



**INFORME 1/2008, DE 4 DE ABRIL, SOBRE SUBSANACIÓN DE DEFECTOS EN EL RESGUARDO ACREDITATIVO DE LA GARANTÍA PROVISIONAL.**

**ANTECEDENTES**

El Director Gerente del IVIMA dirige a esta Junta Consultiva el siguiente escrito:

*En diversos expedientes de contratación licitados por el Organismo mediante procedimiento abierto se ha producido la siguiente circunstancia:*

*1º. La Mesa de Contratación, reunida para la calificación de la documentación administrativa presentada por los licitadores, detecta que en un aval no figura el bastateo de poderes realizado por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, sino por la Abogacía del Estado.*

*La fecha que figura en el documento es correcta (anterior a la fecha límite para presentación de ofertas).*

*2º. La Mesa acuerda conceder un plazo de subsanación de esta deficiencia de 5 días naturales.*

*3º. La empresa licitadora presenta de nuevo el aval, esta vez con el bastateo realizado por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Hacienda, pero la fecha que figura en esta ocasión en el documento es posterior al cierre de recepción de ofertas.*

*4º. La Mesa acuerda la exclusión del licitador, y tras la apertura en acto público de las ofertas, la empresa excluida, en el plazo de 2 días concedido para formular alegaciones, presenta de nuevo el documento de aval (con el mismo nº de resguardo), ya con la fecha correcta (dentro del plazo de presentación de proposiciones).*

*Por todo lo expuesto, se formula consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos: si se considera adecuado conceder a los licitadores un plazo de subsanación de deficiencias existentes en las garantías provisionales constituidas mediante aval, y adicionalmente, si procede la admisión de un licitador cuya garantía presenta una fecha posterior al cierre de las ofertas, pero el crédito de dicho aval estaba retenido con anterioridad a dicha fecha límite.*

*Se ruega a esa Junta Consultiva, emita el correspondiente informe, para poder continuar la tramitación de los expedientes.*

Al escrito acompaña los documentos correspondientes al aval bancario constituido el 19 de diciembre de 2007, bastantado por la Abogacía del Estado y al aval bancario bastantado por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Hacienda de 4 de enero de 2008 y el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

### **CONSIDERACIONES**

1.- Entre las funciones de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se encuentra la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, correspondiendo su ejercicio a la Comisión Permanente, según dispone el artículo 44 del mismo.

Con carácter previo al estudio de la pregunta formulada por el Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA) es necesario recordar que la Junta, en el ejercicio de sus funciones, no debe pronunciarse sobre expedientes de contratación concretos ni sustituir facultades que correspondan a órganos específicos, como la Mesa de contratación, a quien corresponde la calificación de las proposiciones, de forma motivada. No obstante, por el interés que puede suscitar la consulta para los órganos de contratación de la Comunidad de Madrid ante supuestos similares, se estima conveniente la emisión de informe.

Este informe no es preceptivo ni vinculante y se emite sin perjuicio de la decisión que corresponde adoptar a la Mesa de contratación del IVIMA.

2.- El IVIMA es un organismo autónomo de carácter comercial que en su contratación se encuentra sometido a lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y normativa de desarrollo, así como a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas y en el de prescripciones técnicas particulares del contrato.

3.- Respecto a la primera cuestión planteada por el IVIMA, sobre si es adecuado conceder un plazo para la subsanación de deficiencias de la garantía provisional,

constituida mediante aval bastantado por Abogado del Estado en lugar de haberlo sido por el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda, se solventa con lo dispuesto en el artículo 19.2 del RGCCPM, correlativo al artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre, al establecer respecto a la calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables, que si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, se comunicará a los interesados a que afecten, concediéndoles un plazo no superior a cinco días naturales para que los corrijan o subsanen, o para que presenten aclaraciones o documentos complementarios.

En el supuesto planteado, el licitador ha presentado el resguardo acreditativo de haber constituido la garantía provisional dentro del plazo establecido, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 79 de la LCAP y en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato, si bien adolece de un defecto formal dado que el bastanteo no se efectuó por el Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda, como establece el modelo de aval que recoge el anexo V del citado pliego, sino por el Abogado del Estado.

De la regulación reglamentaria de la subsanación de defectos se desprende claramente que la concesión del plazo de subsanación no es una facultad de la Mesa sino un trámite de obligado cumplimiento, siempre que los defectos u omisiones en la documentación presentada sean subsanables.

No obstante, sigue siendo discrecional por parte de la Mesa determinar que defectos son subsanables o no, puesto que el Reglamento no lo determina expresamente. Si bien cabe mencionar a este respecto el criterio mantenido reiteradamente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la existencia de defectos subsanables en sus informes, entre otros, 25/02, de 17 de diciembre, 35/02, de 17 de diciembre, 48/02, de 28 de febrero de 2003, 27/04, de 7 de junio y 36/04, de 7 de junio, donde manifiesta que, sin poder establecer una lista exhaustiva de los mismos, ha de considerarse que revisten tal carácter los que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento.

Igualmente se ha manifestado esta Comisión Permanente sobre los defectos que tienen carácter subsanable en la recomendación 2/2002, de 5 de junio, sobre el funcionamiento de las Mesas de contratación y en el informe 4/2007, de 31 de mayo, sobre consulta en relación con una proposición económica defectuosa y documentación administrativa subsanada fuera de plazo, donde se cita la tendencia jurisprudencial a favorecer la posibilidad de subsanación de defectos de las ofertas, con el fin de no limitar inútilmente la concurrencia de licitadores. A estos efectos, conviene hacer especial

mención de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 26 de enero y de 13 de julio de de 2005, que en concreto se pronuncian sobre la improcedencia de exclusión de licitador por defectos en aval. La primera de ellas se refiere a un supuesto de exclusión por defecto en el bastateo del aval que fue subsanado en fecha posterior a la presentación de ofertas sobre el que la sentencia en su considerando tercero concluye con “la inequívoca subsanabilidad de deficiencias documentales como la aquí controvertida” y estima el recurso contra la decisión de exclusión de la Mesa de contratación .

La calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en el artículo 79 de la LCAP y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

En consecuencia y de conformidad con lo previsto en los artículos 81.2 del RGLCAP y 19.2 del RGCPCM, el defecto consistente en haber sido bastateado el aval por el Abogado del Estado, en lugar de por el Servicio Jurídico en la Consejería de Hacienda, se considera por esta Comisión susceptible de subsanación, ya que se ha aportado resguardo acreditativo de la garantía provisional y el documento de constitución cumple con los requisitos esenciales e indispensables establecidos en al artículo 35.1 b) de la LCAP.

4.- En relación a la segunda cuestión formulada, sobre si procede la admisión del licitador cuyo aval subsanado se presenta con fecha posterior a la finalización del plazo de presentación de ofertas, se puntualiza que el defecto del bastateo fue considerado subsanable por la Mesa de contratación, y el aval debidamente bastateado por el letrado del Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda, tenía que presentarse dentro del plazo máximo de 5 días naturales que le concediese la Mesa para la subsanación, como establece el artículo 19.2 del RGCPCM.

Según la documentación aportada, el aval constituido para garantizar la ejecución del contrato fue rectificado y presentado a la Mesa de contratación dentro del plazo concedido para subsanación. No obstante, en este segundo documento la entidad bancaria hace constar la fecha en que lo emite, que se encuentra dentro del plazo de subsanación de defectos pero lógicamente posterior al plazo de presentación de ofertas, puesto que se realiza en fase de subsanación.

El artículo 20.5 del RGCPM y su correlativo 83.6 del RGLCAP, establece que la Mesa no puede hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas o el, en su caso, concedido para corrección de defectos u omisiones y aclaraciones o aportación de documentos complementarios. A *sensu contrario*, es claro que el reglamento considera correctamente presentados y admisibles los documentos aportados por los licitadores durante el plazo de presentación de proposiciones e igualmente los que se pudieran aportar durante el plazo de subsanación cuando la Mesa lo hubiera concedido.

En el supuesto analizado, la subsanación fue presentada por el licitador dentro del plazo concedido aportando el nuevo documento de aval expedido por la entidad bancaria, en la fecha en que le fue requerido, por tanto a juicio de esta Comisión queda acreditado que la garantía provisional había sido constituida previamente y subsanado en plazo el defecto formal detectado en la calificación de la documentación.

### **CONCLUSIONES**

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, correlativo al artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Mesa de contratación deberá conceder un plazo no superior a cinco días naturales si se detectan defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada por los licitadores.

2.- Los plazos de admisión de documentación en los procedimientos de adjudicación son los previstos para la presentación de proposiciones y, en su caso, los concedidos por la Mesa de contratación para la subsanación de defectos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20.5 del RGCPM y su correlativo 83.6 del RGLCAP.