



Recurso nº 1296/2015

Resolución nº 117/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de febrero de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.J.L.L., en nombre y representación de las empresas VIGO BARCELONA, S.A. y EMPRESA MONFORTE, S.A., en agrupación de empresas, en calidad de administrador único de ambas, contra el acto de exclusión adoptado por la mesa de contratación en reunión de fecha 14 de diciembre de 2015, al no haberse subsanado el defecto del aval requerido al licitador excluido, adoptado en el expediente de contratación que tiene por objeto el servicio público de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera entre Badajoz y Murcia, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de Transporte Terrestre acordó, por medio de resolución de 6 de octubre de 2015, la convocatoria de la licitación para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Badajoz y Murcia, aprobando el Pliego de condiciones que rige la correspondiente licitación.

Segundo. El 9 de diciembre de 2015, se celebra la reunión de la mesa de contratación para proceder a la apertura de la documentación administrativa, y acreditar la solvencia económico financiera, técnica y profesional y la garantía provisional exigida por los pliegos del contrato.

Tercero. La mesa de contratación apreció un defecto en la documentación presentada por el recurrente, considerando que tal defecto tenía carácter subsanable, al tratarse de que el aval emitido en nombre y representación de Caixabank, S.A., firmado el 27 de

noviembre de 2015, no se presenta de forma conjunta y solidaria para las dos empresas integrantes de la Agrupación licitadora, comunicándose esta circunstancia el 9 de diciembre al hoy recurrente, para que proceda a la subsanación del defecto en el plazo de 3 días.

Cuarto. El 11 de diciembre de 2015 el recurrente presenta un nuevo aval, considerando que se procede a la subsanación.

Quinto. El 14 de diciembre de 2015 se celebra el acto público para la apertura de las proposiciones económicas, comunicándose a los asistentes que la mesa aprecia que la subsanación no ha sido realizada en forma, puesto que el documento presentado es un nuevo aval, constituido con fecha de 10 de diciembre de 2015, y nuevo número de registro distinto del aval presentado inicialmente, considerando, en consecuencia, que el licitador no ha subsanado correctamente el defecto que se apreció por la mesa en un primer momento, procediendo, en definitiva, a excluir al licitador por no cumplir uno de los requisitos exigidos en el Pliego de condiciones del contrato.

Sexto. Por resolución de la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, de fecha 14 de enero de 2016, se concedió la medida provisional consistente en la suspensión el procedimiento de licitación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46, ambos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP).

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado al resto de interesados del recurso interpuesto para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP, y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

Segundo. En tanto que participe en el procedimiento de licitación cuya resolución impugna, la Agrupación recurrente, está legitimada para interponer este recurso, con arreglo a los artículos 42 del TRLCSP y 22.1.2º del reglamento citado en el antecedente anterior.

Tercero. La cuantía del contrato, y atendiendo a la circunstancia de no constar un valor a los efectos de determinar la cuantía en relación con este artículo 40 del TRLCSP, en materia de admisibilidad del recurso, podemos traer a colación nuestra resolución número 587/2014: *“en el expediente consta un documento, “cálculo económico: Madrid-Málaga-Algeciras (Cádiz)”, suscrito el 29 de mayo de 2014 por el Jefe de Área de la Dirección General de Transporte Terrestre, en el que se expresan algunos datos que hacen suponer que el gasto del primer establecimiento del servicio supera 500.000 euros. Según el citado documento, el precio de compra de un autocar de más de 55 plazas en las que se incluye el conductor, categoría estándar, será de 214.184,30 euros. Si al servicio deben adscribirse 16 vehículos, el gasto que el contratista hace superará el importe mínimo para acceder al recurso especial en materia de contratación.”* A la vista del número de vehículos que se exigen en el presente contrato, cuatro, y las características de los mismos, previstas en el anexo IV del pliego administrativo, podríamos también llegar a la misma conclusión de que el presente contrato tiene unos gastos de primer establecimiento de cuantía superior a los 500.000 euros establecidos en el artículo reiteradamente citado.

Siguiendo con lo anterior, respecto del cálculo de la citada cuantía, y a los efectos de determinar que en relación con la misma este recurso es admisible, la podemos obtener tomando en consideración que la garantía provisional, de hasta un tres por ciento de la cuantía presupuestada para el contrato, según el artículo 103.2 del TRLCSP, siendo superior a los quince mil euros, ya supondría que, siendo esa cantidad el tres por ciento del presupuesto del contrato, éste es superior a esos quinientos mil euros a que se refiere el artículo 40 del TRLCSP. Esta misma cuantía se ve superada si atendemos al pliego administrativo, en su cláusula 2.4.2, cuando prevé que el importe sobre el que se calcula la garantía definitiva, será el que resulte de multiplicar el tráfico medio anual, señalado en el Anexo VI del contrato, por la tarifa ofertada y los años de duración del contrato, diez, de acuerdo con la cláusula 1.3 del mismo pliego citado. Atendiendo a la importancia de

las cifras a que se refieren con 1.160 kilómetros de longitud del itinerario, con un recorrido anual de las expediciones superior a 435.000 kilómetros, y unas tarifas cercanas al céntimo de euro por viajero y kilómetro, permiten, sin mayores cálculos, considerar cumplido el requisito cuantitativo referido por el artículo 40, antes citado, del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP, constando igualmente la presentación del anuncio previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. El recurrente considera como fundamentos de su pretensión de anulación de la resolución de exclusión adoptada por la mesa de contratación, de forma sucinta, que solo por error se hizo constar en el aval inicialmente presentado el nombre de uno de los integrantes de la Agrupación. Sin perjuicio de ello, ambas integrantes de la misma Agrupación se habían comprometido a participar en la ejecución del contrato en la proporción correspondiente, de conformidad con las Cláusulas del Pliego, y ello permite a la Administración exigir a la entidad que aparece expresamente en el documento de garantía la totalidad de la responsabilidad que resultase exigible, por lo que, atendiendo a que esa obligación hubiera mantenido indemne a la Administración, no cabe excluir al recurrente con base a argumentos rigoristas y formales que, en todo caso, resultan subsanables.

Por su parte, el órgano de contratación se remite en el informe emitido en relación con el recurso que ahora nos ocupa, a la cláusula 2.4.3 del Pliego, en la que se señala, de forma expresa, que *“las garantías podrán constituirse en efectivo, valores de Deuda Pública, avales o contratos de seguro de caución, conforme a lo previsto en los artículos 96, 97 y 98 del TRLCSP. Cuando se trate de una Agrupación de empresas, las garantías provisional o definitiva ampararán a todos sus miembros de forma conjunta y solidaria”*. El propio artículo 59 del TRLCSP, según argumenta el órgano de contratación, se refiere a la obligación solidaria frente a la Administración de las empresas integrantes de la unión temporal, por ello, la mesa de contratación consideró que, toda vez que el aval presentado inicialmente no respondía de las dos entidades integrantes de la Agrupación licitadora, concurría un defecto subsanable y, en consecuencia, requirió a la entidad hoy recurrente a los efectos de que se procediera a tal subsanación. Toda vez que dentro del

plazo concedido, se procedió a la presentación de un nuevo aval, cuya fecha de constitución era posterior al momento del requerimiento, no se estaba procediendo a una subsanación del defecto en el que se había incurrido, sino que se procedía a un nuevo cumplimiento, extemporáneo, del requisito exigido en el Pliego de constitución de la garantía provisional.

Sexto. Partiendo de lo establecido en el artículo 59.2 de nuestro TRLCSP, según el cual *“2. Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.”*

Debemos traer a colación, también y tal y como hace el informe del órgano de contratación, las cláusulas del pliego administrativo, que prevé la circunstancia de la presentación conjunta de empresarios a la licitación, y señala al respecto que, *“cuando se trate de una Agrupación de empresas, las garantías provisional o definitiva ampararán a todos sus miembros de forma conjunta y solidaria”*. Se ha reiterado por este tribunal, que los pliegos, en tanto válidos, resultan vinculantes en todas sus cláusulas, respecto de los participantes en el concurso o procedimiento de licitación de que se trate, por lo que la circunstancia prevista expresamente en la citada cláusula contractual, la 2.4.3 tiene esa eficacia respecto de todos los licitadores.

Por lo tanto, parece claro que la garantía provisional no puede entenderse como válida cuando tan solo se refiere a uno de los participantes en la agrupación, y así resulta de la documentación que se acompaña con el expediente y de las propias alegaciones del recurrente, que reconoce de forma explícita tal circunstancia. Como podemos observar, efectivamente, la garantía provisional aportada inicialmente por el recurrente, ponía de manifiesto la cobertura económica total, pero tan solo respecto de uno de los integrantes de la agrupación que es VIGO BARCELONA S.A, pero no a la otra de los integrantes de la agrupación hoy recurrente, esto es EMPRESA MONFORTE, S.A, y ello aun cuando se pone de manifiesto que se trata de una garantía solidaria, al incluirse que la entidad

financiera AVALA SOLIDARIAMENTE, y este concepto es contradictorio con el de que existe tan solo una entidad avalada, cuando el aval solidario se refiere a una pluralidad de personas en la posición de avalados o garantizados, pero lo cierto es que aun cuando se haga tal referencia en el sentido estricto y técnico el aval se constituye, exclusivamente, respecto de una de las entidades que participan en la licitación, sin que resulten admisibles las alegaciones de la recurrente, pues al respecto, el pliego es claro y obliga a todos los participantes en el procedimiento de contratación, no admitiendo en este aspecto una interpretación distinta a la literal, que podría resultar contraria a los principios de transparencia, igualdad de los participantes y no discriminación en el procedimiento, principio, estos que citamos, que tienen su propia consagración legal.

Por otro lado, cierto es también que en el caso que estamos debatiendo una admisión de esta garantía provisional permitiría al avalista o garante, la entidad financiera, en definitiva, argumentar, para oponerse a una posible exigencia del acreedor, en este caso, la Administración del Estado, que sólo uno es el avalado, pues aun cuando se haga referencia en el propio aval a que la garantía es solidaria, lo cierto e inmutable es que sólo uno es el avalado, solo uno es, en conclusión, el contratista cuyas obligaciones quedan garantizadas y cubiertas por el aval al que nos venimos refiriendo en el presente recurso. Por lo tanto, y a la luz de los preceptos legales citados y de las propias cláusulas contractuales, la única garantía que puede considerarse como admisible en el presente caso es aquella que haga constar de forma clara que se garantiza a los dos participantes de la agrupación empresarial y que tal garantía tiene un carácter solidario. Ello es congruente además, con la posición del órgano de contratación que podría ver desvirtuadas su garantía ante el incumplimiento de la agrupación, cualquiera de sus miembros, y sólo pudiera dirigirse contra uno de ellos, mientras que el otro, no incorporado formalmente a la garantía, y eventualmente más solvente que el anterior, por cualquier circunstancia temporal o permanente, no respondería ante ese incumplimiento y frente al órgano de contratación.

De manera que una de las partes en el contrato, incumpliendo quedaría privilegiada frente al resto de los licitadores, en clara vulneración del principio de no discriminación e igualdad en este tipo de procedimientos. Es claro, también, y para concluir, el fundamento de estos preceptos que, desde un punto de vista teleológico atienden a la correcta

cobertura de la administración en los casos de pluralidad de obligados frente a ella, en cuyo caso, y como vimos antes, exige, desde el primer momento, y sin perjuicio de la posibilidad de eximir de esta garantía provisional, una obligación de todos los participantes y además de forma solidaria, cuando la concurrencia en el procedimiento lo es por la vía de la agrupación empresarial.

El propio recurrente, en sus alegaciones viene a reconocer que tal exigencia es la establecida con carácter general y específicamente en este contrato, cuando se refiere a que sólo por error, es por lo que se omitió este requisito, error que no es obstáculo para que el requisito establecido se exija con el mismo rigor para todos los licitadores, y ello sin perjuicio de la posibilidad de la subsanación legalmente establecida en nuestro propio Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuando a ella se refiere en el artículo 22, del mismo, cuando señala que, en cuanto a las *“Funciones de las mesas de contratación.1. Sin perjuicio de las restantes funciones que le atribuyan la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones complementarias, la mesa de contratación desempeñará las siguientes funciones en los procedimientos abiertos de licitación: a) Calificará las documentaciones de carácter general acreditativas de la personalidad jurídica, capacidad de obrar, apoderamiento y solvencia económica financiera, técnica y profesional de los licitadores y demás requisitos a que se refiere el artículo 130.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como la garantía provisional en los casos en que se haya exigido, comunicando a los interesados los defectos y omisiones subsanables que aprecie en la documentación. A tal fin se reunirá con la antelación suficiente, previa citación de todos sus miembros.”*

Pero, en todo caso, entrando ya en esta posibilidad, legal y reglamentariamente establecida, de subsanar los defectos de que adolezca la documentación administrativa y, dentro de ella, específicamente en lo que se refiere al presente recurso, la que se corresponde con la garantía provisional, sí debe señalarse que la subsanación debe suponer, en todo caso, la subsanación o reparación del requisito incumplido, reparando los defectos en que haya podido incurrirse en su cumplimiento, pero nunca, en absoluto, esa subsanación podrá suponer un cumplimiento nuevo de tal requisito al que se refiere la subsanación.

Así, por ejemplo, si el defecto al que se refiere la subsanación se refiere a un poder del representante o a la insuficiencia de éste, la subsanación supondrá necesariamente acreditar que tal poder existía y con todos los requisitos exigibles, al tiempo en que su cumplimiento debe acreditarse, tiempo este último, que será el del último día que permite la presentación de la documentación que se refiere al procedimiento de que se trate, tal y como resulte del cómputo de los plazos establecido en el anuncio de licitación de ese procedimiento.

En otras palabras, subsanar un defecto consiste en acreditar que el requisito al que tal defecto se refiere concurre al tiempo en que esa exigencia debe constar ante el órgano de contratación, sin que pueda entenderse por subsanación cumplir el requisito exigido ex novo o llevar a cabo su constitución con fecha posterior a la que se corresponde como término final de la presentación de la documentación, y ello tiene su razón en el principio de igualdad de los licitadores, que quedaría claramente vulnerado si se permitiese el cumplimiento en distintos plazos de la documentación exigible.

En el caso que nos ocupa, tal circunstancia concurre, y ello toda vez que el licitador recurrente al que se le requiere para que efectúe la correspondiente subsanación, procede a presentar un nuevo documento constituido con fecha posterior a la que hemos establecido como límite para esta subsanación. Concretamente y tal y como hace constar el órgano de contratación, requerido el recurrente a fin de que procediera a subsanar el aval presentado como garantía provisional, procede a presentar uno nuevo con fecha y número de registro distinto que el que fue presentado originariamente y, en todo caso, con fecha posterior al propio requerimiento de subsanación, y por tanto siempre con fecha inhábil para proceder a la citada subsanación. Así, el aval en el que concurre el defecto que el órgano de asistencia al de contratación considera como subsanable es de 27 de noviembre de 2015, y el que se presenta posteriormente al requerimiento de subsanación es de fecha posterior y presenta un número distinto, lo que acredita que nos encontramos ante una garantía distinta a la anterior, que no puede tener la consideración de aval subsanatorio del irregularmente presentado originariamente, al ser de fecha de 10 de diciembre de 2015.

A las dos circunstancias a las que nos hemos referido en el presente recurso, la relativa a la exigencia del carácter solidario de las garantías exigibles a los licitadores que concurren agrupados en un procedimiento de licitación, como a la circunstancia de que la subsanación supone acreditar el cumplimiento del requisito exigible y no su cumplimiento posterior, puesto que subsanar significa acreditar el cumplimiento de la exigencia al tiempo en que ésta fuera requerida al resto de los participantes en el procedimiento de que se trate, y no puede suponer un cumplimiento ex post respecto de los demás interesados en la licitación correspondiente, se refiere nuestra resolución número 193/2012, que señala que *“sobre la primera cuestión –carácter subsanable, o no, del defecto apreciado por la Mesa de contratación en relación con el aval presentado por la UTE EADS-, entendemos que la concesión a la UTE EADS de un plazo adicional para acreditar la existencia, antes de la expiración del plazo para la presentación de proposiciones, de un aval provisional que cumpliera las condiciones exigidas, resulta plenamente coherente con la doctrina jurisprudencial, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y de este mismo Tribunal en relación con la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la documentación administrativa presentada por las empresas licitadoras.*

En efecto, la cuestión de la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones por parte de las empresas licitadoras en un procedimiento de contratación, con carácter general, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (por todas, SSTs de 23/09/11, de 16/12/2004 o de 6/07/2004), habiéndose pronunciado, igualmente, sobre el particular, en numerosas ocasiones, tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal como este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pudiendo resumirse las principales conclusiones alcanzadas en este punto por la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:

i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un

plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los “los defectos u omisiones subsanables” a la “documentación presentada”, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación

iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012).

Pues bien, aplicando las anteriores consideraciones al supuesto específico examinado se puede comprobar que la Mesa de contratación no ha concedido a la UTE EADS un nuevo plazo para constituir la garantía provisional que tenía que haber estado correctamente constituida antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, sino que ha permitido acreditar, dentro del plazo previsto en la normativa de aplicación, que antes



de aquella fecha tenía constituido un aval en los términos que se le indicaban en el requerimiento de subsanación, actuación ésta de la Mesa que, como hemos señalado, consideramos correcta.

Se trata, por lo demás, de un supuesto distinto del contemplado en la Resolución de este Tribunal núm. 270/2011, citada por el recurrente, puesto que en aquella ocasión la empresa había sido excluida por presentar una garantía provisional insuficiente, por ser de un importe 6.000 euros inferior al exigido, por lo que no cumplía con el requisito de disponer de una garantía con las condiciones exigidas en el momento de finalización del plazo de presentación e proposiciones.

Sobre la segunda cuestión planteada por la entidad recurrente en relación con el aval presentado por la UTE adjudicataria –como hemos señalado anteriormente, se afirma que la UTE EADS no ha subsanado correctamente el defecto observado por la Mesa-, debemos señalar que, frente al criterio mantenido por la recurrente, consideramos que el documento acreditativo de aval presentado por la UTE EADS acredita suficientemente la prestación de la garantía provisional en los términos y con las condiciones exigidos por la normativa de aplicación y los pliegos. En especial, en el documento queda expresa constancia de que la entidad bancaria avala a las dos empresas integrantes de la unión temporal, teniendo la garantía carácter solidario. Es cierto que no se hace constar expresamente que la responsabilidad entre las dos empresas integrantes de la unión es solidaria. Ahora bien, es igualmente cierto que en el documento presentado se recoge claramente la obligación de la avalista de garantizar a las dos empresas, sin establecer un límite cuantitativo para cada una de ellas, dentro de la cuantía total del importe prestado, siendo así, por lo demás, que el artículo 59 del TRLCSP establece que los empresarios integrantes de una unión temporal de empresas quedan obligados solidariamente ante la Administración del cumplimiento de las obligaciones que deriven del contrato, precepto del que cabe extraer, pues, un principio general de solidaridad en las obligaciones contraídas por las empresas integrantes de una unión temporal en materia de contratación administrativa, según ha considerado el Tribunal Supremo (en este sentido, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de mayo de 2005, que cita también el artículo 8.e) 8º de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, conforme al cual la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del

común será en todo caso “solidaria e ilimitada para sus miembros”). De esta manera entendemos que, aunque no se haya incluido específicamente la mención a la “solidaridad” entre las dos empresas integrantes de la UTE, el segundo documento de aval presentado por la UTE EADS debe considerarse que cumple las exigencias previstas en los pliegos y en la normativa de aplicación, por lo que resulta procedente la admisión de la unión temporal.”

En estos mismo términos, y en relación con el momento hábil para considerar la subsanación de un requisito determinado y en referencia igualmente a la garantía prestada por medio de aval, debemos citar también nuestra resolución 1144/2015, cuando señala, con cita de otras anteriores, que *“Llegados a este punto hemos de recordar la doctrina sentada en nuestra Resolución nº 277/2012, 5 de diciembre: “Con esta forma de proceder, es decir, dando a los licitadores la posibilidad de subsanar defectos de su documentación administrativa pero exigiendo que los datos aportados existieran antes de la fecha límite de presentación de solicitudes, se atiende simultáneamente a dos principios fundamentales de la contratación pública, cuales son la libre concurrencia y la no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, como reiteradamente ha determinado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más concretamente, en relación con la garantía provisional, la propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe 48/02, de 28 de febrero de 2003) ha señalado que la falta de constitución de la garantía provisional no puede considerarse defecto subsanable, salvo que estuviese constituida y se hubiera omitido el documento de su acreditación. Por lo que se refiere al expediente aquí examinado, la reclamante no constituyó la garantía provisional exigida en el plazo anterior al límite de presentación de las proposiciones por lo que, cuando tuvo la posibilidad de subsanar, no pudo presentar documentación alguna fechada correctamente, es decir, en el plazo en que todos los licitadores tenían que tener constituida dicha garantía, sin que fuera aceptable por la Comisión de Valoración el documento presentado que indicaba que se había constituido la citada garantía en fecha posterior a la impuesta en el pliego para todos los licitadores.” En fin, con la presentación de un documento acreditativo de aval otorgado por apoderados distintos de los que lo hicieron en el primeramente presentado, otorgamiento que, según expresa manifestación de las recurrentes, se produjo con posterioridad a la*

fecha que aparece en él, ulterior además a la fecha de presentación de las proposiciones, las recurrentes no han subsanado el defecto apreciado.

En efecto, el órgano de contratación no ha podido verificar con ello la válida constitución del aval anterior a la fecha de presentación de las ofertas, al no haberse acreditado la representación de los apoderados que lo autorizaron mediante el bastanteo en la forma establecida por el artículo 58.2 del RLCSP, por lo que el acto de exclusión fue conforme a derecho. Debemos rechazar por tanto el recurso y, en consecuencia confirmar expresamente que el acto recurrido.”

Todo ello determina que no quepa atender a las alegaciones realizadas por el recurrente en el presente recurso, procediendo en consecuencia considerar acertado el criterio de la mesa de contratación al requerir la subsanación de la exigencia de la garantía provisional exigible al licitador recurrente al no tener ésta carácter solidario, siendo éste necesario, y en segundo lugar, considerar igualmente acertado tal criterio cuando, presentado un nuevo aval en garantía de las obligaciones de los licitadores recurrentes, pero de fecha posterior al momento en que tal exigencia debía ser cumplimentada, lleva a cabo la exclusión que ahora, en el presente recurso, se impugna.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.J.L.L., en nombre y representación de las empresas VIGO BARCELONA, S.A. y EMPRESA MONFORTE, S.A., en agrupación de empresas, en calidad de administrador único de ambas, contra el acto de exclusión adoptado por la mesa de contratación en reunión de fecha 14 de diciembre de 2015, al no haberse subsanado el defecto del aval requerido al licitador excluido, adoptado en el expediente de contratación que tiene por objeto el servicio público de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera entre Badajoz y Murcia.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión acordada, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, punto 1, letra f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Contencioso Administrativa.