

Recurso 347/2020

Resolución 75/2021

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

Sevilla, 4 de marzo de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGM SERVICIOS INTEGRADOS, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 16 de octubre de 2020 respecto de la exclusión de su oferta de procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de comedor escolar en la Residencia Escolar Carmen de Burgos de la provincia de Almería dependiente de la Consejería de Educación y Deporte” (Expte. 00107/ISE/2020/AL), promovido por la Gerencia Provincial de Almería de la Agencia Pública Andaluza de Educación adscrita a la Consejería antes citada, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 4 de septiembre de 2020, 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, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 1.171.170 euros.



SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 16 de octubre de 2020, tiene lugar sesión de la mesa de contratación al objeto de analizar la subsanación de la documentación administrativa de las entidades licitadoras, en la que se acuerda excluir la oferta de la entidad AGM SERVICIOS INTEGRADOS, S.L (en adelante AGM) por no constituir la garantía provisional a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas.

CUARTO. Con fecha 23 de octubre de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad AGM. contra el acto indicado en el encabezamiento.

QUINTO. Por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 26 de octubre de 2020, se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se le solicitó el informe sobre el mismo, así como toda la documentación del expediente de contratación necesaria para la tramitación y resolución del recurso. La documentación solicitada tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 4 de noviembre de 2020.

SEXTO. Con fecha 29 de diciembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se hayan recibido alegaciones en el plazo conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de servicios, con un valor estimado de 1.171.170 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y es objeto de recurso el acuerdo de exclusión de su oferta a la licitación, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso contra el acuerdo de exclusión de las ofertas, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión fue notificado a la entidad recurrente el 16 de octubre, por lo que el recurso recibido en el registro electrónico de este Tribunal el día 23 de octubre se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar el motivo en que el mismo se sustenta que no es otro que la exclusión de la recurrente del procedimiento de adjudicación por no constituir la garantía provisional en un momento anterior a la fecha de finalización del plazo de presentación de las ofertas.

Con carácter previo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación las actuaciones de la mesa de contratación desde su constitución para el examen de la documentación administrativa hasta el acuerdo de exclusión que ahora se recurre.



El 9 de febrero de 2020, la mesa de contratación procede a la apertura, examen y calificación de la documentación contenida en el Sobre número 1: «*Documentación acreditativa de los requisitos previos*», que habían incluido los distintos licitadores que presentaron oferta en el presente procedimiento de contratación.

Como resultado del acto mencionado y tras el análisis de la documentación acreditativa de los requisitos previos presentada por la entidad ahora recurrente, se le requiere la subsanación -entre otras cuestiones- de lo que se transcribe a continuación: «*GARANTIA PROVISIONAL: No aporta el documento acreditativo de haber constituido la garantía provisional a favor del órgano de contratación en la forma determinada en la Cláusula 9.2.1 letra e) del PCAP y con la fecha anterior al plazo de finalización de presentación de ofertas*».

Posteriormente, con fecha 16 de octubre de 2020, tiene lugar sesión de la mesa de contratación para el análisis de la documentación entregada en fase de subsanación. Tras el estudio de la misma, la mesa de contratación decide excluir a la entidad recurrente con base a la siguiente motivación: «*No constituir la garantía provisional a fecha de fin de presentación de ofertas*».

Frente a ello la recurrente interponer recurso especial, en el que suplica que «*sea dictada resolución en la que se resuelva la admisión de la Empresa para el proceso de adjudicación del Contrato de Servicios señalado*».

La recurrente alega que considera «*subsanable el error de la no constitución de la garantía provisional en la fecha de presentación de la oferta y su validez una vez aportada en el sobre de subsanaciones debido a las siguientes consideraciones:*

El órgano de contratación, tras la apertura de los sobres Administrativos por la mesa de contratación en sesión de 13 de octubre de 2020, requirió a la Empresa el 13 de octubre de 2020 para que acreditara "que se ha constituido la garantía provisional del 3% del importe total del contrato que asciende a la cantidad de, con anterioridad a la fecha de presentación de su proposición" y se le concedió un plazo de tres días para la subsanación de tal defecto. Al día siguiente de dicho requerimiento, la Empresa constituyó un seguro de caución por importe de 15.970,20 euros, el cual presentó el 15 de octubre de 2020 en el registro del órgano de contratación dentro del plazo de subsanación de 3 días.».



Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso entiende que no existen razones para estimar el recurso interpuesto, con los argumentos que más adelante se expondrán.

SEXTO. 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 y en concreto del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), rector del presente procedimiento de contratación se comprueba que efectivamente se exige garantía provisional:

“6. GARANTÍAS”

Garantía Provisional: Si

En caso afirmativo:

a) Indicar importe en cifras: 3% DEL PRESUPUESTO BASE DE LICITACION (IVA NO INCLUIDO), importe: 15.970,50 €

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 renunciaciones 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 mejor oferta, por lo que procede su exigencia en el presente contrato dadas las necesidades administrativas a satisfacer y el interés público para garantizar el mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato y el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el párrafo segundo del artículo 150.2 de la LCSP.”

Así, 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.

En este sentido, y como se desprende de los distintos anuncios de la licitación, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 5 de octubre de 2020.



Así las cosas, queda claro que la recurrente constituyó el seguro de caución como garantía provisional el 13 de octubre de 2020, con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, por lo que se ha de estar con el órgano de contratación cuando afirma en su informe al recurso que *“Como ya se indicaba en el Acta n.º 1, la empresa recurrente debiera haber acreditado la constitución de la garantía provisional del 3% del importe total del contrato con anterioridad a la fecha de presentación de su proposición, esto es, con anterioridad a la fecha de 05/10/2020. Por tanto la constitución de la misma en fecha 13/10/2020 determina la ausencia de constitución de garantía provisional en plazo fin de ofertas.”*

Ante un supuesto similar, se ha pronunciado este Tribunal en la Resolución 117/2017 de 31 de mayo, que a su vez hace referencia a Resoluciones anteriores, al afirmar 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».

En base a todo lo anterior, entiende este Tribunal que puesto que la fecha de constitución de la garantía provisional es posterior 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 que el recurso especial ha de ser desestimado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en el día de la fecha

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AGM SERVICIOS INTEGRADOS, S.L** contra el acuerdo de la mesa de contratación de 16 de octubre de 2020 respecto de la exclusión de su oferta de procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicio de comedor escolar en la Residencia Escolar Carmen de Burgos de la provincia de Almería dependiente de la Consejería de Educación y Deporte” (Expte. 00107/ISE/2020/AL), promovido por la Gerencia Provincial de Almería de la Agencia Pública Andaluza de Educación adscrita a la Consejería antes citada.



SEGUNDO. 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.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados 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

