



Recurso nº 1718/2021
Resolución nº 1886/2021
Sección 1ª

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

En Madrid, a 22 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. O. U. U. en representación de INGENIERÍA ATECSUR, S.L. Y CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, Ley 18/1982 y Ley 12/19, contra acuerdo de exclusión de 26 de octubre de 2021, de la licitación convocada por la Dirección General de Carreteras del Ministerio del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, para contratar el *“Servicio de asesoramiento y coordinación en materia de medio ambiente relativo a las obras en la Demarcación de Carreteras del Estado de Andalucía Oriental, provincia de Granada”* (30.1247/20-6; MA-GR-005), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El contrato de referencia fue licitado mediante publicación de un anuncio enviado al DOUE con fecha 10 de mayo de 2021 y publicado en el perfil del contratante el 12 de mayo de 2021. La recurrente participó en la licitación y previa valoración de los criterios de selección establecidos en los pliegos resultó ser la empresa mejor puntuada, por lo que se realizó a su favor la pertinente propuesta de adjudicación, efectuándose el requerimiento de documentación previsto en el artículo 150.2 LCSP. La UTE recurrente presentó la documentación en plazo, pero en relación a la acreditación de la constitución de garantía definitiva se produjeron una serie de incidencias que desembocaron en que la mesa de contratación no tuviera por aportada la misma en tiempo y forma. Consecuencia de ello, la mesa de contratación dictó acuerdo de exclusión el 26 de octubre de 2021, que constituye el objeto de este recurso.



Segundo. La UTE excluida formula recurso especial en materia de contratación en el que expone, en esencia, la falta de motivación del acuerdo de exclusión. Asimismo, alega que cuando atendió a la subsanación requerida por el órgano de contratación y éste no consideró correcta la presentación del resguardo de un nuevo aval en lugar del originariamente presentado, no recibió ninguna solicitud de aclaración. Sostiene que la práctica bancaria impedía la subsanación de un aval prestado y que la forma de hacerlo era el otorgamiento de un nuevo aval. Aporta dos certificados y un informe de la Caja General de Depósitos explicativos de lo acaecido.

Tercero. El órgano de contratación informa que se requirió de subsanación a la licitadora el día 7 de octubre, porque había aportado un justificante de presentación del aval, pero no el resguardo de depósito. Que existió un intercambio de correos con la licitadora ya que se trataba de subsanar el aval presentado, no de presentar un nuevo aval, y que el recurrente no aportó el certificado de 20 de octubre de 2021 emitido por la Caja General de Depósitos es estas comunicaciones. Termina el informe señalando: *«La Mesa solo puede tomar una decisión examinando los documentos que se le han aportado, desconociendo el motivo por el que el recurrente no ha presentado durante el tiempo que dispuso para ello de documentos como el certificado de 20 de octubre de 2021 emitido por la Caja General de Depósitos, que aporta ahora extemporáneamente»*.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas que han concurrido a la licitación, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones si así lo estimaban oportuno, sin que se hayan presentado más alegaciones a este recurso.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 2 de diciembre de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 Ley 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).

Segundo. La recurrente en tanto que licitadora excluida del proceso de licitación ostenta legitimación para la interposición del recurso conforme al artículo 48 de la LCSP, contra el acto que acuerda su exclusión.

Tercero. El recurso ha sido formulado en el plazo establecido en el artículo 50 de la LCSP.

Cuarto. Dados los términos de la cuestión planteada, resulta necesario realizar una exposición cronológica lo acaecido:

-2 de agosto de 2021, el órgano de contratación remite a la recurrente desde la Plataforma de Contratación del Sector Público el requerimiento de documentación del artículo 150.2 de la LCSP. En relación a la garantía definitiva, el tenor literal del requerimiento es: *«Resguardo de la garantía definitiva depositada en Caja General de Depósitos por el importe de 58.589,95 € (5% del presupuesto base de licitación, IVA excluido) a favor de la Dirección General de Carreteras, N.I.F.: S-2817015G (ejemplar para la Administración) y fotocopia del Certificado del Seguro o Aval».*

-6 de agosto de 2021, se presentó la garantía en la Caja General de Depósitos.

-13 de agosto: a) Se rechazó la garantía por contener un error en la norma identificada como fundamentación de la garantía; b) presentación de nueva garantía en la Caja General de Depósitos. c) Se rechazó la garantía por la Caja General de Depósitos, pero no consta comunicación a la entidad avalista depositante. La Caja General de Depósitos no expidió resguardo de garantía. d) La licitadora aportó al órgano de contratación, en plazo del requerimiento del 2 de agosto, justificante de presentación de la garantía, no el resguardo, como se ha dicho.

-7 de octubre de 2021 el órgano de contratación formula requerimiento de subsanación al licitador del siguiente tenor: *«No se ha aportado resguardo de constitución de garantía*



definitiva en la parte que corresponde a la Empresa UG 21, sino un recibo de presentación».
Se confería un plazo de 3 días para su atención.

-8 de octubre de 2021 figura un intercambio de correos electrónicos entre la licitadora y el órgano de contratación a raíz del requerimiento de subsanación. Con claridad, el órgano de contratación comunica al licitador: *«De todos modos, lo que se le solicita es el resguardo de haber depositado el aval en la Caja General de Depósitos, cosa que ya se debió hacer en su día».*

-13 de octubre de 2021: a) Se produce la presentación de nuevo aval en la Caja General de Depósitos por la licitadora, b) expedición de resguardo de depósito y c) presentación del resguardo en el órgano de contratación. Figura también un correo electrónico en el que el licitador comunica al órgano de contratación la imposibilidad de aportar copia del aval sino solo el resguardo.

-15 de octubre de 2021, la licitadora remite correo a la Caja General de Depósitos solicitando *«La expedición de un certificado donde se confirme la realización de la comunicación a la entidad garante (BANKINTER con CIF A-28157360), de rechazo de la garantía definitiva presentada al registro del SECAD el pasado 13 de agosto de 2021, así como indicación en el mismo de la dirección de correo electrónico de la entidad garante donde se realizó la comunicación de rechazo».*

-18 de octubre de 2021: a) se expide certificado por la Caja General de Depósitos señalando que el 13 de agosto se rechazó la garantía presentada por no constar la norma correcta; b) consta correo electrónico remitido por la Caja General de Depósitos a la licitadora explicando que *«Cuando una garantía es rechazada únicamente se le notifica a la entidad garante. En este caso se notificó al correo electrónico que se facilitó al depositar la pregarantía por SECAD»*, indicando el correo electrónico en cuestión y anunciando gestiones para descargar informáticamente el justificante de presentación de la pregarantía; c) figura, igualmente con esta fecha, un correo electrónico entre la entidad garante y el licitador, en el que la primera indica que ha revisado las comunicaciones con la Caja General de Depósitos, sin que le conste “ningún correo de garantía rechazada”.



-El 20 de octubre de 2021: a) la Caja General de Depósitos expide certificación con el siguiente tenor literal: *«Que con fecha 6 de agosto de 2021 fue rechazada, de cara a su subsanación, la garantía con número REA 0496514 mediante Aval del BANKINTER, S.A. por importe de 29.294,97€, garantizando a CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21, S.L. con CIF B91156778, ante la Dirección General de Carreteras con C.I.F. S2817015G, debido a que se había identificado erróneamente la norma que amparaba la constitución de la garantía.*

Posteriormente, tras diferentes comunicaciones y nuevos intentos de subsanación de la garantía, realizados el 13 de agosto de 2021 y el 13 de octubre de 2021, el 18 de octubre de 2021 se ha constituido correctamente la garantía con número de referencia 2021 0373 011054 mediante aval de BANKINTER, S.A., por importe de 29.294,97€, y con número de aval 497143, y teniendo como garantizado a CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21, S.L. con CIF B91156778, conjunta y solidariamente en UTE con INGENIERÍA ATECSUR, S.L. con CIF B-18612242 para servicios de asesoramiento y coordinación en materia de medio ambiente para las obras de construcción en la Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Oriental.

Por tanto, se debe entender que se ha realizado la subsanación correcta del rechazo producido el 6 de agosto de 2021».

b) la licitadora remite correo electrónico al que adjunta escrito de manifestaciones y documentación adjunta. El escrito de manifestaciones data de 19 de octubre, aunque su firma es del día 20 a las 7:24 horas.

-25 de octubre de 2021, la licitadora remite al buzón de licitaciones de la Dirección General de Carreteras documentación complementaria al envío de 20 de octubre, sin que conste en el expediente ni en la documentación del recurso con claridad de qué documentación complementaria se trata.

-26 de octubre de 2021 se acuerda la exclusión de la recurrente y nueva adjudicación al siguiente clasificado en orden.



-11 de noviembre de 2021: a raíz de petición del recurrente a la Caja General de Depósitos realizada el día 4 de noviembre, se expide por la misma un informe explicativo de lo acaecido. Del mismo destacan los siguientes párrafos:

«Posteriormente, el 13 de octubre de 2021 y el 18 de octubre de 2021, la entidad garante trata de subsanar el motivo de rechazo de la garantía presentada inicialmente el 6 de agosto de 2021, y ante la posibilidad de que la comunicación que se hizo por SECAD no hubiera sido recibida correctamente por la entidad garante, pues esta comunicó que no había recibido el correo remitido, y debido a que la Caja no pudo certificar que efectivamente se recibiese por el garante esa comunicación, se consideró por parte de la Caja que la subsanación de la garantía realizada en el mes de octubre estaba hecha en plazo y de manera correcta, de tal forma que los derechos del garantizado a realizar la subsanación se habían visto debidamente protegidos.

A tales efectos, y de cara a que pudiera ser presentado en la mesa de contratación correspondiente, con fecha 20 de octubre de 2021 se realizó un certificado por parte de la Caja General de Depósitos en el que se certificaba que la garantía presentada inicialmente el 6 de agosto de 2021 había sido subsanada correctamente, lo que implica que debe entenderse que la fecha de constitución de la garantía, a los efectos del procedimiento de contratación administrativa para el que se constituyó, es el 6 de agosto de 2021, certificado que se adjunta a este escrito.

Este certificado fue remitido por correo electrónico a CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L el 20 de octubre de 2021, y fue acusado recibo de su recepción el mismo día 20 de octubre».

Expuesta la cronología fundamental de los hechos, se constata que el requerimiento efectuado al licitador al amparo del artículo 150.2 exigía la aportación del «Resguardo de la garantía definitiva depositada en Caja General de Depósitos por el importe de 58.589,95 € (5% del presupuesto base de licitación, IVA excluido) a favor de la Dirección General de Carreteras, N.I.F.: S-2817015G (ejemplar para la Administración) y fotocopia del Certificado del Seguro o Aval». Se solicita el resguardo porque el artículo 150.2 lo que exige es la documentación justificativa de haber constituido la garantía correspondiente. De acuerdo con el artículo 12.4 Reglamento de la Caja General de Depósitos, aprobado por Real



Decreto 937/2020, de 27 de octubre, *«la constitución de las garantías mediante avales, seguros de caución o valores de deuda pública quedará acreditada por el resguardo que expida la Caja»*, siendo su fecha de constitución la de presentación de la garantía (párrafo 5). Así, pues, el documento de presentación del aval no es suficiente, sino que se necesita el resguardo, tal y como expresa el artículo 26.3 del citado Reglamento: *«Una vez hecha la comprobación de que se cumplen los requisitos necesarios, la Caja emitirá o validará, según proceda, el resguardo correspondiente a los efectos de lo dispuesto en el artículo 12. El resguardo se ajustará al modelo previsto mediante orden de la persona titular del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital o al que se establezca en los canales electrónicos previstos por la Caja»*. Sin embargo, el día 13 de agosto lo que presentó en atención al requerimiento no fue el resguardo, sino el justificante de entrega del aval en la Caja General del Depósitos, documento que en sí mismo, como ha quedado dicho, ni respondía al requerimiento efectuado al amparo del artículo 150.2 LCSP, ni acreditaba por sí mismo la efectiva constitución de la garantía. Cuando el órgano de contratación se percató de la falta de aportación del resguardo efectuó un requerimiento de subsanación, lo que ocurre el día 7 de octubre, requerimiento que formalmente es cumplido el día 13 de octubre, en el plazo conferido. Lo que ocurre es que la subsanación se realiza mediante la aportación de un nuevo aval fechado en octubre y, ahora sí, aportación de resguardo de garantía, y no se produce, en puridad, una subsanación del aval al que se refiere el justificante de presentación de 13 de agosto, puesto que lo que se aporta es un nuevo aval de fecha posterior y es lo que lleva a la mesa a motivar el acuerdo de exclusión “no se ha acreditado la constitución de la garantía definitiva en el plazo legalmente establecido”, sin que sea atendible la alegación de falta de motivación. Es decir, la subsanación que solicita el órgano de contratación es la aportación del resguardo del aval contenido en el justificante de presentación, de 13 de agosto. Pero el recurrente lo que hace es aportar el resguardo de otro aval distinto y posterior, de octubre, no subsanando propiamente el aval de 13 de agosto.

Sin embargo, el recurso sostiene que esto fue así porque *«La emisión de nuevo documento con nuevo número de REA es el único procedimiento que permite la práctica bancaria para subsanar los términos de los avales otorgados, ya que, una vez inscritos en el REA su contenido no puede modificarse en ningún caso»*.



La respuesta a estas cuestiones debe ser buscada en los documentos e informes expedidos por la Caja General de Depósitos, así como en su normativa. Presentado un aval defectuoso y que así se comprueba y respecto del que procede la subsanación, es la Caja General de Depósitos la que debe, de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento requerir de subsanación: *«En el caso de que la documentación con la que se constituye la garantía o el depósito no reúna los requisitos exigibles, se aplicará lo dispuesto en los artículos 68 y 73 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, según corresponda, y se requerirá al interesado, por parte de la autoridad o de la Caja, según corresponda, para que en el plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto se proceda a la subsanación, con indicación de que, si no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición o trámite»*. Lo que ocurre es que, en este caso, la Caja General de Depósitos no ha podido certificar *«que efectivamente se recibiese por el garante esa comunicación»* de subsanación, circunstancia que se reafirma con el correo electrónico de la entidad garante aportado por el recurrente, de modo que el destinatario de la comunicación niega haberla recibido y el emisor no puede probar que ha sido recibida su comunicación. Aclarado esto, hay que ver si el medio de subsanación fue correcto. El órgano de contratación excluyó al licitador porque no se aportó el resguardo de garantía del primer aval, mientras que el licitador-como se ha dicho-sostiene que la única forma de subsanar el aval era mediante la emisión de uno nuevo con nueva numeración. La respuesta a esa cuestión la da la Caja General de Depósitos quien, en relación a la presentación de un nuevo aval como subsanador del anterior indica en el certificado de 20 de octubre al decir que *«Por tanto, se debe entender que se ha realizado la subsanación correcta del rechazo producido el 6 de agosto de 2021»* y se confirma con el informe de 11 de noviembre de 2021: *«A tales efectos, y de cara a que pudiera ser presentado en la mesa de contratación correspondiente, con fecha 20 de octubre de 2021 se realizó un certificado por parte de la Caja General de Depósitos en el que se certificaba que la garantía presentada inicialmente el 6 de agosto de 2021 había sido subsanada correctamente, lo que implica que debe entenderse que la fecha de constitución de la garantía, a los efectos del procedimiento de contratación administrativa para el que se constituyó, es el 6 de agosto de 2021, certificado que se adjunta a este escrito.*

Este certificado fue remitido por correo electrónico a CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L el 20 de octubre de 2021, y fue acusado recibo de su recepción el mismo día 20 de octubre».



Ello lleva a concluir que, efectivamente, se encuentra subsanado correctamente el defecto del primer aval presentado el día 6 de agosto.

Resta por atender la queja del órgano de contratación en su informe sobre que no tuvo conocimiento del certificado de 20 de octubre, que se aporta con el recurso de manera extemporánea. Comprendiendo la queja del órgano de contratación, esta circunstancia no puede, por razones de proporcionalidad, ser considerada como una ocultación ni puede afectar a la solución que se dé al recurso. El licitador solicitó el certificado a la Caja General de Depósitos el día 15 de octubre, y en ésta se anunció que se realizarían gestiones con el departamento de informática como consta en el correo electrónico. Estas gestiones se debieron hacer puesto que finalmente se expidió el certificado el 20 de octubre, sin que se tenga certeza de que el mismo estuviera a disposición del licitador cuando remitió la información al órgano de contratación por correo electrónico el día 20 de octubre. Sí consta un correo electrónico remitido el día 25 a las 12:07 en el que se dice que se adjunta información complementaria que no ha podido ser comprobada por el Tribunal, produciéndose el acuerdo de exclusión el día siguiente a las 10 horas.

Todo lo anterior lleva a la estimación del recurso. En él el recurrente solicita la anulación de la exclusión, retroacción del procedimiento y que se declare el derecho de la UTE a resultar definitivamente adjudicataria del contrato. El pronunciamiento estimatorio alcanza a la anulación de la exclusión acordada el día 26 e implícitamente, la anulación de los actos de trámite derivados de la misma, y retroacción del procedimiento, debiendo tener la mesa de contratación por cumplido correctamente el requerimiento de subsanación oficiado el día 7 de octubre de 2021, debiendo continuar el procedimiento por sus trámites.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. O. U. U. en representación de INGENIERÍA ATECSUR, S.L. Y CONSULTORES DE INGENIERIA UG 21, S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, Ley 18/1982 y Ley 12/19, contra acuerdo de exclusión de 26 de octubre de



2021, de la licitación convocada por la Dirección General de Carreteras del Ministerio del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, para contratar el “*servicio de asesoramiento y coordinación en materia de medio ambiente relativo a las obras en la Demarcación de Carreteras del Estado de Andalucía Oriental, provincia de Granada*” (30.1247/20-6; MA-GR-005), con el alcance indicado en esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.