

Recurso 83/2017**Resolución 117/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 31 de mayo de 2017

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MOBICOL 97, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 5 de abril de 2017, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado «*Suministro y entrega de mobiliario de uso escolar con destino a centros públicos dependientes de la Consejería de Educación con previsión de escolarización y obras planificadas a 30 de noviembre de 2016*» (Expediente 00385/ISE/2016/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 15 de febrero de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el



23 de febrero de 2017 en el Boletín Oficial del Estado núm. 46.

El valor estimado del contrato asciende a 2.201.690,07 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

TERCERO. Con fecha 5 de abril de 2017 la mesa de contratación acuerda excluir del procedimiento a la entidad MOBICOL 97, S.L. (MOBICOL en adelante). Dicho acuerdo de la mesa fue notificado a la entidad ahora recurrente por correo electrónico de esa misma fecha.

CUARTO. El 11 de abril de 2017, la entidad MOBICOL presenta en oficina de correos recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el citado acuerdo de exclusión de la mesa de contratación. El mencionado escrito tuvo entrada en el Registro de este Tribunal con fecha 19 de abril de 2017. Por otro lado, la recurrente presentó idéntico escrito de recurso en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía con fecha 18 de abril de 2017.

QUINTO. El citado recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal con fecha 19 de abril de 2017 al órgano de contratación al que además se le solicita el expediente de contratación completo, informe sobre el recurso interpuesto, así como listado comprensivo de los licitadores que hubieran participado en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificación. Adicionalmente, con fecha 27 de abril de 2017 se le solicitó al órgano de contratación determinada documentación complementaria teniendo entrada la misma en el Registro de este Tribunal con fecha, respectivamente, 24 y 28 de abril de 2017.



SEXTO. Con fecha 26 de abril de 2017, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que presentasen las alegaciones que estimaran oportunas, no habiéndose presentado ninguna en el plazo señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

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 42 de TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos y contratos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo su valor estimado de 2.201.690,07 euros, y constituyendo el objeto del recurso la exclusión del procedimiento, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40 apartados 1. a) y 2. b) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) del TRLCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que*



deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

b) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”

En el supuesto concreto, el acuerdo de exclusión impugnado se notifica a la recurrente el 5 de abril de 2017 y el primero de los escritos de recurso especial contra dicho acto se presenta el 18 de abril de 2017 en el Registro telemático unificado de la Junta de Andalucía dirigido a este Tribunal, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal expresado.

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 haber constituido la garantía provisional en momento posterior a la finalización del plazo de presentación de 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.

En este sentido y según se desprende del expediente administrativo remitido a este Tribunal, con fecha de 31 de marzo de 2017 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 MOBICOL se le requiere la subsanación -entre otras cuestiones- de lo que se transcribe a continuación: *«De conformidad con el Anexo I del PCAP procede garantía provisional: 3% del presupuesto de licitación (sin IVA) de los lotes a los que licite. Aportar».*

Posteriormente, con fecha 5 de abril de 2017, tiene lugar sesión de la mesa de contratación para el análisis de la documentación entregada por los distintos licitadores en fase de subsanación. Tras el estudio de la misma, la mesa de contratación decide excluir a la entidad MOBICOL con base a la siguiente motivación: *«La fecha de constitución de la garantía provisional es posterior a la fecha límite de presentación de ofertas. De conformidad con la cláusula 8 del pliego de cláusulas administrativas particulares [en adelante PCAP]: el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para contratar con la agencia será el de finalización de presentación de las proposiciones».*

La mencionada exclusión fue notificada a la ahora recurrente el 5 de abril de 2017, siendo así que con fecha 18 y 19 de abril de 2017 la entidad MOBICOL interpone ante este Tribunal, recurso especial en materia de contratación contra la misma.

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.

SEXTO. Según se desprende de la documentación que obra en el expediente y en concreto del Anexo I del PCAP rector del presente procedimiento de contratación se comprueba que efectivamente se exige garantía provisional.

Por otro lado, la cláusula 8 del PCAP establece que *«el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para contratar con la Agencia será el de finalización de presentación de proposiciones».* En este sentido, y como se desprende de



los distintos anuncios de la licitación, el plazo de presentación de ofertas finalizaba el día 21 de marzo de 2017.

Como se ha mencionado, en el acta de la primera sesión de la mesa de contratación, de fecha 31 de marzo de 2017, se le solicita a la entidad ahora recurrente -entre otras cuestiones- que aporte la garantía provisional exigida en los pliegos.

A la vista de la documentación que en sede de subsanación es aportada por la entidad MOBICOL, la mesa de contratación acuerda excluir a la mencionada entidad del procedimiento ya que la fecha de constitución de la garantía provisional es posterior a la fecha límite de presentación de ofertas y según la cláusula 8 del PCAP el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos exigidos para contratar con la agencia es la fecha de finalización de presentación de las proposiciones.

La entidad recurrente argumenta en su escrito de recurso que la garantía se constituyó con fecha 17 de marzo de 2017 -dentro de plazo- pero que la entidad financiera -por error- emitió certificado de la constitución de garantía fechado posteriormente. Expone que para probar lo anterior anexa al escrito de recurso declaración de la entidad financiera donde se confirman estos extremos; por ello, solicita la estimación de su recurso dejando sin efecto su exclusión del referido procedimiento de licitación.

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 el presente supuesto este Tribunal ha tenido ocasión de comprobar en la documentación que obra en el expediente y entre la que figura la que la entidad MOBICOL presenta en fase de subsanación, certificado de seguro de caución, N.º:4.165.009, fechado el día 3 de abril de 2017, es decir, en fecha posterior al fin del plazo de presentación de proposiciones que expiraba -como anteriormente se ha mencionado- el día 21 de marzo de 2017.

De lo anterior, queda claro 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, por lo que fue correcta la actuación de la mesa de contratación al excluir a la entidad MOBICOL del procedimiento de licitación.

La entidad recurrente aporta en fase de recurso manifestación de la entidad financiera donde se afirma que por un error voluntario en la emisión del certificado no se indicó la fecha efectiva del mismo siendo la correcta «17 de marzo de 2017».

Sobre esta cuestión y como se ha manifestado reiteradamente este Tribunal -también en la aludida Resolución 152/2016- no puede pretender la recurrente ahora, en vía de recurso, subsanar lo que no hizo en el procedimiento de adjudicación alegando unas cuestiones de las que la mesa de contratación no tuvo conocimiento pues se refieren a una documentación que no fue aportada, en este sentido, y a juicio de este Tribunal se entiende que la actuación de la mesa de contratación fue correcta y ajustada a Derecho.

Entiende este Tribunal que la recurrente no procedió con la diligencia debida, teniendo ahora, en aras a preservar la finalidad del procedimiento y los principios de



igualdad de trato que lo inspiran, soportar la consecuencias derivadas de su actuación.

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 **MOBICOL 97, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 5 de abril de 2017, por el que se declara su exclusión del procedimiento de licitación en relación al contrato denominado «*Suministro y entrega de mobiliario de uso escolar con destino a centros públicos dependientes de la Consejería de Educación con previsión de escolarización y obras planificadas a 30 de noviembre de 2016*» (Expediente 00385/ISE/2016/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

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.

