**Recurso 115/2023**
**Resolución 161/2023**
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 17 de marzo de 2023.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TODOELECTRONICA TECHNOLOGY, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 22 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de material específico para CC.FF. de las familias de electricidad y electrónica y de instalación y mantenimiento en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional (00036/ISE/2022/SC)", (Expte. CONTR 2022 0001052294), respecto de los lotes 4 y 5, convocado por 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 20 de enero de 2023 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 3.319.666,05 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 22 de febrero de 2023, acuerda la exclusión de las ofertas presentadas por la recurrente a los lotes 4 y 5 de la licitación del contrato indicado en el encabezamiento.

**SEGUNDO.** El 27 de febrero de 2023, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por TODOELECTRONICA TECHNOLOGY, S.L. (en adelante la entidad recurrente), contra el citado acuerdo de 22 de febrero de 2023.

Mediante oficio de 27 de febrero de 2023, reiterado el 3 de marzo de 2023, 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 7 de marzo de 2023.

El 8 de marzo de 2023, 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.

## 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 los lotes 4 y 5, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO. Acto recurrible.**

El objeto de licitación es un contrato de suministro 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, consta que la exclusión de la oferta de la recurrente le fue notificada el 22 de febrero de 2023, por lo que el recurso presentado el 27 de febrero de 2023 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.

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.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el 16 de febrero de 2023 con objeto de proceder a la apertura del sobre n.º 1, tras examinar la documentación acreditativa de los requisitos previos presentada por la entidad recurrente observa que "*No aporta documento acreditativo de la constitución de las garantías provisionales del 3% DEL PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN (IVA NO INCLUIDO) de los lotes a los que concurre. Deberá aportarlas con*

*fecha anterior al plazo de finalización de presentación de ofertas (15/02/2023) y constituida conforme determina el PCAP."*

La entidad recurrente aporta en el plazo de subsanación concedido las garantías provisionales de los lotes 4 y 5 constituidas el 17 de febrero de 2023.

Posteriormente, en la sesión celebrada el 22 de febrero de 2023, la mesa de contratación acuerda excluir las ofertas de la entidad recurrente a los citados lotes de la licitación al considerar que no ha subsanado el defecto observado porque *"La garantía provisional aportada está constituida fuera del plazo de presentación de ofertas"*

Contra dicho acuerdo de exclusión, la entidad recurrente interpone el presente recurso en el que solicita a este Tribunal que, no se le excluya de la licitación y que se tengan en consideración sus ofertas.

La entidad recurrente alega que ha presentado en el sobre n.º 1 los ocho documentos a incluir en el mismo indicados en la página 4 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), entre los que no se encuentra la acreditación de la garantía provisional.

Asimismo, alega que tras recibir el requerimiento de subsanación el 16 de febrero de 2023 constituyeron las garantías provisionales el 17 de febrero de 2023 aportándolas en el plazo concedido.

Por otra parte, afirma que *"en el Lote 4 los siguientes artículos son erróneos.*
*- 0334/1 FRECUENCÍMETRO Se elimina una entrada y se modifica redacción especificaciones.*
*- 5946/1 GENERADOR DE FUNCIONES Se modifica las unidades en el valor de resolución y se eliminan las características de rango de medición y rango de tensión de entrada.*
*Son erróneos pues están en el CONTR 2022 0000690800 y se ha ampliado el plazo de entrega un mes más por las modificaciones que se han tenido que hacer."*

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, con los argumentos que más adelante se expondrán.

**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 *" f) 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."*

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: Considerados los informes provisional y definitivo de cumplimiento 2020 de la Agencia Pública Andaluza de Educación y conforme artículo 106.1 de la LCSP, se exigirá la constitución de garantía provisional del 3% del total del importe, IVA excluido, de los lotes a los que se concurra, todo ello con el fin de evitar la retirada indebida de proposiciones o candidaturas en el procedimiento de adjudicación por parte de licitadores o se haga imposible la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado.".*

Por tanto, conforme a la cláusula 9.2.1.f) 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 no mención de ningún documento acreditativo de la constitución de la garantía provisional en la página 4 del PCAP, que corresponde a parte del índice del mismo, es porque en ella sólo se mencionan los anexos al PCAP relacionados con la documentación a incluir en el sobre n.º 1. Pero que no se haya previsto ningún anexo para la acreditación de la garantía provisional no quiere decir que no se exija, a la vista de lo dispuesto en el PCAP como se ha visto.

Además, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma que *"En el SiREC-Portal de licitación electrónica, dentro del sobre número 1, en la configuración de los sobres, se incorporan los documentos para que las personas licitadoras presenten y participen en el procedimiento de licitación. Dichos documentos son los que se adjuntan en el pantallazo siguiente, donde se puede observar, entre ellos, la garantía provisional:"*

En consecuencia, queda claro que los pliegos exigen la acreditación de haber constituido la garantía provisional 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 15 de febrero de 2023, por lo que queda claro que la recurrente constituyó la garantía provisional el 17 de febrero de 2023, 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 de presentación de las proposiciones, esto es, con anterioridad a la fecha de 15 de febrero de 2023.

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».*

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 constituir las garantías provisionales fuera del plazo de presentación de ofertas.

Por último, respecto a la errónea inclusión en el lote 4 de los artículos antes citados, reiteramos que la entidad recurrente al presentar su oferta al citado lote aceptó los pliegos sin que conste que formulara recurso alguno contra los mismos en el plazo previsto para ello, así los pliegos son firmes y constituyen la ley del contrato.

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 **TODOELECTRONICA TECHNOLOGY, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de fecha 22 de febrero de 2023, por el que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de material específico para CC.FF. de las familias de electricidad y electrónica y de instalación y mantenimiento en centros docentes públicos no universitarios dependientes de la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional (00036/ISE/2022/SC)", (Expte. CONTR 2022 0001052294), respecto de los lotes 4 y 5, convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante APAE), entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

**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.

**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.