



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso 177/2024

Resolución nº 369/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de marzo de 2024.

VISTA la reclamación interpuesta por D. Christiaan Maurits Hen y D. Max Manuel Diez en representación de ASSAIA INTERNATIONAL AG contra los acuerdos de 19 y 23 de enero de 2024, por las que se acuerda su exclusión del lote 2 del procedimiento “*Suministro en estado operativo de un sistema de analítica de video*” con expediente DIE-536/2023, convocado por el Consejo de Administración de AENA, S.M.E., S.A., este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 29 de diciembre de 2023, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público la licitación del contrato de “*Suministro en estado operativo de un sistema de analítica de video convocado por AENA, S.M.E., S.A.*” en el expediente DIE-536/2023 con un valor estimado de 9.795.020,00 euros por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, dividido en 2 lotes.

Segundo. ASSAIA INTERNATIONAL AG (en adelante, ASSAIA), ADB SAFEGATE BVBA e INDRA SISTEMAS, S.A. presentaron proposición en la licitación del lote 2 que nos ocupa.

Tercero. A fecha de 16 de enero de 2024, tras la apertura del archivo correspondiente a la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos se solicita a ASSAIA la subsanación de la garantía provisional aportada al no cumplir las condiciones exigidas en el apartado 11 del Pliego de Cláusulas Particulares (PCP, en lo sucesivo), concediendo para ello plazo de 72 horas.



Cuarto. El trámite de subsanación es cumplimentado por la reclamante, aportando la documentación que estimó precedente.

Quinto. Respecto de la documentación aportada la entidad contratante remite correo electrónico de 17 de enero de que se declara:

“Buenos días, les adjunto lo que nos han enviado desde el Santander. Esto no es un aval bancario ni una garantía como se pedía en el PCP.

En los requisitos del PCP se dice que el aval lo tiene que emitir una entidad con sede en España. El Santander no se hace responsable de nada, tal y como pueden leer en el documento R208929-00....

Pero será la asesoría jurídica la que nos dé el visto bueno para buscar una solución, siendo la transferencia a Bankinter la forma más rápida de solucionarlo”.

Sexto. A fecha de 18 de enero de 2024, la entidad contratante efectúa una ulterior comunicación a la reclamante declarando: *“Buenos días, Seguimos a la espera de la respuesta de la asesoría jurídica. Ampliamos el plazo para subsanar la documentación necesaria hasta el martes 23 de enero a las 12 am”.*

Séptimo. A fecha de 19 de enero de 2024, la entidad contratante comunica a ASSAIA su exclusión de la licitación por no haber aportado la garantía exigida en el PCP.

La exclusión se justifica como sigue:

“En relación con la proposición presentada por Uds. para tomar parte en el concurso correspondiente al expediente DIE-536/2023 titulado ‘SUMINISTRO EN ESTADO OPERATIVO DE UN SISTEMA DE ANALÍTICA DE VIDEO’, les comunicamos que, nuestra Asesoría Jurídica informa que no es posible la subsanación de errores en aquello que no existe de manera indudable, ya que no se ha impuesto una garantía en cualquiera de las formas previstas en los pliegos que rigen la contratación de este expediente, dentro del plazo establecido al efecto”.

En consecuencia, se les excluye del proceso de licitación, debido a que no presentaron la garantía provisional conforme a lo indicado en la cláusula 11 del PCP.



Octavo. La licitadora solicita mediante correo electrónico de 19 de enero de 2024 la reconsideración de la decisión, aportando un documento denominado “*resumen ejecutivo*” en el que se expone la conformidad a derecho de la garantía aportada.

Noveno. La entidad contratante comunica a fecha de 23 de enero de 2024, la confirmación de su decisión de exclusión declarando: “*En contestación a su comunicación presentada el día 22 de enero de 2024, relativa a su exclusión del proceso de licitación del expediente DIE-536/2023 titulado ‘SUMINISTRO EN ESTADO OPERATIVO DE UN SISTEMA DE ANALÍTICA DE VIDEO’, les comunicamos que, previa consulta con la Abogacía del Estado, se mantiene la procedencia de la exclusión ya comunicada*”.

Décimo. El día 9 de febrero de 2024, tiene entrada en el registro de este Tribunal reclamación interpuesta por ASSAIA contra el acuerdo de exclusión del Lote 2 del seno del procedimiento de licitación del contrato antes referido, exponiendo las razones por las que su oferta no debió ser excluida de la licitación. Igualmente se recurre la confirmación de la exclusión.

En concreto formula las siguientes alegaciones:

- Que la resolución que acuerda su exclusión adolece de un defecto de motivación;
- Que en la documentación presentada por la licitadora existe un aval, como una de las formas previstas en el PCP para prestar la garantía provisional;
- Que el aval emitido por Credit Suisse cumple todos los requisitos establecidos en el PCP;
- Que la existencia de un potencial defecto de en la garantía provisional no es motivo de exclusión automática del proceso de licitación;
- La entidad contratante no puede ir en contra de sus propios actos al haber concedido un plazo para la subsanación de la garantía y sin haber transcurrido dicho plazo, decidir la exclusión del proceso de licitación;

Con fundamento en lo anterior solicita:

“1.- La anulación de ambas resoluciones por considerar que el aval presentado por la licitadora cumple todos los requisitos para la licitación y se ordene continuar el proceso de licitación sin la exclusión de esta parte recurrente y hasta la adjudicación de la licitación.

2.- Subsidiariamente y, para el supuesto de que el Tribunal considere que existe algún defecto del aval presentado por esta parte en la licitación, acuerde la anulación de ambas



resoluciones, ordenando se otorgue a la licitadora un plazo para la subsanación de la garantía, plazo cuya duración se estime por los cuatro días que restaban de acuerdo con la decisión de AENA manifestada en correo electrónico de fecha 18 de enero de 2024, a las 1:52 PM horas, hasta la recepción de la notificación de la decisión de exclusión de fecha 19 de enero de 2024. En este caso se solicita la declaración expresa por parte del Tribunal en la resolución que adopte, de que la subsanación de la garantía podrá hacerse en la modalidad de aval o en la modalidad de depósito del importe de la garantía provisional mediante ingreso en la cuenta bancaria de AENA, indicada en el PCP”.

Igualmente solicita la medida cautelar de suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación.

Undécimo. La entidad contratante ha remitido informe en el que expone que la resolución recurrida es conforme a derecho.

Duodécimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 22 de febrero de 2024 acordando la medida cautelar de suspensión del lote 2 del procedimiento de contratación, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), será la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento.

Decimotercero. A fecha de 12 de febrero de 2024, se ha dado traslado de la reclamación a los interesados a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes, habiendo cumplimentado el trámite conferido INDRA SISTEMAS, S.A., solicitando la desestimación de la reclamación.

Decimocuarto. En la tramitación de esta reclamación se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por el vigente Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDL 3-2020), por la LCSP y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La presente reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120.1 del RDL 3/2020, en relación con el artículo 47.1 LCSP.

Segundo. Los actos recurridos son susceptibles de reclamación, conforme a los artículos 119.2.b) y 119.1, en relación con el artículo 1.1. b) y artículo 12, todos del RD 3/2020, al tratarse de un acuerdo de exclusión de un contrato de suministros con un valor estimado superior a 431.000 euros.

Tercero. La reclamante goza de legitimación para impugnar su exclusión, pues ha presentado su oferta en la licitación y ha sido excluida de aquella, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 48 de la LCSP, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 121.1 de la LCSP.

Cuarto. La reclamación se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.c) LCSP.

Quinto. Descendiendo al fondo del asunto planteado, por razones sistemáticas abordaremos en primer lugar el defecto de motivación que se imputa a la exclusión de la reclamante del lote 2.

En el análisis de dicha cuestión partimos de la literalidad del acuerdo de exclusión que obra en el antecedente de hecho séptimo.

Pues bien, de la lectura de la reclamación interpuesta resulta que, tras invocar el defecto de motivación, ésta pasa a examinar las razones que han dado lugar a su exclusión, esto es la falta de garantía en los términos establecidos en el PCP, por lo que no puede sino concluirse que la reclamante tuvo conocimiento de los motivos que llevaron a su exclusión, estando motivada la misma, lo cual conlleva la desestimación de este primer motivo de la reclamación.

Sexto. Sentado lo anterior, la cuestión controvertida se constriñe a determinar si el requisito de aportación de garantía ha sido debidamente cumplimentado por la licitadora reclamante, así como las consecuencias de un eventual defecto en su cumplimentación.

La exigencia de garantía provisional viene impuesta a los licitadores a tenor de la cláusula 11 del PCP, que dispone lo siguiente sobre su forma de constitución:



“4. De la forma de constituir las garantías

La garantía provisional o definitiva podrán, en su caso, prestarse en alguna de las siguientes formas:

a) *En efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP. En caso de efectivo, mediante ingreso en la entidad y cuenta bancaria siguiente:*

BANKINTER a nombre de AENA, S.M.E., S.A. COBROS (A 862 12420)

C.C.C ES1401280899720100009234

Paseo de la Castellana, 29, 28046, MADRID

Expediente nº DIE-536/2023

b) Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezca la LCSP, emitido por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito autorizados para operar en España y con sucursal en Territorio Nacional. Estas entidades deberán tener calificación crediticia (rating) otorgada por una agencia de calificación de, al menos, “BB” en Standard & Poor’s, “Ba2” en Moody’s, “BB” en Fitch o “BB” en Axesor, siempre que el aval supere el importe de 20.000 € por contrato.

c) Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que establezca dicha LCSP, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo y con sucursal en territorio nacional. Estas entidades deberán tener calificación crediticia (rating) otorgada por una agencia de calificación de, al menos, “A-” en Standard & Poor’s, “Baa” en Moody’s, “A-” en Fitch para todas las garantías, siempre que el seguro de caución supere el importe de 20.000 € por contrato.

d) Mediante aval solidario y a primer requerimiento emitido por Sociedad de Garantía Recíproca (S.G.R) autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Función Pública. Las Comunidades Autónomas (Socios protectores) de estas Sociedades deberán tener calificación crediticia (rating) otorgada por una agencia de calificación de, al menos, “BB” en Standard & Poor’s, “Ba2” en Moody’s, “BB” en Fitch o “BB” en Axesor, siempre que el aval supere el importe de 20.000 € por contrato.



Se deberán constituir conforme a los modelos incluidos en los Anexos III y IV del Pliego”.

Con fundamento en estas cláusulas la exclusión de la reclamante se motivó en la falta de la constitución de garantía provisional en una de las formas señaladas en el PCP.

Frente a ello la reclamante invoca que el aval de CREDIT SUISSE Switzerland Ltd aportado como garantía provisional cumplía los requisitos establecidos en el PCP.

En este sentido primero desarrolla que aportó un *“aval bancario elaborado de acuerdo con las REGLAS UNIFORMES GARANTÍAS PRIMER REQUERIMIENTO URDG 758 elaboradas por la Cámara Internacional de Comercio (CCI)”*, considerando que *“no puede decirse que este aval elaborado de acuerdo con las URDG758 no sea un aval al uso; y ni mucho menos que no exista en la documentación aportada por la licitadora”*.

Seguidamente, se defiende que la garantía provisional aportada resultaba conforme al cuadro de características y, subsidiariamente, conforme al Anexo III y a la cláusula 11 del PCP.

La entidad contratante defiende la conformidad a derecho de la exclusión manifestando que la reclamante no constituyó garantía en la forma exigida en los pliegos, dado que la entidad bancaria CREDIT SUISSE Switzerland Ltd no se encuentra autorizada para operar en España ni tiene sede en España, y que tampoco lo acreditó aportando con su oferta el Anexo III previsto en los pliegos.

Séptimo. Sentadas las posturas de las partes hemos de partir de la doctrina de este tribunal en relación con la constitución de garantías provisionales.

En relación con el particular en resolución 1085/2023, de 7 de septiembre, expusimos:

“El recurrente sostiene su pretensión en la infracción del principio de igualdad, pues a otro licitador se le admitió su oferta tras presentar una nueva garantía sustituyendo a la presentada inicialmente, y en la que corregía el importe de la misma, adaptándolo al número procedente de lotes.

Esta cuestión ya ha sido debatida y resuelta por este Tribunal. Por todas citaremos la resolución del Pleno, 1156/2022 de 6 de octubre. En la misma insiste en el criterio ya expuesto en resoluciones precedentes, nº 352/2018 o nº 582/2018, de que ‘considerábamos subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva’.



Y aplicando la doctrina sobre la subsanabilidad por la presentación errónea o incompleta de la garantía definitiva, aborda en su fundamento octavo, la cuestión de los errores respecto de la garantía provisional, en los siguientes términos

‘Aun cuando las precedentes consideraciones son vertidas para aquellos supuestos en que la garantía definitiva es prestada de forma insuficiente, consideramos que las mismas resultan ser igualmente extrapolables cuando se produce idéntico escenario fáctico, pero con respecto a la garantía provisional, de forma que habría que distinguir entre los siguientes escenarios:

(i) La ausencia total de constitución de garantía provisional, o su constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos relativos a la misma.

(ii) La existencia de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, pero sin que pueda apreciarse un incumplimiento manifiesto de la norma o una conducta pasiva o negligente del contratista. Mientras que en el primer caso procederá sin duda acordar la exclusión del licitador que hubiera incurrido en dicho incumplimiento, en el segundo, la posibilidad de subsanación deberá ser considerada en cada caso concreto, atendida la justificación ofrecida por el licitador respecto a las circunstancias que hayan causado el defecto’.

Este extracto es lo suficientemente aclarador y sintético como para darnos la respuesta que ha de construir la parte dispositiva de esta resolución. Nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento total de la presentación de garantía, la misma no estaba constituida en el momento de presentación de las ofertas, ni tampoco antes de la finalización del plazo para ello, por lo que evidentemente una constitución posterior a este momento no puede entenderse que subsane el defecto inicial. En ese sentido, dijimos en la resolución 530/2022, de 6 de mayo de 2022, haciéndonos eco de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia: ‘(..) 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)”.

Aplicando dicha doctrina al caso que nos ocupa, resulta que la reclamante constituyó una garantía a través de CREDIT SUISSE Switzerland Ltd, entidad bancaria que no se encuentra autorizada para operar en España ni tiene sucursal en el territorio nacional.

La reclamante no niega estos hechos, sino que a través de su reclamación expone las bondades del aval de CREDIT SUISSE Switzerland Ltd aportado. Estas aseveraciones, no obstante, no desvirtúan el incumplimiento del PCP apreciado por la entidad contratante, como se pasa a exponer.

Octavo. La reclamante considera que la garantía provisional aportada, aval bancario, respeta los términos de los Pliegos al considerar en primer lugar que en la controversia que nos ocupa prevalecerían los términos del Cuadro de Características, que se apartarían de las cláusulas del PCP al no reseñar una forma específica de constitución de garantía.

Pues bien, en este punto partimos de la cláusula del 1 PCP que ciertamente expone que:

“El orden de prevalencia de los documentos contractuales es el siguiente:

- Pliego de Cláusulas Particulares. Dentro de este pliego en caso de contradicción prevalece lo indicado en el Cuadro de Características sobre lo indicado en las siguientes cláusulas”.

Ahora bien, la falta de reiteración en el Cuadro de Características de las distintas formas de constitución de garantía previstas en el clausulado del PCP no da lugar a la existencia de contradicción, por omisión, entre el primer documento y el segundo.



Es más, en el caso que nos ocupa, la cláusula 11 del PCP determina claramente que es lo que concretará el Cuadro de Características, que es la existencia o no de garantía provisional: *“En el caso que deba constituirse garantía provisional de conformidad con lo previsto en el Cuadro de Características, se extinguirá automáticamente y será devuelta a los interesados inmediatamente después”*.

Por tanto, esta alegación debe ser rechazada.

En segundo lugar, se invoca que el modelo de aval elaborado por CREDIT SUISSE Switzerland Ltd tendría un contenido análogo al del modelo de aval que figura en el Anexo III del PCP. Esta alegación en nada hace desmerecer la exclusión de la licitación dado que la exclusión de la reclamante se fundamenta en la circunstancia de que la entidad que ofrece la garantía no reúne los requisitos previstos en la cláusula 11 PCP y no solo en la falta de aportación del modelo exigido en los Pliegos.

Finalmente, la entidad reclamante defiende que la cláusula 11 del PCP tampoco ha de considerarse vulnerada. En este sentido la falta de autorización para operar en España y de sucursal en territorio nacional de CREDIT SUISSE Switzerland Ltd se trata de subsanar invocando que CREDIT SUISSE cuenta con establecimientos en España *“concretamente CREDIT SUISSE BANK EUROPE, S.A. con domicilio social en Madrid, calle de Ayala, número 42 y NIF A-79192258”*. Ahora bien, esta alegación sirve para ratificar que CREDIT SUISSE Switzerland Ltd no tiene sucursal en España ni puede operar en territorio español, al contrario que CREDIT SUISSE BANK EUROPE, S.A.

En lo demás, han de rechazarse de plano las alegaciones de discriminación invocadas por la reclamante, puesto no desarrolla ni prueba de que manera su nacionalidad -suiza- le ha impedido obtener aval bancario de entidad autorizada para operar en España y con sucursal en Territorio Nacional, tal como prevé el PCP. La reclamante se limita a invocar dificultades para obtener aval bancario de entidad autorizada para operar en España con sucursal en el territorio nacional, sin probarlas y sin hacer referencia a la imposibilidad de aportar garantía en algunas de las restantes formas admitidas en la cláusula 11 del PCP, tal como el ingreso mediante transferencia.

En definitiva, la garantía provisional aportada se constituyó en condiciones que contravenían de forma sustancial y directamente la cláusula 11 del PCP en materia de formas de constitución de la garantía provisional.



También hay que añadir que, si encontraba dificultades con la entidad bancaria, pudo haber constituido la garantía provisional por cualquiera de los otros medios de constitución previstos en la citada cláusula.

En todo caso, si creía, como se destaca en la reclamación, que cualquiera de los requisitos fijados en el PCP para la constitución de garantías provisionales eran discriminatorios o infringían la legalidad, lo que debió hacer en su momento es haber impugnado dicha cláusula antes este Tribunal, pero al no hacerlo y haber presentado su proposición, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 LCSP, ha aceptado de manera incondicional y sin reserva alguna el contenido íntegro de los pliegos y, por tanto, las maneras de constituir la citada garantía.

Noveno. Pasando a examinar la cuestión relativa a la concesión de trámite de subsanación y la exclusión de la recurrente con anterioridad a su expiración, hemos de partir de la base de que un incumplimiento sustancial y directo de los términos del PCP en materia de constitución de garantía determina la ausencia de constitución de la misma, lo cual resulta insubsanable.

Al mismo tiempo, el documento aportado por el Banco Santander en trámite de subsanación no enerva ninguno de los defectos imputados a la garantía provisional aportada, dado que se limita a exponer las características del aval aportado.

En concreto la reclamante admite en su reclamación que *“La carta de fecha 11 de enero de 2024, remitida por Banco Santander a AENA SME, S.A., que consta recibida por la entidad contratante y por tanto en el expediente. En dicha carta Banco Santander confirma a la entidad contratante que su corresponsal (CREDIT SUISSE Switzerland) Ltd. ha emitido la garantía a favor de aquella, adjuntado copia de la misma (el original es un documento electrónico) y manifestando que la clave es conforme”*.

Por lo que, tampoco se estima esta alegación de la reclamación.

Décimo. Resta por considerar la alegación según la cual la concesión de plazo de subsanación a la reclamante y ulterior exclusión por considerar que la contravención de los pliegos era insubsanable resulta contraria a la doctrina de los actos propios. Alega la recurrente que esta conducta de la entidad contratante frustró *“las expectativas previamente creadas para con la licitadora de buena fe”*.



El principio de confianza legítima supone que la Administración pública no puede defraudar las expectativas que han creado sus normas y decisiones sustituyéndolas inesperadamente por otras de signo distinto. Requiere por tanto la existencia de signos externos de la Administración que legítimamente hayan generado en el interesado la convicción de obrar conforme al criterio de la Administración. En este sentido la sentencia de la Sala de lo Contencioso – Administrativo del Tribunal Supremo 1586/2019 de 14 noviembre, (ECLI:ES:TS:2019:3667):

«Según Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2.009 "El principio de confianza legítima fue recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1990, y ha sido aplicado posteriormente por el mismo Alto Tribunal en el ámbito del derecho de la competencia, así en STS de 28 de julio de 1997 (RJ 1997, 6890) y 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7047). De acuerdo con esta última sentencia, el principio de confianza legítima debe aplicarse '... cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le ... (al particular beneficiado) ... induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de actuación administrativa'».

(...) En la Sentencia de 23 de febrero de 2.000 , el Tribunal Supremo, expuso "en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1.989, y reproducida después en su última de enero de 1.990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa , unido a que, dada a ponderación de los intereses en juego - interés individual e interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar ..."».

En el presente caso los signos externos identificados como generadores de confianza legítima son el requerimiento de subsanación efectuado a fecha de 16 de enero de 2024. Ahora bien,



este primer requerimiento de subsanación no fue correctamente atendido en el plazo concedido para ello. Posteriormente, el segundo requerimiento supeditó la subsanación del defecto advertido al visto bueno de la asesoría jurídica. Así las cosas, se considera que los correos electrónicos intercambiados con anterioridad al acto de exclusión no son lo suficientemente concluyentes para primar la seguridad jurídica frente a la legalidad de la actuación enjuiciada, por lo que esta alegación también ha de ser desestimada. Por último, hay que precisar a efectos meramente dialécticos que tampoco en el plazo extra que la reclamante intenta hacer valer, tampoco, tan siquiera, aportó la garantía provisional de acuerdo con los requisitos fijados en el PCP.

Por esta razón no puede operar el principio de confianza legítima que invoca la parte actora: de acogerse su pretensión ello entrañaría ir contra la regulación contenida en los pliegos – que, como es bien sabido, constituyen la *lex contractus*–, y aquel principio halla uno de sus límites en que su aplicación –en todo caso– ha de ser conforme a Derecho y nunca contra *legem*. Como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de febrero de 1999 (rec. nº 5475/1995):

“Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la Jurisprudencia de este Alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes ‘venire contra factum proprium’. Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma (...).”

Por lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. Christiaan Maurits Hen y D. Max Manuel Diez en representación de ASSAIA INTERNATIONAL AG contra los acuerdos de 19 y 23 de enero de 2024, por las que se acuerda su exclusión del lote 2 del procedimiento “*Suministro en estado operativo de un sistema de analítica de video*” con expediente DIE-536/2023, convocado por el Consejo de Administración de AENA, S.M.E., S.A.

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 de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES