

Recurso 476/2023
Resolución 518/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de octubre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVIMAR 2008 S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Obras para la rehabilitación del mercado de abastos (MERCACENTRO) de Fuengirola, (Expte. 053/2023-CONTR)» convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Los días 28 y 31 mayo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha 29 de mayo de 2023, se publicaron los pliegos de esta licitación. El valor estimado del contrato asciende a 10.727.272,73 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del oportuno procedimiento de adjudicación, la mesa de contratación, en sesión celebrada con fecha 28 de septiembre de 2023, acuerda excluir a la entidad **SERVIMAR 2008, S.L.U.** del procedimiento de licitación del contrato por: *«no haber subsanado el aval presentado para la constitución de la garantía definitiva, el cual no fue aceptado por la Tesorera Municipal conforme al Informe de fecha 20 de septiembre de 2023.»*.

SEGUNDO. El 4 de octubre de 2023, se ha presentado en el Registro del Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVIMAR 2008, S.L.U.**, (en adelante la recurrente o **SERVIMAR**), contra el citado acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso, y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.



Por la Secretaría del Tribunal se ha concedido un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formulen las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido al efecto.

Por Resolución MC. 115/2023, de 13 de octubre, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, toda vez que el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga) no ha manifestado que dispone de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición, en el supuesto examinado, el recurso presentado el 4 de octubre de 2023 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente interpone el recurso contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de obras y solicita en su escrito de impugnación que, *«se anule el acto recurrido, y ordene la retroacción del procedimiento al momento anterior a la comisión de la infracción, es decir, al momento anterior al requerimiento de constitución de nueva garantía.»*

Alega que habiendo resultado la oferta presentada por la entidad SERVIMAR la mejor valorada fue propuesta como adjudicataria del contrato y se la requirió para que presentase la documentación acreditativa de los requisitos de



capacidad y solvencia previos a la adjudicación del contrato, así como para constituir y presentar la fianza definitiva por el importe establecido en el Anexo I del PCAP.

Afirma que presentó la totalidad de la documentación requerida y procedió, asimismo, a constituir y depositar la garantía definitiva que exigía el Anexo I del PCAP, al efecto presentó, el 19 de septiembre de 2023, ante la Tesorería del Ayuntamiento de Fuengirola aval bancario por importe de 499.500 euros, el cual reunía todos los requisitos exigidos para su admisión por el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), por la LCSP y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP); a pesar de lo cual fue requerido por la mesa de contratación para que en el plazo de 3 días naturales, procediera a constituir la garantía definitiva conforme al Anexo III del PCAP.

Señala que el requerimiento fue recibido por SERVIMAR el día 26 de septiembre 2023 por lo que disponía hasta el día 29 de septiembre 2023 para constituir y depositar un nuevo aval, o en su caso, para alegar o manifestar las razones por las que el aval ya aportado era correcto.

Aduce que la mesa de contratación resolvió su exclusión, sin esperar a que finalizara el plazo de tres días que le había sido concedido, *«toda vez que la exclusión fue acordada el 28 de septiembre de 2023 y el plazo de subsanación finalizaba un día después el 29 de septiembre de 2023.»*

Además, alega que el 29 de septiembre de 2023 presentó escrito solicitando ampliación del plazo de subsanación concedido, conforme al artículo 32 del a Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); solicitud a la que no se le dio respuesta alguna, y por el contrario se acordó su exclusión directamente y antes de que finalizara el plazo concedido.

Por lo expuesto solicita la nulidad del procedimiento al considerar que, las citadas actuaciones de la mesa de la mesa de contratación incurren en vicio de nulidad al haberse prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido y vulnerar el derecho de defensa y el de tutela judicial efectiva.

Como segundo motivo de recurso indica que la garantía definitiva depositada por SERVIMAR reunía todos los requisitos legales para ser admitida. Argumenta al efecto que presentó un aval, constituido de conformidad con lo dispuesto en el PCAP, en concreto en la cláusula 22, el Anexo III y el modelo de aval contenido en el Anexo V. Afirma que el aval presentado había sido emitido por una entidad financiera autorizada para operar en España y que fue depositado en la Tesorería del Ayuntamiento de Fuengirola.

Además, tras reproducir el contenido del artículo 108.1 b) de la LCSP, argumenta que el citado precepto *«no exige que la entidad avalista esté inscrita en ningún registro del Banco de España, sino únicamente que esté autorizado para operar en España, requisito que se cumple.»*

Aduce que la entidad que emitió el aval es una entidad financiera con sucursal en España autorizada para operar y emitir avales en territorio español, al estar autorizada para hacerlo en el marco de la Unión Europea; esgrime al efecto que: *«Siendo una de las actividades reconocidas en el anexo I punto 6 de la directiva 2013/36/UE objeto de mutuo reconocimiento, la concesión de garantías y suscripción de compromisos, es forzoso concluir la admisión de su funcionamiento en el territorio nacional, al estar dentro del marco de la Unión Europea.»*

Por lo expuesto la recurrente concluye que considera acreditado que; *«el aval depositado por esta parte en el Ayuntamiento de Fuengirola cumplía y cumple todos los requisitos exigidos por el PCAP, por la LCSP y por su*



desarrollo reglamentario. De modo que Servimar 2008, S.L. cumplió y atendió en plazo todos los requisitos exigidos y debió de tenerse todos ellos por cumplidos, procediéndose a la firma del contrato correspondiente.»

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte el órgano de contratación en su informe solicita la desestimación del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa de contratación con fecha 28 de septiembre de 2023.

El informe tras relacionar las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del presente expediente, formula las siguientes alegaciones.

Sobre el primero de los motivos de recurso, mediante el que se solicita la nulidad del procedimiento al haberse acordado la exclusión antes de la finalización del plazo de subsanación documental, el informe del órgano de contratación alega que de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, el plazo de subsanación ha de computarse desde la fecha del envío de la notificación, en el presente caso el 21 de septiembre de 2023, y no desde la fecha de aceptación de dicha notificación por parte del recurrente, que fue el 26 de septiembre de 2023; fecha en la que el plazo de subsanación ya estaba claramente expirado.

En cuanto a la solicitud de ampliación de plazo de subsanación, el informe alega que la misma fue del todo extemporánea y argumenta que: *«Tampoco puede asumirse, como se señala de contrario, una aplicación subsidiaria de la ley de Procedimiento Administrativo Común (en cuya defensa acude la recurrente), pues ello choca claramente con lo expuesto, precisamente en este sentido, en la Disposición Final Cuarta de la Ley 9/2017 que dispone que “Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias”, en clara aplicación del principio legal de que la Ley especial (LCSP) prima sobre la Ley general (Ley 39/2015).*

En este sentido, el escrito solicitando ampliación de plazo y a la vez (contraviniendo lo anterior por el propio recurrente) presentando nuevo aval, son claramente extemporáneo y la Mesa de Contratación acertó con el acuerdo de su exclusión por ser un incumplimiento grave.».

En cuanto al segundo de los motivos de recurso relativo a la validez de la garantía depositada el informe del órgano de contratación, reproduciendo el contenido del informe de la Tesorera Municipal de 6 de octubre de 2023, que obra en el expediente remitido, argumenta lo siguiente: *«En el informe de la Tesorería que se incorporó al expediente en relación a la no aceptación del aval presentado por SERVIMAR, que señalaba que: “El requisito de “autorizados para operar en España”, previsto en el artículo 108 de la LCSP para la constitución de avales por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca, está establecido por una norma con rango de ley de aplicación a todas las Administraciones Públicas y dicho requisito es comprobado en todos los casos de recepción de avales en el Ayuntamiento de Fuengirola.*

De hecho, realizada consulta en el Banco de España de la entidad EFI GARANT GROUP INF, S.A. para comprobar que se encuentra entre sus registros se ha obtenido un resultado negativo”.

En este sentido, el artículo 25 del Reglamento de la Caja General de Depósitos estipula como requisitos de las entidades avalistas lo que sigue:



*“Las entidades que garanticen obligaciones ante la Caja mediante aval habrán de cumplir los siguientes requisitos:
A.- Ser una entidad de crédito, un establecimiento financiero de crédito o una sociedad de garantía recíproca debidamente autorizados para operar en España e inscritos en los registros correspondientes, y haberse acreditado como entidad garante ante la Abogacía del Estado de la Caja así como sus apoderados.”*

En este sentido, hay que señalar que la entidad avalista se trata de un establecimiento financiero de crédito y de acuerdo con el artículo 9 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial:

(...)

5. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, los establecimientos financieros de crédito deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritos en el Registro especial de establecimientos financieros de crédito que se creará en el Banco de España. Las inscripciones en este Registro especial, así como las bajas del mismo, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado.”

Por otro lado, el artículo 7 del RD 309/2020, de 11 de febrero, sobre el régimen jurídico de los establecimientos de financieros de crédito y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por el RD 1784/1996, de 19 de junio, y el RD 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito dispone que:

(...)

3. En el plazo de un año a contar desde la notificación de la autorización los promotores, antes de iniciar sus actividades, deberán otorgar la oportuna escritura de constitución de la sociedad, inscribirla en el Registro Mercantil y posteriormente en el Registro especial de establecimientos financieros de crédito del Banco de España.

En otro caso, se declarará la caducidad de la autorización, de conformidad con lo previsto en el artículo 20. Las inscripciones en este Registro especial, así como las bajas del mismo, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».

(...)

Por tanto, con independencia de que requiera autorización por parte del Banco de España o del Ministro de Asuntos Económicos y Transformación Digital (Economía y Competitividad), se entiende que su inscripción en el Registro Especial de Establecimientos Financieros de Crédito es obligatoria, circunstancia ésta que no se da en la garantía presentada, por lo que la mesa actuó correctamente no aceptando la garantía y más teniendo en cuenta el considerable volumen económico que para una administración como el Ayuntamiento de Fuengirola tiene la presente licitación.

Además y a mayor abundamiento, el recurrente entra en clara contradicción consigo mismo, pues en el compromiso de emisión de aval (presentado de forma extemporánea) por parte de otra entidad, en este caso CHINA MERCHANTS BANK EUROPE S.A., hace referencia a la incorporación de la misma en el Registro de Entidades de Crédito Comunitarias que operan en España sin establecimiento (de acuerdo con el artículo 39 DIR 2013/36/CE) del Banco de España, lo que corrobora dicha obligación, tal y como señalan los artículos anteriores.»

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente y que obran en el expediente remitido.

La mesa de contratación en sesión celebrada con fecha 24 de agosto de 2023, tras valorar las ofertas económicas presentadas, las clasificó según las puntuaciones totales obtenidas en todos los criterios de adjudicación, y propuso al órgano de contrastación adjudicar el contrato de obras a favor de la mercantil SERVIMAR al ser la



oferta mejor valorada. En el curso de la misma sesión de la mesa de contratación se acordó requerir a la citada entidad para en el plazo de diez días hábiles, presentase la documentación del Anexo III indicada en el PCAP.

Con fecha 21 de septiembre de 2023, la mesa de contratación procede a dar cuenta del Informe emitido por la Tesorera Municipal de fecha 20 de septiembre de 2023, en el que se concluye que: *«Realizada consulta en el Banco de España de la entidad EFI GARANT GROUP INF, S.A. para comprobar que se encuentra entre sus registros como entidad autorizada, se ha obtenido un resultado negativo.*

Por todo lo expuesto, en opinión de quien suscribe, no procede aceptar el aval emitido por la entidad EFI GARANT GROUP IFN S.A. SUCURSAL ESPAÑA, como garantía del expediente de contratación número 53/2023-CONTR.».

Tras lo expuesto la mesa acuerda: *«1º. Admitir la documentación, a excepción de la garantía definitiva, por no admitirse el aval presentado, conforme al Informe de la Tesorera Municipal, anteriormente transcrito.*

2º. Requerir a la entidad SERVIMAR 2008, S.L.U., con CIF B73574691, para que, en el plazo de tres días naturales, presente la documentación acreditativa de haber constituido la garantía definitiva, conforme al Anexo III del PCAP, por la cantidad de CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS EUROS (499.500,00€), equivalente al 5% del importe de adjudicación, IVA excluido.».

Consta notificación electrónica del requerimiento a la entidad SERVIMAR de fecha 21 de septiembre de 2023. Además, consultada la PLACSP se ha podido comprobar que, con la misma fecha de 21 de septiembre de 2023, fue objeto de publicación el acta de la sesión de la mesa acordando el requerimiento de subsanación a SERVIMAR.

Con fecha de 28 de septiembre de 2023, la mesa de contratación celebra una nueva sesión, en la que según consta en el acta de la misma se adoptan los siguientes acuerdos: *«Constituida la Mesa se procede, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, por orden de la Presidencia, a dar cuenta del informe de la Responsable del Registro de Entrada de fecha 27 de septiembre de 2023 en el que consta que no se ha presentado documentación alguna por la entidad SERVIMAR 2008, S.L.U., a través de la sede electrónica de dicho registro, así mismo, la Mesa comprueba que no se ha presentado justificante de haber constituido nuevo aval, a través de la PLACSP, tras el requerimiento de la Mesa de fecha 21 de septiembre de 2023 (...).*

Por todo ello, la Mesa acuerda:

1º. Excluir a la entidad SERVIMAR 2008, S.L.U., por no haber subsanado el aval presentado para la constitución de la garantía definitiva, el cual no fue aceptado por la Tesorera Municipal conforme a Informe de fecha 20 de septiembre de 2023

2º. Proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato (...) a la entidad UTE PRODESUR-JOCON-ITERCON.»

2. Sobre el cómputo del plazo otorgado en el requerimiento de subsanación.

Mediante el primero de los motivos del recurso SERVIMAR pretende la nulidad del expediente al no haber respetado la mesa de contratación el plazo de tres días naturales otorgado para la subsanación de las deficiencias en las que, a juicio de la mesa, incurrió el aval presentado. La controversia en el presente asunto se centra en discernir cual es la fecha de inicio del cómputo del referido plazo. En tal sentido la recurrente defiende que el cómputo del plazo ha de iniciarse desde el día siguiente a la fecha en la que recibió la notificación del requerimiento, que fue el día 26 de septiembre de 2023.



Pues bien, tal y como afirma el órgano de contratación en su informe al presente asunto le resulta de aplicación el contenido de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP que regula las normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos, en los siguientes términos:

“1 Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

(...)

2 La tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos regulados en la presente Ley conllevará la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas de los mismos por medios electrónicos.”

Por su parte el RGLCAP, en su artículo 81.2, regula el trámite de subsanación de documentación en los siguientes términos *“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»*.

En similares términos se pronuncia el PCAP que rige la presente contratación al respecto, y así tras hacer constar el carácter electrónico de la misma, establece en la cláusula 21 denominada *“Adjudicación del contrato”*, lo siguiente: *“Si el órgano de contratación observare defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada por el interesado le requerirá para que en un plazo no superior a tres días naturales subsane el error u omisión.”*:

Según la documental que obra en el expediente, el acta de la sesión de la mesa de fecha 21 de septiembre de 2023, en la que se acordó conceder a la recurrente un plazo de tres días naturales para la subsanación de las deficiencias apreciadas sobre el aval, fue objeto de publicación en la PLACSP el día 21 de septiembre de 2023 a las 15:14 horas. Consta igualmente, requerimiento de documentación dirigido a la entidad SERVIMAR firmado electrónicamente y con registro de salida de fecha 21 de septiembre de 2023. Además, por la propia recurrente se adjunta documento sobre la recepción de la notificación electrónica en el que consta la siguiente información: *“Fecha aceptación /rechazo: 26/09/2023; Fecha puesta a disposición: 21/09/2023.”*

Sobre el cómputo de plazo conviene traer a colación el pronunciamiento contenido en el Informe 55/2019, sobre subsanación de documentos en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en cuyas consideraciones jurídicas se recoge lo siguiente: *« Tanto el artículo 141 de la LCSP que establece claramente un plazo de tres días al empresario para que corrija los defectos observados, como la Disposición Adicional 15ª, que fija la regla según la cual los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil del contratante del órgano de contratación, establecen normas completas, claras y precisas, que no requieren ser suplidas ni completadas por la normativa general.”*

(...)



Por esta razón, en contestación a la primera de las cuestiones que nos plantea la entidad consultante hay que concluir que conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP el plazo de subsanación de la documentación referente a los requisitos previos para contratar ha de contarse desde la fecha de la comunicación que, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, le haya dirigido al licitador el órgano de contratación, con independencia de la fecha en que el licitador acceda al contenido de la misma, siempre que se cumpla la condición de que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación.

Consecuentemente, el estado de la Plataforma de Contratación del Sector Público con el que se inicia el cómputo de los plazos para proceder a la subsanación de la documentación correspondiente a los requisitos previos para contratar es el de "enviado" puesto que el envío de la comunicación de aviso de remisión de comunicación electrónica correspondiente a la necesidad de subsanación es simultáneo a su puesta a disposición del licitador en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, además, el licitador puede acceder a la comunicación electrónica correspondiente directamente desde dicho correo de aviso mediante un enlace ad hoc.

A todo ello hay que añadir que la dirección de correo a la que se remiten los correos electrónicos de aviso de remisión de comunicaciones electrónicas es siempre la indicada por el licitador para el procedimiento de contratación de que se trate. El licitador debe actuar con la suficiente diligencia a la hora de atender a los correos electrónicos que se le remitan a tal dirección y debe ser responsable de su falta.»

Por tanto y constando en el presente expediente que el requerimiento de subsanación se puso a disposición de la recurrente el 21 de septiembre de 2023 y estando en esa misma fecha publicado en la PLACSP el acta de la mesa de contratación concediéndole un plazo de tres días naturales para la subsanación del aval, el cómputo del inicio del plazo de tres días naturales habrá de realizarse desde el 22 de septiembre de 2023 y no desde el 26 de septiembre de 2023, como pretende la recurrente.

Además, obra en el expediente remitido informe del responsable del registro del Ayuntamiento en el que consta: «no se ha presentado ningún escrito en el registro general de entrada a nombre de la empresa SERVIMAR 2008, S.L.U. entre los días del 21 al 25 de septiembre 2023 ambos incluidos.»

Por tanto, no cabe admitir la documentación presentada fuera de plazo ni la solicitud de ampliación del plazo de subsanación, presentada con fecha 29 de septiembre, sin vulnerar el principio de igualdad de trato, ya que como ha manifestado este Tribunal en sus Resoluciones 306/2016 y 309/2016, ambas de 2 de diciembre, 13/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero, resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, cuando señala que «la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea por todos los licitadores», ya que lo contrario situaría a la recurrente en una posición de ventaja frente a la otra licitadora.

Igual criterio se contenía en nuestra Resolución 111/2018, 25 de abril, en la que se afirmaba: «En este sentido, la finalidad del precepto -artículo 81.2 del RGLCAP- es que el plazo de subsanación no sea superior a tres días hábiles y que la corrección o subsanación se realice ante la propia mesa de contratación, y ello es así con objeto de



salvaguardar los principios de celeridad en el procedimiento y el de igualdad de trato entre las entidades licitadoras».

Por todo lo expuesto, procede desestimar la pretensión de la recurrente de considerar el procedimiento nulo de pleno derecho por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido.

3. Sobre la validez del aval presentado como garantía.

Como segundo motivo de recurso la recurrente esgrime que el aval presentado reunía todos los requisitos exigidos por la LCSP y el PCAP, por lo que debió ser admitido sin necesidad de requerimiento de subsanación alguno. La controversia en este segundo motivo de recurso se centra en discernir si la entidad que prestó el aval contaba con las autorizaciones administrativas requeridas para operar en España.

La exigencia de la referida autorización administrativa es un requerimiento legal establecido por diversa normativa. Así el artículo 108 de la LCSP, denominado “*Garantías definitivas admisibles*”, establece en su apartado 1.b), como una de las formas en que en que pueden prestarse las garantías definitivas que se constituyan ante las Administraciones Públicas la siguiente: «*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.*»

Por su parte el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos, en su artículo 56 “*Garantía constituida mediante aval*”, en su apartado 2 dispone: «*2. Las entidades avalistas habrán de cumplir los siguientes requisitos:*

- a) No encontrarse en situación de mora frente a la Administración contratante como consecuencia del impago de obligaciones derivadas de la incautación de anteriores avales. A este efecto, la Administración podrá rehusar la admisión de avales provenientes de bancos o entidades que mantuvieren impagados los importes de avales ya ejecutados treinta días naturales después de haberse recibido en la entidad el primer requerimiento de pago.*
- b) No hallarse en situación de suspensión de pagos o quiebra.*
- c) No encontrarse suspendida o extinguida la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad.».*

Sobre la necesidad de autorización administrativa igualmente se pronuncia el Real Decreto 937/2020, de 27 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Caja General de Depósitos, que en su artículo 25 prevé entre los requisitos de las entidades avalistas los dos siguientes: «*Las entidades que garanticen obligaciones ante la Caja mediante aval habrán de cumplir los siguientes requisitos:*

- a) Ser una entidad de crédito, un establecimiento financiero de crédito o una sociedad de garantía recíproca debidamente autorizados para operar en España e inscritos en los registros correspondientes, y haberse acreditado como entidad garante ante la Abogacía del Estado de la Caja así como sus apoderados.*
 - b) No encontrarse suspendida o revocada la autorización administrativa para el ejercicio de su actividad.*
- (...).»

Además, en el informe elaborado por la Tesorera municipal con fecha 6 de octubre de 2023, obrante en el expediente, se cita diversa normativa reguladora de la autorización necesaria para operar en España. Entre ella consta el artículo 9 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, en el que se regula el procedimiento de autorización y registro de establecimientos financieros de crédito en los siguientes términos: «*1. El Ministro de Economía y Competitividad, previo informe del Banco de España y del servicio ejecutivo de la*



Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en los aspectos de su competencia, autorizará la creación de establecimientos financieros de crédito de conformidad con el procedimiento que se prevea reglamentariamente.

No obstante, la autorización de los establecimientos financieros de crédito híbridos a que se refiere el artículo 11 se concederá por el Banco de España, previo informe del Servicio ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias en los aspectos de su competencia, de conformidad con el procedimiento que se prevea reglamentariamente.

2. La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los tres meses siguientes a su recepción por el órgano competente, o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los doce meses siguientes a su recepción. Cuando la solicitud no sea resuelta en el plazo anteriormente previsto podrá entenderse desestimada.

3. Reglamentariamente se establecerán los requisitos para el ejercicio de la actividad de los establecimientos financieros de crédito, los supuestos de denegación de la autorización, así como las especialidades en la autorización de establecimientos financieros de crédito sujetos al control de personas extranjeras.

4. En lo no previsto por esta Ley y su normativa de desarrollo se aplicará el procedimiento de autorización, revocación, renuncia y caducidad establecido para las entidades de crédito en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y su normativa de desarrollo.

5. Una vez obtenida la autorización y tras su constitución e inscripción en el Registro Mercantil, los establecimientos financieros de crédito deberán, antes de iniciar sus actividades, quedar inscritos en el Registro especial de establecimientos financieros de crédito que se creará en el Banco de España. Las inscripciones en este Registro especial, así como las bajas del mismo, se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado»

Por tanto de la normativa referida se constata que tal y como afirma el órgano de contratación para otorgar válidamente aval en España se requiere que la entidad avalista se encuentre debidamente autorizados para operar en España, y que la el procedimiento de autorización previsto en la legislación española requiere de la inscripción en los registros correspondientes; y tal y como afirma la Tesorera municipal, órgano competente y cualificado por razón de la materia al ser el órgano ante el que se deposita los avales, el Registro competente en el que ha de constar la entidad avalista inscrita es el del Banco de España; registro que fue consultado por la Tesorería pudiendo comprobar que en el mismo no se encontraba inscrita la entidad avalista, circunstancia por otro lado no combatida por la recurrente.

En las alegaciones formuladas por SERVIMAR afirma que la LCSP no exige la inscripción en ningún registro sino únicamente que la entidad financiera se encuentre autorizada para operar en España, y que éste requisito lo cumple la avalista al estar autorizada en virtud *«del anexo I punto 6 de la directiva 2013/36/UE objeto de mutuo reconocimiento, la concesión de garantías y suscripción de compromisos, es forzoso concluir la admisión de su funcionamiento en el territorio nacional, al estar dentro del marco de la Unión Europea.»*. Afirmaciones genéricas con las que pretende obviarse la vigencia de la específica normativa nacional sobre el procedimiento de autorización de entidades financieras citados por el órgano de contratación.

Además, y como señala el informe del órgano de contratación y obra en el expediente, en la documentación presentada con fecha 29 de septiembre consta compromiso de aval con una entidad en la que acredita ser una entidad inscrita en el Registro del Banco de España.

Por lo que, a juicio de este Tribunal, el acuerdo de la mesa de contratación de 21 de septiembre de 2023 de no aceptar el depósito el aval presentado por SERVIMAR, al haber sido otorgado por una entidad financiera no inscrita en el registro del Banco de España es conforme a Derecho.



Además, en el presente asunto, la mesa requirió a la entidad hoy recurrente para que subsanase las deficiencias observadas en el aval presentado, sin que dicha subsanación se presentase en el plazo concedido para ello, por lo que el acuerdo de la mesa de excluir a la recurrente del procedimiento de adjudicación por este motivo resulta ajustada a Derecho; y ello dado que se ha producido el incumplimiento de una de las obligaciones exigibles a la entidad adjudicataria, la de constituir la garantía definitiva en la forma legalmente prevista.

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

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVIMAR 2008 S.L.**, contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Obras para la rehabilitación del mercado de abastos (MERCACENTRO) de Fuengirola, (Expte. 053/2023-CONTR)» convocado por el Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente y acordada mediante la Resolución MC. 115/2023, de 13 de octubre.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

