

RE 13/2023

Acuerdo 17/2023, de 23 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por “JOAQUÍN LIARTE CAMACHO” frente a su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de estudio geotécnico, proyectos básico y de ejecución, EBSS, con separatas por fases, estudio de gestión de residuos, proyecto de urbanización y de actividad, tramitación ante organismos y empresas privadas de suministros, para instalación y puesta en funcionamiento de residencia de la tercera edad, junto con emisión de informes o asesoramiento», promovido por el Ayuntamiento de Calatorao.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 9 de diciembre de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio y los pliegos del procedimiento de licitación a que alude el encabezamiento de este acuerdo. Según figura en el citado anuncio, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 24 de diciembre de 2022.

Se trata de un contrato de servicios, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 204 115 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 28 de diciembre de 2022, la Mesa de contratación, acordó, tras la apertura de los Sobres “A” y la calificación de la documentación administrativa, requerir, por lo que a este acuerdo interesa, al ahora recurrente el documento acreditativo del depósito de la garantía provisional requerida en la licitación. En concreto en el requerimiento efectuado el mismo día 28 de diciembre de 2022, figura lo siguiente:

«(...) No consta entre la documentación administrativa documento que acredite el depósito de la garantía provisional en efectivo o mediante aval por importe de 6.123,45 euros.

Se acuerda requerirle que aporte justificante de haber depositado la garantía provisional en plazo de presentación de ofertas: 24/12/2022 a 23:59 horas (3% de 204.115 euros = 6123,45 euros), requerida en la cláusula 10ª y en el anuncio de licitación. Se preavisa que en caso de no haberla depositado en entidad bancaria (cuentas abiertas a nombre del Ayuntamiento de Calatorao) o mediante aval, será excluido de la licitación por ser insubsanable.

- *Informe 5/2002, de 31 de octubre de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias.*
- *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia 891/2013, de 11 de marzo de 2013, Rec. 2163/2007.*

Dispone de un máximo de 3 días naturales para subsanar y aclarar su oferta (cláusula 16ª). En caso de no acreditar el depósito previo de la garantía provisional (en plazo de presentación de ofertas: 24/12/2022 a 23:59 horas), será excluido de la licitación, sin que se abra el sobre B.»

Tercero.- La Mesa de contratación, reunida de nuevo el día 23 de enero de 2023, acordó, a la vista de la documentación aportada por JOAQUÍN LIARTE CAMACHO, excluirle de la licitación al haber constituido la garantía provisional fuera del plazo legalmente establecido.

En el acta levantada al efecto, consta al respecto lo siguiente:

«Razón Social: Joaquín Liarte Camacho

Registra el 29/12/2022 justificante de depósito en cuenta de la cuantía de 6.123,45 euros, de fecha 29/12/2022, con fecha valor del 23/12/2022.

Se acordó requerirle que aportase justificante de haber depositado la garantía provisional en plazo de presentación de ofertas: 24/12/2022 a 23:59 horas (3% de 204.115 euros = 6123,45 euros), requerida en la cláusula 10ª y en el anuncio de licitación, para el caso que la hubiera depositado en plazo, pero hubiera omitido su inclusión entre la documentación administrativa. Se preavisó en el requerimiento que en caso de no haberla depositado en entidad bancaria (cuentas abiertas a nombre del Ayuntamiento de Calatorao) o mediante aval, será excluido de la licitación por ser insubsanable.

- Informe 5/2002, de 31 de octubre de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias.*
- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia 891/2013, de 11 de marzo de 2013, Rec. 2163/2007.*

Se declara excluido.»

El acta de la sesión de la Mesa de contratación fue publicada en la PCSP el mismo día 23 de enero de 2023.

Cuarto.- El día 7 de febrero de 2023 se recibió en este Tribunal administrativo, a través del registro electrónico del Gobierno de Aragón, un escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don JOAQUIN LIARTE CAMACHO, en su propio nombre, en el que impugna su exclusión, defendiendo la validez del depósito de la garantía provisional exigida en el procedimiento, solicitando la anulación de su exclusión y su readmisión al procedimiento de licitación. Asimismo, solicita, de forma cautelar, la suspensión del procedimiento de licitación en tanto se produzca la resolución de su recurso.

Quinto.- El día 8 de febrero de 2023, este Tribunal, dando traslado del escrito de recurso recibido al órgano de contratación, requirió del mismo, el expediente de contratación y el informe a que alude el artículo 56.2 de 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).

La documentación requerida se recibió el día 10 de febrero siguiente. En su informe, el órgano de contratación expone las actuaciones realizadas en la tramitación del procedimiento y se opone al recurso.

Sexto.- El día 10 de febrero de 2023 se dio traslado del recurso al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP.

Se han recibido alegaciones de “SICILIA Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L.” y “JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ IBAÑEZ”, oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “JOAQUÍN LIARTE CAMACHO” para interponer el recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y se dirige contra el acto de exclusión de un licitador, actuación específicamente contempladas entre las susceptibles de impugnación ex artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión, procede entrar a valorar el único motivo en el que se fundamenta el presente recurso.

Pues bien, la recurrente, aun cuando reconoce no haber realizado el depósito de la garantía provisional exigida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación, con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones – esto es, el día 24 de diciembre de 2022-, funda su recurso en el hecho de que tal depósito fue

efectuado el día 29 de diciembre siguiente pero que como en dicha operación bancaria consta la «fecha de valor» el día 23 de diciembre de 2022, que su oferta no debió ser excluida. Concretamente aduce al respecto, lo siguiente:

«(...) SEGUNDA.- En el artículo 106 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) se regula la exigencia y régimen de la garantía provisional, y en su apartado 1 se establece:

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.

Así, siendo la norma general la no exigencia de garantía provisional, sí es posible exigirla por el órgano de contratación con carácter excepcional por motivos de interés público, debiendo ser justificado y motivado en el expediente de contratación.

Pues bien, en el expediente que nos ocupa el órgano de contratación sí ha exigido la constitución de garantía provisional, estando recogida en la CLAUSULA DÉCIMA del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (páginas 9 y 10)) con el siguiente contenido:

CLÁUSULA DÉCIMA. Garantía Provisional

Los licitadores deberán constituir una garantía provisional por importe del 3% del presupuesto base de licitación para el que se presenta oferta excluido IVA

(204.115,00 euros), que responderá del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del contrato.

La garantía provisional se depositará:

En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.

Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última.

Se advierte, por tanto, en primer lugar, que no consta motivado ni justificado siquiera mínimamente cual es o donde reside el necesario interés público en la exigencia de la garantía provisional, siendo esto un deber ineludible del órgano de contratación, lo que podría constituir un motivo de nulidad de pleno derecho de los pliegos que rigen esta contratación.

Dicho esto, esta parte es plenamente consciente de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP en cuanto a que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicionada de lo dispuesto en los pliegos y que, por tanto, esta

parte aceptó la exigencia de constitución de la garantía provisional a pesar de no haberse acreditado -insistimos, ni siquiera mínimamente- el supuesto interés público.

Pero es importante dejar constancia de esta circunstancia puesto que un presunto defecto en la acreditación de esta garantía provisional es lo que ha supuesto la exclusión de este licitador cuando, sin embargo, se han admitido las subsanaciones ofrecidas por otros licitadores a propósito de otros requisitos no tan formales sino de mayor envergadura, como son la acreditación de la solvencia profesional.

TERCERA.- Dicho lo precedente, y como ya se ha avanzado, según el Acta de la reunión de la Mesa de Contratación celebrada el 28 de diciembre de 2022, resultó que se presentaron hasta seis (6) ofertas o proposiciones, entre ellas la de quien suscribe, resultando que 4 de ellas, incluida la de quien suscribe, adolecía del error de no haber presentado acreditación de haber constituido la garantía provisional dentro del plazo de presentación de las ofertas que finalizaba el 24/12/2022 a las 23:59 horas.

Como “sustento” del preaviso de que las ofertas serán excluidas en caso de no haber depositado la garantía dentro de plazo, se citaban dos resoluciones:

Informe 5/2002, de 31 de octubre de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 1º, Sentencia 891/2013, de 11 de marzo de 2013, Rec. 2163/2007.

Posteriormente analizaremos estas resoluciones.

En ese mismo Acta, se acordó suspender el procedimiento por tres (3) días naturales para conceder a los licitadores la posibilidad de subsanar la referida falta de acreditación de la garantía.

CUARTA.- Cabe dejar ya advertido en este punto del relato fáctico que, efectivamente, quien suscribe había olvidado constituir la garantía provisional mediante el depósito o transferencia bancaria de la cantidad correspondiente, y ello sin duda porque la exigencia de la misma es absolutamente excepcional en la gran mayoría de las licitaciones de contratos públicos de características similares. Como ya hemos referido en la alegación Segunda, la propia Ley la regula con ese carácter excepcional.

De hecho, no es baladí advertir que solo 2 de los 6 licitadores la presentan debidamente.

Sea como fuere, al día siguiente de haber sido publicada el acta de 28/12/2022 concediendo el plazo de 3 días naturales para la subsanación, esto es, el 29/12/2022, quien suscribe formalizó en la entidad bancaria IBERCAJA la transferencia a la cuenta bancaria del Ayuntamiento de Calatorao por el importe correspondiente al 3% del presupuesto base de licitación, esto es, por 6.123,45 €, pero bajo la particular y concreta operativa bancaria consistente en fijar la fecha valor de la transferencia al día 23/12/2022.

Se acompaña como Documento nº 2, el resguardo o justificante bancario de la transferencia realizada en fecha 29/12/2022 pero con fecha valor 23/12/2022.

QUINTA.- Tal y como consta en el Acta de la Mesa de Contratación de la reunión de 23/01/2023 en la que se levantó la suspensión, de los 4 licitadores a

los que se concedió plazo para subsanación, 2 de ellos no presentaron subsanación alguna, por lo que fueron excluidos, un tercero presentó un aval constituido y fechado en 30/12/2022, por lo que también fue excluido, y por último, respecto a la subsanación presentada por quien suscribe, se hace constar en el acta: »

(...) Aquí refiere el recurrente el contenido del acta de la Mesa de contratación correspondiente a la sesión celebrada el día 23 de enero de 2023 y que ha sido transcrito en el Antecedente de Hecho Tercero del presente Acuerdo.

Y continúa el recurrente poniendo de manifiesto lo siguiente:

«Es decir, a pesar de que se reconoce que la fecha valor de la transferencia es de 23/12/2022, por tanto, dentro del plazo para la presentación de las ofertas, se declara excluido de la licitación.

En este sentido, hemos de poner el foco en que la garantía provisional no se ha constituido mediante aval sino que se ha realizado transferencia bancaria, puesto que es la forma de pago o modalidad que permite retrotraer la fecha valor, conforme a la normativa bancaria. Y es la fecha valor, y no la fecha de realización o formalización de la transferencia, la que acredita la verdadera puesta a disposición del importe transferido.

Siendo la fecha valor 23/12/2022 ello quiere decir que el apunte en la cuenta bancaria titularidad del Ayuntamiento de Calatorao figura la transferencia realizada en dicha fecha, estando el dinero a plena disposición desde esa fecha, con independencia de cuando hubiese sido realizada, antes o después de la misma. Todo ello aparece debidamente justificado en el Informe emitido por la entidad IBERCAJA que se acompaña como Documento nº 3, en el que

se acredita tal circunstancia, esto es, que la transferencia desde la cuenta del Sr. Liarte se realizó con valoración 23/12/2022.

SEXTA.- Por otra parte, en la resolución impugnada constan citadas como sustento de la decisión de exclusión dos resoluciones que antes hemos señalado que comentaríamos más adelante:

En cuanto al Informe 5/2002, de 31 de octubre de 2002, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias entendemos que no es aplicable al supuesto que nos ocupa, puesto que en aquel supuesto se plantea si la insuficiencia del importe de una garantía provisional constituida es un defecto subsanable o es causa de exclusión, concluyendo el informe que no puede darse una respuesta genérica sino que hay que analizar cada supuesto concreto.

No guarda relación o vinculación con el supuesto aquí planteado, más allá de haber verificado que la mesa de contratación sí lo ha considerado subsanable, como así ha sido.

Y respecto al otro: Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1º, Sentencia 891/2013, de 11 de marzo de 2013, Rec. 2163/2007, pues lo cierto es que se trata de un pronunciamiento judicial que, lejos de sustentar las razones para la exclusión de la oferta, parece justificar todo lo contrario, ya que realiza un breve repaso por diferentes pronunciamientos del Tribunal Supremo, todos ellos favorables a permitir la subsanación.

SÉPTIMA.- Es importante destacar que ni en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) ni en el Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba

el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni en ninguna cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares figura referencia alguna al modo o forma en que debe hacerse el pago o depósito del importe en concepto de la garantía provisional, ni especialmente que la transferencia deba ser de una determinada manera.

Por supuesto, tampoco se menciona referencia alguna a la fecha valor de las transferencias bancarias.

En este sentido, debemos advertir que simplemente el artículo 106.1 de la LCSP, antes citado, se limita a referir que se podrá exigir a los licitadores la constitución previa de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato, sin excluir ni constreñir que esa constitución previa no pueda hacerse de esta concreta manera que permite la operativa bancaria en la actualidad.

En cuanto al modo de hacerla, el apartado 2 del mismo artículo 106 señala que La garantía provisional podrá prestarse en alguna o algunas de las formas previstas en el apartado 1 del artículo 108, y este artículo 108 LCSP establece:

En efectivo o en valores, que en todo caso serán de Deuda Pública, con sujeción, en cada caso, a las condiciones establecidas en las normas de desarrollo de esta Ley. El efectivo y los certificados de inmovilización de los valores anotados se depositarán en la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efectos, en la forma y con las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto para los contratos que se celebren en el extranjero.

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.

Mediante contrato de seguro de caución, celebrado en la forma y condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo. El certificado del seguro deberá entregarse en los establecimientos señalados en la letra a) anterior.

Así, sencillamente se especifica que se depositarán en las sucursales encuadradas de las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en las Cajas o establecimientos públicos equivalentes, remitiéndose por lo demás a las normas de desarrollo de esta Ley.

Consultado, por tanto, el Real Decreto 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el CAPÍTULO III. De las garantías exigibles en los contratos con las Administraciones públicas (artículos 55 -65) tampoco regula ninguna exigencia añadida que impida realizar el depósito como lo ha efectuado este recurrente. De hecho, el artículo 61.1 regula en concreto cómo se constituirán las garantías provisionales:

1. Las garantías provisionales se constituirán:

En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales, encuadradas en las Delegaciones Provinciales de Hacienda, o en las cajas o establecimientos públicos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales, cuando se trate de garantías en metálico o valores.

Cuando se trate de aval o seguro de caución, ante el órgano de contratación, incorporándose la garantía al expediente de contratación, sin perjuicio de que su ejecución se efectúe por los órganos señalados en el párrafo anterior.

En el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 35 de la Ley y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal.

Por tanto, no existe fundamento legal para sustentar la imposibilidad de aceptar la garantía provisional en la forma y manera que ha sido realizada en el caso que nos ocupa.»

De contrario, el órgano de contratación defiende su actuación del siguiente modo:

«(...) 1º) La excepcionalidad de la exigencia de garantía provisional, está justificada en el expediente: concretamente en el informe de secretaria (apartado M) y en las cláusulas 10ª y 18ª del pliego de cláusulas administrativas, aprobado por resolución de Alcaldía (09/12/2022), en cuanto órgano de contratación (en la medida que responderá del mantenimiento de las ofertas hasta la adjudicación del contrato, máxime siendo que nos encontramos ante un contrato de importe superior a 100.000 euros, susceptible de recurso especial en materia de contratación, al que los licitadores pueden recurrir en defensa de sus derechos). En el PCAP además se indica que la garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta

última. Adicionalmente queda justificada la razón de requerir la garantía provisional, por la indicación del PCAP que de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento al mejor oferente, en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido. En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

En los antecedentes de dicho decreto de 09/12/2022, figura la referencia al informe de secretaría (que se pronuncia sobre la legalidad y contenido del PCAP, destacando la conveniencia de exigir la garantía provisional) y a los pliegos que se aprueban por el Alcalde (1º) PACP, en que se recoge la exigencia de garantía provisional; 2º) PPT), en cuanto órgano de contratación.

Recordar que nos encontramos ante un contrato de servicios de redacción de documentación técnica, dirección y coordinación de seguridad y salud, es decir de prestaciones complementarias de una obra estimada en torno a más de cinco millos de euros de PEM (que requerirá supervisión), y el coste estimado del contrato es considerable, de ahí su exigencia, para evitar que se presenten licitadores, que finalmente, de demorarse la adjudicación, llegado el momento de requerirles que justifiquen documentalmente el contenido de sus declaraciones, o el depósito de la garantía definitiva, desistan del contrato.

2º) Depósito de la garantía provisional fuera del plazo de presentación de ofertas, siendo insubsanable.

El Sr. Liarte no depositó la garantía provisional en plazo de presentación de ofertas. Se excluyó por ser insubsanable.

3º) Solvencia técnica.

No se llegó a comprobar por la Mesa de contratación la solvencia técnica de la persona que se le cede al Sr. Liarte mediante compromiso, por no ser admitido, al ser insubsanable la garantía provisional. Aportó un compromiso de solvencia de un equipo técnico, al que adjuntó un certificado de correcta ejecución de un contrato de servicios de redacción de documentación técnica de un instituto de educación, de una región de la administración francesa.

4º) Respecto de la afirmación del Sr. Liarte "(...) que a la vista de las puntuaciones obtenidas por los mismos por la oferta económica, en caso de no haber excluido la proposición de quien suscribe este recurso, sería la oferta mejor puntuada y por tanto, previsiblemente, el recurrente sería el adjudicatario del contrato (...)", indicar que de ser admitido y abrir el sobre B, en caso que hubiera presentado una oferta económica todavía más ventajosa que la del equipo de Sicilia y asociados arquitectura SLP (que ha presentado un cálculo de costes en 108.360,16 €, inferior al ofertado por Sicilia, por lo que obtendría beneficio), supondría que también habría que requerirle que justifique no estar incurrido en temeridad y debería probar lo contrario.

Recordar que a la vista de las justificaciones de los contratistas cuya oferta haya sido clasificada como desproporcionada y del informe técnico municipal que las analice, la Mesa de Contratación, propondrá al órgano de contratación motivadamente la admisión de la oferta o su exclusión de ese licitador.

Y es que en la valoración de las ofertas no se incluirán las proposiciones declaradas desproporcionadas o anormales hasta tanto no se hubiera seguido el procedimiento establecido en el art 149 de 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 y, en su caso, resultara justificada la viabilidad de la oferta.

CONCLUSIÓN:

Nos encontramos ante un procedimiento competitivo, de manera que el reconocimiento de un plazo extra a favor de alguno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego, en este caso la constitución de la garantía provisional, debe considerarse como una clara ruptura de los principios de no discriminación, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia, y, por consiguiente, contrario a la Ley.»

Fundamenta el órgano gestor su actuación en la Resolución 257/2021, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, así como en diferentes dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Por su parte, las alegantes en el trámite conferido al efecto se oponen al recurso interpuesto según el detalle que obra en el actuado.

Pues bien, expuestos los términos del debate, la resolución del recurso requiere examinar si la actuación de la Mesa de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, a los pliegos de la licitación, que constituyen la ley de contrato, como viene afirmando, reiteradamente, nuestra jurisprudencia.

Procede por tanto acudir a las cláusulas del PCAP que rige la licitación que regulan el supuesto que aquí nos ocupa, que son las siguientes:

CLÁUSULA NOVENA. Presentación de Proposiciones y Documentación Administrativa.

«9.1 Condiciones previas.

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.

Cada entidad licitadora no podrá presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

9.2 Lugar y plazo de presentación de ofertas.

Presentación Electrónica.

La presente licitación tiene carácter electrónico. Los licitadores deberán preparar y presentar sus ofertas obligatoriamente de forma electrónica a través de la herramienta de preparación y presentación de ofertas de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La utilización de estos servicios supone:

- La preparación y presentación de ofertas de forma telemática por el licitador.*
- La custodia electrónica de ofertas por el sistema.*
- La apertura y evaluación de la documentación a través de la plataforma.*

Las proposiciones, junto con la documentación preceptiva se presentarán, dentro del plazo de 15 días naturales (abierto no armonizado) contados a partir del día siguiente al de publicación del anuncio de licitación en el Perfil de contratante, exclusivamente de forma electrónica a través de la Herramienta de Preparación y Presentación de ofertas que la Plataforma de Contratación del Sector Público pone a disposición de candidatos y entidades licitadoras para tal fin.

Por este motivo, para participar en esta licitación, es importante que los licitadores interesados se registren, en el supuesto de que no lo estén, en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La oferta electrónica y cualquier otro documento que la acompañe deberán estar firmados electrónicamente por alguno de los sistemas de firma admitidos por el artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones públicas.

Para garantizar la confidencialidad del contenido de los sobres hasta el momento de su apertura, la herramienta cifrará dichos sobres en el envío.

Una vez realizada la presentación, la herramienta proporcionará a la entidad licitadora un justificante de envío, susceptible de almacenamiento e impresión, con el sello de tiempo.

9.3. Información a los licitadores.

Cuando sea preciso solicitar la información adicional o complementaria a que se refiere el artículo 138 de la LCSP, la Administración contratante deberá facilitarla, al menos, seis días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, siempre que dicha petición se presente con una

antelación mínima de doce días respecto de aquella fecha. Dicha solicitud se efectuará al número de fax o a la dirección de correo electrónico previsto en el anuncio de licitación.

9.4 Contenido de las proposiciones

Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en dos archivos electrónicos, firmados por el licitador, en los que se hará constar la denominación del archivo electrónico y la leyenda

«Proposición para licitar a la contratación del servicio de redacción de estudio geotécnico, proyecto básico y de ejecución (con separatas por fases de obra completa) y EBSS, proyecto de urbanización y proyecto ambiental para obtención de licencia de actividad de residencia de la 3ª edad, de conformidad con la documentación técnica prevista en el pliego de prescripciones técnicas y el límite de importes del anexo, con cálculo estimado de costes».

Los documentos a incluir en cada sobre deberán ser originales o copias autenticadas, conforme a la Legislación en vigor.

Dentro de cada sobre, se incluirán los siguientes documentos, así como una relación numerada de los mismos:

DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA

a) Declaración Responsable del licitador indicativa del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración.

La declaración responsable se presentará conforme al modelo incluido en el Anexo del presente pliego.

En caso de que la adscripción de medios exigida se cumpla con medios externos al licitador, deberá presentarse una declaración responsable por el licitador y por cada uno de los medios adscritos a la ejecución del contrato.

Si varias empresas concurren constituyendo una unión temporal, cada una de las que la componen deberá acreditar su personalidad, capacidad y solvencia, presentando todas y cada una presentar la correspondiente declaración responsable.

b) Previsión de subcontratación de los servidores o servicios asociados a los mismos (en su caso). Se deberá indicar el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. En principio no se prevé que proceda en el presente contrato.»

CLÁUSULA DÉCIMA. Garantía Provisional.

«Los licitadores deberán constituir una garantía provisional por importe del 3% del presupuesto base de licitación para el que se presenta oferta excluido IVA (204.115,00 euros), que responderá del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del contrato.

La garantía provisional se depositará:

-En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.

-Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última.»

A su vez en el anuncio de la licitación publicado en la PCSP figuraba lo siguiente: *«Garantía Requerida Provisional. Porcentaje 3 %.»*

Del cotejo del expediente administrativo se comprueba como figuran, de un lado, el documento acreditativo de la realización de la transferencia bancaria en concepto de garantía provisional efectuada por el recurrente con fecha 29 de diciembre de 2023, y que en el apartado de observaciones pone: *«fecha 23.12.2022»*, y de otro lado, un certificado de la entidad bancaria en el que consta: *«Que según los datos y antecedentes que obran en mi poder, a fecha 02/02/2023, el cliente D. Joaquín Liarte Camacho realizó de su apreciable cuenta una transferencia – sin indicar la fecha de dicha operación- con valoración 23/12/2022 como referencia para el cálculo del interés de los fondos abonados en la cuenta del Excmo. Ayuntamiento de Calatorao.»*

En el presente supuesto, el recurrente reconoce expresamente en el escrito de recurso haber constituido la garantía provisional fuera de plazo al señalar *«quien suscribe había olvidado constituir la garantía provisional mediante el depósito o transferencia bancaria de la cantidad correspondiente»* – en concreto, la constituyó el día 29 de diciembre de 2022, cuando el plazo había

finalizado el día 24 de diciembre de 2022-, y sin embargo sostiene que la transferencia bancaria realizada- medio por el cual constituyó la garantía provisional- tiene «fecha de valor» del día 23 de diciembre de 2022, por lo que considera que hay que atender a esa fecha y que por tanto no debió de haber sido su oferta excluida de la licitación.

Pues bien, centrándonos en el caso que nos ocupa, y dejando al margen las insinuaciones que el recurrente pone de manifiesto a lo largo del escrito de recurso, este Tribunal administrativo debe señalar que, -como de forma reiterada viene afirmado por todos en los Acuerdos 33/2020, de 8 de mayo, 52/2020, de 10 de julio y 35/2021, de 12 de abril-, el PCAP que rige la licitación, al no haber sido impugnado, es firme y consentido, de ahí que las cláusulas del mismo vinculen tanto al órgano de contratación como a los licitadores que han concurrido a la licitación, entre las que se encuentran las transcritas anteriormente y que regulan el régimen de la garantía provisional.

Aquí, como ya se ha indicado anteriormente, el propio recurrente reconoce el error cometido amparando su actuación en la excepcionalidad del PCAP de exigir la constitución de la garantía provisional, afirmando además que *«sólo 2 de los 6 licitadores la presentan debidamente»*, sin que ello sea óbice para que cada licitador sea responsable de su oferta y la deba confeccionar con diligencia, pues como viene poniendo de manifiesto este Tribunal administrativo, por todos en el reciente Acuerdo 14/2023, de 16 de febrero, el responsable de la presentación de la oferta es el licitador, que es quien debe llevar a cabo una actuación diligente a la hora de confeccionar su oferta y asumir las consecuencias jurídicas del incumplimiento de dicho deber de diligencia.

Así las cosas, de las actuaciones del actor se deduce que conoce de la improrrogabilidad del plazo para constituir la garantía provisional, de ahí que pretenda hacer valer ante este Tribunal administrativo que la transferencia bancaria efectuada el día 29 de diciembre de 2022, realmente surte efectos desde el día 23 de diciembre de 2022, aduciendo como válida la denominada «fecha de valor» de la operación bancaria efectuada y que ha sido fijada para ese día, aportando para ello el resguardo de la transferencia bancaria efectuada y el certificado de la entidad financiera en los términos transcritos anteriormente.

Sobre estos documentos aportados, sin necesidad de hacer ningún juicio técnico, este Tribunal administrativo concluye que la transferencia efectuada por el recurrente en concepto de garantía provisional es de fecha 29 de diciembre de 2022- pues así consta en el resguardo aportado – donde también aparece como «fecha de valor» el día 23 de diciembre de 2022.

A su vez se debe poner de manifiesto que en el meritado certificado aportado y que pretende hacer valer el recurrente, expresamente se indica la fecha del día 23 de diciembre de 2022 *«como referencia para el cálculo del interés de los fondos abonados en la cuenta del Excmo. Ayuntamiento de Calatorao»* y sin embargo, figura como fecha de realización de la transferencia bancaria, no ya la del 29 de diciembre de 2022, si no otra que además es posterior, pues figura el día 2 de febrero de 2023, lo que lejos de reforzar la posición del actor, la empeora, pues se evidencia que con la intención del recurrente de forzar de forma interesada la fecha del 23 de diciembre de 2022, hay varias fechas – todas ellas fuera de plazo- relativas a la realización de la transferencia bancaria.

Pues bien, a todas luces se puede concluir que se trata esta de una suerte de maniobra en la que el recurrente intenta que la «fecha de valor» asignada a la transferencia efectuada, que – como las alegantes afirman y así consta en el certificado de la entidad bancaria aportado por el recurrente, se trata de una fecha que utilizan las entidades financieras para hacer valer el cálculo de los intereses - sea esa la fecha la que este Tribunal dé por válida, cuando, lo que es indiscutible, pues así consta en el actuado- se insiste, además del propio reconocimiento que hace el recurrente- es que la transferencia bancaria a la cuenta del Ayuntamiento de Calatorao en concepto de garantía provisional del contrato que nos ocupa, se llevó a efecto el día 29 de diciembre de 2022, esto es, una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, - con independencia de que, a efectos bancarios el cálculo de los intereses de dicha operación se haya calculado para el día 23 de diciembre de 2022- por lo que no cabe acoger la pretensión del actor en tanto que nos encontramos ante un procedimiento competitivo y ello supondría una vulneración manifiesta del principio de igualdad de trato de los licitadores, de no discriminación y de transparencia que deben presidir toda licitación pública, tal y como establecen los artículos 1 y 132 de la LCSP y 3 de la LMMCSPA.

Y en ese sentido, esto es, el de la exigencia del cumplimiento del plazo para constituir tanto la garantía provisional como la definitiva, se ha pronunciado este Tribunal administrativo, por todos en el Acuerdo 70/2019, de 24 de mayo, y los que en él se citan, en donde se viene a concluir que el requisito de constitución de las garantías debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo legalmente establecido para su exigencia, cuestión que – tal y como ha quedado constatado- no acontece en el caso que nos ocupa.

En apoyo de esta conclusión, además de los dictámenes referidos por el órgano de contratación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del

Estado, cabe traer a colación la Resolución 1156/2022, de 6 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales –que, de forma acertada, invoca una de las alegantes- donde a resultas de analizar la posible subsanación de la garantía provisional constituida por importe insuficiente como consecuencia de un error aritmético, nuestro homólogo pone de manifiesto lo siguiente:

«Octavo. Aun cuando las precedentes consideraciones son vertidas para aquellos supuestos en que la garantía definitiva es prestada de forma insuficiente, consideramos que las mismas resultan ser igualmente extrapolables cuando se produce idéntico escenario fáctico, pero con respecto a la garantía provisional, de forma que habría que distinguir entre los siguientes escenarios:

- (i) La ausencia total de constitución de garantía provisional, o su constitución en términos o condiciones que contravengan sustancial y directamente los preceptos relativos a la misma.*
- (ii) La existencia de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, pero sin que pueda apreciarse un incumplimiento manifiesto de la norma o una conducta pasiva o negligente del contratista.*

Mientras que en el primer caso procederá sin duda acordar la exclusión del licitador que hubiera incurrido en dicho incumplimiento, en el segundo, la posibilidad de subsanación deberá ser considerada en cada caso concreto, atendida la justificación ofrecida por el licitador respecto a las circunstancias que hayan causado el defecto.»

Por tanto procede rechazar la postura del recurrente, desestimando este motivo de recurso y con él el recurso interpuesto.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por “JOAQUÍN LIARTE CAMACHO” frente a su exclusión en el procedimiento de licitación del contrato denominado «Redacción de estudio geotécnico, proyectos, básico y de ejecución, EBSS, con separatas por fases, estudio de gestión de residuos, proyecto de urbanización y de actividad, tramitación ante organismos y empresas privadas de suministros, para instalación y puesta en funcionamiento de residencia de la tercera edad, junto con emisión de informes o asesoramiento», promovido por el Ayuntamiento de Calatorao.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la



Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.