

Recurso 133/2015**Resolución 364/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de octubre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA** contra la Resolución de adjudicación, de 18 de junio de 2015, en la que se declara su exclusión respecto al Lote 2 del contrato denominado “Servicio de redacción de proyecto, dirección de obra, dirección de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y estudio geotécnico para las obras de la 2ª fase sustitución C3 del CEIP RAIMUNDO LULIO en Camas (Sevilla)”, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación (Expte. 00329/ISE/2014/SC), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 6 de diciembre de 2014, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El citado anuncio de licitación fue asimismo publicado el 23 de diciembre de 2014 en el Boletín Oficial del Estado número



309, y con fecha 9 de diciembre de 2014, en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 291.233, 90 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en 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, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

En dicho procedimiento presentaron ofertas varias empresas y entre ellas se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. Con fecha 21 de mayo de 2015, le fue notificado a la recurrente que había resultado propuesta adjudicataria por haber sido considerada su oferta como la mejor de las presentadas, por lo que de conformidad con el artículo 151.2 del TRLCSP, se le requería para que presentara la documentación previa a la adjudicación en el plazo de diez días hábiles.

CUARTO. En sesión celebrada el 10 de junio de 2015, la Mesa de contratación, al constatar que la UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA había presentado la garantía definitiva con fecha de depósito fuera del plazo concedido, acordó entender retirada la oferta de acuerdo con el artículo 151.2 del TRLCSP y recabar la documentación previa a la adjudicación al siguiente licitador.

QUINTO. Con fecha 18 de junio de 2015, se dictó Resolución de adjudicación en donde, entre otros, se mencionaba como antecedente la exclusión de la recurrente.



Dicha Resolución fue remitida a la recurrente con fecha 19 de junio de 2015, quedando constancia de su recepción ese mismo día. Asimismo, y con esa misma fecha, la mencionada Resolución fue publicada en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

SEXTO. El 6 de julio de 2015 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública escrito de recurso especial en materia de contratación contra la Resolución de adjudicación de 18 de junio de 2015.

SÉPTIMO. Con fecha 7 de julio de 2015 la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación para que aportara expediente de contratación completo, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento instado por la recurrente, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, teniendo entrada en este Tribunal el 10 de julio de 2015.

OCTAVO. El 17 de julio de 2015, este Tribunal dictó resolución acordando el mantenimiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

QUINTO. El 20 de julio de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado la entidad UNIÓN INTEGRADA DE ARQUITECTOS S.L.P. (en adelante UNIA ARQUITECTOS).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3-TRLCSP, 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 que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se interpone contra una acto recaído en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada. Asimismo, el acto impugnado es la Resolución de adjudicación, a través de la cual la recurrente ha tenido conocimiento de su exclusión, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo previsto en el artículo 40 apartados 1. a) y c) del TRLCSP.

Sobre este extremo, debe indicarse que el acto formalmente impugnado y el que debe tomarse en consideración a efectos de analizar los requisitos de admisión del recurso es la adjudicación, aún cuando la recurrente ataque sustantivamente el acuerdo de exclusión de la licitación adoptado por la Mesa de contratación al que alude la Resolución de adjudicación.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 b) 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”*



En el supuesto examinado, el acto recurrido fue remitido a la recurrente el 19 de junio de 2015, habiéndose presentado el recurso en el Registro General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública el 6 de julio de 2015, por lo que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

QUINTO. Examinados los requisitos de admisión del recurso, procede entrar en el examen de los motivos en que el mismo se sustenta.

La Resolución de adjudicación de 18 de junio de 2015 recogió el acuerdo de la Mesa de excluir a la UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA del procedimiento de adjudicación para el Lote 2, puesto que *<<a la vista de la documentación presentada (...) y de acuerdo con los datos obrantes en el Registro ha presentado la documentación fuera de plazo. >>*

Asimismo, en el oficio de notificación de la mencionada Resolución de adjudicación, se establecía que *“para el Lote 2, la UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA ha presentado la garantía definitiva con fecha de depósito de 3 de junio de 2015, es decir, fuera del plazo concedido, por lo que, según lo establecido en el artículo 99.1 del Real Decreto anterior (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), 'El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2 la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2'. Visto todo lo anterior y según lo establecido en el mencionado artículo 151.2, y según la cláusula 10.6 del Pliego el anterior licitador queda excluido del procedimiento de adjudicación.”*

Frente a esta exclusión se alza la UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA en su escrito de recurso argumentando lo siguiente:



1. En primer lugar considera que sí presentó toda la documentación en plazo, sin perjuicio de la existencia de un defecto formal (el depósito de la garantía).
2. En segundo lugar, alega que no se ha permitido la subsanación conforme prescribe la Ley. Según la recurrente, hay que distinguir entre el incumplimiento absoluto y el incumplimiento defectuoso, entendiendo que el no haber depositado la garantía no supone un incumplimiento absoluto, ya que la garantía sí estaba constituida, como quedó justificado documentalmente, pero no había sido depositada, constituyendo el depósito de la garantía un plus de formalidad en la documentación de conformidad con el desarrollo legal autonómico, como se deduce de los artículos 96 y 99.1 del TRLCSP entre otros, que exigen que se acredite la constitución de la garantía en forma de aval remitiéndose a la normativa de desarrollo autonómica.

Fundamenta la obligatoriedad de conceder un plazo de subsanación para corregir defectos formales o materiales en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con carácter general. Asimismo en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y en propio Pliego de Cláusulas Particulares, que en su cláusula 10.6.1.a) 3º párrafo reconoce esta posibilidad respecto a la documental recogida en la cláusula 9.2.1.1., entre las que se encuentra la constitución de la garantía.

En el caso que se recurre, la Mesa advirtió a la recurrente telefónicamente del defecto encontrado en la documentación, por lo que éste procedió a su subsanación al día siguiente, no obstante lo cual, se ha quedado excluido del procedimiento.

Para avalar su postura, invoca la recurrente la Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 15 de enero 1999. (RJ 1999/1312), fundamento de derecho segundo; la Sentencia núm. 736/2014 del



Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª de 11 de noviembre. JUR 2015/18645, fundamento de derecho primero, y Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 16 de junio de 2014. RJ 2014/3953 fundamento de derecho tercero.

Asimismo, de acuerdo con la Sentencia TS de 19-1-95 [RJ 1995,546], de 18 de julio de 2012, 20 de mayo de 2011, o la de 16 de mayo de 2012 (casación 4664/2011), la falta de depósito implica, simplemente, la necesidad de superar la deficiencia meramente formal del concreto documento justificativo presentado. Según la recurrente, el aval existía, estaba suscrito y fue alegado, sin embargo, adolecía de una insuficiencia o defecto: el depósito en la Consejería de Hacienda. En ningún caso puede hablarse de íntegra acreditación fuera de plazo, por lo que resulta procedente una interpretación acorde con el principio de IN DUBIO PRO ACTIONE, más cuando nos encontramos en un momento procedimental en el que ya no existe concurrencia competitiva y la subsanación de documentación no perjudica a los terceros participantes.

Por ello, entiende la recurrente que el órgano de contratación ha obviado el trámite de subsanación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y vulnerando los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, tal es la tutela judicial efectiva, resultando el acto nulo de pleno derecho conforme al artículo 62 de la Ley 30/1992, que obliga a la Mesa de contratación a verificar el aludido trámite de subsanación.

3. Por último, la recurrente entiende asimismo que procede la determinación de daños y perjuicios consistentes en el lucro cesante y daño emergente.

Por todo lo anterior solicita la anulación del acto recurrido, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal oportuno, y declarando haber lugar a subsanar el defecto formal advertido, continuándose el procedimiento de adjudicación conforme a derecho. Asimismo solicita que se condene a la



Administración al abono de los daños y perjuicios causados o que haya podido ocasionar la infracción legal, debiendo cubrir como mínimo los costes del aval suscrito, y, en su caso, el importe de la adjudicación dejada de percibir.

Por su parte, en el informe sobre el recurso que remite el órgano de contratación se pone de manifiesto que la empresa presentó el 2 de junio de 2015, último día del plazo establecido, el original del aval sin resguardo de su depósito en la Caja de Depósitos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, y que tal resguardo del depósito no solo no se presentó hasta el 3 de junio de 2015, sino que el depósito se realizó con esa fecha, por lo que no puede considerarse que el requisito de la garantía existiera en el momento exigible, sino que la subsanación realizada por la recurrente afecta al cumplimiento del requisito y no solo a su acreditación, motivo por el cual no puede ser aceptada.

Hace constar además su consideración de que la subsanación de este defecto, en contra de lo alegado por la recurrente, sí que vulneraría los derechos del resto de licitadores, especialmente de aquel que, de no presentar el propuesto adjudicatario la documentación en plazo, debería ser el siguiente propuesto adjudicatario según el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas.

En cuanto a la solicitud de daños y perjuicios, el órgano de contratación entiende que no procede su exigencia, ya que en la notificación de la adjudicación de fecha 19 de junio de 2015, ya se indicaba que podría proceder a solicitar la devolución de la garantía constituida a favor de la Agencia, y asimismo se le solicitaba el número de cuenta para proceder a la devolución del pago del anuncio de licitación. Tampoco procede la estimación del abono del importe de la adjudicación dejada de percibir, pues de conformidad con el artículo 160.2 del TRLCSP, la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa de Contratación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Es más, el órgano de contratación entiende que ha habido mala fe por parte de



la recurrente en la interposición del recurso, pues en la notificación del día 19 de junio de 2015, se le adjuntó a la entidad recurrente la Resolución 16/2015 de 22 de enero de 2015, emitida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en un caso similar para su conocimiento, por lo que considera que lo único que puede conseguir el reclamante es el retraso en la tramitación del expediente de contratación al impedir la formalización del contrato e inicio de la ejecución de las actuaciones adjudicadas.

En cuanto a las alegaciones formuladas por UNIA ARQUITECTOS, éstas coinciden con la argumentación jurídica realizada por el órgano de contratación, haciendo especial hincapié en el hecho de que la garantía no está constituida hasta que no se ha depositado en la Caja de Depósitos de la Consejería de Hacienda.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede entrar en el examen de los motivos del recurso.

Respecto a la garantía definitiva, hemos de indicar que el artículo 96.1.b) del TRLCSP dispone que << 1. *Las garantías exigidas en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas podrán presentarse 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.>> Estos establecimientos son la Caja General de Depósitos o sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales*



contratantes.

Asimismo, la cláusula 10.6.2.d) del PCAP, al establecer la documentación previa a la adjudicación, exige el “*resguardo acreditativo de la constitución, en las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía, de una garantía de un 5% del importe de adjudicación (...) a disposición del órgano de contratación.*”

Así pues, como quiera que la empresa recurrente constituyó la garantía mediante aval bancario, debió presentar en el plazo legal de diez días hábiles desde que fue requerida para ello el resguardo acreditativo del aval depositado en la Caja de Depósitos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

No obstante, en el plazo concedido solo aportó el contrato de aval suscrito con la entidad bancaria Caja de Arquitectos, al cual no acompañó resguardo alguno de su depósito conforme al artículo 96.1 b) del TRLCSP, siendo con posterioridad, y una vez transcurrido el plazo, cuando se presenta ante el órgano de contratación el resguardo del aval depositado (modelo 803), depósito que se realizó con fecha 3 de junio de 2015, es decir, fuera del plazo legalmente concedido.

Por consiguiente, debe desestimarse la pretensión de la recurrente de considerar que la documentación requerida se había presentado en plazo.

SÉPTIMO. En cuanto a la obligación por parte del órgano de contratación de conceder un trámite de subsanación en este caso, hemos de diferenciar, por una parte la concesión del trámite en sí, y por otra el resultado de dicho trámite.

Nada prevé la normativa de contratación sobre la concesión de un plazo de subsanación de la documentación previa a la adjudicación que debe presentar el licitador propuesto como adjudicatario. Más bien al contrario el artículo 99.1



del TRLCSP es claro al establecer que << *El licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el artículo 151.2, la constitución de la garantía. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 151.2.>>. Es decir, como ya expuso este Tribunal en su Resolución 16/2015 de 22 de enero, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, lo que supone *de iure* que la oferta del licitador clasificado en primer lugar sea excluida del proceso licitatorio.*

No obstante, la recurrente fue informado telefónicamente de que la documentación presentada para justificar la constitución de la garantía no era correcta, pues no constaba su depósito en la Consejería de Hacienda. Como resultado de esta conversación, la cual la recurrente parece interpretar como la concesión de un trámite de subsanación, éste presenta el resguardo del debido depósito, pero como ya hemos indicado anteriormente, este depósito se había producido fuera del plazo legalmente establecido, por lo que aún cuando el órgano de contratación hubiera considerado también la posibilidad de subsanar la documentación inicialmente aportada, no hubiera podido aceptar la subsanación presentada.

Como bien ha indicado el órgano de contratación, *“la subsanación realizada por el recurrente afecta al cumplimiento del requisito y no solo a su acreditación, motivo por el cual no puede ser aceptada.”*

La exigencia del artículo 99.1 del TRLCSP para el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa es acreditar la constitución de la garantía, siendo claro el artículo 96.1 del TRLCSP al indicar que cuando la garantía se preste en forma de aval deberá depositarse en los establecimientos correspondientes señalados en su letra a).



Por otra parte, no se encuentra tampoco fundamento a la afirmación que hace la recurrente de que el depósito de la garantía no es requisito para su constitución, sino que supone plus de formalidad de conformidad con el desarrollo legal autonómico. En primer lugar, los artículos citados no hacen referencia alguna al desarrollo autonómico, sino a “*las normas de desarrollo de esta Ley*”. Y en segundo lugar, el que los requisitos formales de constitución de las garantías mediante aval vengan establecidos en normas de desarrollo legal o en la normativa autonómica, no los convierte en “pluses de formalidad” cuya exigencia pueda ser más laxa que los requisitos contemplados en una norma estatal con rango legal, como parece sugerir el argumento de la recurrente.

Procede por tanto desestimar también la pretensión de la recurrente de considerar el procedimiento nulo de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido.

OCTAVO. En cuanto a la determinación de daños y perjuicios, ha de desestimarse la petición de la recurrente, en primer lugar, porque sus pretensiones no han sido estimadas en el presente recurso y se ha considerado conforme a derecho la actuación del órgano de contratación, y en segundo lugar, y como ha indicado el órgano de contratación, porque la devolución del aval está ya prevista en la propia notificación de la exclusión y el artículo 160.2 del TGRLCSP indica que la propuesta de adjudicación efectuada por la Mesa no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Por contra, tampoco se puede considerar, como pretende el órgano de contratación, que la recurrente haya actuado de mala fe a la hora de interponer el recurso por el hecho de haber tenido conocimiento de que este Tribunal desestimó un recurso basado en argumentos similares al que ahora nos ocupa.

En consecuencia, en base a lo anteriormente expuesto, procede desestimar íntegramente el recurso.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **UTE PLAZA-VALLEJO-SANABRIA** contra la Resolución de adjudicación, de 18 de junio de 2015, en la que se declara su exclusión respecto al Lote 2 del contrato denominado “Servicio de redacción de proyecto, dirección de obra, dirección de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y estudio geotécnico para las obras de la 2ª fase sustitución C3 del CEIP RAIMUNDO LULIO en Camas (Sevilla)”, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación (Expte. 00329/ISE/2014/SC).

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento cuyo mantenimiento fue acordado por este Tribunal en Resolución de 17 de julio de 2015.

CUARTO. 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.

