

Recurso 415/2024
Resolución 469/2024
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 25 de octubre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 11 de octubre de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de apoyo y asistencia escolar para el alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz, dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía”, (Expte. CONTR 2024 4 690900), lote 1, convocado por la Gerencia provincial de Cádiz de la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante APAE), entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 de septiembre de 2024 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 11.503.710,57 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación en la sesión celebrada el 11 de octubre de 2024, acuerda la exclusión de la oferta presentada por la recurrente de dicho lote, arriba referenciado en el encabezamiento de la licitación del contrato.

SEGUNDO. El 14 de octubre de 2024, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el citado acuerdo.

Mediante oficio de 15 de octubre de 2024, la Secretaría del Tribunal da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 18 de octubre de 2024.

El 17 de octubre de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.



Mediante Resolución MC 124/2024 de 18 de octubre de 2024, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación de dicho lote, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de impugnación el acto de exclusión de su oferta por la mesa de contratación. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el recurso presentado en el registro de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que serán analizados en este y en el siguiente fundamento de derecho. En cuanto a la exclusión manifiesta que:

“(…) mostramos nuestra total y absoluta disconformidad, pues es lo cierto que mi representada realiza la petición de la garantía provisional el mismo día 3 de octubre de 2024, estando la misma dentro del propio plazo que establecía la entidad licitadora y que la misma establece en la propia resolución”.

Señala que dicha entidad cuenta con *“línea de avales, siendo la misma de carácter automática una vez se solicita (solicitud que se hizo el mismo día 3 de octubre), por lo que una vez se solicita esta es de carácter automático, por lo que dicha fecha de 8 de octubre se trata de un mero error informático, pues tal y como se puede comprobar el mismo se encuentra solicitado el propio 3 de octubre”.*



Expresa además que en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) no se establece periodo ni día exacto para la misma, señala la recurrente que el PCAP en dicho requisito establece que:

“No estableciendo dicho PCAP, plazo o requisito alguno en cuanto a dicho periodo temporal, a pesar de que mi representada lo formuló solicitud el propio 3 de octubre de 2024, aportándose el mismo como documento número 4. Entendemos por tanto que dicha exclusión la cual no tiene fundamentación jurídica alguna es contraria a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, pues dicho requisito impuesto el cual, además mi representado cumple, es contrario a los principios de licitación pública, por lo que dicha exclusión sería contraria a derecho, pues además de impuestos es incierto pues dicha garantía provisional se solicitó dentro del plazo establecido.

Es por lo que entendemos que, dado que se solicitó en fecha, pues se solicitó el propio 3 de octubre, mostramos nuestra disconformidad contra la exclusión de la Resolución del Secretario del Mesa de Contratación, solicitando se deje sin efecto la misma y se tenga por subsanado dicho requerimiento”.

Solicita finalmente que se *“anule y deje sin efecto la Resolución de fecha 11 de octubre de 2024 en la que se procede a excluir a mi representada por aportar garantía provisional de fecha 8 de octubre de 2024 siendo a juicio del mismo posterior a la fecha del fin del plazo de presentación de ofertas. Debiendo acordar el órgano de contratación lo pertinente para que se emita nueva resolución en la que se admita dicha garantía provisional y subsanado dicho requerimiento por mi representada pues la misma fue solicitada en fecha 3 de octubre de 2024”.*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del mismo, ya que entiende que no existen razones para estimar el recurso interpuesto. Alega que en la cláusula 9.2.1 del PCAP denominado *“Sobre electrónico nº 1. Documentación acreditativa de los requisitos previos”* establece que *“Los requisitos de capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados siguientes, deberán concurrir a la fecha de conclusión del plazo de presentación de proposiciones y subsistir en el momento del perfeccionamiento del contrato”.*

Expresa que lo aportado en el sobre nº 1 es la solicitud de aval bancario de fecha 3 de octubre de 2024. Posteriormente alega que en fase de subsanación presentaba la garantía provisional, a través de un aval bancario que fue inscrito con fecha de 8 de octubre en el Registro Especial de Avaless con número 0049 4439 56 2110000136 con visado que acredite el previo bastanteo del poder, efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el artículo 86.3 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Tesorería General de la Junta de Andalucía y de la gestión recaudatoria, aprobado por el Decreto 197/2021, de 20 de julio con fechas de expedición de 13 de mayo de 2021.

Se evidencia, por tanto, que a fecha fin del plazo de presentación de las proposiciones, el 3 de octubre de 2024, no había constituido la garantía provisional.

Apela al artículo 140 de la LCSP, relativo a la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, que señala en su apartado 1 letra d) que *“en todos los supuestos en que en el procedimiento se exija la constitución de garantía provisional, se aportará el documento acreditativo de haberla constituido”* y en su apartado 4 que *“las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.*



Afirma que “a la vista de lo dispuesto en la LCSP y en el PCAP, no basta la mera solicitud de aval bancario dentro del plazo de presentación de ofertas, sino que es preciso su constitución efectiva. Y ello porque, tal y como se desprende del artículo 106.1 de las LCSP, el fin de dicha constitución previa de la garantía provisional es responder del mantenimiento de su oferta hasta la perfección del contrato”.

Y finalmente concluye diciendo que “la falta de constitución de la garantía provisional es un defecto no subsanable en base a la doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de que puede subsanarse lo que existe y no se ha aportado, pero no se puede subsanar lo que, en el momento de presentación de las proposiciones, no existe”.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Por tanto, la cuestión estriba en determinar si la recurrente acreditó o no correctamente la constitución de la garantía provisional en el plazo concedido para ello y, por tanto, si fue correcta o no su exclusión.

Según se desprende de la documentación que obra en el expediente, la cláusula 9.2.1.del PCAP “Sobre electrónico nº 1. Documentación acreditativa de los requisitos previos”, en su apartado “e) Documento justificativo, en su caso, de haber constituido la garantía provisional a favor del órgano de contratación” dispone que “En el procedimiento de contratación no procederá la exigencia de garantía provisional, salvo cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo indique expresamente en el Anexo I-apartado 7, en el que se justificarán las razones por las que se estima procedente su exigencia.

La garantía no podrá ser superior a un 3% del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el IVA. En el caso de división en lotes, la garantía provisional se fijará atendiendo exclusivamente al importe de los lotes para los que la persona licitadora vaya a presentar oferta y no en función del importe del presupuesto total del contrato. La garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas previstas en el artículo 108.1 de la LCSP:

1.- Si se constituye la garantía mediante aval, prestado por entidad de crédito, establecimiento financiero de crédito o por sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, deberá aportarse copia electrónica, sea auténtica o no, del documento.

2.- Si se constituyera la garantía mediante seguro de caución, otorgado por una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo, deberá aportarse copia electrónica, sea auténtica o no, del certificado del contrato.

En ambos casos, deberá constar en los citados documentos el visado que acredite el previo bastanteo del poder, efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, conforme a lo dispuesto en el artículo 86.3 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Tesorería General de la Junta de Andalucía y de la gestión recaudatoria, aprobado por el Decreto 197/2021, de 20 de julio”.

Así en el apartado 7 del Anexo I del PCAP, rector del presente procedimiento de contratación se comprueba que efectivamente se exige garantía provisional:

“7. GARANTÍAS (Cláusulas 9 y 10).

Garantía Provisional: Sí

En caso afirmativo:

a) Indicar importe en cifras: 3% del importe total, IVA excluido, de los lotes a los que se concurra.

b) Razones por las que se estima procedente su exigencia: Se establece una garantía provisional con un importe del 3% del presupuesto de licitación de cada uno de los lotes a los que concurre en atención a las circunstancias acaecidas en la tramitación de expedientes similares al que se licita donde se produjeron renunciadas de ofertas y



retiradas injustificadas de proposiciones por parte de propuestos adjudicatarios. Del mismo modo, se han evidenciado, en el mismo momento procedimental, incumplimientos en la justificación de la documentación acreditativa de los propuestos adjudicatarios con el consecuente perjuicio para el órgano de contratación al no poder adjudicar a la oferta económicamente más ventajosa, por lo que procede su exigencia en el presente contrato dadas necesidades administrativas a satisfacer y el interés público objeto de protección para garantizar el mantenimiento de las ofertas hasta la perfección del contrato y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el párrafo segundo del artículo 150.2 de la LCSP.”

La previsión de la necesidad del bastanteo del aval recogido en el artículo 86.3 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Tesorería General de la Junta de Andalucía y de la gestión recaudatoria, aprobado por el Decreto 197/2021, de 20 de julio, el cual expresa:

“Las modalidades de garantía de aval y seguro de caución deberán ser autorizadas por las personas apoderadas de la entidad garante que tengan poder suficiente para obligarla plenamente. Los documentos justificativos de estos poderes o facultades deberán ser bastanteados previamente y por una sola vez, por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

La acreditación de la entidad garante que se constatará por la Caja, sin perjuicio del asesoramiento jurídico que pueda resultar necesario, conllevará la comprobación de la vigencia de la autorización e inscripción en el registro público que corresponda y de los demás requisitos exigibles conforme al artículo 87.2”

En el mismo sentido, el artículo 58 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, recoge los poderes en avales y seguro de caución, ya recogía señalando en su apartado 2 que:

“Estos poderes deberán ser bastanteados previamente y por una sola vez por la Asesoría Jurídica de la Caja General de Depósitos o por la Abogacía del Estado de la provincia cuando se trate de sucursales o por los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes. No obstante, si el poder se hubiere otorgado para garantizar al interesado en un concreto y singular procedimiento y forma de adjudicación o contrato, el bastanteo se realizará con carácter previo por el órgano que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación. En el texto del aval o del certificado de seguro de caución se hará referencia al cumplimiento de este requisito”

Por tanto, conforme a la cláusula 9.2.1.e) del PCAP el documento justificativo de la constitución de la garantía provisional forma parte de la documentación acreditativa de los requisitos previos a incluir en el sobre n.º 1.

La falta del bastanteo y la justificación de otorgamiento del aval concreto a la fecha de 3 de octubre resulta esencial según el PCAP. Es decir, no se presentó a la fecha de finalización del plazo ningún documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional con el bastanteo requerido.

En consecuencia, queda claro que los pliegos exigen la acreditación de haber constituido la garantía provisional en la forma legal, y como alega el órgano de contratación la entidad recurrente debió actuar con la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente y haber leído los pliegos completos.

Así, se ha de recordar el contenido del artículo 139 de la LCSP que dispone *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva*



alguna, (...)”. En este sentido, como viene expresando la ya reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos que rigen el contrato son “*lex inter partes*” o “*lex contractus*” y vinculan a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, y al propio órgano de contratación.

Así lo hemos sostenido, entre otras muchas, en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio: “*En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, lex contractus o lex inter partes que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.*”

En relación con ello, este Tribunal, ha de poner de manifiesto, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, y 200/2017, de 6 de octubre y 14/2021, de 21 de enero, entre otras muchas), que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras.

En cuanto a la aceptación de las garantías provisionales constituidas en el plazo de subsanación, como se desprende de los distintos anuncios de la licitación, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 3 de octubre de 2024, por lo que queda claro que la recurrente no constituyó la garantía provisional, sino que únicamente la solicitó y no ha justificado el bastanteo. Es con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, cuando en el plazo de subsanación debiera haber acreditado la constitución de la garantía provisional del 3% del importe total del contrato con anterioridad a la fecha fin de presentación de las proposiciones.

En este sentido se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 75/2021 de 4 de marzo de 2021, que a su vez hace referencia a Resoluciones anteriores, como la Resolución 117/2017 de 31 de mayo, en la que se afirmaba que «*El órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del recurso señala que la entidad MOBICOL aportó, dentro del plazo de subsanación que se le concedió, documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional con fecha posterior al fin del plazo de presentación de proposiciones, y que fue por ello que la mesa de contratación procedió a su exclusión del procedimiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 81 del RGLCAP y de los pronunciamientos de los distintos tribunales administrativos de recursos contractuales.*

Pues bien, sobre esta cuestión ya ha tenido la ocasión de manifestarse este Tribunal en diversas ocasiones, valga como ejemplo la Resolución 152/2016, de 1 de julio, en la que ante un supuesto muy similar al que aquí se analiza se señala que: «hay que recordar que la posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto.

En torno a la cuestión de los defectos subsanables en el curso del procedimiento de contratación, en la Resolución 54/2013, de 2 de mayo, este Tribunal analizaba la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado donde se precisa que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de requisitos exigidos y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

En tal sentido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 47/2009, de 1 de febrero de 2010, indicó que “el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en 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”.

Asimismo, podemos citar a la Junta Consultiva de Contratación cuando, en su informe 48/2002, señalaba que “Aplicando estos criterios a la falta de constitución de las garantías provisionales (informes de 10 de julio de 1997) se afirma que tal falta no es defecto o error material que pueda subsanarse, sino que la tesis de los defectos o errores subsanables debe extenderse exclusivamente a la acreditación de requisitos que existiendo en el momento de aportar la documentación (por ejemplo poder del garante) no se han acreditado debidamente.”

En este mismo informe, la propia Junta Consultiva en relación con la garantía provisional señala que la falta de constitución de la garantía provisional, total o parcial añade este Tribunal, no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación».

El RGLCAP en su artículo 81.2, permite la subsanación de defectos materiales por parte de los interesados a los que se concede un plazo de tres días hábiles a tal efecto, pero esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos y omisiones en la propia documentación, no a su contenido. Es decir, la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. De este modo se deben estimar como defectos subsanables aquellos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refiere en este caso el PCAP, del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

En base a todo lo anterior, entiende este Tribunal que, puesto que la fecha de constitución de la garantía provisional en la forma determinada en el PCAP no se ha acreditado a la finalización del plazo de presentación de ofertas, o lo que es lo mismo, que la garantía no estaba constituida a fin del plazo concedido para ello, fue correcta la actuación de la mesa de contratación al excluir a la entidad recurrente del procedimiento de licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ÓBOLO SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA DE INTERÉS SOCIAL** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 11 de octubre de 2024, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “servicio de apoyo y asistencia escolar para el alumnado con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Cádiz, dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional de la Junta de Andalucía”, (Expte. CONTR 2024 4 690900), lote 1, convocado por la Gerencia provincial de Cádiz de la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante APAE), entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, que fue acordada por este Tribunal mediante Resolución de 18 de octubre de 2024.



TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

