



Recurso nº 541/2019 C.A. del Principado de Asturias

Resolución nº 622/2019

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

En Madrid a 6 de junio de 2019

VISTO el recurso interpuesto por D. O. G. I., en representación de la entidad UTE IGUAR–CETECO, contra el “*acuerdo de la mesa de contratación de fecha 11-4-2019 que determina tener por retirada su oferta*” en la licitación convocada por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias para contratar las “*obras de construcción del nuevo IES de 18 unidades (12 aulas ESO + 6 aulas Bachiller + Pista Deportiva) en la Florida. Oviedo (Expte.: O 4/2018)*”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La licitación que nos ocupa se publicó en el DOUE y en el Perfil del Contratante con fecha 11 de enero de 2019, como contrato de obras, valor estimado de 6.861.437,63 euros.

Segundo. Tras los trámites de rigor, deben destacarse los siguientes hitos:

-En la tercera Mesa de Contratación celebrada el 22 de febrero de 2019, a la luz del informe de valoración del Servicio de Infraestructuras Educativas, se acordó que la mejor oferta por haber obtenido mayor puntuación y no estar además incurso en valore anormales era la presentada por la UTE recurrente. La Mesa de Contratación acuerda requerir a la UTE para que presenten la documentación recogida en la cláusula 15.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la contratación, de conformidad con lo señalado en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (LCSP) y dentro del plazo de diez días hábiles. En el requerimiento se significa que de no presentar la documentación anteriormente señalada en el citado plazo, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.



Es pacífico que el plazo para cumplimentar el requerimiento finalizaba el 12 de marzo.

En este punto relativo a la garantía, el escrito dirigido a la UTE detallaba, de acuerdo con lo establecido en el PCAP, cómo podrá hacerse la constitución de la misma dentro del plazo requerido, al indicar que se depositará en la Tesorería General del Principado de Asturias (C/ Hermanos Menéndez Pidal. nº 7-9 33005 Oviedo).

-Tras el plazo señalado al efecto, la cuarta Mesa celebrada el día 15 de marzo de 2019, analiza la documentación aportada por el licitador y, a la vista de la misma, acuerda conceder tres días de plazo para la subsanación entre otros, del siguiente defecto referido a la garantía definitiva:

Presenta copias de avales de Iberaval Sociedad de Garantía Recíproca, Caja Rural de Zamora Cooperativa de Crédito y Abanca Corporación Bancaria S.A., sin depositar en la Tesorería General del Principado de Asturias en la forma exigida legal y reglamentariamente.

De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 15.2. d) del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), la garantía definitiva se depositará, previo a su presentación en el Registro, en la Tesorería General del Principado de Asturias (C/ Hermanos Menéndez Pidal, 7-9.- 33005 Oviedo) siendo preciso por tanto que se aporte documento que acredite que se hizo dentro del plazo concedido para ello (hasta el 12 de marzo de 2019).

El requerimiento fue notificado el mismo día 15 de marzo.

-En la quinta Mesa de Contratación celebrada el 1 de abril de 2019, se examina la documentación de subsanación requerida y presentada por la UTE, advirtiendo que el justificante de depósito de la garantía definitiva en la Tesorería General del Principado de Asturias es de fecha 18 de marzo de 2019, posterior al plazo establecido al efecto para realizar el mismo, esto es, el 12 de marzo de 2019. Una vez leídas las alegaciones presentadas al respecto por la UTE Iguar - Ceteco, de inadmisión por parte de la Tesorería General debido a un error de forma de uno de los Avales, se acuerda conceder a la UTE Iguar Ceteco un plazo de cinco días hábiles para presentar justificante documental de la inadmisión, expedido por la Tesorería General del Principado de Asturias, de los avales presentados por la empresa con



fecha anterior al plazo de finalización de presentación de la documentación solicitada (12 de marzo de 2019).

-Finalmente, la sexta Mesa de Contratación celebrada el 11 de abril de 2019, analiza la documentación aclaratoria presentada por la UTE, advirtiendo que no presenta el requerido justificante documental de la inadmisión, expedido por la Tesorería General del Principado de Asturias, de los avales presentados por la empresa, con fecha anterior al plazo de finalización de presentación de la documentación solicitada.

En consecuencia, la Mesa entendió que dicho licitador había retirado su oferta procediéndose a requerir a la empresa Ingenieros, Construcciones y Naves S.L., siguiente proposición económicamente más ventajosa según el orden de clasificación de las ofertas, para que presente la documentación recogida en la citada cláusula 15.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación.

El recurrente asume en su recurso que *“La notificación del mencionado acto de trámite cualificado fue realizada el mismo día 11 de abril de 2019.”*

Tercero. El 6 de mayo de 2019 se interpone el presente recurso, en que alega que *“El 12 de marzo de 2019, último día del plazo, la UTE IGUAR CETECO presentó la documentación requerida para la adjudicación de las referidas obras. Sin embargo, en cuanto a los avales que constituían la garantía definitiva, y pese a que se constituyeron cuatro con diferentes entidades bancarias fuera de Asturias, concretamente en Ponferrada, dentro del plazo conferido, no se llegaron a depositar físicamente, aunque sí se comunicaron por correo electrónico a la Tesorería General del Principado de Asturias, también dentro del plazo, el 12-03-19 a las 9:35 horas, previa conversación telefónica con el funcionario público de la misma don José Alfonso Suárez. Éste, al constatar que existían una serie de errores de transcripción (nimios) en tres de los avales remitidos, indicó a la UTE, también telefónicamente, que no serían admitidos los avales con tales defectos, careciendo, además la Tesorería General de un registro, como tal, por lo que solo admite la recepción física de aquellos documentos que a su entender están correctamente cumplimentados, y les remitió un correo electrónico, el mismo día, a las 11:59 horas, como continuación a la conversación telefónica de esa misma*



mañana, adjuntando un modelo estándar de “Aval bancario” y un modelo de “Ficha de Acreedores” e indicaciones para una correcta presentación de la garantía definitiva.”

Afirma que en todo caso el importe era el correcto, “No obstante, ante la negativa de la Tesorería General a admitir los avales con los mínimos defectos reseñados (meros errores de transcripción a la hora de redactar el texto del aval por la entidad avalista, totalmente intrascendentes, sin que afecten a la validez misma del aval), la inexistencia de un registro de este órgano y la imposibilidad de subsanar los defectos ese mismo día 12 de marzo, último del plazo, máxime cuando todas las entidades bancarias que constituyeron los avales eran de Ponferrada, como se desprende los propios avales, la UTE procedió a presentar el mismo 12 de marzo de 2019, a las 13:03 horas, copia de los citados avales que constituían la garantía definitiva y escrito de compromiso de sustitución en la mayor brevedad ante el Registro General del Gobierno del Principado de Asturias (N.º de registro ENT 2019191804), Consejería de Educación y Cultura.”

Explica las vicisitudes de subsanación, asumiendo que hay un informe de la Jefa de Servicio de Tesorería General de 8 de abril de 2019 que reconoce la conversación telefónica con el funcionario de la Tesorería el día 12 de marzo sobre los defectos en los avales y que “Los representantes de la UTE no se personaron en la Tesorería para efectuar el depósito de dichas garantías, por lo que la misma en ningún momento inadmitió dicho depósito.

- El 18 de marzo de 2019 se personaron en la Tesorería para depositar el aval de 257.303,91 euros que obra en el expediente.”

Alega que la actuación de la Mesa la considerar extemporánea la constitución del aval y darles por retirados en su oferta es contraria a los artículos 1.1, 150.2 y concordantes de la LCSP, y, por ello, anulable de conformidad al art. 40 LCSP y art. 48 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, alegando nuestra más reciente doctrina y la doctrina de la Audiencia Nacional.

-El órgano de contratación, en su informe, considera que la doctrina alegada no es de aplicación, pues “se refiere a la subsanación de defectos u omisiones puramente formales en ciertos documentos oportunamente presentados, pero no para aportar nuevos o cumplir con requisitos que no se cumplieron debidamente en plazo, como es el asunto que nos ocupa.”,



pues “*dado que la empresa optó por constituir la garantía definitiva mediante cuatro avales bancarios, debió presentar en el plazo legal de diez días hábiles desde que fue requerida para ello el reguardo acreditativo de los avales depositados dentro del plazo en Tesorería General del Principado de Asturias, conforme al artículo 108.1 b) de la LCSP*”, y “*De acuerdo con la doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales que a continuación citamos, es susceptible de subsanación aquello que existe de forma previa a la finalización del plazo de presentación y resulta insubsanable aquellos elementos que no existen en la finalización del plazo de presentación, como es el caso, en el que la garantía es constituida fuera del plazo concedido.*”

El trámite de subsanación y aclaración de documentación concedido por parte de la Mesa sirve para constatar el extremo de que la garantía definitiva está depositada fuera de plazo así como que la UTE no aporta ningún justificante documental de la inadmisión expedida por la Tesorería General de la Seguridad Social de los avales presentados por la UTE.

Circunstancia distinta hubiera sido si las dos actuaciones requeridas al licitador respecto a la garantía constituida mediante aval bancario, consistentes en la formalización del aval suscrito con la entidad financiera y su depósito en la Tesorería General, se hubieran realizado ambas dentro del plazo de diez días, si bien no se hubiera presentado el documento acreditativo del depósito al órgano de contratación.”

Y cita al efecto doctrina de este TACRC y del TSJ de Asturias.

-Ha presentado alegaciones “Proforma Ejecución de Obras y Restauraciones SL”, en esencia coincidentes con las del órgano de contratación.

Cuarto. En fecha 13 de mayo de 2019 la Secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. En fecha 20 de mayo de 2019 se presentan alegaciones por la entidad PROFORMA, S.L. EJECUCION DE OBRAS Y RESTAURACIONES.



Quinto. El 28 de mayo de 2019, la Secretaria de este Tribunal, dictó resolución por la que se acordaba la adopción 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de obras sujeto a regulación armonizada de valor estimado superior a 3.000.000,00 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

Tercero. En cuanto a si estamos ante un acto susceptible de recurso conforme al art. 44.2 LCSP, el mismo considera recurribles *“b) 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.”*

En nuestro caso, no puede negarse que estamos ante un acto de trámite cualificado, y, como tal, susceptible de recurso, pues es equivalente a la exclusión de la oferta ya que el efecto ha sido tenerla por retirada.

Cuarto. El recurrente se presentó a la licitación y fue el propuesto como adjudicatario, por lo que está legitimado para recurrir la adjudicación al amparo del artículo 48 de la LCSP.

Quinto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal concedido de quince días hábiles, cumpliendo así las prescripciones formales del artículo 50.1 c) de la LCSP.



Sexto. En cuanto al fondo, debemos partir de que el recurrente constituyó la garantía en forma dentro del plazo de subsanación de tres días que le fue conferido, y no dentro del plazo inicial del art. 150.2 LCSP; entendiendo el órgano de contratación que solo se puede subsanar en dichos tres días la acreditación documental de la constitución de la garantía en forma en el plazo inicial, o en su caso, hay que justificar que tal constitución fue imposible. Se ajustaría la del órgano de contratación a la interpretación tradicional que admitía que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de concurrencia de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo otorgado para su cumplimentación y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos

Pues bien, como aduce el recurrente, este TACRC ha evolucionado recientemente en su doctrina a la luz de la LCSP, llegando a una conclusión contraria a la interpretación excesivamente rigorista del art. 150.2 LCSP en orden, precisamente, al requisito de constitución de la garantía definitiva.

Podemos ejemplificar el cambio en la Resolución 747/2018, que cita otra anterior y que, lejos de referirse a la mera acreditación documental del cumplimiento de las previsiones del art. 150.2 LCSP en el plazo inicial de diez días (como aduce el órgano de contratación), se refería a un caso en el que la garantía constituida en tal plazo inicial era cuantitativamente insuficiente, habiéndose completado en el plazo de subsanación. Como vemos, no un supuesto idéntico al que nos ocupa, pero esencialmente similar, pues en aquel supuesto la garantía no se había constituido en forma en el plazo inicial, y la cuestión que se dilucidaba era si resultaba posible constituir la en forma en el plazo de subsanación, o solo cabía acreditar en tal plazo su previa constitución en forma.

Reproduciremos íntegra la fundamentación de aquella Resolución, pues nos es plenamente aplicable:

Decíamos allí que “Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en este recurso, consideramos que hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más



amplio que aquél.” Por lo que, como veremos, la doctrina allí sentada es plenamente aplicable a nuestro caso, ya en vigor la LCSP.

Y seguíamos: *“Esa tarea es imprescindible a la vista de 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. Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018, a las que luego aludiremos, y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento, como ocurre en el caso objeto de este recurso especial, que, además, plantea cuestiones adicionales. Es 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.”*

Y determinábamos así los extremos que debíamos analizar:

“Las cuestiones que plantea dicho precepto son en esencia, las siguientes:

a). Extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado y determinación de si se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, según determinación legal.



b). *Posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido.*”

Y señalábamos:

“La solución de ambas cuestiones está indudablemente afectada e influida por el efecto de la determinación legal consistente en incautar la garantía provisional (TRLCSF) o imponer una penalización del 3% (LCSP), e incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2,a), del TRLCSF y precepto correlativo de la LCSP.”

Hagamos un inciso: aunque en nuestro caso ello aún no se ha planteado, se trata de un efecto legal aparejado a la decisión tomada por la Mesa, de modo que tiene incidencia en nuestra decisión también aquí.

“- Sobre la primera cuestión consideramos que la interpretación del precepto citado debe ser estricta y restrictiva, por su tenor literal, el efecto considerado y la consecuencia sancionadora que se vincula a la conducta que contempla, y además por las siguientes razones:

1.El artículo 151.2 –ahora 150.2- prevé una conducta a la que asocia una determinada consideración, conducta que es “No cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado...”.

Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente.

El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSF, sino que la propia normativa de contratación pública lo



vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquélla.

En ese sentido, debe citarse el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), que determina lo siguiente:

“Artículo 62. Efectos de la retirada de la proposición, de la falta de constitución de garantía definitiva o de la falta de formalización del contrato respecto de la garantía provisional.

1. Si algún licitador retira su proposición injustificadamente antes de la adjudicación o si el adjudicatario no constituye la garantía definitiva o, por causas imputables al mismo, no pudiese formalizarse en plazo el contrato, se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público o a su transferencia a los organismos o entidades en cuyo favor quedó constituida. A tal efecto, se solicitará la incautación de la garantía a la Caja General de Depósitos o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas o Entidades locales donde quedó constituida.

2. A efectos del apartado anterior, la falta de contestación a la solicitud de información a que se refiere el artículo 83.3 de la Ley, o el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable, tendrán la consideración de retirada injustificada de la proposición”.

Como puede apreciarse, el precepto fija unos supuestos que se equiparan por su gravedad a la retirada injustificada de la oferta a fin de ejecutar la garantía provisional, y prevé otros que se consideran retirada injustificada de la oferta, por ejemplo, en el caso de no contestar a la solicitud de información si la oferta presentada es anormalmente baja. Pero como puede apreciarse, la equiparación en el caso citado, a la retirada de la oferta, lo es por la falta de contestación, no por la contestación insuficiente o inadecuada, supuesto este en el que el órgano de contratación podría o no rechazar la oferta anormalmente baja.

Los supuestos legales que cita la norma reseñada junto a la retirada injustificada de la oferta son concretos, e implican incumplimientos graves y completos de una obligación: no constituir la garantía definitiva y no formalizar el contrato por causas imputables al interesado. Es decir, se equiparán a la retirada injustificada de la oferta, incumplimientos totales de obligaciones



concretas, no cumplimientos defectuosos de las mismas. Y, a su vez, se consideran retirada injustificada los casos en que no se atiende el requerimiento de información en la oferta temeraria o se reconoce que la oferta es errónea o incurre en vicio que la hace inviable, pero no si la información suministrada es insuficiente o incompleta.

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.

La interpretación anterior estricta y no extensiva se corresponde con los dos efectos que para la retirada injustificada de la oferta y supuestos equiparados citados más arriba se prevé en el TRLCSP y en la LCSP. El primero es la incautación y ejecución de la garantía provisional (TRLCSP) o la imposición de una penalización del 3% del presupuesto base de licitación sin incluir IVA (LCSP). Tal consecuencia es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, no en caso de cumplimientos defectuosos que no pueden ser considerados expresivos de una retirada de la oferta, sino al contrario, de una voluntad de cumplimiento, que admite subsanación. Y el segundo es que tales conductas son diferenciadas y constituyen una causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2, a), el TRLCSP, o en el artículo 71. 2, a) de la LCSP, en los que se diferencia como causas de prohibición la retirada de la proposición y el no haber cumplimentado el requerimiento del artículo 151.2 –ahora 150.2- dentro el plazo conferido mediando dolo, culpa o negligencia; prohibición que puede alcanzar hasta tres años de duración. Parece razonable considerar que



ese efecto solo se aplica al incumplimiento total del requerimiento u otros graves, como puede ser la falta de constitución de la garantía, que es citado expresamente por el mencionado precepto en relación con los artículos 99.1 y 103.4 del TRLCSP, y en los casos citados del artículo 62 del RGLCSP, pero no en las cumplimentaciones meramente defectuosas o con omisiones, ya que en tales casos no cabe apreciar dolo, ni culpa, ni negligencia en grado suficiente como para causar una prohibición de contratar, y menos aún, si el interesado manifiesta expresamente su voluntad de subsanar los defectos y omisiones apreciadas.

De lo expuesto, no cabe sino considerar que en nuestro caso, la no cumplimentación del requerimiento en plazo concedido solo se equipara a retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento, o de no constituir en modo alguno la garantía definitiva en el plazo concedido.”

Y entrábamos seguidamente a estudiar la posible subsanación, esencial en este nuestro recurso:

“2.La segunda cuestión es la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido, pero de forma defectuosa.

La posibilidad indicada no puede negada, especialmente si el propio interesado pone de manifiesto su voluntad de subsanar los defectos u omisiones apreciados, bien directamente porque los detecte él, bien porque se le pongan de manifiesto.

Esa posibilidad debe admitirse por las siguientes dos razones: la primera es de estricta lógica, ya que si frecuentemente los órganos de contratación exigen aportar en el sobre de la documentación administrativa una declaración responsable de que cumplen los requisitos previos o el DEUC, y que el propuesto como adjudicatario acredite antes de la adjudicación que cumple esos requisitos (artículo 146 del TRLCSP) es razonable pensar que su calificación se hará en ese momento, y si sus defectos y omisiones son subsanables si esa documentación se presenta antes, también habrá de serlo si se aprecian cuando se le requiere la documentación relativa a esos requisitos previos para adjudicarle el contrato, con la única particularidad de que ese plazo será el especial de la legislación de contratación pública, de tres días hábiles. Y la segunda razón consiste en que el artículo 151 (ahora 150) no dice nada



al respecto, pues ni autoriza expresamente ni prohíbe la subsanación. Por tanto, a partir de la interpretación del artículo 151.2 del TRLCSP que hemos expuesto en el apartado 1 anterior, entendemos que es aplicable la Disposición Final Tercera.1, del TRLCSP (ahora Disposición final cuarta.1 de la LCSP) , que somete supletoriamente los procedimientos regulados en dicha Ley a lo previsto en la Ley 39/2015. En nuestro caso, sería aplicable supletoriamente el artículo 73 de dicha Ley que determina:

“Artículo 73. Cumplimiento de trámites.

- 1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.*
- 2. En cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.*
- 3. A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.*

Como puede apreciarse, es coincidente el plazo inicial de 10 días para cumplimentar el trámite en el TRLCSP- igual ahora en la LCSP- y en la LPAC. Lo que ocurre es que el apartado 2 del artículo 73 de la LPAC sí establece un trámite general de subsanación, trámite que, a falta de prohibición expresa en el TRLCSP -y en la LCSP- , es aplicable en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones, del requerimiento hecho al interesado. La única especialidad admisible, a falta de prohibición, es la del número de días para subsanar los defectos que, en el ámbito de la contratación pública, por el principio de celeridad en la tramitación y por analogía, sería el de tres días hábiles del artículo 81 del RGLCSP.

...



Séptimo.- Resueltas las cuestiones planteadas en el FD anterior y una vez situados los términos del debate, se plantean dos aspectos capitales. ... (Omitimos el análisis de la primera cuestión, por no venir al caso; en cuanto a la segunda, en aquel caso el órgano de contratación admitió que se completase la garantía-es decir, que se constituyera en forma- en el plazo de subsanación).

“El segundo, en función de la conclusión a la que se llegue en respuesta de la cuestión anterior, si advertidos defectos en la cumplimentación del trámite del artículo 151.2 del TRLCSP, cabe llevar a cabo la subsanación de los mismos.

....Sobre esta cuestión, la posibilidad de solicitar la subsanación de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario establecida en el artículo 151.2 del TRLCSP (en la actualidad, artículo 150.2 de la LCSP), este Tribunal se ha venido pronunciando, en general, en el sentido de no considerar admisible la subsanación, porque la misma atentaría contra la seguridad jurídica del resto de licitadores, y contra los principios proclamados en los artículos 1 y 139 del TRLCSP: publicidad, libre concurrencia y transparencia (Resoluciones 61/2013 y 286/2015).” Hagamos un nuevo inciso: tal como alega el órgano de contratación en nuestro recurso. Pero seguíamos:

“Esta doctrina general ha sido modificada recientemente en nuestra Resolución 338/2018, en la que no sólo se considera admisible y ajustada a Derecho la solicitud de subsanación realizada por el órgano de contratación, sino que resuelve que la misma debió haber sido concedida en términos más amplios.

Llegados a este punto, este TACRC considera que, aunque pueden existir argumentos jurídicos en favor de la insubsanabilidad de la documentación presentada en este trámite, la doctrina contraria, esto es, no sólo la posibilidad sino el derecho subjetivo del licitador propuesto como adjudicatario a que se le conceda un trámite de subsanación de la documentación presentada, cuenta con más sólidas razones. Además de las expuestas en el Fundamento de Derecho Sexto anterior, se formulan las siguientes:

1.- En primer lugar, no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la



adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución). Recordemos que con la generalización y obligatoriedad del DEUC, prácticamente toda la documentación relativa a la empresa se presenta en esta fase del procedimiento (escrituras de constitución, de representación, documentos de identidad, solvencia económica, solvencia técnica, etc...), que, además, en el caso de que el licitador propuesto como adjudicatario sea una Unión Temporal de Empresas, como en el supuesto que nos ocupa, dicha documentación se multiplica por dos, tres o más.

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.

2. *El artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que “de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”.*

Por tanto, con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia).

La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.

3. *La disposición final Tercera del TRLCSP –ahora Final cuarta de la LCSP- 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 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, y normas complementarias”.*



El artículo 151.2 del TRLCSP (así como el artículo 150.2 de la LCSP) establecen para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles, sin hacer referencia a la posibilidad de subsanación y sin prohibirla o excluirla. Por tanto, esta regulación debe ser colmada, conforme a la mencionada disposición final tercera del TRLCSP, por la Ley 39/2015, cuyo artículo 73.2 dispone que: “en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”.

En el ámbito de la contratación pública, el RGLCSP, en su artículo 81, y la LCSP, en el artículo 141.2 párrafo segundo, tiene una regulación especial sobre el plazo de subsanación, que lo fija en tres días hábiles.

4. *Las Leyes de Contratos siempre han establecido la subsanabilidad de la documentación administrativa presentada en el sobre número 1. En la actualidad, una vez establecida la obligatoriedad del DEUC (artículo 140.1.a) de la LCSP) esta documentación ya no se presenta en dicho sobre, sino sólo por el licitador propuesto como adjudicatario. Por tanto, también ahora debe permitirse la subsanación.*

5. *Admitir la subsanabilidad de la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario no se considera que infrinja el principio de igualdad entre licitadores, pues es un trámite obligado para la Administraciones Públicas por la LPAC, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido.*

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 (ahora el 109.1 y 150.2 de la LCSP) , 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.”

Debemos añadir que (si bien referido a un supuesto distinto, si el requerimiento de subsanación de la documentación acreditativa de la capacidad de obrar, de la solvencia



económica y financiera y de la solvencia técnica, con los documentos presentados siguiendo una opción distinta de la presentación del DEUC, puede tenerse por cumplimentado con el DEUC, cambiando en la fase de subsanación la opción elegida inicialmente), la Audiencia Nacional se ha mostrado favorable a una interpretación menos restrictiva de la posibilidad de subsanación, citando incluso en apoyo de su tesis nuestro cambio doctrinal más arriba expuesto; se trata de la SAN de 20-2-2019, rec. 627/2017, en que se dice:

“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012).”

La sentencia del Tribunal Supremo confirma estos argumentos de la resolución del TACRC impugnada en la instancia al razonar: "Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos."

De igual manera, el propio TACRC ha cambiado el criterio más riguroso que mantenía respecto a la subsanabilidad de defectos, errores u omisiones, cometidos en la cumplimentación del requerimiento, en algunos supuestos, por ejemplo, en cuanto a la aportación de documentación del licitador propuesto como adjudicatario en el plazo conferido en el artículo 151.2 TRLRCP -ahora artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público -, (resolución 747/2018, de 31 de julio; 1009/2018, de 30 de noviembre), incluso considerando subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva; o como admitió en la resolución que acabamos de exponer, de aplicación analógica del artículo 81 de RGLCAP para admitir subsanar la documentación referida a un documento que debía aportarse con el sobre que contenía la oferta económica al ser un requisito vinculado a la solvencia técnica "con independencia de la ubicación en la que se hubiera exigido la



acreditación documental"; incluso reconoce en la resolución 61/2013, la tendencia generalizada que marcan tanto la jurisprudencia como los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado -y que el TACRC dice compartir- que se dirige hacia la flexibilización de los requisitos formales exigidos en la presentación de la documentación administrativa."

En conclusión y como decíamos en la Resolución precitada, la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial). De modo que, en nuestro caso, si bien en el plazo inicial no se procedió al necesario depósito de los avales en la TGSS, sí se depositaron durante el plazo de subsanación; por lo que la garantía ha de considerarse correctamente constituida por el recurrente, y no procede aplicar las consecuencias del art. 150.2, segundo párrafo, de la LCSP.

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 presentado por D. O. G. I., en representación de la entidad UTE IGUAR–CETECO, contra el *“acuerdo de la mesa de contratación de fecha 11-4-2019 que determina tener por retirada su oferta”* en la licitación convocada por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias para contratar las *“obras de construcción del nuevo IES de 18 unidades (12 aulas ESO + 6 aulas Bachiller + Pista Deportiva) en la Florida. Oviedo (Expte.: O 4/2018)”*, que se anula, con retroacción de actuaciones a fin que se dicte un nuevo acuerdo de adjudicación partiendo del presupuesto de que la garantía definitiva ha sido correctamente constituida.

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 temeridad o mala fe en la interposición del recurso a los efectos del artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta 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.