

Recurso 236/2018**Resolución 279/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de octubre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES LEMUS VELA, S.C.A.** contra la Resolución, de 15 de junio de 2018, por la que se adjudica el contrato denominado “*Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía*” (Expte. 00051/ISE/2018/SE), respecto del Lote 10, convocado por la Gerencia Provincial de Sevilla de 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 17 de febrero de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 2018/S 034-074018 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio también fue publicado el 21 de febrero de 2018, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta y el 22 de febrero de 2018,



en el Boletín Oficial del Estado núm. 47.

El valor estimado del contrato asciende a 4.284.898,80 euros y entre las empresas 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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. Asimismo, el procedimiento del recurso especial se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), todo ello de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la citada ley.

TERCERO. Mediante Resolución, de 15 de junio de 2018, del órgano de contratación se adjudica el citado contrato, compuesto por un total de 26 lotes. En concreto el Lote 10, objeto de impugnación, fue declarado desierto, previa exclusión de la proposición presentada por la entidad AUTOCARES LEMUS VELA, S.C.A. (en adelante AUTOCARES LEMUS VELA), única oferta formulada a dicho lote. Dicha resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 18 de junio de 2018 y remitida a la entidad ahora recurrente el 19 de junio de 2018.

CUARTO. El 29 de junio de 2018 tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AUTOCARES LEMUS VELA contra la citada resolución de adjudicación, de 15 de junio de 2018, respecto del Lote 10.

Con fecha 4 de julio de 2018 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio del órgano de contratación dando traslado del recurso interpuesto y remitiendo el



informe al mismo y el expediente de contratación.

Posteriormente, con fecha 10 de julio de 2018, la Secretaría de este Tribunal solicitó determinada documentación complementaria al órgano de contratación, teniendo entrada la misma en el Registro de este Tribunal con fecha 11 de julio de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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 48 de la LCSP.

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

El objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 4.284.898,80 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”*

Por su parte, la citada disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica. Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado”*.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 18 de junio de 2018 y remitida a la entidad ahora recurrente por correo electrónico el 19 de junio de 2018, sin que conste en el expediente remitido la fecha efectiva de notificación. No obstante, aun cuando se tome cualquiera de ambas fechas como inicio del cómputo del plazo para recurrir, al haberse presentado el escrito de recurso en el Registro del órgano de contratación el 29 de junio de 2018, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución, de 18 de mayo de 2018, de adjudicación del contrato, solicitando que, con estimación del mismo, se acuerde su anulación, única y exclusivamente respecto del Lote 10 conforme a lo



manifestado en aquel, con retroacción de las actuaciones al momento del requerimiento de la documentación previa a la adjudicación del contrato, y consecuentemente se declare que se proceda a adjudicarle dicho lote.

Como se ha expuesto en los antecedentes de hecho, la recurrente aun cuando formalmente impugna la resolución de adjudicación del citado contrato, compuesto por un total de 26 lotes, sustantivamente está impugnando la exclusión de su oferta al Lote 10.

Expuesto lo anterior, con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación las actuaciones del órgano de contratación acaecidas, respecto del Lote 10, desde la determinación de la oferta económicamente más ventajosa hasta la exclusión de la oferta que ahora se recurre, según consta en la documentación remitida a este Órgano.

Al respecto, una vez determinada que la oferta económicamente más ventajosa para el Lote 10 era la presentada por la entidad AUTOCARES LEMUS VELA, única licitadora que ha presentado proposición a dicho lote, el 9 de mayo de 2018 el órgano de contratación requirió a la ahora recurrente, conforme a lo previsto en la cláusula 10.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), la documentación previa a la adjudicación del mencionado lote.

Ante dicho requerimiento, la recurrente el 21 de mayo de 2018 presenta en el registro de entrada del órgano de contratación, entre otra documentación, aval acreditativo de haber constituido la garantía definitiva exigida ante el órgano del contratación, con fecha 15 de mayo de 2018, no constando que el mismo estuviese depositado en los lugares legalmente establecidos al efecto.

Previa comprobación de la documentación presentada por dicha entidad, el órgano de contratación constató la necesidad de requerirle para que subsanase aquella en los siguientes términos: «*GARANTÍA DEFINITIVA: Aportar el resguardo acreditativo de la constitución, en las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería*



competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía, con fecha de presentación de 23 de mayo de 2018 o anterior».

Posteriormente, el 15 de junio de 2018, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue publicada en el perfil de contratante el 18 de junio de 2018 y remitida a la empresa ahora recurrente el 19 de junio de 2018, como se ha expuesto anteriormente, en la que entre otras cuestiones se declara desierta la adjudicación del Lote 10 por el siguiente motivo, según consta en aquella: *«La empresa (F91041970)- AUTOCARES LEMUS VELA, S.C.A. propuesta inicialmente como adjudicataria, no subsana correctamente la documentación previa a la adjudicación y no hay más empresas licitadoras que concurran en el lote».*

Así las cosas, la recurrente en su escrito de recurso se opone a la exclusión de su oferta señalando que conforme al requerimiento que se le efectúa, el único punto a subsanar es el hecho de que el aval aportado ante el órgano de contratación no había sido depositado.

En este sentido, indica que procedió a su depósito, previa solicitud de devolución del aval al órgano de contratación, una vez que recibió el citado requerimiento el 29 de mayo de 2018, por lo que obviamente la fecha de depósito no podía ser "del 23 de mayo de 2018 o anterior" tal como se le requería.

A su juicio, estando constituido el aval y aportado ante el órgano de contratación dentro del plazo establecido para la aportación de la documentación previa a la adjudicación, el hecho de que el aval se haya depositado con posterioridad a dicho plazo en la Caja Provincial de Depósitos no supone incumplimiento del requerimiento señalado en la cláusula 10.7 del PCAP, al tratarse de un defecto subsanable.

Concluye la recurrente que, por tanto, debe tenerse por subsanado el documento consistente en la garantía definitiva, constituida mediante aval el 15 de mayo de 2018 y depositada el 1 de junio de 2018, dentro del plazo de requerimiento concedido.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso señala que se requirió a la entidad AUTOCARES LEMUS VELA, al haber presentado la oferta económicamente más ventajosa, para que aportase la documentación prevista en la cláusula 10.7 del PCAP; sin embargo, se verificó que el aval aportado fue inscrito en el registro especial de avales con el número 01822000926663 pero no depositado en la Caja de Depósitos.

SEXTO. Vistas la alegaciones de las partes procede el análisis del fondo del recurso. En este sentido, la cuestión a dilucidar es, por un lado, si el requisito de aportar la garantía definitiva ha de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito, como se infiere de lo esgrimido por el órgano de contratación, o bien, como alega la recurrente, aquel se cumple con la constitución, siendo el depósito del mismo un defecto subsanable.

Y por otro lado, si como denuncia la recurrente el requerimiento de subsanación, en los términos realizados por el órgano de contratación, no era posible cumplirlo.

En cuanto a la primera cuestión, este Tribunal en sus Resoluciones 16/2015, de 22 de enero, 364/2015, de 27 de octubre y 53/2016, de 25 de febrero, ha venido sosteniendo que el requisito de aportar la garantía definitiva ha de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito del mismo, no siendo por tanto subsanable la falta del depósito.

Sin embargo, dicha doctrina ha de ser reconsiderada. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 151.2 y 96.1.b) del TRLCSP, la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: una, sustantiva y fundamental, de constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por alguna persona de la entidad financiera con poder bastante para otorgarlo, y otra, formal, de justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía y de su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello. En este sentido, cabe, pues, plantearse si la



omisión de la segunda -su depósito- es o no subsanable en el contexto de un procedimiento de contratación.

Pues bien, al respecto, este Órgano comparte la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 1179/2015, entre otras), según la cual la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante formalizado con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que, entre otros motivos, no invalida la constitución de dicha garantía ni impide su prueba alternativa ante el órgano de contratación por medio de la presentación o exhibición del documento original o de su copia fiel.

En el mismo sentido, se manifiesta la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su Informe 8/2017, de 17 de octubre, en el que se concluye que *“La omisión del depósito del aval prestado como garantía definitiva de una contratación o su justificación son defectos subsanables siempre que dicha garantía se hubiera constituido válidamente dentro del plazo y conforme a las normas básicas establecidas legal y reglamentariamente”*.

En definitiva, de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, y en aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, no cabe entender que la actuación de la entidad AUTOCARES LEMUS VELA en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP, implique la retirada de su oferta y su necesaria e inevitable exclusión de la licitación por defectos en la documentación administrativa, pues aquella es una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos de la concurrencia, se ha de aplicar de forma estricta, máxime cuando dicha exclusión ha de afectar, como es el caso, a la entidad licitadora que presentó la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el principio antiformalista (v.g. Resolución de este Tribunal 232/2017, de 3 de noviembre, entre otras muchas), conforme a una doctrina consolidada del Tribunal Supremo –por todas, la Sentencia de 6 de julio de 2004



dictada en Casación para Unificación de Doctrina, Recurso 265/2003-, es reconocido por el Alto Tribunal en los procedimientos de adjudicación de la contratación pública, considerando que una interpretación literal de las condiciones exigidas para tomar parte en la licitación, que conduzca a la inadmisión de proposiciones por meros defectos formales o no sustanciales, es contraria al principio de concurrencia.

Asimismo, el principio de proporcionalidad (v.g. Resolución de este Tribunal 184/2018, de 14 de junio, entre las más recientes), reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08) y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

Por último, si nos atenemos a que la finalidad de la garantía definitiva es responder, entre otras cuestiones, de las eventuales penalidades que puedan imponerse al contratista, de la correcta ejecución del contrato y de la incautación que pudiese decretarse en los casos de resolución del contrato (artículo 100 del TRLCSP), su aportación sin que se haya depositado en nada afectaría a la posibilidad que ostenta el órgano de contratación para hacerla efectiva, pues una vez constituida podría depositarla en la correspondiente Caja de Depósitos para su incautación, en su caso, o proceder él mismo a hacerla efectiva.

En definitiva, como se ha expuesto, en determinadas resoluciones -16/2015, de 22 de enero, 364/2015, de 27 de octubre y 53/2016, de 25 de febrero- este Tribunal ha venido sosteniendo que el requisito de aportar la garantía definitiva ha de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito del mismo, no siendo por tanto dicha falta de depósito subsanable. Sin embargo, a la luz de lo anteriormente expuesto, este criterio ha de ser revisado en el sentido de que la



garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante formalizado con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, es decir, el requisito se cumple con la acreditación de la existencia de la garantía, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable, pues dicho depósito es un acto de constatación de una situación ya existente.

SÉPTIMO. En la segunda parte de su alegato, la recurrente denuncia que no era posible cumplir el requerimiento de subsanación en los términos en los que lo realiza el órgano de contratación.

Como se ha expuesto, el órgano de contratación requiere a la entidad ahora recurrente para que aporte la documentación previa a la adjudicación del Lote 10, entre la que se encontraba el “resguardo acreditativo de la constitución de la garantía definitiva en las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía”.

Por su parte, la recurrente en relación con la garantía definitiva aporta aval acreditativo de haberla constituido, con fecha 15 de mayo de 2018, pero sin que estuviese depositada.

Ante ello, el órgano de contratación constató la necesidad de requerirle para que subsanase aquella, lo que tuvo lugar el 29 de mayo de 2018, en los siguientes términos: *«GARANTÍA DEFINITIVA: Aportar el resguardo acreditativo de la constitución, en las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía, con fecha de presentación de 23 de mayo de 2018 o anterior».*

Sin embargo, como argumenta la recurrente en su escrito de recurso, dicha requerimiento de subsanación no era posible cumplirlo, toda vez que lo único que podía hacer la recurrente, y de hecho así lo hizo, era retirar el original del aval de la sede del órgano de contratación y posteriormente depositarlo y aportar al órgano de



contratación -el 1 de junio de 2018- el resguardo acreditativo de dicho depósito, lógicamente con fecha posterior al requerimiento.

En definitiva, conforme a la doctrina expuesta en el fundamento anterior, el órgano de contratación ante la ausencia de depósito del aval constitutivo de la garantía definitiva debió de requerirle para que subsanase dicho defecto, como realmente hizo; no obstante, dicho requerimiento debió de haberlo efectuado en el sentido de permitir que el depósito del aval pudiese haberlo efectuado la entidad AUTOCARES LEMUS VELA con fecha posterior al citado requerimiento, dentro del plazo de subsanación concedido.

Por tanto, el requerimiento de subsanación en los términos efectuados por el órgano de contratación ha de entenderse parcialmente nulo, en la parte en que se solicita que el resguardo acreditativo ha de ser “*con fecha de presentación de 23 de mayo de 2018 o anterior*”, ante la imposibilidad de cumplimiento de su contenido, conforme al artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, por remisión del artículo 32.a) del TRLCSP, no afectando al resto del requerimiento en virtud de lo establecido en el artículo 49.2 de la citada Ley 39/2015.

Así las cosas, el órgano de contratación debió de haber admitido el depósito de la garantía definitiva efectuado por la entidad AUTOCARES LEMUS VELA y haberle permitido continuar en el procedimiento.

Procede, pues, estimar el recurso interpuesto.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada anteriormente, debe llevarse a cabo anulando la Resolución, de 15 de junio de 2018, por la que, respecto al Lote 10, se declara desierta la licitación, con retroacción de las actuaciones al momento previo a la exclusión de la oferta presentada por la entidad AUTOCARES LEMUS VELA, para que se proceda a su admisión y, en su caso, a la adjudicación del Lote 10.



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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES LEMUS VELA, S.C.A.** contra la Resolución, de 15 de junio de 2018, por la que se adjudica el contrato denominado “*Servicio de transporte escolar en centros docentes públicos de la provincia de Sevilla dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía*” (Expte. 00051/ISE/2018/SE), respecto del Lote 10, convocado por la Gerencia Provincial de Sevilla de la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente instrumental adscrito a la Consejería de Educación y, en consecuencia, anular el acto impugnado, procediéndose en los términos expuestos en el último de los fundamentos de derecho.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

TERCERO. Notificar 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.

