



**Recurso nº 1028/2022**

**Resolución nº 1156/2022**

**Pleno**

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2022

**VISTA** la reclamación interpuesta por Don Juan Antonio Fernandez Coalla, en nombre y representación de la futura UTE ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA MATA, S.L., E INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L. (en adelante “*futura UTE Asturmasa. TYG- CGS*” o “*la recurrente*”), contra el acuerdo de exclusión del contrato convocado por la Autoridad Portuaria de Avilés para el “*mantenimiento y renovación de las infraestructuras de la Autoridad Portuaria de Avilés. 2022-2023*”, expediente 167/2022, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** En fecha 25 de mayo de 2022, se publica anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público, por el cual se convoca la licitación por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato administrativo de “*mantenimiento y renovación de las infraestructuras de la Autoridad Portuaria de Avilés. 2022-2023* “. El valor estimado del contrato se cifra en 588.892,44 €.

El plazo para la presentación de ofertas finalizó el día 2 de junio de 2022.

**Segundo.** En fecha 22 de junio de 2022, se procede por parte de la Mesa de Contratación a la apertura de los archivos electrónicos de “requisitos previos” de los dos licitadores concurrentes:

- ARIEXCA, SL (B33252909)



- Futura UTE Asturmasa. TYG- CGS

En la referida sesión, la Mesa de contratación acuerda la admisión del licitador Ariexca, SL y, respecto del licitador “futura UTE Asturmasa. TYG- CGS se constata que las garantías depositadas (dos avales por importe conjunto de 8.957,36 euros) no alcanzaban la cifra consignada en el apartado 16 del cuadro de características del PCAP (9.757,36). En consecuencia, se le requiera para que proceda a justificar el haber depositado, antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, la totalidad de la garantía provisional establecida en el referido pliego.

**Tercero.** Con fecha de 24 de junio de 2022, el representante de la “*futura UTE ASTURMASA-TYC-CGS*” presentó escrito, acompañado de dos nuevos avales firmados con fecha 23 de junio, cubriendo la cantidad correcta de 9.757,36 €, así como sendos certificados de la entidad avalista en los que ésta reconocía haber cometido lo que dice ser un “*error de tecleo*”, siendo esta la causa por la que los avales inicialmente depositados no alcanzaban la suma indicada en el apartado 16 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP).

**Cuarto.** En fecha 4 de julio de 2022, y visto el escrito de licitador futura UTE ASTURMASA-TYC-CGS, la Mesa de contratación acordó elevar al Órgano de Contratación una propuesta de exclusión de dicho licitador, de acuerdo con las resoluciones reiteradas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

**Quinto.** En fecha 5 de julio de 2022, el Órgano de Contratación resuelve excluir al licitador

*“futura UTE a constituir por las entidades Asturiana de Maquinaria, S.L. (A33066077), TYC La Mata, S.L. (B74173840) e Ingeniería de Construcción y Obra Civil de Asturias, S.L. -C.G.S.- (B74213216), al no haber acreditado haber constituido, dentro del plazo límite de presentación de ofertas, la totalidad de la garantía provisional que se exigía en el PCAP”.*

**Sexto.** En fecha 19 de julio de 2022, la Mesa de contratación acordó elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación en favor de ARIEXCA SL; propuesta que fue aceptada por el órgano de contratación en fecha 20 de julio de 2022. En esta misma fecha la mercantil es requerida para la presentación de la documentación a que se refiere el art.



150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

**Séptimo.** Disconforme con el acuerdo de exclusión se interpone por la futura UTE ASTURMASA. TYG- CGS reclamación en fecha 26 de julio de 2022. Alega en su defensa que

*“se había acreditado que los avales se constituyeron y depositaron en plazo y que el error aritmético del importe traía causa en un “error de tecleo” de la entidad CAIXABANK, S.A., tal y como había reconocido la citada entidad, habiéndose subsanado en el plazo de subsanación, acompañando los avales con los importes y conforme al PCAP.*

*Es manifiestamente desproporcionado que dicho error se califique de incumplimiento del requisito de falta de garantía provisional cuando en realidad garantía provisional había y se acreditó, aunque fuera con un error aritmético, que fue corregido en el plazo de subsanación conferido, estando ante un cumplimiento erróneo del requisito del importe de la garantía provisional y no ante su incumplimiento (STS 01-04-2009 R. 4950/2006).*

*Hay un dato incuestionable y es que la propia Mesa al examinar la documentación aportada por futura UTE a constituir por las entidades Asturiana de Maquinaria, S.L.- TYC La Mata, S.L. - Ingeniería de Construcción y Obra Civil de Asturias y observar que la cuantía de la garantía provisional presentaba un déficit, la admitió provisionalmente, concediendo el plazo de 3 días para que subsanase las deficiencias observadas mediante la presentación de nueva garantía provisional. Luego admitida por la propia Mesa esa posibilidad de subsanación y subsanados en forma y plazo los defectos apreciados, es incongruente con la decisión inicial y supone ir contra los propios actos el excluirla definitivamente, una vez que había acreditado la constitución de la totalidad de la garantía provisional, obviando la posibilidad de subsanación que previamente le había otorgado, actuando como decimos contra sus propios actos, con infracción del principio de confianza legítima que esa decisión previa había generado (STS 26/01/2005 R. 187/2001).*



Entiende que

*“En este caso, se ha adoptado una decisión desproporcionada, al amparo de una interpretación excesivamente formalista y superada, con infracción del artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y del Pliego de Condiciones Administrativas particulares para la contratación de la prestación “MANTENIMIENTO Y RENOVACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS DE LA AUTORIDAD PORTUARIA DE AVILÉS. 2022- 2023”, que en su Disposición 15 del Pliego de Condiciones Administrativas prevé un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación de los defectos en la documentación administrativa, y sin embargo, la resolución impugnada trata como insubsanable un error aritmético en el importe de la garantía provisional, pese a haber sido previamente requerido para su subsanación y haber sido verificada en el plazo de tres días hábiles, en la medida en que afectaba a la acreditación del cumplimiento de un requisito y no a su existencia misma, debiendo circunscribirse la exclusión a los casos de flagrante y claro incumplimiento, a fin de procurar y garantizar una actuación del órgano de contratación más respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, 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, así como más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatos y licitadores y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP.*

*Se trata de un proceso de contratación en la que tan solo concurrían dos empresas, en la que el órgano de contratación habría de velar porque en el desarrollo del proceso se lograra la mejor oferta en relación calidad-precio.”*

**Séptimo.** Presentada la reclamación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente Informe.

En el meritado informe de fecha 29 de julio de 2022, el órgano de contratación aduce, en síntesis, que es reiterada la jurisprudencia que aplica la máxima de que puede subsanarse lo

---

que existe y no se ha aportado, pero no se puede subsanar lo que, en el momento de presentación de las provisiones, no existe, por lo que en ningún caso se requirió al licitador excluido para que subsanara el error en la suma de los dos avales, sino para que acreditara haber constituido la suma a garantizar dentro de la fecha de presentación de las ofertas. Invoca en defensa de su argumentación las resoluciones de este Tribunal nº 772/2015, de 4 de septiembre y nº 270/2011.

Similar argumentación es expuesta en el escrito de alegaciones presentado por la adjudicataria en fecha 11 de agosto de 2022.

**Octavo.** En fecha 1 de agosto de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación interpuesta al otro licitador, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, habiendo presentado escrito ARIEXCA, S.L., en el que interesa su desestimación..

**Noveno.** Interpuesta la reclamación, la Secretaria del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de fecha 22 de agosto de 2022, acordando adoptar de oficio la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución de la reclamación la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero** Son de aplicación supletoria la LCSP y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), en lo expresamente previsto por los artículos 119 y siguientes del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que a ellos remite.

**Segundo.** Este Tribunal es competente para conocer de la presente reclamación conforme a lo dispuesto el artículo 120.1 del Real Decreto-ley 3/2020, en relación con el artículo 47 de la LCSP.



**Tercero.** La reclamación se refiere a un contrato de servicios que, por su valor estimado, es susceptible de reclamación en materia de contratación (artículos 119.1 y 1.1.c) del Real Decreto-ley 3/2020).

Podrán ser objeto de reclamación las siguientes actuaciones:

*“Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.*

**Cuarto.** Se han cumplido las prescripciones de plazo, lugar y forma de presentación de la reclamación previstas en el artículo 50 de la LCSP.

**Quinto.** La legitimación de la reclamante vendría conferida por aplicación del artículo 48 de la LCSP cuando dispone que

*“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».*

La recurrente es una empresa que, habiendo participado en la licitación, ha sido excluida, por lo que de ser estimada su reclamación podría resultar adjudicataria, si, admitida y valorada su oferta, se constatará que ha presentado mejor oferta que el otro licitador concurrente.

Habiendo obtenido la conclusión del que la reclamación es admisible, procede analizar si asiste la razón al reclamante, debiendo anularse la exclusión o si, por el contrario, la misma resulta adecuada a Derecho.



**Sexto.** Se centra la cuestión debatida en un único motivo de impugnación que gira en torno a la posible subsanación de la garantía provisional constituida por importe insuficiente, siendo hechos no controvertidos los siguientes:

- Que la reclamante depositó, en plazo, dos avales por importe individual de 4.478,68 euros, hasta un importe conjunto de 8.957,36 euros, faltando, en consecuencia, 800 euros para completar la garantía en los términos prevenidos en el apartado 16 del cuadro de características del PCAP.
- Que la reclamante presentó solicitudes de aval de garantía provisional a la entidad financiera, atendiendo al importe exigido en el PCAP (Documentos nº 2 y 3 de los partidos con el escrito de recurso).
- Que se produjo un error imputable a la entidad avalista, habiéndose aportado por la reclamante certificado emitido por el apoderado de la oficina correspondiente de CAIXABANK, en el que se manifiesta que la entidad Asturiana de Maquinaria SA con NIF A 3306077 solicita la emisión de aval en concepto de garantía provisional *“ por importe de 4.878,68 euros”* y que *“dicho aval fue emitido el pasado día 16-06-2022 con el número de Registro Especial de Avales número 9340-03-2552879-66 y en la emisión del mismo se produjo por parte de la entidad financiera un error de tecleo en el importe de la garantía y se emitió por cuantía incorrecta de 4.478,68 euros”*.
- Que, concedido plazo para subsanar la falta de constitución de la garantía provisional, se aportaron por la reclamante sendos avales con los importes ya corregidos.

En definitiva, la garantía provisional, si bien estaba constituida y depositada dentro del plazo de presentación de las ofertas, lo era con un error en la cantidad afianzada. Dado que resulta evidente que la constitución correcta de la garantía se produjo una vez ya transcurrido el plazo para ello, habremos de centrarnos en determinar si cabe tener por justificada y admisible esa constitución tardía de la garantía provisional en su importe completo.



**Séptimo.** Sentadas en los antecedentes las posiciones de las partes respecto de la cuestión debatida, debemos comenzar advirtiendo que el órgano de contratación, al invocar las resoluciones nº 270/2011 y nº 772/2015, está desconociendo la más reciente doctrina de este Tribunal.

Y es que es sabido que, a raíz de la nueva LCSP, este Tribunal ha ido modificando su criterio (valgan como ejemplo las Resoluciones nº 352/2018 o nº 582/2018), apartándose progresivamente de la doctrina más estricta que, a propósito de la subsanación, había seguido con anterioridad, especialmente, a propósito de la cumplimentación del requerimiento de documentación al propuesto como adjudicatario (actual artículo 150.2 LCSP). Este cambio de criterio se plasma definitivamente en nuestra resolución nº747/2018, de 31 de julio, en la que admitimos que,

*“se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que **está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos.** Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe.../... “ y reconocía ser “preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.”*

Añadíamos, además, que

*“Pues bien, la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las*



*causas citadas, por lo que en nuestro caso solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido...*

*/...El error es consustancial al ser humano, y resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.”*

Y finalmente considerábamos subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva:

*“Por otra parte, en nuestro caso concreto no cabe afirmar que no se ha cumplimentado el requerimiento relativo a la constitución de la garantía definitiva, ya que con arreglo al artículo 99.1 del TRLCSP el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo del artículo 151.2 haber constituido la garantía definitiva, lo que ha ocurrido en nuestro caso, aunque de forma incompleta, ya que el precepto exige constituir esa garantía, pero no excluye que se haga con defectos u omisiones, por lo que no cabe considerar no cumplimentado el trámite y entender retirada la oferta si se ha cumplimentado lo requerido, si bien defectuosamente, lo que excluye la falta de cumplimentación”*

Este criterio se ha mantenido en resoluciones posteriores, de la que podemos citar la resolución nº 582/2019, en la que, con cita de la anterior, sostuvimos lo siguiente:



*“Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP-, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. **Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente “extensivos, formalistas e injustos” acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que “resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”. Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).***

*En este sentido, **hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por “cumplimentar”, llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente,***



*concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida.”*

Doctrina que se reitera en la reciente **Resolución nº 961/2020** (Recurso nº 583/2020 C.A. de Castilla- La Mancha 28/2020), en la que, ante un supuesto similar al que ahora nos ocupa, concluimos que

*“En esta tesitura, no cabe sino **apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con el requerimiento, como a la postre ha quedado demostrado con la constitución de la garantía dentro de la ampliación de plazo otorgada**, mediante efectivo, lo que además puede considerarse como un indicio que corroboraría las dificultades alegadas en cuanto a la obtención de aval bancario. Por lo tanto, **el incumplimiento del plazo no supone en este supuesto un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, ajeno a la voluntad del licitador afectado, con lo que debe aplicarse, en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, teniendo por válidamente cumplimentado el trámite, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias** que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se ha producido según hemos razonado.*

**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.

Parece indiscutible que nos encontramos ante el segundo de los supuestos descritos, toda vez que el error descrito por el licitador no es digno de ser calificado como un incumplimiento sustancial o manifiesto de la norma, sino, como el propio órgano de contratación reconoce, un error “humano”, error que debe poder ser subsanado mediante la aportación de la garantía completa.

Es por ello que hemos de concluir que el defecto de insuficiencia de garantía era en este caso susceptible de subsanación y siendo la diferencia de 800 euros con respecto a la que correspondía aportar, 9.757,36 euros, se ha de entender que se trató de un mero error aritmético -ni siquiera imputable al solicitante (aun cuando pudo haberlo advertido al tiempo de presentar la oferta)-, a la hora de fijar el importe de la garantía, pero que no justifica la exclusión, sin oportunidad de subsanación, entendida ésta como la corrección del importe mediante la presentación de un nuevo aval.

Refuerza la decisión que adopta este Tribunal, la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad y, en este sentido, no podemos olvidar que la finalidad de la garantía provisional no es otra que la de garantizar la “seriedad” del licitador y, por tanto el mantenimiento de su oferta hasta la perfección del contrato, tras la adjudicación (así lo expresa la cláusula 11.1 del PCAP de aplicación y el artículo 114 LCSP), ejerciendo, de un lado, un efecto “*intimidatorio*” en el licitador ante la posibilidad de su incautación en caso de retirada injustificada de su oferta y, de otro, una medida de aseguramiento para los órganos de contratación y las entidades contratantes para resarcir los posibles daños y perjuicios que puede causar al interés público, una retirada de una proposición. También, hay que tener presente que al margen de que se exija o no la garantía provisional para asegurar el mantenimiento de la oferta, el artículo 71.2 a) LCSP establece como causa de



prohibición para contratar con las entidades comprendidas en su artículo 3, *“Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación...”*.

Es también consustancial a la garantía provisional, dada su finalidad, el ámbito temporal reducido de su mantenimiento, pero, por otra parte, es indudable que, aunque tenga una duración temporal limitada, supone un gasto para el licitador que en función de que se fija en un tanto por ciento sobre el presupuesto base de licitación, puede tener un peso importante y, en definitiva, una traba a la máxima concurrencia, como máxima aspiración en una licitación.

En el ámbito de los contratos celebrados por las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, a diferencia de la regulación de la garantía provisional de los celebrados con las Administraciones Públicas (artículo 106.1), el artículo 114 LCSP, por remisión en este caso, del artículo 57.5 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones, dispone que:

*“En los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación”*.

Ahora bien, pese a que la exigencia de la garantía provisional es potestativa para la entidad contratante y, en este caso, así viene impuesta en el pliego de aplicación que no se cuestiona, pues no ha sido objeto de impugnación en este sentido, dicha exigencia debe ser interpretada, atendidas las circunstancias particulares, teniendo en cuenta la finalidad propia de este tipo de garantía y conjugándolo con el criterio antiformalista que el Tribunal Supremo ha exigido en las condiciones para participar en la adjudicación de un contrato y que ha ido determinando una evolución doctrinal de este Tribunal, como antes hemos reflejado, hacia la flexibilización y ampliación de los supuestos y posibilidades de subsanación en la constitución de la garantía que, si cabe, está, todavía, más justificada en las garantías provisionales por su ámbito temporal y finalidad. Por tanto, esta doctrina



ha de tenerse muy presente a la hora de abordar un defecto en la constitución de una garantía provisional, máxime si lo que se pretende adoptar es la decisión de exclusión de una proposición, como aquí ha ocurrido.

En esta línea, la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 27/2004, de 7 de junio de 2004, manifestó, abstrayéndose de las circunstancias particulares del supuesto a examen, lo siguiente:

*“Desde el punto de vista del interés público que la contratación administrativa representa resulta muy distinto el significado de las garantías provisionales y de las garantías definitivas, puesto que las primeras responden a la finalidad de garantizar la seriedad de las ofertas, evitando que su retirada injustificada impida la adjudicación del contrato o determine la adjudicación a ofertas menos ventajosas a las retiradas, mientras que las garantías definitivas aseguran la correcta ejecución de un contrato ya adjudicado, por lo que la mayor importancia de esta últimas significa un tratamiento más riguroso de la constitución de garantías definitivas en la normativa contractual y en la doctrina jurisprudencial, teniendo en cuenta, además que, como se pone de relieve en el escrito de consulta, un criterio excesivamente riguroso en la exigencia de los requisitos de constitución de las garantías provisionales, sin permitir su subsanación, daña sensiblemente el principio de concurrencia, criterio expresamente admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que más adelante examinaremos”.*

Ha habido numerosos pronunciamientos judiciales acerca de la posibilidad o no de subsanar distintos aspectos relativos a las garantías provisionales, todos guiados por un principio antiformalista, de los que destacamos por su similitud, la sentencia nº 891/2013, de 11 de marzo de 2013, (rec.2163/2007), dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, en la que como supuesto fáctico se establecía la posibilidad de subsanar una garantía provisional que se había presentado de manera insuficiente de acuerdo con lo exigido en el pliego de aplicación, como aquí ocurre, permitiéndose su subsanación con el siguiente razonamiento:



*“Del Pliego de Cláusulas, Reglamento de Contratación y de los pronunciamientos jurisprudenciales citados, hemos de concluir, como hace la sentencia de instancia, en que el defecto de insuficiencia de garantía era en este caso susceptible de subsanación y siendo la diferencia de 394,88 euros con respecto a la que correspondía aportar, 6.000 euros, se ha de entender que se trató de un mero error - aunque imputable al solicitante -, a la hora de calcular el importe de la garantía, pero que no justificaba la exclusión sin oportunidad de subsanar el defecto, lo que hubiera resultado más proporcionado y acorde a la finalidad pretendida con la Ley para la exigencia de la garantía provisional, más teniendo en cuenta que con la oportunidad de subsanación no se hubiera situado al actor en una posición de ventaja para con respecto al resto de participantes, y que acudió el mismo día de acta de apertura manifestando su error y proponiendo subsanarlo con la entrega inmediata de un cheque por la diferencia”.*

El criterio que aquí se defiende supone variar el establecido en otras resoluciones antiguas de este Tribunal, a modo de mero apunte, en la nº 772/2015 y nº 529/2012. Resoluciones previas a la reforma operada por la Ley 9/2017 en la materia, a la que anteriormente hemos hecho referencia y al inicio de la tendencia a reducir el excesivo formalismo en materia contratación administrativa, siempre que no colisione con los principios básicos de esta.

Por lo anteriormente expuesto, cuando al reclamante, por motivos, además, no imputables al mismo, le faltaban 800 euros para completar los 9.757,36 euros exigidos como garantía provisional, no parece que la conducta del recurrente implicara una voluntad de no mantener su oferta hasta la adjudicación del contrato y su formalización y buena prueba de ello es que presentó en cuanto fue requerido, una nueva garantía que cubría el total de lo exigido, máxime sabiendo entonces que sólo había otro licitador y que tenía por tanto serías expectativas de poder resultar adjudicatario del contrato. También, paralelamente, ha quedado patente que la voluntad de la entidad bancaria era la de constituir, desde el inicio, una garantía por importe de 9.757,36 euros, como así le había solicitado la recurrente, si bien, por un error sólo imputable al banco se constituyó por una cantidad no muy inferior. Por otra parte, en el caso contrario, en el que, por algún motivo, hubiera decidido retirar su proposición, ningún impedimento legal hubiera existido para ejecutar la garantía, aunque se hubiera constituido con posterioridad.



En consecuencia y, por todo lo expuesto, este Tribunal entiende que la exclusión adoptada, en la que no se admitió la subsanación efectuada por el recurrente, no se ajusta a los criterios de proporcionalidad y eso nos lleva a estimar la reclamación.

En cuanto a las consecuencias que generan la estimación de la reclamación, se observa del expediente administrativo remitido que el PCAP de aplicación, establecía un criterio de adjudicación sometido a juicio de valor, consistente en la aportación de una memoria técnica con una asignación máxima de 10 puntos, además de otros criterios de adjudicación automático o mediante fórmulas por el resto de los 90 puntos. Se ha comprobado, asimismo, en el expediente remitido que dicha memoria técnica fue valorada en informe de 18 de julio de 2022, que fue aceptado por la Mesa de Contratación que, en su sesión de 20 de julio de 2022, propuso un adjudicatario del contrato, aceptado por el Presidente de la Autoridad Portuaria de Avilés el mismo día. Como consecuencia de dicha aceptación, se ha requerido al propuesto como adjudicatario para que cumplimente el requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP, sin que conste que se haya adjudicado el contrato a la fecha.

Así las cosas y dado que aparte del recurrente, sólo existe otro licitador que es, precisamente, el propuesto como adjudicatario y conocida ya la valoración de los criterios sometidos a juicios de valor y la de los otros criterios automáticos de la propuesta como adjudicataria, retrotraer actuaciones a fin de que se admitiera la oferta de la recurrente y se valorara su oferta técnica, conociendo ya la del otro licitador, a juicio de este Tribunal, no permite garantizar de manera plena la obligada imparcialidad y objetividad de los técnicos evaluadores, pues esos 10 puntos que comportan el criterio sometido a juicio de valor, pueden resultar definitivos para decidir la adjudicación del contrato.

Lo anteriormente expuesto, obliga a acordar la anulación de todo el procedimiento de licitación.

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar la reclamación interpuesta por D. Juan Antonio Fernandez Coalla, en nombre y representación de la futura UTE ASTURIANA DE MAQUINARIA, S.L., TYC LA



MATA, S.L., E INGENIERÍA DE CONSTRUCCIÓN Y OBRA CIVIL DE ASTURIAS, S.L., contra el acuerdo de exclusión del contrato convocado por la Autoridad Portuaria de Avilés para el *“mantenimiento y renovación de las infraestructuras de la Autoridad Portuaria de Avilés. 2022-2023”*, declarando su nulidad y acordando, de acuerdo con los razonamientos expresados en el fundamento jurídico octavo de esta resolución, se anule el procedimiento de licitación.

**Segundo.** Levantar la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**LA PRESIDENTA**

**LOS VOCALES**