



Recursos nº 257/2013

Resolución nº225/2013

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 12 de junio de 2013

VISTO el recurso interpuesto por D. M.R.A. y por D.O.P.F, en representación de la U.T.E. UCALSA, S.A. y PAREDES Y CIA, S.L. contra la Resolución de 3 de mayo de 2013 de la Dirección de Aprovisionamiento y Transporte de la Armada (Ministerio de Defensa) por la que se acuerda la retirada de su oferta en el procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de “*suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa*” del expediente de contratación por procedimiento abierto 417/12, con un presupuesto base de licitación de 20.500.000,00 €, al no haber cumplido adecuadamente el requerimiento en plazo y contra la Resolución de 16 de mayo de 2013 por la que se notifica el requerimiento al siguiente licitador que ha presentado la oferta más ventajosa para que aporte la documentación prevista en el artículo 151.2 del TRLCSP; el Tribunal, se sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El órgano de contratación, la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Jefatura de Apoyo Logístico adscrita al Ministerio de Defensa convocó un procedimiento abierto para la contratación del suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada con un presupuesto base de licitación de 20.500.000,00 €, IVA excluido. El procedimiento fue enviado a anuncio al DOUE con fecha de 6 de diciembre de 2012 y publicado en el BOE de 17 de diciembre de 2012, procediéndose, del mismo modo, a darle publicidad a través del Perfil de Contratante.

Segundo. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los procedimientos abiertos en los contratos de suministros 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.

Tercero. Con fecha de 4 de febrero, concluyó el plazo para la presentación de ofertas y se certificó que concurrían tres licitadoras: la UTE EMS SHIP SUPPLY Y UTI SLI, S.A.; la UTE UCALSA, S.A. Y PAREDES Y CIA, S.L. y la UTE REVILLA E INDUSTRIAS CÁRNICAS LOS NORTEÑOS S.A./ARANDI ILLESCAS, S.A.

Cuarto. El 12 de febrero de 2013, previa convocatoria, la mesa de contratación de la DAT procedió a la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas. A continuación el Sr. Presidente de la mesa comunicó a los asistentes al acto público que se iba a solicitar un informe técnico, previo a elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del presente expediente, a la vista de la aplicación de los criterios objetivos.

Quinto. Con fecha de 5 de marzo de 2013 la mesa de contratación convocada para el examen del informe técnico remitido por el Servicio de Subsistencias aprobó por unanimidad las siguientes valoraciones:

	OFERTA	PRECIO A	CALIDAD B	TOTAL A + B
UTE UCALSA, SA Y PAREDES Y CIA, SL	15.937.091,07 €	76,00	0.00	76.00
UTE EMS SHUPPLY, SA Y SERVICIOS LOGÍSTICOS INTEGRADOS, SA	15.958.825,94 €	75,90	0.00	75,90
UTE REVILLA, SA Y LOS NORTEÑOS, SA Y ARANDI ILLESCAS, SL	16.319.236,17 €	74,22	0.00	74,22

Concluye el acta levantada por la mesa de contratación afirmando que se acuerda posponer la propuesta de adjudicación a una próxima reunión.

Sexto. El 22 de marzo de 2013, reunida la mesa de contratación, acordó por unanimidad: *“Proponer al órgano de contratación la adjudicación del presente expediente 417/2012 CONTRATO DE SUMINISTRO ABIERTO DE VÍVERES PARA BUQUES, UNIDADES E INSTALACIONES DE LA ARMADA a la UTE formada por las empresas UCALSA, S.A. (Unión Castellana de Alimentación) y PAREDES Y CIA, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación según los criterios objetivos de valoración de las ofertas indicados en el PCAP y PPT, por los precios que figuran en su oferta y hasta un importe máximo de 20.500.000 €”.*

Séptimo. Conforme con dicha propuesta de adjudicación elevada por la mesa al órgano de contratación se emitió el requerimiento de documentación al licitador adjudicatario del contrato, concediendo un plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que haya recibido el requerimiento, para presentar la siguiente documentación:

- Escritura de constitución de la UTE.
- NIF de la UTE.
- Garantía definitiva correspondiente al 5 % del importe de la adjudicación excluido el IVA.
- Abono del anuncio de licitación, caso de ser procedimiento abierto (514,64 €).

En el referido comunicado el Secretario de la mesa de contratación de la DAT advirtió literalmente que, *“De no cumplirse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que Vd. como licitador ha retirado su oferta, todo ello al amparo del artículo 135 de la Ley 34/2010, de 5 de agosto”.*

Octavo. El 5 de abril de 2013, día en que finalizaba el plazo para la presentación de la documentación, la UTE adjudicataria del contrato de suministro abierto formalizó la documentación requerida. Tras una primera revisión, el órgano de contratación constató que el importe del aval presentado en concepto de garantía definitiva no era correcto, lo cual se comunicó al interesado inmediatamente por vía telefónica.

Por ello, el 9 de abril y siguiendo las instrucciones recibidas, la UTE adjudicataria del contrato procedió a entregar otro aval por importe complementario de 196.006,24 € debidamente depositado en la Caja General de Depósitos.

Noveno. El 17 de abril el órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada y con el fin de conocer la fecha de constitución real de ambos avales, solicitó que se remitieran copia de los avales constituidos y registrados en la Caja General de Depósitos. Recibida la documentación, el órgano de contratación constató que el aval complementario lo era de fecha de 9 de abril y fue depositado ese mismo día en la Caja General de Depósitos, esto es, una vez finalizado el plazo para la presentación (10 días hábiles) que venció el 5 de abril.

Décimo. Con fecha de 3 de mayo de 2013, el órgano de contratación, a la vista de los hechos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, acordó tener por retirada la oferta de la UTE UCALSA/PAREDES dado que no se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de documentación en lo tocante a la constitución de la garantía definitiva y, por tanto, en dicho acto resolvió recabar la misma documentación al licitador siguiente por el orden que habían quedado clasificadas las licitadoras. Este acuerdo de exclusión fue notificado a la UTE ahora recurrente el 9 de mayo de 2013.

Undécimo. Con fecha de 9 de mayo la UTE retirada de la adjudicación del contrato procedió al anuncio del recurso especial ante el propio órgano de contratación. Del mismo modo, el 14 de mayo anunció su intención de interponer este recurso contra el acuerdo de adjudicación decretado por el órgano de contratación a favor de la siguiente licitadora, esto es, la UTE EMS SIP y SUPPLY SPAIN, SA., interponiendo dicho recurso especial ante el órgano de contratación en fecha 24 de mayo de 2013.

Duodécimo. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 31 de mayo de 2013, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado este trámite.

Decimotercero. Con fecha de 5 de junio de 2013, este Tribunal decretó la medida provisional de mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

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.

Segundo. La UTE UCALSA, S.A. y PAREDES Y CIA, S.L., concurrió a la licitación del procedimiento abierto del contrato de suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa. Debe entenderse, por lo tanto, que está legitimada para recurrir el acuerdo, al abrigo del artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. Se recurren conjuntamente dos resoluciones: la exclusión de su oferta por no cumplimentar adecuadamente la garantía definitiva dentro del plazo hábil y el requerimiento para la adjudicación del contrato a la UTE EMS SHIPS SUPLI, SA/ UTI SLI, S.A., ambas susceptibles, 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 UTE UCALSA, S.A. y PAREDES Y CÍA, S.L., ahora recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

1. Sobre la suficiencia y adecuación a Derecho del importe de la garantía definitiva aportada el 5 de abril de 2013, dentro del plazo de 10 días concedido para la presentación de la documentación necesaria para la formalización del contrato de suministros. A su juicio, la cantidad aportada en concepto de garantía definitiva cumplía con las exigencias requeridas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en particular, en la cláusula 17ª y además es conforme a Derecho al amparo del artículo 95.1º del TRLCSP, pues, en todo momento, la referida cláusula hacía referencia al 5 % del importe de la adjudicación. En lo tocante al concepto del “importe de la adjudicación” trae a colación abundante doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) que refiere que el “(...) *importe de adjudicación del contrato debemos entender que se trata, como se desprende*

de una interpretación literal del mismo, del precio final ofertado por el adjudicatario del contrato, es decir, el que, en la licitación, ha servido de base, por sí solo o en conjunción con otros elementos de la oferta para acordar la adjudicación”.

2. Tras varias consideraciones, tanto jurídicas como doctrinales, sobre qué ha de entenderse como importe de la adjudicación a la que hace referencia la cláusula 17ª del PCAP, la UTE recurrente alega que el propio pliego es confuso en esta redacción dada a la determinación de la cuantía de la garantía definitiva, pues siembra dudas más que razonables sobre si quería hacer referencia a “importe de licitación” y no al “importe de adjudicación”. Pues bien, en su consideración, a la hora de constituir la garantía definitiva se ciñó escrupulosamente al contenido de la cláusula 17ª del PCAP, por lo que el error o la confusión en su redacción imputable al órgano de contratación no puede, ahora, reprocharse al adjudicatario, considerando que se ha de hacer una interpretación lo más favorable al propio adjudicatario. Prueba de ello es que tras la conversación telefónica, se intentó subsanar y completar la garantía definitiva mediante la aportación de otro aval complementario, por una cuantía de 196.006,24 €, que fue consignado en la Caja General de Depósitos.

3. Por último, trae a colación los principios de buena fe y de confianza legítima que han de presidir las relaciones entre Administración y administrados, contraria a lo ocurrido en este expediente, sembrado de confusión por el órgano de contratación, primero en la redacción del PCAP y después, en la propia comunicación individual realizada a la recurrente. Por ello, y con mención de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, considera que, si hubiera dudas en la interpretación de la cláusula 17ª del PCAP sobre qué es el “importe de adjudicación”, la interpretación debe hacerse en el sentido más favorable para el licitador, ya que el que ocasiona la confusión, en este caso, el órgano de contratación, no puede beneficiarse de ella. En consecuencia, a su juicio, se ha de concluir que la UTE cumplimentó adecuadamente y en el plazo concedido los requisitos exigidos ex artículo 151.2 del TRLCSP, por lo que su exclusión del expediente de contratación resulta absolutamente contraria a Derecho.

En virtud de tales alegaciones la UTE UCALSA, SA/PAREDES Y CÍA, S.L., que ha formalizado este recurso, suplica que se anule el acto administrativo recurrido y se acuerde la retroacción de las actuaciones al trámite de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento recibido y acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma, anulando el acuerdo de adjudicación a la segunda UTE.

Quinto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 27 de mayo de 2013 suscrito por el Jefe de la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes, expone que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos:

1. Por lo que respecta al importe de la adjudicación, parte de la base de que nos hallamos ante un contrato de suministro en la modalidad abierta o hasta agotar el crédito de los del artículo 9.3, a) del TRLCSP y cuya oferta económica está regida por precios unitarios. En virtud de tal presupuesto contractual, el importe de la garantía definitiva se ha de hacer sobre el presupuesto base de licitación ex artículo 95.3 del TRLCSP. De esta forma, justifica que así se le comunicó a la UTE recurrente a la hora de notificarle la propuesta de adjudicación, pues la misma, de fecha de 22 de marzo de 2013, advertía que se adjudicaba por *“los precios que figuran en su oferta y hasta un importe de 20.500.000 €”*.
2. Estima que el error o la confusión alegada por la UTE era conocida por la misma antes de la finalización del plazo para la constitución de la garantía definitiva. Y así reputa la existencia de una conducta negligente en aquélla que presentó la documentación requerida en el último día del plazo de los diez días hábiles concedidos. De esta forma, el órgano de contratación literalmente expresa en el informe que, *“En definitiva, únicamente la negligencia del recurrente, esperando al último día de plazo e incluso dejando transcurrir éste sin subsanar el error del que ya tenía conocimiento, ha generado la consecuencia que ahora pretende rebatir en este recurso, tratando de trasladar a la administración lo que únicamente a ella es imputable. Por último, tampoco debe olvidarse que la recurrente esperó incluso hasta el día 9 de abril de 2013 para “subsanar” el error padecido, a sabiendas ya el día 5 de abril de la existencia del error”*.

3. Por lo que respecta a la interpretación de los defectos subsanables en la constitución de las garantías exigidas en la contratación pública reitera lo expuesto en el artículo 151 del TRLCSP, estimando que es insubsanable la defectuosa constitución de la garantía definitiva. Trae a colación, en apoyo de su tesis, la doctrina fijada por este Tribunal en el sentido de que la constitución de la garantía definitiva exigida por un importe menor al requerido es un defecto insubsanable, a los efectos del referido precepto 151 del TRLCSP. De esta forma expresa que, *“si dicho defecto fuera objeto de subsanación, la única manera de cumplir con el requerimiento exigido sería la de constituir en período de subsanación una garantía por importe adicional al que se realizó en su momento, de manera que no estaríamos ante una falta de acreditación de la garantía constituida en un momento anterior al de finalización del plazo para cumplir con el trámite de presentación de la documentación requerida al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, sino ante una falta de cumplimiento de un requisito exigido, constituir la garantía definitiva por un importe determinado”*. Por todo ello, el informe del órgano de contratación es tajante en orden a considerar que la constitución de la garantía definitiva por un importe insuficiente es un requisito insubsanable, sin que quepa la invocación de los artículos 71 y 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por todo lo expuesto, concluye el informe afirmando que la constitución de la garantía definitiva exigida por un importe menor al requerido, es un defecto insubsanable a los efectos del artículo 151 del TRLCSP, por lo que suplica a este Tribunal que se confirme la legalidad de la resolución impugnada.

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 UTE recurrente, hemos de partir del valor vinculante del pliego de cláusulas administrativas particulares, auténtica *lex contractus* con eficacia jurídica, no sólo para la Administración convocante, sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad para las empresas licitadoras concurrentes.

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 aquéllos 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”. Tesis que ha sido reiterada recientemente en la Resolución nº 153/2013 dictada en el recurso nº 172/2013.



Desde esta eficacia jurídica vinculante hemos de analizar cómo el pliego de cláusulas administrativas particulares contempla aspectos tales como: la forma del precio de este contrato de suministro abierto de los referidos en el artículo 9.3.a) del TRLCSP, el presupuesto máximo de licitación y la garantía definitiva exigida al adjudicatario del contrato. Al respecto encontramos las siguientes:

- **Cláusula 1. Objeto del contrato.** Será el suministro abierto y hasta agotar el crédito autorizado de los productos o bienes muebles definidos en la cláusula 2, para establecer las necesidades especificadas en el expediente de suministros número 417/12 (...) promovido por la Dirección de Abastecimiento y Transporte (DAT) de la Jefatura de Apoyo Logístico de la Armada (JAL).
- **Cláusula 3. Presupuesto y valor estimado.** Destaca de ésta tres conceptos, a saber: el primero, el importe neto del contrato que asciende a 19.737.251,81 €, el segundo, el presupuesto total del contrato en 20.500.000,00 € y el tercero, el valor estimado del contrato en 19.737.215,81 €.
- **Cláusula 8. Proposiciones.** Señala de forma preceptiva que las ofertas deberán efectuarse por PRECIOS UNITARIOS de todas y cada una de las voces objeto del suministro. En cuanto al valor de la oferta, esta cláusula señala que será el producto del PRECIO OFERTADO por el CONSUMO ESTIMADO de cada artículo, de tal modo que el valor total de la oferta será la suma del valor oferta de los 532 artículos relacionados en el Anexo II del PCAP, además afirma que, *“En ningún caso puede superar el importe de VALOR TOTAL del Anexo II (19.737.215,77 €).*
- **Cláusula 17ª. Garantía definitiva.** Literalmente expresa cuanto sigue: *“El licitador elegido deberá acreditar en el plazo de diez días hábiles, contados desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, la constitución de una garantía definitiva correspondiente al **5 % del importe de la ADJUDICACIÓN**, a disposición de la DIRECCIÓN DE ABASTECIMIENTO Y TRANSPORTES ARMADAS (S2815004C) ÓRGANO DE CONTRATACIÓN excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, en cualquiera de las formas previstas en el artículo 96.1 del TRLCSP. De no cumplir este requisito por causas imputables al mismo, la Administración procederá según lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP.”*



Conforme establece el artículo 61.2 del RGLCAP, las garantías definitivas se constituirán, en todo caso, en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales.

La constitución de las garantías definitivas se ajustará a los preceptos contenidos en el artículo 61 del RGLCAP debiendo reunir las condiciones, características y requisitos según proceda, expresadas en los artículos 55 a 60 de dicho Reglamento”.

Séptimo. Una literal interpretación de la cláusula 17ª del PCAP nos conduce a la conclusión a la que llegó la UTE adjudicataria del contrato, pues, de forma evidente y clara, e incluso subrayado con letras mayúsculas, afirma que la garantía definitiva es el 5 % del importe de la ADJUDICACIÓN, entendida ésta como el precio que ha ofrecido la adjudicataria, esto es, el 5 % de 15.937.091,07 €

La redacción de esta cláusula resulta confusa e induce a error en la adjudicataria del contrato, dado que, atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato, como un suministro abierto hasta agotar el presupuesto total del contrato valorado y aprobado por el Consejo de Ministros en 20.500.000,00 €, choca con la redacción dada, esto es, el 5 % del importe de la adjudicación.

En efecto, para este tipo de contratos de suministros abiertos, hemos de estar a lo dispuesto en el artículo 9.3 del TRLCSP que, en todo caso, califica como tales, “a) *Aquéllos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y **por precio unitario** sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (...)*”.

Desde esta calificación del contrato de suministro, como abierto y, por ende, por precio unitario, hemos de estar a la forma de cuantificación de la garantía definitiva, la cual vendrá impuesta, no por la regla contenida en el apartado 1º del artículo 95 del TRLCSP “5 % *del importe de la adjudicación*”, sino por la establecida en el apartado 3º del referido precepto, cuyo tenor literal reza así: “*Cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al **presupuesto base de licitación***”.



Por consiguiente, el error o la confusión en que ha incurrido la UTE adjudicataria, ahora recurrente, al constituir la garantía y depositarla en la Caja General de Depósito de un 5 % sobre el importe de adjudicación, esto es, sobre el precio ofertado de 15.937.091,07 €, resulta imputable a la confusa redacción de la reiterada cláusula del PCAP pues, en efecto, en coherencia con la calificación del contrato de suministro abierto por precios unitario y con el artículo 95.3º del TRLCSP debería haber dispuesto que el 5 % lo es sobre el **presupuesto base de licitación**, esto es, sobre 20.500.000,00 €

De esta forma hemos de acudir de nuevo a las normas sobre la interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 y siguiente del Código Civil. En particular, el artículo 1.288 preceptúa que, *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”*.

Por consiguiente, queda claro que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.3º del TRLCSP, el órgano de contratación en la cláusula 17ª del PCAP no ha sido lo suficientemente claro, sino más bien lo contrario, puesto que induce a error, acudiendo a la regla general del apartado 1º del precepto para fijar la garantía definitiva sobre el importe de la adjudicación cuando debería de haber dicho *“sobre el **presupuesto base de licitación**”*, llegando incluso a materializar una cláusula *contra legem*, pues entra en franca vulneración con lo establecido en el artículo 95.3º del TRLCSP.

Llegados a este punto, resulta desproporcionada la decisión de expulsar de la adjudicación del contrato a la UTE recurrente, pues los requisitos de aportar la documentación requerida en debida forma y plazo no ha sido imputable a la UTE sino a la defectuosa redacción de la cláusula 17ª del PCAP, de tal suerte que la misma prevé que, *“De no cumplir este requisito por causas imputables al mismo, la Administración procederá según lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP”*.

En este sentido, hemos de advertir que el incumplimiento para que proceda la expulsión de la adjudicación del contrato ha de ser por causas imputables al licitador, cuando queda claro, manifiesto y patente que en este expediente ha sido por causas imputables al propio órgano de contratación, manifestadas en la defectuosa redacción de la cláusula 17ª del TRLCSP que conduce a confusión o cuanto menos, a sembrar dudas razonables sobre la base para la cuantificación de la garantía definitiva.



Toda esta argumentación unida a la aplicación de los principios de buena fe y de confianza legítima que deben presidir las relaciones entre la Administración y los administrados a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, motiva la estimación del presente recurso exigiendo la retroacción del expediente al momento de considerar debidamente cumplimentados los requisitos exigidos por el artículo 151 del TRLCSP.

Octavo. Por lo que respecta a la interpretación de los defectos subsanables en la constitución de las garantías exigidas en la contratación pública, el órgano de contratación reitera lo expuesto en el artículo 151 del TRLCSP, estimando que es insubsanable la defectuosa constitución de la garantía definitiva y, para ello, se apoya en la cita de varias Resoluciones de este Tribunal (nº 61/2013, entre otras), estimando, además, que no procede la ampliación de los plazos establecidos legalmente.

Tanto la posibilidad de ampliación de plazo, como la de subsanación de la documentación requerida en el trámite previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP ha sido analizado por este Tribunal y, en concreto, hemos de estar a la interpretación literal del precepto que dispone que: *“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, 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.*

Las normas autonómicas de desarrollo de esta ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo sin que exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo máximo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose, en ese caso, a recabar la



misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.

El precepto transcrito regula un trámite previo a la adjudicación del contrato, según el cual, el órgano de contratación requerirá al licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, en el plazo de diez días hábiles, aporte determinada documentación, entre ella, la que acredita haber constituido la garantía definitiva que sea procedente, de manera que, si no presenta la documentación exigida, se considerará que el licitador retira su oferta, debiéndose requerir al licitador siguiente, atendiendo al orden de clasificación de las ofertas.

A estos efectos, este Tribunal ha expresado que hemos de interpretar conjuntamente este precepto, el 151.2 con el artículo 99 ambos del TRLCSP, relativo a “Constitución, reposición y reajuste de garantías”, que dispone lo siguiente, *“El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. **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 último párrafo del artículo 151.2”.*

De acuerdo con lo expuesto, el plazo de diez días hábiles que establece el artículo 151.2 del TRLCSP para aportar la documentación exigida en el mismo no puede ser rebasado, pues como ya señalamos en nuestra resolución 153/2011 de 1 de junio, para un supuesto análogo referido a la acreditación de los medios comprometidos a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, *“de no ser así, ello supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público (actuales arts. 1 y 139 TRLCSP)”.*

El órgano de contratación reitera que la defectuosa constitución de la garantía definitiva es un defecto insubsanable, además de la improcedencia de conceder un nuevo plazo para cumplimentar la garantía, mientras que la recurrente invoca la Ley 30/1992 para instar la subsanación de la misma. Interesa indicar que, para un supuesto como el aquí examinado, no cabe la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común



(LRJPAC). Así, de acuerdo con la disposición final tercera del TRLCSP, el régimen jurídico aplicable a los procedimientos de contratación pública lo conforman, en primer término, los preceptos del mismo TRLCSP y los de sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, los de la LRJPAC y normas complementarias.

En consecuencia, sólo procederá aplicar las previsiones contenidas en la LRJPAC, para resolver los aspectos sobre los cuales no se pronuncie la normativa sobre contratos del sector público. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se ha pronunciado sobre la aplicación supletoria de la Ley de procedimiento administrativo común, entre otros, en los informes 16/00, de 11 de abril de 2000, y 35/2002, de 17 de diciembre de 2002. En el primero de estos informes, afirma que la mencionada Ley puede entrar en juego, no sólo cuando la normativa de contratos guarde silencio sobre un determinado extremo, sino, sobre todo, cuando la norma supletoria no sea contraria al contenido general y a los principios que lo inspiran, y que esta aplicación supletoria queda subordinada al cumplimiento de los trámites y al desarrollo de los efectos de la legislación de contratos públicos.

El artículo 49 de la LRJPAC establece la posibilidad de que la Administración, salvo precepto en contrario, conceda de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, pero siempre que las circunstancias lo aconsejen y que no se perjudiquen derechos de terceros. Se requiere, además, que tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberá producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate.

No obstante estas previsiones, hay que señalar que, en el caso del trámite de aportación de documentación por parte del licitador propuesto como adjudicatario en procedimientos de contratación pública –en este caso, la constitución de la garantía definitiva-, no resulta aplicable supletoriamente la LRJPAC, pues se trata de una cuestión sobre la que el TRLCSP (arts. 151.2 y 99) se pronuncia expresamente y, además, como hemos señalado anteriormente, la aplicación supletoria de la LRJPAC, a los efectos de conceder una ampliación del plazo, supondría un punto de máxima inseguridad jurídica para el resto de los licitadores, y sería contrario a los principios de publicidad, libre concurrencia y transparencia en la contratación, consagrados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP. Así lo ha entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su



informe 44/05, de 19 de diciembre de 2005. Por lo tanto, dado que las disposiciones contenidas en la LRJPAC sólo resultan de aplicación cuando la normativa específica de contratos del sector público no se pronuncia sobre las actuaciones que se tienen que llevar a cabo en las diferentes fases de los procedimientos de licitación, no se puede considerar aplicable la previsión contenida en el artículo 49 de esta Ley en el trámite aquí analizado, el de presentación de la documentación requerida al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Hecha dicha precisión hemos de pasar a analizar, como insiste el órgano de contratación, en el carácter insubsanable de los defectos estimados en la constitución de la garantía definitiva, calificando éste que se trata de una conducta negligente de la UTE que, incluso, esperó al último día para dar satisfacción al trámite previsto en el artículo 151 del TRLCSP.

Este Tribunal (entre otras, en las resoluciones 128/2011 de 27 de abril y 184/2011 de 13 de julio), en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de julio de 2004), se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible.

De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

Por cuanto aquí interesa, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en relación con la garantía provisional (informe 48/02 de 28 de febrero de 2003), ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional, total o parcial añade este Tribunal en su resolución 270/2011 de 10 de noviembre, no puede considerarse defecto subsanable,



salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación, supuesto éste que no resulta aplicable al expediente de referencia.

En concreto, por lo que se refiere al expediente aquí examinado, se observa que la UTE recurrente constituyó la garantía definitiva exigida por un importe menor al requerido, de manera que, si dicho defecto fuera objeto de subsanación, la única manera de cumplir con el requerimiento exigido sería la de constituir en periodo de subsanación una garantía por importe adicional al que se realizó en su momento. En consecuencia, no estamos ante una falta de acreditación de la garantía constituida en un momento anterior al de finalización del plazo para cumplir con el trámite de presentación de la documentación requerida al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, sino ante una falta de cumplimiento del requisito exigido.

Aplicar en el supuesto que ahora nos ocupa con tal rigor dicha doctrina, cuando el error en la formalización de la garantía ha sido imputable al órgano de contratación por la defectuosa técnica utilizada en la redacción de los pliegos y, en concreto, por el error introducido en la cláusula 17ª del PCAP que se refiere al **5 % del importe de la adjudicación**, sería desproporcionada y, evidentemente, contraria a los principios rectores de buena fe y confianza legítima que han de regir las relaciones entre el órgano de contratación y los licitadores. Por todo ello, y sabedores de la corriente doctrinal invocada por el órgano de contratación en torno a la insubsanabilidad de la constitución de las garantías, hemos de concluir que no existen causas imputables a la UTE recurrente sino a la propia Administración introduciendo una cláusula, la 17ª, contraria al artículo 95.3º del TRLCSP, por lo que hemos de estimar este recurso anulando las actuaciones administrativas recurridas y ordenando retrotraer el expediente al momento del requerimiento de la documentación previsto en el artículo 151 del TRLCSP.

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. M.R.A. y por D. O.P.F., en representación de la U.T.E. UCALSA, S.A. y PAREDES Y CIA, S.L. contra la Resolución de 3 de mayo de



2013 de la Dirección de Aprovisionamiento y Transporte de la Armada (Ministerio de Defensa) por la que se acuerda la exclusión de su oferta y el llamamiento al siguiente licitador decretada en el expediente de contratación de “*suministro abierto de víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada del Ministerio de Defensa*”, declarando la nulidad de la misma y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 151 del TRLCSP, acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.