

**Recurso 172/2017****Resolución 155/2017****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 4 de agosto de 2017.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EL SALIENTE** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 3 de julio de 2017, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la Modalidad de Concesión” (Expte. 00114/ISE/2017/SC), convocado por la Agencia Publica Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de mayo de 2017, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de la licitación, mediante procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 27 de mayo de 2017 se publicó el citado anuncio en el Boletín Oficial del Estado número 126, y



el 22 de mayo de 2017 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 108.586.338,52 euros y entre las entidades que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

**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 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, en su redacción dada por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto.

**TERCERO.** En la sesión de la mesa de contratación de 3 de julio de 2017, se acordó excluir de la licitación a la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EL SALIENTE por no haber subsanado adecuadamente la documentación del sobre n.º 1 en el plazo concedido. Dicho acuerdo de la mesa de contratación fue notificado a la recurrente mediante correo electrónico el mismo 3 de julio.

**CUARTO.** El 17 de julio de 2017, se presentó en el Registro Telemático Único de la Junta de Andalucía escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EL SALIENTE contra el acuerdo de la mesa de contratación de 3 de julio de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato.

**QUINTO.** Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 18 de julio de 2017, se dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la



medida de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones con este Tribunal. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Órgano el 21 de julio de 2017.

**SEXTO.** La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 25 de julio de 2017, dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, resultando que no se ha recibido ninguna en el plazo concedido para ello.

**SÉPTIMO.** Con fecha de 26 de julio de 2017 este Tribunal acordó adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP, aprobado por 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 del 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.

Según la cláusula segunda del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el contrato tiene por objeto la concesión del servicio público de comedor escolar en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación. El valor estimado del contrato es de 108.586.338,47 euros, y tiene un plazo de ejecución de 2 años más dos de prórroga, sin que duración total del mismo, incluida la prórroga, pueda exceder de 4 años.

Hay que indicar que a la fecha de publicación de la licitación -20 de mayo de 2017- ya había vencido el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, siendo de aplicación determinadas previsiones de la Directiva, aún no traspuesta. Pues bien, hemos de señalar que esta nueva directiva considera como concesiones de servicios aquellos contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV de la misma, siempre que el importe del valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

Así, y con independencia de su calificación como contrato de servicios o de concesión de servicios, circunstancia que no es objeto de debate, estamos en presencia de un contrato sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, susceptible de recurso especial.

Por tanto, el recurso se habría interpuesto contra el acto de exclusión de la recurrente en el procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto a regulación armonizada que pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, siendo procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en los artículos 40.1 y 40.2 b) del TRLCSP.



**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone 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 aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*(...)*

*b) Cuando 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 examinado, la mesa de contratación acordó la exclusión el 3 de julio de 2017, notificándola el mismo día a la ahora recurrente, mediante correo electrónico. Por tanto, habiendo tenido entrada el recurso en el Registro telemático de la Junta de Andalucía el 17 de julio de 2017, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Previamente, y para un mejor análisis del recurso, procede traer a colación los hechos acaecidos a lo largo de todo el procedimiento a los que la recurrente hace mención.

Según consta en el acta de 27 de junio de 2017, la mesa de contratación observó determinadas incidencias en la documentación presentada por la ahora recurrente, acordando requerir a la misma para que subsanase o aportase la siguiente documentación:



*“- Solvencia Técnica: De la documentación presentada para acreditar su solvencia técnica, el importe acreditado resulta insuficiente para el lote al que concurre. Deberá acreditar tener SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL mediante los medios de admisión, y conforme a los criterios establecidos en el ANEXO II-B del PCAP.*

*- Aportar garantía provisional (3% del presupuesto de licitación sin IVA) constando el visado que acredite el previo BASTANTEO DEL PODER EFECTUADO POR EL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (Deberá retirar la garantía aportada en el sobre 1).”*

En sesión de 3 de julio de 2017, tras el análisis de la documentación aportada por la recurrente, la mesa de contratación entiende que no se había subsanado correctamente la documentación requerida ya que, según consta en dicho acta *“La fecha de constitución de la garantía provisional es posterior a la fecha limite de presentación de ofertas. De conformidad con la Cláusula 8 del 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. Y no consta en la garantía presentada el visado que acredite el previo BASTANTEO DE PODER EFECTUADO POR EL GABINETE JURÍDICO DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.”*

Pues bien, en primer lugar, señala la recurrente en su escrito que cumplió con la obligación de presentar garantía provisional mediante aval en el que constaba el bastanteo de poderes, cometiéndose el error de presentarla por un importe superior al solicitado, esto es, el 3% del presupuesto licitación más el IVA correspondiente. En este sentido, afirma la recurrente que dicho error no era motivo suficiente para el rechazo de la garantía, pues la misma cumplía con su finalidad, manifestando, asimismo, que no entiende el motivo de la solicitud de subsanación si posteriormente iba a ser excluida del procedimiento.



En segundo lugar, pone de manifiesto la recurrente en su escrito que, según se extrae de lo establecido en el artículo 83.6 del RGLCAP, se consideran correctamente presentados los documentos aportados por los licitadores durante el plazo de presentación de proposiciones e igualmente los que se pudieran aportar durante el plazo de subsanación cuando la mesa lo hubiese concedido. Alegando, en base a ello, que en el momento en el que la mesa de contratación solicitó la subsanación de la garantía provisional -lo cual entiende que conllevaba solicitar un nuevo aval de importe inferior al presentado-, debió ser consciente de que la fecha del nuevo aval nunca podía ser anterior a la fecha límite para la presentación de ofertas.

Por todo lo expuesto, concluye la recurrente solicitando que se anule el acuerdo de exclusión impugnado, retrotrayéndose la actuaciones.

Respecto del primer motivo, señala el órgano de contratación en su informe al recurso que, aunque la recurrente señala que cumplió con la obligación de presentar la garantía provisional mediante aval en el que consta el bastanteo de poderes, y que únicamente cometió el error de presentar una garantía por importe superior al solicitado, este no era el motivo por el cual se le solicitó subsanación pues lo que se indicaba, en relación con la garantía provisional presentada en el sobre nº 1, es que debía aportar una garantía provisional en la que constase el visado que acreditase el previo bastanteo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, debiendo a tal efecto retirar la garantía aportada en el sobre 1.

Así, continúa manifestando el órgano de contratación, en ningún momento se señaló que existiera un error en el importe de la garantía provisional constituida ni que tuviera que constituir una nueva, sino que lo que debía hacer era retirar la garantía aportada en el sobre 1 y sobre la misma constar el visado que acreditase el previo bastanteo del poder efectuado. Y ello porque, concluye el órgano, para



garantizar el requisito de la debida constitución del contrato de garantía que el otorgamiento del aval supone, el RGLCAP exige que los poderes de quienes los autorizan en nombre de la entidad financiera sean bastanteados previamente y por una sola vez por los órganos que tienen atribuida tal función, en este caso por ser el órgano de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, indicándose así en la cláusula 9.2.1 del PCAP.

Por último respecto de este primer motivo, señala el órgano de contratación en su informe que este defecto era subsanable y por eso se realizó el requerimiento, pero, en vez de la subsanación requerida, la recurrente presentó nueva garantía provisional, por importe inferior (conforme con el importe exigido por el PCAP), con fecha posterior a la fecha límite de presentación de ofertas, y en la que seguía sin constar el visado que acreditase el previo bastateo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, tal y como se le requirió.

En relación al segundo motivo de recurso, vuelve a poner de manifiesto el órgano de contratación que a pesar de que la recurrente alega que el motivo de la exclusión es que *“la fecha de constitución de la garantía provisional es posterior a la fecha límite para la presentación de ofertas”*, se le indicó a la recurrente de manera clara e indiscutible que debía aportar una garantía provisional en la que constase el visado que acreditara el previo bastateo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, debiendo a tal efecto retirar la garantía aportada en el sobre 1 a los efectos de que en la misma constase la diligencia requerida, siendo la omisión del citado visado el motivo fundamental de la exclusión pues era el defecto que debía de subsanar sin perjuicio de que la presentación de nueva garantía de fecha posterior a la de finalización de ofertas no sea en modo alguno admisible de conformidad con la doctrina de Tribunales, Juntas y Tribunales Administrativos.

Asimismo, señala el órgano de contratación que en virtud del principio de



igualdad de los licitadores recogido en el artículo 1 del TRLCSP, la aportación de una nueva garantía constituida con posterioridad no podía ser aceptada por la mesa de contratación, pues ello entrañaría una vulneración del indicado principio, sin perjuicio de que, como correctamente se hizo por la mesa, en los términos del artículo 81 del RGLCAP, sea posible la subsanación de la omisión del visado que acredite el previo bastanteo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

**SEXTO.** Expuestos los argumentos de las partes, procede analizar las cuestiones suscitadas en el escrito de recurso.

La recurrente basa su recurso, fundamentalmente, en su incorrecta exclusión del procedimiento al considerar que cumplió con la obligación de presentar la garantía provisional mediante aval en el que constaba el bastanteo de poderes, aunque la misma lo fuese por un importe superior al solicitado.

En este punto hay que recordar, como ya señalaba el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1076/2016, de 22 de diciembre, que el bastanteo de poder constituye un presupuesto ineludible para comprobar la existencia de la garantía, porque con independencia de la relación jurídica entre avalista y avalado que es indiferente a la Administración en cuanto beneficiaria, la garantía queda válidamente constituida por el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante que, al tratarse de una persona jurídica, se manifiesta a través de sus representantes con poder suficiente para ello. Así las cosas si quien suscribe el aval como representante carece de poder para ello el contrato de aval no se constituye y, por ende, no se cumple el requisito de garantía para poder tomar parte en la licitación.

Es por ello que se hace necesario examinar si la actuación de la mesa de contratación, excluyendo a la recurrente, fue correcta a la luz de los requisitos que la normativa sobre contratación exige a los bastanteos de las garantías.



En este caso, la cláusula 9.2.1. del PCAP se refiere a la exigencia y régimen de la constitución de una garantía provisional para poder tomar parte en la licitación, remitiendo a las formas señaladas en el artículo 96.1 del TRLCSP, y estableciendo que deberá constar en los documentos de aval el visado que acredite el previo bastanteo del poder efectuado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

La forma de constitución de la garantía provisional aparece regulada en los artículos 96 a 99 del TRLCSP, y 55 a 58 del RGLCAP. Así, dispone el artículo 96.1.b) del TRLCSP lo siguiente:

*“Artículo 96. Garantías admitidas.*

*1. Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán prestarse en alguna de las siguientes formas:*

*(...)*

*b) Mediante aval, prestado en la forma y condiciones que establezcan las normas de desarrollo de esta Ley, por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España, que deberá depositarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior. (...).”*

Por su parte, sobre los poderes en avales y seguros de caución, el artículo 58 del RGLCAP exige:

*“1. Los avales y los certificados de seguro de caución que se constituyen como garantías provisionales o definitivas, deberán ser autorizados por apoderados de la entidad avalista o aseguradora que tengan poder suficiente para obligarla.*

*2. 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.”*

Asimismo, hemos de traer a colación el contenido del Anexo V del RGLCAP, el cual recoge el modelo de aval que habrán de presentar los licitadores:

*“ANEXO V*

*Modelo de aval*

*La entidad (razón social de la entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca), NIF, con domicilio (a efectos de notificaciones y requerimientos) en la calle/plaza/avenida, código postal, localidad, y en su nombre (nombre y apellidos de los apoderados), con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta del bastanteo de poderes que se reseña en la parte inferior de este documento, AVALA a: (nombre y apellidos o razón social del avalado), NIF, en virtud de lo dispuesto por: (norma/s y artículo/s que impone/n la constitución de esta garantía) para responder de las obligaciones siguientes: (detallar el objeto del contrato u obligación asumida por el garantizado), ante (órgano administrativo, organismo autónomo o ente público), por importe de: (en letra y en cifra).*

*La entidad avalista declara bajo su responsabilidad, que cumple los requisitos previstos en el artículo 56.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este aval se otorga solidariamente respecto al*



*obligado principal, con renuncia expresa al beneficio de excusión y con compromiso de pago al primer requerimiento de la Caja General de Depósitos u órgano equivalente de las restantes Administraciones Públicas, con sujeción a los términos previstos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en sus normas de desarrollo y en la normativa reguladora de la Caja General de Depósitos.*

*El presente aval estará en vigor hasta que (indicación del órgano de contratación) o quien en su nombre sea habilitado legalmente para ello autorice su cancelación o devolución de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y legislación complementaria.*

*(Lugar y fecha)*

*(razón social de la entidad)*

*(firma de los apoderados)*

BASTANTEO DE PODERES POR LA ASESORÍA JURÍDICA DE LA C.G.D. O ABOGACÍA DEL ESTADO		
Provincia	Fecha	Número o código

*(...)*”

Por tanto, como vemos, es suficiente para acreditar el cumplimiento del requisito del previo bastanteo que en el texto del aval conste la asesoría jurídica correspondiente encargada de tal verificación, en este caso el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, señalándose, asimismo, la provincia, fecha y número o código del citado bastanteo.

En el supuesto que nos ocupa, la recurrente aportó entre la documentación integrante del sobre 1 aval fechado el 14 de junio de 2017, por importe de 18.678,68 euros donde constaba lo siguiente:

*“BANKINTER, S.A. con domicilio (...) y en su nombre y representación (...), con poderes suficientes para obligarle en este acto, según resulta de la verificación*



*de la representación de la parte inferior de este documento*

*AVALA*

*(...)*

*El presente aval ha sido inscrito en esta misma fecha en el registro especial de avales con el número 0394553 de Bankinter.*

*MADRID, CATORCE DE JUNIO DE DOS MIL DIECISIETE*

*BANKINTER, S.A.*

*P.P.*

*C.G.S.*

*M.M.G.L.*

*N.I.F.: (...)*

*N.I.F.: (...)*

*BASTANTEO DE PODERES POR EL GABINETE JURÍDICO DE LA  
CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA*

Provincia: SEVILLA	Fecha: 26/08/2011 – 22/04/2009	Número: SSBA00773/11-396/09
--------------------	-----------------------------------	--------------------------------

*Referencia única del aval electrónico RUVE 8848 FD86 E2C9 95E4”.*

Se puede observar como en el documento de aval presentado por la Asociación consta el bastanteo de poderes ante el Gabinete Jurídico de la Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía, coincidente con el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, a favor de C.G.S. y M.M.G.L., realizado en la provincia de Sevilla el 26 de agosto de 2011 y el 22 de abril de 2009, respectivamente, con número: SSBA00773/11-396/09.

Por consiguiente, resulta claro que el citado aval cumple con los requisitos exigidos tanto por la normativa contractual como por el PCAP, encontrándose



debidamente bastantado por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, de manera que la mesa de contratación erró al considerar que el aval presentado adolecía de un defecto formal y por lo tanto no debió, respecto de este motivo, realizar requerimiento alguno a la Asociación recurrente.

Debe por todo ello declararse la improcedencia de la exclusión acordada, en tanto que en el primer aval presentado por la Asociación constaba el previo bastanteo en los estrictos términos que le eran exigidos, lo que determina la necesaria estimación del recurso, con anulación del acto impugnado, ordenando la retroacción del procedimiento a fin de que sea admitida a la licitación.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EL SALIENTE** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 3 de julio de 2017, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del contrato denominado “Concesión del servicio público de comedor en los centros docentes públicos dependientes de la Consejería de Educación en la Modalidad de Concesión” (Expte. 00114/ISE/2017/SC), convocado por la Agencia Publica Andaluza de Educación, ordenando al órgano de contratación que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la exclusión de la recurrente a fin de que sea admitida a la licitación.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación acordada por este Tribunal en Resolución de 26 de julio de 2017.



**TERCERO.** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

