

**Recurso nº 64/2018**

**Resolución nº 60/2018**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 8 de agosto de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.D.Z. actuando en nombre y representación de ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Láncara de exclusión de esa licitadora por entender retirada su oferta en la contratación de un servicio de limpieza viaria y de la recogida de residuos en dicho municipio, el transporte a la estación de transferencia ubicada en el municipio y el lavado y mantenimiento de los colectores de ese Ayuntamiento, expediente 294/2017, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** El Ayuntamiento de Láncara convocó la licitación para la contratación de un servicio de limpieza viaria y de la recogida de residuos en dicho municipio, el transporte a la estación de transferencia ubicada en el municipio y el lavado y mantenimiento de los colectores de ese Ayuntamiento, expediente 294/2017, con un valor estimado declarado de 372.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 16.02.2018, en el DOG el 19.02.2018 en el BOP de Lugo el 27.02.2018, y en la Plataforma de contratos públicos de Galicia el 14.02.2018.

**Segundo.-** El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al Texto refundido de la ley de contratos del sector público aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

**Tercero.-** La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Lán cara, en sesión extraordinaria de 11.07.2018, acordó tener por retirada la oferta de ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. (ASCAN, en adelante) y, por lo tanto, su exclusión de la licitación, procediendo a pedir la documentación del art. 151.2 TRLCSP al siguiente licitador. La razón fue que, para el Ayuntamiento, ASCAN ingresó extemporáneamente la garantía definitiva.

**Cuarto.-** El 24.07.2018 ASCAN interpuso recurso especial en materia de contratación, a través sede electrónica de la Xunta de Galicia.

**Quinto.-** Con fecha 26.07.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Lán cara el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 30.07.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 30.07.2018, presentando alegaciones LIMPERGAL S.L.

**Séptimo.-** El 02.08.2018 fue adoptada la medida cautelar de suspensión.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia

contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Tercero.-** Al amparo del artículo 48 LCSP, aparece evidente a legitimación de quien fue excluido de la licitación y se le da la por retirada su oferta.

**Cuarto.-** De la descripción realizada de las fechas, apareció que el recurso fue presentado en plazo.

**Quinto.-** Estamos ante un contrato de servicio de valor estimado superior a 100.000 €, por lo que el recurso es admisible, art. 44.1.1a) LCSP.

En cuanto a la admisibilidad de la concreta actuación impugnada, en la Resolución TACGal 19/2018, ya expresamos:

*“También es admisible, en cuanto a la decisión adoptada de tener por retiradas las ofertas de la recurrente de los lotes 1 y 2, por estar frente un acto de trámite injerible en el 44.2.b) LCSP, pues como recoge Resolución 25/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía:*

*“... la exclusión del licitador cuya oferta ha sido considerada la más ventajosa por no haber aportado la documentación requerida para la adjudicación, ha de ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un acto de trámite cualificado, que dadas las graves consecuencias que comportan para el licitador, debe tener la posibilidad de recurrir. De no admitir dicha posibilidad, el licitador cuya oferta es la económicamente más ventajosa no podría hacer valer sus derechos por esta vía con la gravedad de las consecuencias que de la decisión del órgano de contratación, en este sentido, se derivan.*

*Así se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 8/2011, de 6 de julio...”*

*Ratifica la interpretación pro actione aquí asumida el criterio derivado de la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, C-391/15, asunto Marina del Mediterráneo S.L, cuando considera que:*

*“Procede recordar que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se*

*apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada).*

*Esta acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador viene confirmada por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere. Por lo demás, una interpretación restrictiva de este concepto sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 30 y jurisprudencia citada)”*

**Sexto.-** A efectos de determinar la constitución de la garantía definitiva, el recurrente considera desproporcionado que se determine la extemporaneidad por el hecho de que el ingreso en la cuenta del Ayuntamiento había sido un día después del plazo dado cuando la transferencia se había ordenado el día anterior, esto es, dentro del plazo, con aportación al Ayuntamiento ese día del documento de tal transferencia ordenada.

**Séptimo.-** LIMPERGAL S.L defiende la decisión adoptada por ser la que corresponde ante el incumplimiento del plazo de constitución de la garantía, lo que no es enmendable. Sostiene que debe estarse a la fecha del ingreso efectivo, no a la de la orden de transferencia.

**Octavo.-** El Ayuntamiento, en su informe, se ratifica en la decisión concluyendo que:

*“El plazo de diez días hábiles que concede la Ley es suficiente para la tramitación del requerimiento, es de carácter reglado y no puede ser rebasado. Además teniendo en cuenta que representantes de la mercantil acudieron a la mesa en la que se abrieron las ofertas económicas. Era, por lo tanto, conocedor de que había presentado la oferta económicamente más ventajosa, por lo que era exigible un mínimo nivel de diligencia no apurando al máximo los plazos en la presentación de documentación.*

*La oferta de Ascan no se entiende retirada porque falte la acreditación de la constitución de la garantía definitiva en plazo, sino porque falta la constitución de la garantía definitiva dentro de plazo. El ingreso del aval para responder del contrato de RSU realizado por la mercantil requerida es de 3 de julio de 2018, un día después de la expiración del plazo otorgado para el cumplimiento del requisito. Se aporta como prueba de esto el archivo digitalizado de dichos documentos denominado con el nº 20.*

*La consecuencia de no atender el requerimiento en plazo, es que el órgano de contratación deberá entender que el licitador retiró su oferta y por tanto quedará excluido de la licitación (artículo 151.2 del TRLCSP).\**

**Octavo.-** El artículo que encuadra la problemática que aquí nos ocupa es el art. 151.2 TRLCSP, que recoge:

*“2. 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 se exceda el de veinte días hábiles.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo 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.”*

A este respecto, son fechas no discutidas que el 18.06.2018 se le notificó ese requerimiento mencionado en ese precepto, siendo el último día de plazo el 02.07.2018.

Tampoco es discutido tanto que el ingreso de la garantía definitiva en una cuenta del Ayuntamiento fue el 03.07.2018, como que la orden para esta transferencia fue el

02.07.2018, así como que el documento de esa transferencia ordenada fue aportada en la sede electrónica del Ayuntamiento el 02.07.2018.

Como recoge el acuerdo municipal impugnado:

*“Después de examinar la documentación aportada por la licitadora en lo relativo a la constitución de la garantía definitiva, consta un justificante de banca electrónica, firmado por el licitador, que acredita la orden de transferencia de 2 de julio de 2018 (último día de plazo) del importe exigido en concepto de garantía a la cuenta del Ayuntamiento ERES7220800136133110000197, con la leyenda en el documento justificativo que expide la banca electrónica de la licitadora del Banco de Santander “Este justificante es provisional y carece de toda validez sin una autenticación explícita del banco”.*

*Ante esta circunstancia, y dado que no consta resguardo acreditativo de su constitución en efectivo en la Caja o establecimientos públicos equivalentes de la Entidad local (Láncara) contratante ante la que debe producir efectos, la alcaldía del Ayuntamiento con fecha 4 de julio de 2018, y a los efectos de conocer la fecha real de constitución de la garantía, remite oficio a la sucursal de Abanca de A Pobra de Sano Xiao, interesando certificación de la fecha de constitución de la garantía definitiva por parte de Ascán Empresa y de Gestión, SANA.*

*La directora de la sucursal certifica que el ingreso del aval para responder del contrato de RSU realizado por la mercantil requerida es de 3 de julio de 2018, un día después de la expiración del plazo otorgado para el cumplimiento del requisito.”*

Para este TACGal es conforme a derecho, sin que se pueda considerar desproporcionado, que el Ayuntamiento hubiera atendido a la fecha en la que el importe de la garantía definitiva fue efectivamente ingresado en su cuenta, pues es en ese momento cuando está constituida la garantía definitiva de optarse por un ingreso en efectivo.

Visto de otra manera, ese es el momento en que tal garantía queda en el círculo de disposición del Ayuntamiento, lo cual no sucede en el rato en que meramente se ordena la transferencia, sino cuando la misma llega a la cuenta de destino.

Como ya expresamos en Resoluciones precedentes, en los trámites que deben cumplimentar los licitadores a lo largo del procedimiento, estos tienen que actuar con la diligencia precisa, previendo el tiempo que requiere perfeccionar o cumplimentar los mismos (por ejemplo, Resolución TACGal 3/2018). En caso de que se optara por el

ingreso en efectivo, debe tomar sus decisiones para que el mismo se ponga en efectiva disposición del órgano antes de que termine el plazo, sin que exista oscuridad en los pliegos que, en definitiva, siguen lo marcado por el TRLCSP.

Por otro lado, no cabía aquí enmienda puesto que el extemporáneo fue el requisito substantivo, el ingreso de la garantía definitiva, no la justificación documental de un requisito que ya existía dentro de plazo, como se alude en los informes 48/2002 de la Junta Consultiva de Contratación del Estado y de 8/2017 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

A estos efectos, me los explicaba en nuestra Resolución 19/2018:

*“La segunda, que la ley, el TRLCSP, en el art. 151.2, establece expresamente el efecto y consecuencia que esto implica (también el punto 8.2 PCAP):*

*“De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo, se entenderá que el licitador retiró su oferta, procediéndose en cuyo caso a solicitar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que quedaran clasificadas las ofertas.”*

*Por lo tanto, siendo este recurso de carácter revisor, y observado que el órgano de contratación aplica por consecuencia que la norma establece al supuesto de hecho de no presentarse en plazo la documentación, no cabe sino rechazar el recurso presentado.*

*ES cierto que, como expresamos en la resolución TAGCal 12/2018 – para evitar equívocos, referido al otro momento tramitacional del procedimiento de contratación, sin un mandato legal ni contractual expreso sobre las consecuencias-, el artículo 151.2, fue objeto de interpretación diversas tanto por los Tribunales administrativos de contratación como por diversas Juntas consultivas en sus informes, sea respecto a la posibilidad de ampliación de los plazos fijados, sea sobre si es o no posible la concesión por el órgano de contratación de un trámite de enmienda, en caso de errores u omisiones en la documentación presentada .*

*Ahora bien, dado que el caso que se nos somete no incluye decisiones de ese cariz, ni son propias del supuesto, puesto que no estamos hablando de que se había presentado documentación con posibilidades de ser subsanada, sino de la ausencia – reconocida- de presentación de la misma, sin que se hubiera pedido ni adoptado ninguna ampliación, que además no supliría que lo que faltaba era la constitución de la garantía y no simplemente la mera aportación documental, hace que el principio de congruencia y carácter revisor de este recurso especial exijan que constatada la*

*existencia del supuesto recogido en el artículo 151.2 y que la decisión impugnada solo decreta lo que en el mismo se recoge, procede la desestimación del recurso.”*

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN S.A. contra el acuerdo del Ayuntamiento de Láncara de exclusión de esa licitadora por entender retirada su oferta en la contratación de un servicio de limpieza viaria y de la recogida de residuos en dicho municipio, el transporte a la estación de transferencia ubicada en el municipio y el lavado y mantenimiento de los colectores de ese Ayuntamiento.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, 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.