Recurso 134/2023
Resolución 174/2023
Sección tercera

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

Sevilla, 24 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SILVA VALDES S.L.P.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de asesoramiento, representación y defensa jurídica del Ayuntamiento de Burguillos", (Expte.P4101900A-2023/000003-PEA(1/2023)), convocado por el Ayuntamiento de Burguillos (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de enero de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 140.000 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 sesión celebrada el 23 de febrero de 2023, acuerda excluir a la entidad ahora recurrente de la licitación del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 2 de marzo de 2023, se interpone ante el órgano de contratación, por la entidad ahora recurrente escrito denominado de alegaciones a la decisión adoptada por la mesa de contratación en su sesión celebrada en fecha 23 de febrero de 2023. El órgano de contratación a la vista de lo previsto en el art. 115.2 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas, lo tramita como un recurso especial en materia de contratación previsto en el art. 44.2 b) de la LCSP, si bien lo remite a este Tribunal extemporáneamente fuera del plazo de dos días, tal y como prevé el art. 56.2 de la LCSP, remitiéndose el día 14 de marzo. Además, no se remite el expediente por lo que ha de solicitarse el día 15 de marzo de 2023, mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, requiriéndole la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el día 17 de marzo de 2023, sin embargo el expediente no se remite conforme al artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dado el desorden en las más de 500 páginas y el índice de escasa utilidad, parco y simple, remitido.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad GAONA, PALACIOS Y ROZADOS ABOGADOS S.L.P.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Burguillos (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto 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, ha de entenderse interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Según la información contenida en la documentación remitida a este Tribunal, se constata que la recurrente centra su oposición en el fundamento de que "*con independencia de lo que indique el apartado 13 del Anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas, si observamos el apartado 2.6 (página 4) de la Memoria Justificativa publicada en la plataforma, observamos claramente que respecto a la exigencia de garantía se indica claramente la expresión «NO PROCEDE», entendiendo por tal manifestación que no se requería la presentación de ninguna de las garantías establecidas en el mismo (…).*

3. Para mayor agravio, el apartado 13 del anexo 1 del pliego de cláusulas administrativas no es lo suficientemente claro, teniendo en cuenta lo expresado en la memoria, sobre si existe la obligación de constituir garantía provisional

o definitiva a favor del órgano licitador, máxime cuando el artículo 106 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dispone lo siguiente:
«1. 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 considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente. En este último caso, se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato»
4. En consecuencia, no solo se ha introducido en la memoria una referencia expresa de que no procedía la exigencia de garantía de ningún tipo, sino que donde supuestamente se ha incluido por el órgano de contratación no se ha llevado a cabo cumpliendo las exigencias del artículo 106.1 del TRLCSP, en tanto no se justificado de forma motivada en ninguna de las publicaciones del expediente ni se encuentra amparada tal exigencia por el interés público.
5. Sin perjuicio de la falta de claridad del pliego y la no exigencia de garantía según la memoria justificativa, y teniendo en cuenta que la falta de garantía provisional se trata de una omisión de documentación perfectamente subsanable, de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.3 del pliego de cláusulas administrativas, la solución adoptada por la mesa no podía ser la exclusión de SILVA VALDES, S.L.P., sino la comunicación a este interesado de tal defecto subsanable concediendo un plazo no superior a tres días hábiles para aportar la referida garantía, la cual no entraña impedimento alguno por la solvencia económica de esa entidad"

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe rebate la argumentación expuesta por la recurrente y solicita la desestimación del recurso, señalando que el principal alegato esgrimido al efecto por la entidad recurrente es el siguiente:

« a)El PCAP no exigía la constitución de garantía provisional o no se exigía de una manera clara y manifiesta: Como se ha indicado este órgano de contratación se encuentra en total desacuerdo con las postura sostenida por la recurrente, mostrando igualmente su extrañeza en cuanto a dicha postura, por cuanto si acudimos a la página 18/34 del PCAP, concretamente al punto 13 del ANEXO 1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO "Exigencia de Garantía", se establece literalmente y por lo que respecta a la garantía provisional: "Tipo: Garantía Provisional: 3 % del Presupuesto Base de Licitación por anualidad. Dadas las características del objeto del contrato y con el objeto de obtener seriedad en la oferta".

Al respecto señala que *"Entendemos con ello suficientemente justificado la imposibilidad de aceptar la pretensión de la recurrente, por cuanto el propio PCAP, como hemos podido comprobar exigía dicha garantía provisional.*

No obstante, lo indicado hasta el momento, la recurrente, del mismo modo incide, por una parte en la falta de claridad de la exigencia de dicha garantía basándose en que en la propia documentación del expediente publicada en la PCSP, concretamente en la Memoria Justificativa del contrato, se indica, según la propia recurrente, que dicha garantía provisional "No procede". Pues bien, continuamos manifestando nuestro total desacuerdo con la recurrente en este aspecto por cuanto si acudimos al punto 2.6 de la Memoria justificativa del contrato se refiere a dos aspectos a justificar en el expediente: por una parte, las "garantías" que se exigirán en el PCAP; y, por otra parte, a los "condicionantes de las bases de la subvención". Efectivamente, al continuación de dichos conceptos se indica "No procede", pero resulta evidente por las razones que a continuación señalaremos que dicho mención "No procede" viene referido exclusivamente al aspecto correspondiente a los "condicionantes de las bases de la subvención", y ello por dos razones principales: en primer lugar porque de manera inmediata se establecen los tipos de garantía exigibles, es más se justifica, como, luego veremos, el por qué se exige la propia garantía provisional; en

segundo lugar, porque en el mismo cuadro y a continuación se deja en blanco es parámetro correspondiente a "Condiciones específicas derivadas de las bases reguladoras de la subvención:-". Asimismo, y si la recurrente pretende utilizar la memoria justificativa como documento interpretativo del PCAP, cuestión ésta que como veremos no procede en modo alguno, debería haber acudido al punto 1.4 "Financiación" de dicha memoria justificativa y comprobar que el presente contrato no se encuentra financiado con subvención alguna, llevando a la única conclusión posible, que no resulta ser otra que el "No procede" señalado en el punto 2,6 de la Memoria justificativa viene referido al apartado "condicionantes de las bases de la subvención", pero en modo alguno al aparatado "Garantía". Por último, hay que sacar a colación que la Memoria Justificativa no se encuentra configurada en la propia LCSP como un instrumento interpretador del PCAP, sino como un instrumento para justificar aquellos aspectos discrecionales que deben ser determinados en el expediente de contratación, como es, en este caso, la exigencia de garantía provisional. Por contra, resulta aceptado tanto por la doctrina de los órganos consultivo, como de los órganos jurisdiccionales y administrativo, que el PCAP es la normal que rige tanto el procedimiento de licitación como la posterior vida del contrato, debiendo de acudir al mismo, y no a otra documentación del expediente, como pudiera ser la memoria justificativa, para resolver las dudas que se puedan platear. Por último, e íntimamente relacionado con esta argumentación, cabe indicar que corresponde al órgano de contratación la potestad de interpretar el PCAP y de resolver las dudas que a cada licitador se le hayan planteado, no habiéndose planteado duda alguna al respecto por parte de la recurrente en la fase procedimental correspondiente. Continua la recurrente sosteniendo que la exigencia de constitución de garantía no se encuentra justificada. Dicha cuestión, entiende este órgano de contratación que tampoco pueda ser aceptado, por cuanto, como ya ha quedado acreditado en el expediente y en este mismo escrito, en el punto 13 del ANEXO 1 CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO "Exigencia de Garantía", se establece literalmente y por lo que respecta a la garantía provisional: "Tipo: Garantía Provisional: 3 % del Presupuesto Base de Licitación por anualidad. Dadas las características del objeto del contrato y con el objeto de obtener seriedad en la oferta". Es decir, nos encontramos ante un contrato de servicio dirigido a una pluralidad ingente de potenciales licitadores, por lo que al objeto de evitar ofertas con una falta de interés o seriedad en la contratación y por la experiencia ya tenida en esta administración, se les exige a los licitadores un grado de compromiso con sus ofertas a través de la constitución de dicha garantía provisional. Con ello, se consigue igualmente evitar una pérdida de recursos públicos cuando en la licitación evitamos renuncias indeseables por parte de los licitadores desinteresados en el contrato, práctica ésta que, cualquier órgano de contratación ha sufrido.

b) Respecto de la segunda de sus alegaciones *"el carácter subsanable de la falta de constitución de la garantía provisional",* termina apelando a cierta doctrina acerca del carácter insubsanable de la falta de constitución de la garantía provisional en fecha anterior al día límite para la presentación de las proposiciones, es decir, que *"no puede ser considerado como un defecto susceptible de ser subsanado ex artículo 81.2 del RGLCAP"».*

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Por último, la entidad GAONA, PALACIOS Y ROZADOS ABOGADOS S.L.P., se adhiere al recurso y solicita la estimación por los siguientes motivos:

a) Entiende que resulta contrario a derecho, por cuanto se exige el cumplimiento de un requisito de forma errónea, pues entiende que "*el apartado 2.6 de la Memoria Justificativa puede inducir a error al contemplar que para esa licitación no procedía el depósito de garantía provisional, pudiendo provocar como así ha sido la confusión en los licitadores sobre la procedencia de aportar esa garantía provisional, como ha ocurrido en 2 de las 3 empresas que han presentado oferta a esta licitación. Por lo que consideramos que el artículo 13 del Anexo I del PCAP no es suficiente claro".*

b) Alude a la excepcionalidad de la exigencia de la garantía provisional conforme al artículo 106 LCSP.

c) Alude a la necesidad de "*disponer de un plazo de 3 días hábiles para subsanar aquella documentación contenida en el sobre 1, en lugar de haber excluido directamente a las dos empresas licitadoras sin dar la oportunidad de subsanar este requisito*". Entiende que "*estaríamos ante un defecto subsanable, debiendo haber sido requerida ambas licitadoras para la subsanación, citando a tal efecto, lo dispuesto en el artículo 356.2.a) de la LCSP, sin embargo, la mesa de contratación prescindiendo del procedimiento legalmente establecido no concedió tal trámite de subsanación".*

Termina solicitando que se anule la resolución de exclusión, y que se acuerde la retroacción del procedimiento al momento justo anterior a la apertura de los sobres a fin de que se les requiera para subsanación a ambas entidades.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo y con el fin de delimitar la cuestión objeto de análisis cabe señalar que la exclusión de la oferta de la recurrente se fundamentó según el acta de la mesa de contratación del día 23 de febrero de 2023 en la falta de constitución de la garantía provisional. Señala el acta lo siguiente:

"A continuación, se procedió a la calificación previa de los documentos presentados en tiempo y forma, ordenando la Presidente la apertura de los sobres y examinándose la documentación presentada, dando fe el Secretario de la relación de documentos que figuran.
Seguidamente se pasa a comprobar el depósito previo de la Garantía Provisional del 3% del Presupuesto Base de Licitación por anualidad, tal como dispone el apartado 13 del Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el procedimiento de contratación del Servicio. La Mesa de Contratación declaró admitida la proposición presentada por (…) al haber depositado fianza en fecha 02/02/2023; asimismo rechaza las proposiciones presentadas por SILVA VALDÉS S.L.P., (…) ambos por no depositar la Garantía Provisional antes descrita".

Es decir, el primer punto es clarificar si era exigible o no dicha garantía. A estos efectos, el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en la cláusula 2 , señala en el objeto del contrato lo siguiente:

"1 El contrato a que se refiere el presente pliego tiene por objeto el servicio que se especifica en el Anexo I de características del contrato, y que se describe de forma expresa en el Pliego de Prescripciones Técnicas".

Debe comenzarse señalando el régimen jurídico reseñado en el PCAP en la cláusula 1, que establece que "*el contrato a que se refiere el presente pliego es de naturaleza administrativa y se regirá por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, (en adelante LCSP), el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del 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 la LCSP; supletoriamente se aplicarán las restante normas de derecho administrativo y, en su defecto las normas de derecho privado.*
El presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el pliego de prescripciones técnicas y demás documentos anexos, revestirán carácter contractual.

Los contratos se ajustarán al contenido del presente pliego, cuyas cláusulas se considerarán parte integrante de los respectivos contratos.
El desconocimiento del contrato en cualquiera de sus términos, de los documentos anexos que forman parte del mismo, o de las instrucciones, pliegos o normas de toda índole aprobadas por la Administración, que puedan ser de aplicación en la ejecución de lo pactado, no eximirá al contratista de la obligación de su cumplimiento.
En caso de discordancia entre el presente pliego y cualquiera del resto de los documentos contractuales, prevalecerá el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se contienen los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato".

En la cláusula 8 en relación al sobre número 1, referente a la documentación acreditativa de los requisitos previos, se expresa que "*en este sobre se incluirá la documentación que se indica en el Anexo II".*

En el Anexo II en cuanto al sobre número 1 se establece que en la documentación a incluir se encuentra:
"1. Declaración responsable conforme al Modelo A (que se acompaña junto con los pliegos), relativa a los requisitos de capacidad y solvencia.
2. Declaración responsable conforme al Modelo B (que se acompaña junto con los pliegos), que en caso de ser propuestos adjudicatarios acreditarán ante el Ayuntamiento, previamente a la adjudicación del contrato, la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.
3. En caso de unión temporal de empresas documento indicando los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de ser adjudicatarios del contrato.
En todos los supuestos en que varios empresarios concurran agrupados en una unión temporal, se aportará una declaración responsable por cada empresa participante. En los casos en que el empresario recurra a la solvencia y medios de otras empresas, cada una de ellas deberá presentar las declaraciones responsables indicando de manera expresa esta circunstancia.
NO DEBEN INCLUIR MÁS DOCUMENTACIÓN QUE LA MENCIONADA EXPRESAMENTE.
LA JUSTIFICACIÓN DOCUMENTAL DE LA CAPACIDAD Y SOLVENCIA SERÁ REQUERIDA A LOS PROPUESTOS ADJUDICATARIOS. En todo caso el Ayuntamiento, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatarios del contrato".

En el modelo B, debía incluir como una de las declaraciones responsables a presentar en el sobre 1, que cumplía lo siguiente:

"Cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración, y que en caso de ser propuestos adjudicatarios acreditaremos ante el Ayuntamiento de Burguillos, previamente a la adjudicación del contrato, en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que reciba el requerimiento, la posesión y validez de los documentos exigidos: (…)
e) Resguardo acreditativo de la constitución de la garantía por el importe establecido.
(…)".

A efectos de dilucidar la cuestión, 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.*"

Asimismo, este Tribunal, ha puesto 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 este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda", n*ecesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Es decir, los pliegos no dejan lugar a dudas, centrándose la entidad recurrente en posibles discordancias con la memoria. No obstante, lo que sí es claro es que no puede centrarse en la memoria, omitiendo lo que el PCAP en el anexo I establece, pues aun considerándose discordante la claridad de la cláusula 1 del PCAP supone que hayamos de estar al PCAP siendo exigible esa garantía adicional que supone la constitución del 3 % del presupuesto base de licitación para responder de la seriedad de la oferta. En este sentido, el artículo 63.3.a) LCSP indica que deberá publicarse al menos la siguiente información: «*La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente».*

Por otra parte, el artículo 116.4 y otros preceptos de la LCSP exigen que en el expediente de contratación quede acreditada la justificación adecuada de determinados aspectos como los criterios de solvencia económica y financiera, y técnica y profesional, los criterios de adjudicación, las condiciones especiales de ejecución que se van a exigir al adjudicatario en la ejecución del contrato, el cálculo del presupuesto de licitación y del valor estimado, etc. Ese es el valor de la memoria pero queda subordinada al contenido del PCAP que, respecto de las garantía no guarda ninguna fisura.

En cuanto a lo alegado por la entidad recurrente, y partiendo de que la memoria está subordinada al PCAP, conforme a la cláusula 1 que ni siquiera se menciona, la misma recoge el apartado 2.6 dos aspectos a justificar en el expediente: por una parte, las "*garantías"* que se exigirán en el PCAP; y, por otra parte, los *"condicionantes de las bases de la subvención".*

El órgano de contratación explica esa aparente contradicción con suficiencia. Cuando se señala la improcedencia se hace exclusivamente al aspecto correspondiente a los *"condicionantes de las bases de la subvención".* Se deja en blanco el parámetro correspondiente a "Condiciones específicas derivadas de las bases reguladoras de la subvención". Estimamos que al igual que se acoge al apartado 2.6, igualmente podría haber interpretado el

mismo con el apartado 1.4 denominado “Financiación” de dicha memoria justificativa, de tal modo que podía haber comprobado que el contrato no está financiado con subvención alguna.

Ello supone como bien dice el órgano de contratación, que interpretar que el *“No procede”* señalado en el punto 2.6 de la Memoria justificativa viene referido al apartado *“condicionantes de las bases de la subvención”,* pero en modo alguno al apartado *“Garantía”.* Además el apartado 3. 1 de la memoria señala que “*entendemos necesario, por el tipo de contrato, poder hacer uso de la constitución de garantía provisional al objeto de obtener ofertas serias que no dejen abandonada la licitación una vez adjudicada”.*

En segundo lugar, la otra de las cuestiones es dilucidar si es o no subsanable el requisito de constitución de la garantía provisional, como alega la entidad recurrente. A juicio de este Tribunal el defecto apreciado, la falta de constitución de la garantía provisional en fecha anterior al día límite para la presentación de las proposiciones, no puede ser considerado como un defecto susceptible de ser subsanado en este caso, ex artículo 81.2 del RGLCAP, puesto que la misma no se ha constituido de ningún modo, ni siquiera de forma defectuosa, no siendo posible su subsanación, dado que la propia entidad recurrente reconoce que no la ha constituido.

El citado precepto se refiere a la posibilidad de subsanación únicamente en el caso de la omisión en la presentación del documento, pero no cuando se trata de un defecto que afecta al contenido material del requisito y que, como tal, y en garantía de los principios de igualdad de trato y no discriminación, no puede ser subsanado. Sin perjuicio de lo anterior, y en respuesta a las alegaciones de la reclamante, debe de señalarse que, debe tenerse en cuenta que el propio PCAP, en el modelo B se exige que dentro de la documentación administrativa a presentar por los licitadores debe incluirse el resguardo acreditativo de la garantía provisional lo que supone, necesariamente, que dicha garantía se haya constituido con anterioridad a la fecha límite de presentación de las ofertas. Esta interpretación, además, es la única compatible con la finalidad de la garantía provisional que no es otra que asegurar la seriedad de las ofertas que se presentan en un proceso de licitación. La recurrente indica que no ha constituido la garantía, porque estimaba que no se exigía, por lo que ahora no la puede presentar, porque como no la ha constituido sería incongruente haber otorgado un plazo de subsanación.

A mayor abundamiento, se procede a contestar las alegaciones vertidas por la entidad interesada que ha comparecido en el presente procedimiento, pues lo exige el suplico realizado en el trámite de alegaciones.

En primer lugar, es necesario pronunciarse al respecto dado que, a modo de adhesión viene a solicitar para sí misma que se anule y retrotraiga el procedimiento de contratación a fin de que pueda subsanar la razón de su exclusión (la falta de constitución de la garantía provisional). Cumple advertir que dicha entidad interesada se ha aquietado, y no ha interpuesto recurso especial frente a dicha exclusión. Es decir, desde su posición de interesado, no solo apoya el recurso especial interpuesto por la entidad recurrente, sino que ejerce una pretensión autónoma para sí, como es que solicita que, una vez anulado y retrotraído el expediente, se le otorgue no solo a la entidad recurrente, sino también a ella misma la posibilidad de subsanar. Tal pretensión excede del ámbito propio de las alegaciones previstas en el procedimiento del recurso especial. En tal sentido ha de señalarse que en el trámite de alegaciones en el recurso especial no cabe más que sostener, en base a los fundamentos que se estimen procedentes, una pretensión análoga al de una adhesión simple, pero no litisconsorcial. Es decir, no se permite defender directamente derechos y pretensiones propias, al igual que no cabe en otros casos, como cuando se trata de las alegaciones de un adjudicatario realizar una suerte de reconvención que permita tramitar en un mismo procedimiento pretensiones distintas de las formuladas por la recurrente (v.g. Resoluciones de este Tribunal 68/2022, de 28 de enero, 381/2019, de 14 de noviembre, 6/2018, de 12 de enero y 108/2018, de 17 de abril, entre otras, y Resolución 807/2017, de 22 de septiembre, entre otras, del

Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otros órganos de resolución de procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual).

En cuanto a la alegación de que es necesario justificar la excepcionalidad ex art.106 LCSP, cumple advertir que dicha garantía es cierto que se establece con carácter excepcional, es decir, solo se exige en el procedimiento de contratación si el órgano de contratación lo considera necesario, bien por causa de interés público (debiendo el licitador constituir de forma previa dicha garantía que responda del mantenimiento de su oferta hasta el momento de perfeccionamiento del contrato) o bien porque se justifique adecuadamente en el expediente de contratación. Estima la recurrente que no está justificado en el expediente. Al respecto se señala como reconoce la propia entidad interesada que la justificación se encuentra en el expediente, y que la misma se recoge a efectos de asegurar seriedad en las proposiciones. Es decir, está la razón, no obstante, es una cuestión que recoge el pliego el cual, en virtud del artículo 139 LCSP, se encuentra ya consentido y firme, no pudiendo ahora impugnarse su justificación, pues la misma existe en el expediente de contratación.

En cuanto a la posibilidad de subsanación por su parte, esta cuestión, aunque hubiera formulado recurso, quedaría igualmente contestada, pues es similar a la pretensión de la entidad recurrente.

Por tanto, procede la desestimación del presente recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **SILVA VALDES S.L.P.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de asesoramiento, representación y defensa jurídica del Ayuntamiento de Burguillos", (Expte. P4101900A-2023/000003-PEA (1/2023)), convocado por el Ayuntamiento de Burguillos (Sevilla).

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 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.