**Recurso nº 19/2020**
**Resolución nº 350/2020**

# RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid a 5 de marzo de 2020

**VISTO** el recurso interpuesto por D. D. S. R., en representación de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por la Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias (en adelante, SEIASA) para contratar las obras de construcción del "*Proyecto de modernización de las infraestructuras de riego del canal de Monegros. C.R. Orillena. Fase I y Fase II (Huesca)",* este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

## ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.** El Consejo de Administración de SEIASA convocó mediante anuncio publicado el 6 de noviembre de 2019 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, 11 de noviembre de 2019 en el Diario Oficial de la Unión Europea, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de las obras de construcción del *"Proyecto de modernización de las infraestructuras de riego del canal de Monegros. C.R. Orillena. Fase I y Fase II (Huesca)",* con un valor estimado del contrato de 11.619.747,99 euros.

**Segundo.** La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

**Tercero.** Finalizado el plazo de presentación de las proposiciones, la mesa de contratación en sesión de 13 de diciembre de 2019- apertura del Sobre 1 "*Documentación previa",* acuerda la exclusión de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., constatado que el documento original acreditativo de la constitución de la garantía provisional exigida en la Cláusula 6.5.2, A), iv) del PCAP, había sido aportado por dicha mercantil en el Sobre 2 correspondiente a la *"oferta ponderable mediante la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor",* cuando, de acuerdo con lo establecido en la citada cláusula del PCAP, dicho documento original debía de incluirse en el Sobre 1. En consecuencia, considerando que la garantía provisional aportada por la mercantil había sido incorrectamente incluida en el Sobre 2, acordó su exclusión de la licitación.

**Cuarto.** Con fecha 3 de enero de 2020 la mercantil OBRASCON HUARTE LAIN S.A. presenta recurso especial en materia de contratación contra su exclusión-, solicitando la nulidad del acuerdo de exclusión al considerar que dicha exclusión es contraria al ordenamiento jurídico públicas y que se trata de un error material, con retroacción de las actuaciones al momento en que se procedió a la exclusión de la oferta presentada por la recurrente, acordando la subsanación del referido error material y, en consecuencia, la inclusión de la oferta de la recurrente para su oportuna valoración.

**Quinto.** De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 8 de enero de 2020.

**Sexto**. Interpuesto el recurso, con fecha 28 de enero de 2020, se acuerda por la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación del mismo, la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP.

**Segundo.** Se interpone el recurso especial contra el Acuerdo de exclusión de la mercantil recurrente del presente procedimiento de contratación, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2.letra b) LCSP.

**Tercero.** La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado.

**Cuarto.** La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.d) LCSP

**Quinto.** Se impugna en este recurso especial, la exclusión de la mercantil recurrente del procedimiento de contratación, manifestando su discrepancia contra el acuerdo de su exclusión, argumentando que:

1.- "*La aportación "física" del original de la garantía provisional, en el SOBRE 2 en vez de en el SOBRE 1 se trata de un error material subsanable. Dicho error ha sido inducido por la contradicción existente entre el PCAP y el CUADRO RESUMEN."*

2.- "*La aportación "física" del original de la garantía provisional es una medida o instrumento adicional y complementario."*

3.- "*Dicho error, no vulnera el carácter secreto de la proposición, ni la igualdad entre licitadores."*

4.- "*El error material de haber introducido "físicamente" en un Sobre en vez de en otro el original de la garantía provisional, no produce desigualdad alguna entre los licitadores ni influye de ningún modo alguno en la adjudicación del contrato, siendo excesiva la medida de exclusión del licitador.*"

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo dispone que:

*"(…) atendiendo a la doctrina asentada por el Tribunal Supremo, el error cometido por el licitador no puede calificarse como mero error material. (…) Pues bien, de la antedicha doctrina se desprende que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho se requiere que concurran , entre otras circunstancias (i)*

*que se trate de simples equivocaciones elementales, que no se produzca una alteración fundamental del sentido del acto y que no genere la anulación o revocación del mismo. Es evidente que estas tres circunstancias no concurren en el supuesto que nos ocupa, pues no constituye un error elemental, la apreciación del supuesto error implicaría un cambio de sentido de la resolución acordada, debiendo, en caso de apreciarse, revocar el acto que ahora se recurre."*

(…)

*De los argumentos expuesto por la recurrente, parece deducirse que el término "junto con" ha sido el que le ha inducido a incluir erróneamente la garantía provisional en el Sobre 2, considerando que la interpretación que debe darse a tal expresión es que la oferta técnica y la garantía debían incluirse en el mismo sobre. Sin embargo, la previsión incluida en el apartado 16 del Cuadro Resumen se hizo en el sentido de que ambos documentos debían de presentarse de forma física.*

*Por tanto, no nos encontramos ante una contradicción, sino ante un error de interpretación del antedicho término. Pues bien, una interpretación sistemática e integradora de los apartados que la recurrente califica de contradictorios, no le hubiera conducido a error. Pero aun en el caso de que el licitador tuviera dudas interpretativas, el principio de prudencia aconseja, en situaciones como la que nos ocupa, efectuar la correspondiente consulta. En efecto, en muchas ocasiones la extensión y contenido de los pliegos puede inducir a errores por lo que, con la finalidad de garantizar la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación, la Cláusula 6.2 del Pliego de Condiciones (en igual sentido que el artículo 138.3 de la LCSP), permitía a los licitadores solicitar a este organismos cuantas consultas y aclaraciones estimaran por convenientes, siendo las respuestas dadas* vinculantes y públicas, al incluirse en el correspondiente Perfil del Contratante.

*(…)*

*Sentado todo lo anterior, resulta claro la necesidad de incluir en sobres separados y lacrados, los documentos correspondientes a la documentación previa (garantía provisional) y la oferta técnica.*

*(…)*

*Por lo tanto, la falta de presentación del documento original de la garantía provisional en los términos regulados en el Pliego resulta determinante, pudiendo, como en el caso que nos ocupa, constituir su incumplimiento causa de exclusión.*

*(….)*

*Pues bien, la vulneración de la obligación que esta entidad tiene respecto del carácter secreto de las proposiciones se conculca por el mero hecho de proceder a la apertura del Sobre 2 en un momento procedimental inadecuado y no por la circunstancia que apunta la recurrente.*

*(…)*

*Sin perjuicio del parecer de ese Tribunal al que tengo el honor de dirigirme, la inadecuada inclusión de la garantía provisional por parte de la recurrente en el Sobre correspondiente a los criterios ponderables mediante un juicio de valor, tiene como efecto directo su exclusión, tal y como tiene manifestado diferentes Juntas Consultativa que han tenido la ocasión de abordar este asunto (entre otras cabe citar el Acuerdo 8/2009 de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación de Madrid, el Informe 20/2008, de 27 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía, el Informe 43/2002, de 17 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado). Asimismo, los argumentos jurídicos expuestos a lo largo del presente informe, tiene su fundamento en las Resoluciones emitidas por los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales que señalamos a continuación: Resolución 47/2014, de 2 de julio del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, Resolución 28/2012, de 26 de marzo de 2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 771/2016, de 30 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

*Finalmente cabe señalar que, a juicio de este Presidente, resulta materialmente imposible para el licitador proceder a la subsanación del error cometido, pues ello hubiera implicado proceder anticipadamente a la apertura del Sobre 2, o en su caso, el otorgamiento de una*

*nueva garantía, que irremediablemente hubiera tenido fecha posterior a la fecha límite de presentación de proposiciones. (…)"*

**Sexto.** Vistas las alegaciones de las partes, ha de analizarse la cuestión controvertida que no es otra que la conformidad a derecho del acuerdo que excluye a la licitadora recurrente por haber incluido en el Sobre 2 el documento original de la garantía provisional que debía haberse incluido en el sobre 1.

Para el análisis de la cuestión, debemos partir del valor vinculante de los pliegos, auténtica lex contractus, con eficacia jurídica, no sólo para el órgano de contratación, sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, y, particularmente, para las empresas licitadoras (téngase en cuenta, entre otras, la Resolución 408/2015).

Es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta.

Sentado lo anterior, hemos de analizar cómo contemplan los pliegos la presentación del documento original de la garantía provisional, teniendo en cuenta que el cuadro de características forma parte del PCAP.

El apartado 16 del Cuadro-Resumen del PCAP indica:

*"Las proposiciones se presentarán por medios electrónicos:*

*Página web: www.seiasa.es* *perfil de*
*Expediente ND-221802-EO-AR-19*

*Fecha: 3 de diciembre de 2019, a las 14:00 horas*

*El Sobre 2, oferta técnica, adicionalmente, se presentará en formato digital y en papel, por medios físicos, junto con el documento original de la garantía provisional constituida o del depósito de la misma en las oficinas de SEIASA en Madrid, sitas en: (…)"*

Por su parte, la Cláusula 6.5.2. del PCAP, sobre el contenido de las proposiciones, dispone:

*(…)*

*A. SOBRE 1: DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS*

*(…)*

*iv. Garantía provisional*

*De haberse exigido la constitución de garantía provisional en el Apartado 6 del Cuadro Resumen, se aportará por el licitador el documento original, acreditativo de la garantía constituida, de conformidad con los modelos establecidos en los Anexos III y IV.*

*A tal efecto, el licitador remitirá físicamente, bien presencialmente, bien mediante correo certificado a SEIASA, el documento original acreditativo de la constitución de la garantía provisional, en la dirección que figura en el Apartado 16 del Cuadro Resumen, antes de las 14:00 horas de la fecha límite de presentación de proposiciones que figura en el citado Apartado 16 del Cuadro Resumen. En este último caso deberá justificarse la fecha y hora de imposición del envío en la oficina de correos y anunciarse en el mismo día a SEIASA, en la dirección indicada a tal efecto en el Apartado 16 del Cuadro Resumen, mediante correo electrónico dirigido a m.hernandez@seiasa.es, en el que se consigne la clave, título completo del expediente y nombre del licitador. A efectos de justificar que el envío por correo se hace dentro de la fecha y hora señaladas como límite para la presentación de la garantía provisional, se admitirá como medio de prueba que el documento referido indique el número del certificado del envío hecho por correo."*

Pues bien, hemos manifestado en anteriores ocasiones (Resoluciones 49/2011, de 24 de febrero y 510/2014, de 4 de julio) que los contratos públicos son, ante todo, contratos, y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la LCSP, y, caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, acudiendo el Tribunal, a estos efectos, al criterio de interpretación literal si los términos del contrato son claros (artículo 1.281 del Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica (Resoluciones 199/2014, de 11 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo), *"sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar*

*a los licitadores"* (Resoluciones 173/2014, de 28 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo, entre otras).

En el presente supuesto, aun cuando es cierto que en el apartado B) de la Cláusula 6.5.2, que establece el contenido del Sobre 2, no incluye la obligación de aportar en dicho sobre 2 el documento original de la garantía provisional, lo cierto es que este Tribunal aprecia falta de claridad en la redacción de los pliegos, ya que el apartado 16 del Cuadro de Características cuando indica que: *"(…) El Sobre 2, oferta técnica, adicionalmente, se presentará en formato digital y en papel, por medios físicos, junto con el documento original de la garantía provisional constituida o del depósito de la misma en las oficinas de SEIASA en Madrid, sitas en: (…)"* puede inducir a confusión, al dar a entender que el documento original de la garantía provisional ha de acompañarse junto con la oferta técnica.

Expuesta la falta de claridad de los pliegos, ello es suficiente para entender que la exclusión de la recurrente resulta una medida desproporcionada, lo cual nos conduce a la estimación del recurso.

Existe asimismo, un segundo argumento que determina la estimación del recurso interpuesto y, es el relativo a la posibilidad de subsanación de la proposición de la mercantil recurrente.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo respecto a la posibilidad de subsanar las proposiciones (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) 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.*

*Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia."*

En reiteradas ocasiones este Tribunal se ha manifestado sobre los defectos que tienen naturaleza subsanable, así en la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señalamos: *"En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación,*

*debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)."*

En el supuesto analizado, el órgano de contratación señala en su informe preceptivo que *"a la vista de la documentación física presentada por OHL, la Mesa de Contratación pudo comprobar que el citado licitador había incluido el documento original acreditativo de la constitución de la garantía provisional en el Sobre 2 correspondiente a la "oferta ponderable mediante la aplicación de criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor" (…)*

En tales circunstancias, este Tribunal considera que, dado que la empresa recurrente afirma que el documento original se encuentra en el sobre 2, debe aplicarse la doctrina antes expuesta sobre el principio antiformalista, respecto de la subsanación de la documentación administrativa, cuando se incluye algún documento en otro de los sobres que forman parte del procedimiento de licitación.

En consecuencia, consideramos que debe estimarse el recurso, y que debe anularse la decisión de exclusión a los solos efectos de que el órgano de contratación proceda a la apertura del Sobre 2 y, a la vista de su contenido, dicte una nueva resolución en la que, bien proceda admitir la oferta de la mercantil recurrente, bien la excluya, previa posibilidad, si fuera el caso, de subsanación de los defectos advertidos que tengan la naturaleza de subsanables.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. D. S. R., en representación de OBRASCON HUARTE LAIN S.A., contra su exclusión de la licitación convocada por la Sociedad Mercantil Estatal de Infraestructuras Agrarias (en adelante, SEIASA) para contratar las obras de construcción del "*Proyecto de modernización de las infraestructuras de riego del canal de Monegros. C.R. Orillena. Fase I y Fase II (Huesca)",* en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de la presente resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

**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 58.2 de la LCSP.

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 de 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.