder, es decir, dando a los licitadores la posibilidad de subsanar defectos de su documentación administrativa pero exigiendo que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, se atiende simultáneamente a dos principios fundamentales de la contratación pública, cuales son la libre concurrencia y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como reiteradamente ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Más concretamente, en relación con la **garantía provisional**, la propia JCCA ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación.

Sin embargo, en el presente supuesto la garantía provisional está aportada ante el propio órgano de contratación en la documentación administrativa, formalizada mediante un contrato de seguro de caución por la cantidad exigida, por lo que no se trata de una falta de constitución sino, en su caso, de no contemplar la forma de proceder a su depósito ante la Tesorería municipal, circunstancia ésta, subsanable amén de que las cláusulas del PCAP se extralimitan de los preceptos legales y reglamentarios apuntados más arriba.

En definitiva, la aportación de un contrato de seguro de caución por parte de IMESAPI, S.A., cumple con la constitución de la garantía provisional en la cuantía exigida y ante el propio órgano de contratación, por lo que estimamos que la resolución de exclusión resulta contraria a Derecho, debiendo retrotraer el expediente de contratación al momento de estudio de la correcta presentación de las garantías provisionales de la mercantil recurrente y de otras licitadoras en circunstancias similares, concediendo en su caso, plazo para su subsanación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.P.B., en representación de la mercantil IMESAPI, S.A., contra la Resolución de exclusión decretada por la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Paterna dictada en el expediente del contrato mixto de “*Suministro eléctrico y servicios energéticos y de mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público*”, anulando el acto de exclusión y ordenando al órgano de contratación a que retrotraiga las actuaciones al momento de estudio de la correcta presentación de las garantías provisionales por las empresas concurrentes excluidas por el motivo referido, por considerar que, en todo caso, se trata de un defecto subsanable.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. 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.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.