



Roj: **STSJ AS 1546/2016 - ECLI: ES:TSJAS:2016:1546**

Id Cendoj: **33044330012016100443**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **30/05/2016**

Nº de Recurso: **459/2015**

Nº de Resolución: **431/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA OLGA GONZALEZ-LAMUÑO ROMAY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**RECURSO: PO 459/15**

RECURRENTE: D. Leon

PROCURADOR: D. LUIS ALVAREZ FERNANDEZ

RECURRIDO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

CODEMANDADO: CONSEJERIA DE BIENESTAR SOCIAL Y VIVIENDA

REPRESENTANTE: LETRADO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

### **SENTENCIA**

Ilmos. Sres.:

Presidente:

**D. Luis Querol Carceller**

Magistrados:

**D. Antonio Robledo Peña**

**D<sup>a</sup> Olga González Lamuño Romay**

En Oviedo, a treinta de mayo de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente *sentencia* en el recurso contencioso administrativo número 459/15 interpuesto por D. Leon , representado por el Procurador D. Luis Alvarez Fernández, actuando bajo la dirección Letrada de D. Raúl Bocanegra Sierra, contra el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, representado por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, siendo parte codemandada la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos. Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrado D<sup>a</sup> Olga González Lamuño Romay.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia en la que estimando el recurso interpuesto, revoque la resolución



recurrida por no estar ajustada a derecho, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

**SEGUNDO.-** Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

**TERCERO.-** Conferido traslado a la parte codemandada para que contestase a la demanda lo hizo en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

**CUARTO.-** Por Auto de 13 de enero de 2016, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

**QUINTO.-** No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo del presente el día 26 de mayo pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los trámites prescritos en la ley.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** Se impugna por el recurrente en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución de fecha 30 de marzo de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales por la que se desestima el recurso por él interpuesto contra el acuerdo de exclusión de la licitación del contrato de "Servicio de Atención Infantil Temprana en las Areas de Servicios Sociales VI, VII y VIII", adoptada el 18 de febrero de 2015, por la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias. Con la demanda presentada se solicita se dicte Sentencia por la que:

a) Estime el recurso contencioso-administrativo.

b) Declare nula, anule o revoque y deje sin efecto la resolución de 30 de marzo de 2015 del TACRC y el acuerdo de 18 de febrero de 2015, de la Mesa Permanente de Contratación de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, por el que se le excluye de la licitación.

c) Condene a la Administración del Principado de Asturias a tener por presentada la documentación requerida al actor y a adjudicar a su favor el contrato de "Servicio de Atención Infantil Temprana en las Areas de Servicios Sociales VI, VII y VIII" (lotes 2 y 3).

d) Imponga las costas a la parte demandada.

Pretensiones éstas a las que se opone la Administración demandada, Principado de Asturias, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

**SEGUNDO .-** Para la adecuada resolución de la cuestión controvertida es necesario partir de los siguientes hechos: Con fecha 24 de septiembre de 2014, se publicó en el BOPA el anuncio de licitación del contrato de servicio de Atención Infantil Temprana en las Areas de Servicios Sociales, VI, VII y VIII, presentando el ahora recurrente oferta a los lotes 2 y 3; por Resolución de fecha 19 de noviembre de 2014, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda se adjudican los lotes número 1, número 2 y número 3 a Antonio Corripio Servicios, S.L., al haber realizado la proposición económica más ventajosa; por Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Recursos Contractuales de fecha 20 de enero de 2015, se acuerda retrotraer el procedimiento de adjudicación al momento en que estime la mesa incurrió en una infracción del artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dado que el Tribunal considera que la documentación a que se refiere el número 2 del citado artículo no puede ser objeto de subsanación, por lo que la mesa debió entender retirada la oferta del licitador a cuyo favor se había propuesto la adjudicación, proponiendo la Mesa de Contratación mediante acuerdo de 30 de enero de 2015, elevar la adjudicación del contrato a favor de Leon, para que por el órgano de contratación se requiera la presentación de la documentación a que se refiere la cláusula 2.3.2, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, acordando el 18 de febrero de 2015 la Mesa Permanente de Contratación excluirle, dado que examinada la documentación presentada en plazo resulta que según consta en certificado de la Tesorería General de la Administración del Principado de Asturias, las garantías constituidas para cada uno de los lotes (2 y 3) lo son por importe inferior al requerido en noventa céntimos, no tratándose de un requisito subsanable; interponiéndose contra el mismo recurso especial en materia de contratación que al ser desestimado da



lugar a la interposición del presente recurso jurisdiccional. Se alega por la recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria que si bien la falta de constitución, total o parcial de la garantía no es subsanable, a la vista del mínimo error o defecto entraría en juego el principio de proporcionalidad, toda vez que entiende que en la fase de presentación de la documentación por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no existe un trámite de subsanación, que de existir permitiría al licitador presentar tardíamente la garantía tras no haberla constituido en plazo, o aportar cualquier otra documentación inicialmente omitida, pero el supuesto que aquí se plantea es otro, ya que el licitador sí constituyó la garantía y por un importe prácticamente idéntico al requerido por la Administración, solo se diferencia de él en un 0,008 % al haber olvidado la entidad bancaria incluir los céntimos.

Planteados en tales términos la presente controversia jurisdiccional señalar que el presente recurso parece que ha quedado sin objeto tras haber sido dictada Sentencia en los recursos acumulados nºs. 237 y 242/15 , estimándose el recurso presentado por Antonio Corripio Servicios, S.L., contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Recursos Contractuales de 20 de enero de 2015, que acordaba retrotraer el procedimiento de adjudicación al momento en que estime la mesa incurrió en una infracción del art. 151 del TRLCSP, dado que el mismo consideraba que la documentación a que se refiere el nº 2 del citado artículo no puede ser objeto de subsanación, por lo que la mesa debió entender retirada la oferta del licitador a cuyo favor se había propuesto la adjudicación, señalando la mencionada Sentencia que: "SEGUNDO.- Como pone de manifiesto la resolución impugnada, la controversia se circunscribe a determinar la conformidad a derecho del plazo que le fue conferido al licitador que hizo la oferta más beneficiaria a fin de que acreditara que dispone de los medios humanos que se había comprometido aportar para llevar a cabo la contratación a cuya adjudicación participaba.

El Letrado del Principado de Asturias aduce contra la resolución impugnada que frente a la adjudicación de un contrato debe prevalecer una interpretación antiformalista y cita una sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 6 de julio de 2014 , así como informes de las Juntas Consultivas de Contratación de las Comunidades de Madrid, Cataluña, Aragón e informes de la del Estado que estima contrarios a la resolución impugnada y por su parte, el otro recurrente, aduce que cumplimentó correctamente el requerimiento que se le hizo a fin de que acreditase los medios personales de los que dispone para llevar a término la contratación que se le adjudicaba y una resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de 25 de junio de 2014 en la que apoya su alegación.

A ello tenemos que decir que la sentencia del Tribunal Supremo que se cita no aparece en la Base de Datos del CENDOJ, más no obstante, el extracto que de la misma se hace en relación a varias sentencias, la más moderna de 12 de septiembre de 2001 , en ningún caso pueden hacer aplicación del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para referirse a los apartados del artículo 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , relativos al cumplimiento de los trámites en el procedimiento administrativo.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su reforma de 30 de marzo de 2012 viene a reconocer que no es de aplicación al caso de autos el citado artículo 76 de la Ley 30/92 al disponer de una regulación propia la contratación pública, si bien pudiera ser de aplicación la posibilidad de subsanar la documentación exigida, si presentada dentro del plazo otorgado, adoleciera de algún defecto subsanable, como régimen subsidiario aplicable al TRLCSP, siempre que los defectos subsanables no afecten a la acreditación de los requisitos exigidos.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe emitido el día 6 de julio de 2011, hace aplicación del artículo 135 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público , en el que se contiene una regulación similar a la del artículo 152 del TRLCSP y estima que a los efectos de subsanación son aplicables los artículos 71 y 76 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, criterio, se dice, que sigue también la Junta Consultiva de Consolidación de la Comunidad de Madrid, en su resolución de 25 de junio de 2014, en la que se afirma que el requerimiento de acreditar los medios de los que se dispone debe de cumplimentarse dentro del plazo de diez días, haciendo aplicación del artículo 76.2 de la Ley 30/1992 como supletoria, a fin de tener por subsanados los defectos puestos de manifiesto en el requerimiento, relativos al cumplimiento de la acreditación de disponer de los medios adecuados para el cumplimiento del contrato, en aplicación del principio de proporcionalidad en relación a los defectos formales fácilmente subsanables, relativos a la acreditación de tales requisitos, no de su existencia, criterio que se ha seguido en los supuestos anteriormente examinados.

TERCERO.- En el supuesto de autos nos encontramos ante un supuesto similar al examinado por el Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad de Madrid, toda vez que a la entidad adjudicataria del contrato



se le requirió el día 20 de octubre de 2014 que aportara la documentación prevista en la cláusula 2.3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por plazo de diez días, y una vez examinada la misma, como se limitara a manifestar en una hoja resumen que dispone de los medios personales y materiales suficientes para ejecutar el contrato, sin acompañar documento alguno que permitiera la constatación de tales medios, ni si cumplen los requisitos de titulación y experiencia exigidos, el día 11 de noviembre de 2014, se informó verbalmente a los demás licitadores y se le otorgó al adjudicatario un nuevo plazo de tres días hábiles para que subsanara dicho requerimiento, trámite que se estimó cumplimentado el día 18 del mismo mes, a la vista de la documentación aportada, elevándose al órgano de contratación la propuesta de adjudicación.

CUARTO.- En la resolución impugnada se recoge que, conforme a las cláusulas administrativas, no es necesario acompañar a la documentación del sobre N° 1 la adscripción de los medios materiales y humanos de los que se dispone, sino solo el compromiso de adscribir tales medios, siendo precisa su acreditación, una vez determinada la oferta más beneficiosa por el postor de la misma a quien se requerirá, por plazo de diez días, para que acredite que dispone de dichos medios, más incumplido dicho requerimiento en legal forma, en la Ley no se prevé ningún otro plazo de subsanación.

Así, resulta del contenido de los artículos 64.2 y 146.1 del citado Real Decreto Legislativo 3/2011, que los participantes en una licitación contractual deberán de hacer constar en los pliegos de licitación que disponen de los medios materiales y personales para poder llevar a buen término la ejecución del contrato a cuya licitación participan, siendo requerido para justificar que cumple dichos requisitos el postor que resulte adjudicatario como titular de la oferta más beneficiosa, por plazo de diez días, que de no cumplimentar el requerimiento practicado se le tendrá por retirado de la oferta, artículo 151.2 del citado Real Decreto Legislativo.

Como expusimos en el Fundamento de Derecho Tercero, el requerimiento practicado no se cumplimentó en sus propios términos al limitarse a reiterar que disponía de los medios materiales y personales para llevar a cabo la ejecución del contrato, más transcurrido el plazo del requerimiento y, en el caso de autos, además el plazo de tres días que se le otorgó posteriormente para cumplimentarlo, antes de proceder a estimar que el licitador se apartó o retiró su oferta como lo entiende el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la resolución impugnada, debió de hacer aplicación de las previsiones que se contienen en el artículo 76.3 de la Ley 30/1992, de aplicación general a todo procedimiento administrativo en el que se prevé, no obstante, el incumplimiento del requerimiento en plazo, darlo por cumplimentado si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en que se tenga por transcurrido el plazo, como lo entendió la Mesa de Negociación y la Administración del Principado de Asturias".

Es por ello que tras la mencionada Sentencia que estimó el recurso haría innecesario entrar al examen del presente, pero dado que la misma no es firme al poder interponerse contra ella recurso de casación, es por lo que procede declarar la desestimación del presente recurso, dado el momento en que el propio recurrente reconoce que es cierto que en esta fase del expediente, que no es la de presentación de proposiciones sino la de presentación de la documentación por parte del licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no existe un trámite de subsanación sino que aquí no se trata de un incumplimiento del requisito de acreditar la constitución de la garantía, sino de un error de mínima entidad en la constitución de la misma que se reduce a no haber ingresado los céntimos, entrando en juego los principios de buena fe y confianza legítima, ahora bien, reconocida de esta forma la imposibilidad de subsanación así como la falta de subsanación del defecto de la presentación de la garantía, procede la desestimación del recurso al afectar a la seguridad jurídica que quedará al arbitrio de las Mesas de Contratación y de los Tribunales Administrativos de Recursos el entrar a valorar, en base a la proporcionalidad, el mencionado incumplimiento.

**TERCERO.** - En materia de costas procesales, no procede hacer expresa imposición de las mismas, dada la escasa cuantía de la diferencia objeto de la controversia y las posiciones divergentes en orden a la subsanación, de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley 29/98, reguladora de esta Jurisdicción.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Alvarez Fernández, en nombre y representación de D. Leon, contra la Resolución de fecha 30 de mayo de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, estando representada la Administración demandada, Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, por el Letrado de sus Servicios Jurídicos D. José María Estrada Janariz, resolución que se confirma por ser ajustada a Derecho. Sin hacer expresa imposición de costas procesales.



Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION PARA UNIFICACION DE DOCTRINA en el término de TREINTA DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ