



Recurso nº 60/2020 C.A. de les Illes Balears 5/2020

Resolución nº 391/2020

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

En Madrid a 12 de marzo de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.B.S. en representación de la empresa TEVASEÑAL, S.A., contra la exclusión de la licitación para la contratación del “*servicio de mantenimiento de señalización horizontal de la red viaria del Consell Insular D'Eivissa*”, con expediente 2019/00006877W, convocada por el Consell Insular d'Eivissa, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 9 de agosto de 2019 el Consejo Ejecutivo del Consejo Insular de Ibiza aprueba el expediente tramitado para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y sujeto a regulación armonizada, del servicio de mantenimiento de señalización horizontal de la red viaria del Consejo Insular de Ibiza. En ese mismo acto se aprueban los pliegos que deben regir la contratación previos los dictámenes correspondientes.

Segundo. En fecha 26 de agosto de 2019 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, publicándose asimismo en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Tercero. En fecha 24 de septiembre de 2019 se certifica por el Jefe de Servicio las empresas que han sido admitidas a licitación cuyo plazo terminaba el día 23 de septiembre de 2019, siendo éstas las siguientes:

PROSEÑAL, S.L.U

WISEVER, S.L

SALUDAS SERVICIOS INTEGRALES, S.L.



APIO MOVILIDAD

EJEVIAL

SEÑALIZACIONES EDER, S.A.

TEVASEÑAL, S.A.

VIABAL MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN, S.A.

SEROVIAL, S.L

ACEINSA MOVILIDAD, S.A.

PORTDOCK BALEAR, S.L.

Cuarto. En fecha 26 de septiembre de 2019 se reúne la mesa de contratación para la apertura del sobre número 1 relativo a la documentación administrativa, resultando de la misma que es necesaria la subsanación de ciertos aspectos para las empresas VISEVER, S.L., ACEINSA MOVILIDAD, S.A. y PORTDOCK BALEAR, S.L.

Quinto. En fecha 9 de octubre se reúne la mesa de contratación para valorar la documentación presentada por las empresas a las que requirió de subsanación, acordando expresamente incluirlas. A continuación, se procede a la apertura del sobre n.º 2 (proposición, económica y técnica, evaluable mediante la aplicación de fórmulas) acordando su remisión al centro gestor para la emisión del oportuno informe. Costa en el Expediente como documento número 34 el Anexo puntuación servicio de mantenimiento de señalización horizontal, en el que se recoge la puntuación de la oferta económica y las mejoras.

Sexto. En fecha 30 de octubre de 2019 el Ingeniero Técnico de Obras Públicas encargado suscribe informe sobre la puntuación de las empresas relativa al sobre número dos, señalando en concreto para la empresa TEVASEÑAL:

“Experiencia del equipo técnico adscrito:

- 1 Delegado con 19,5 años de experiencia.



- 3 Operarios con 9, 9 y 11 años de experiencia respectivamente”.

Séptimo. En fecha 31 de octubre de 2019 se constituye la mesa haciendo suyo el informe técnico de valoración, recogiendo en orden decreciente la clasificación de las empresas licitadoras como sigue:

TEVASEÑAL, S.A. 100,00

SEÑALIZACIONES EDER, S.A. 96,00

VIABAL, S.A. 82,78

WISEBER, S.L. 80,66

EJEVIAL 77,26

API MOVILIDAD 72,12

SALUDES SERVICIOS, S.L. 60,13

PORTDOCK BALEAR, S.L. 52,04

PROSEÑAL, S.L.U. 49,83

ACEINSA MOVILIDAD, S.A. 45,22

SEROVIAL, S.L. 29,94

A la vista de esta clasificación se acuerda proponer como adjudicataria a la empresa TEVASEÑAL a la que en este acto se le requiere para que presente la documentación establecida en el pliego, en concreto y a lo que a este Recurso interesa:

“-F.5 CONCRECIÓN DE LAS CONDICIONES DE SOLVENCIA

Se exige al licitador que presente el compromiso a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales suficientes para ello, de acuerdo con el artículo 76.2 de la LCSP. El representante legal del licitador deberá adscribir a la ejecución del contrato, presentando los documentos acreditativos correspondientes, el siguiente personal técnico:



A) Delegado, quien ejercerá de interlocutor con la Dirección del Servicio durante el desarrollo de los trabajos objeto de este contrato. Éste será el responsable de los trabajos de mantenimiento de la señalización horizontal. Deberá tener experiencia suficiente y debidamente acreditada en el ámbito de mantenimiento de señalización horizontal de carreteras (al menos 10 años de experiencia en el sector) y estará en posesión del título de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Ingeniero Técnico de Obras Públicas o Ingeniero Civil, o equivalente.

B) Equipo de aplicación de pintura acrílica. Al menos tres operarios cualificados para ello y cada uno de ellos con una experiencia mínima de 5 años en el ámbito de mantenimiento de señalización horizontal de carreteras.

C) Equipo de aplicación de termoplástica: Al menos tres operarios cualificados para ello y cada uno de ellos con una experiencia mínima de 5 años en el ámbito de mantenimiento de señalización horizontal de carreteras.

D) Equipo de pintura de mano (acrílica o dos componentes): al menos tres operarios cualificados para ello y cada uno de ellos con una experiencia mínima de 5 años en el ámbito de mantenimiento de señalización horizontal de carreteras.

Un mismo operario podrá ser empleado para los diferentes equipos de pintura contemplados siempre y cuando el operario esté cualificado para ello.

Las titulaciones se acreditarán mediante título original o fotocopia compulsada o certificado del colegio profesional correspondiente

La experiencia de cada uno de los miembros de los equipos de trabajo se acreditará mediante la presentación de una declaración firmada por cada uno de ellos en la cual se indiquen los principales trabajos realizados relacionados con el objeto del presente contrato, con las correspondientes fechas, verificados por la empresa contratante, o copia”.

Esto se hace bajo el siguiente apercibimiento:



“De no atender adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que han retirado su oferta, y se procederá a exigirlos el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, en conformidad con el arte. 150.2 de la LCSP”.

Dicha propuesta es aceptada en fecha 22 de noviembre de 2019 por el Consejo Ejecutivo del Consejo Insular de Ibiza.

Octavo. En fecha 11 de diciembre de 2019 se reúne nuevamente la mesa para valorar la documentación presentada por la empresa clasificada en primer lugar. Revisada la misma se detecta que en la documentación correspondiente a la fase de presentación de la concreción de las condiciones de solvencia por parte de la empresa, TEVASEÑAL, S.A. presenta los siguientes medios personales:

- 1 Delegado con la titulación de Ingeniero Técnico en Topografía con 10,16 años de experiencia.
- 4 operarios cualificados, cada uno de ellos con 8 años de experiencia.

Revisada la documentación presentada, se ponen de manifiesto los siguientes aspectos:

- Los medios personales presentados en esta fase son distintos a los medios personales presentados en la oferta técnica contenida en el sobre 2, la cual fue objeto de valoración de acuerdo al punto *"B. Forma de evaluar las proposiciones"* del cuadro de criterios de adjudicación del contrato establecidos en el PCAP.
- El nuevo Delegado no cumple con ninguna de las titulaciones exigidas en el punto *"F.5. Concreción de las condiciones de solvencia"* del cuadro de características del PCAP, entre ellas la titulación del Delegado propuesto en la oferta técnica del sobre 2, y cuya mayor experiencia puntuaba en los criterios de adjudicación.
- Los nuevos operarios, si bien cumplen con el punto *"F.5. Concreción de las condiciones de solvencia"*, cuentan con una experiencia menor que la de los operarios que propuso en la oferta técnica contenida en el sobre 2.



Por lo que la mesa decide excluir al licitador y requerir para aportar la documentación previa a la adjudicación del contrato a la empresa posicionada en el siguiente lugar.

Noveno. En fecha 15 de enero de 2020 se interpone recurso ante este Tribunal contra dicha adjudicación.

Décimo. La Secretaria del Tribunal en fecha 3 de febrero de 2020 dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran, oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.

Undécimo. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de 21 de febrero de 2020 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears suscrito el 29 de noviembre de 2012 y publicado en el BOE el 19 de diciembre de 2012 y prorrogado tácitamente según resolución de 15 de diciembre de 2015 publicado en el BOE de 17 de diciembre de 2015.

Segundo. El recurso se interpone contra un acto susceptible de impugnación por dicho cauce, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a LCSP

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.



El acto recurrido es la exclusión, recurrible conforme el artículo 44.2.b)

Tercero. En cuanto a la legitimación, la empresa recurrente es la empresa excluida de la licitación por lo que es evidente que se le debe reconocer legitimación toda vez que sus derechos e intereses legítimos podrán verse afectados en caso de una eventual estimación del recurso.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en el plazo de 15 días previsto en el artículo 50 LCSP

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, se alza la recurrente contra el acto de exclusión ya que su juicio se le debería haber concedido un plazo de subsanación respecto de la documentación presentada. En efecto, sostiene que la documentación relativa a la solvencia técnica del equipo que adscribe al contrato fue presentada por error cuando en realidad quería presentar la misma que incluyó, tanto en su documentación administrativa como en su oferta, (ya que la experiencia mínima es criterio de solvencia y la adicional funciona como criterio de adjudicación según el pliego), estima que siempre debe concederse plazo de subsanación de errores y no proceder de plano a la expulsión.

Por su parte el órgano de contratación considera que en este caso no debe concederse plazo de subsanación de errores porque ello implicaría una modificación de la oferta, inadmisibles según reiterada doctrina de este Tribunal. En efecto, al ser el equipo técnico tanto criterio de solvencia como, en su parte adicional, criterio de adjudicación, las características de este equipo constituyen en definitiva la oferta técnica y por ello no puede darse plazo para modificar nada en relación a la misma, puesto que supondría una inadmisibles modificación de sus términos. Si en fase de presentación de ofertas se señaló como equipo:

“Experiencia del equipo técnico adscrito:

- 1 Delegado con 19,5 años de experiencia.

- 3 Operarios con 9, 9 y 11 años de experiencia respectivamente”.



Y después, en fase de presentación de documentación, ya como propuesta de adjudicación, se presenta como equipo:

“- 1 Delegado con la titulación de Ingeniero Técnico en Topografía con 10,16 años de experiencia.

- 4 operarios cualificados, cada uno de ellos con 8 años de experiencia”.

No es error sin más, sino que debe considerarse que la oferta se modifica y por ende, que se retira de la licitación, procediendo su exclusión.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la posibilidad de subsanación de los errores de que pudiesen adolecer la documentación presentada por los licitadores. Hemos de destacar en primer lugar que no se trata como tal de una modificación de la oferta, sino que estamos en un estado posterior, la propuesta de adjudicación, recogida en la LCSP en los términos que siguen:

“Artículo 150. Clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato.

1. La mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas para posteriormente elevar la correspondiente propuesta al órgano de contratación, en el caso de que la clasificación se realice por la mesa de contratación.

Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la mejor oferta es la que incorpora el precio más bajo.

Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la



autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo.

2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

(...)

Pues bien, en relación con la doctrina de subsanación podemos citar por todas la Resolución nº 1074/2019 de 30 de septiembre de 2019



Undécimo. Finalmente, resta por analizar si los defectos observados en la documentación aportada por la recurrente para dar cumplimiento al trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP eran o no subsanables, como solicita en varios apartados de su escrito de recurso la empresa recurrente.

Pues bien, el Tribunal ya ha declarado en varias ocasiones (Resoluciones 747/2018, 749/2018, y 752/2018, entre otras) que en este caso procede conceder trámite de subsanación, cuando la documentación presentada por la empresa propuesta como adjudicataria no haya sido considerada completamente ajustada a lo exigido.

Más en este caso, donde ni siquiera los pliegos exigían expresamente aportar los curriculum o vida laboral para acreditar la experiencia necesaria, y también por lo ya dicho respecto del convenio colectivo de aplicación.

En nuestra Resolución 747/2018 dijimos:

“SEXTO. 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.

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 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.

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.

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

- 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 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 TRLCSP, 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 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.

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 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, 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 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, 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.

En el sentido indicado en los apartados anteriores nos hemos pronunciado en la Resolución 439/2018, del Recurso 234/2018, en la que se dice que:

“La incautación de la garantía en el supuesto debatido no es procedente. El precepto citado invocado por el Órgano de contratación determina dicha incautación para el supuesto de retirada injustificada de la oferta por el licitador. Deben, pues, concurrir dos requisitos, a saber: que el licitador retire su oferta, lo que exige voluntariedad, y que ello no esté justificado por alguna causa suficiente. En nuestro caso, el licitador no ha retirado su oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después. La garantía provisional responde del mantenimiento de la oferta hasta la adjudicación, y eso es lo que ha hecho el licitador, pues se le ha adjudicado el contrato, pero después se ha revocado esa decisión. Luego no ha existido retirada voluntaria de la oferta antes de la adjudicación, ni siquiera después, sino que, valga la expresión, se la han retirado.

Por otra parte, el solo hecho de que el licitador propuesto como adjudicatario que, requerido para acreditar los requisitos pertinentes para efectuar a su favor la adjudicación, no cumplimente debidamente lo requerido, determine que se considere que ha retirado su oferta, lo es a los efectos de continuar el procedimiento y proponer y seleccionar como adjudicatario a otro licitador sin paralizar el procedimiento. El efecto de incautación de la garantía o de imposición de penalidad (como prevé la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público), se limita a los casos en que efectivamente el licitador retire



su oferta u observe un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, es decir, implique voluntariedad en el incumplimiento del requerimiento, circunstancia que en modo alguno es apreciable en casos como el que nos ocupa, en el que el licitador cumple pero el órgano de contratación no lo considera así, e incluso aquél insiste acudiendo a esta vía de recurso especial, es decir: no solo no ha retirado su oferta sino que insiste en la adjudicación a su favor en cuanto ha presentado la oferta mejor valorada y por ello, en el mantenimiento de aquélla. Más aun en nuestro caso, no existe retirada de la oferta en cuanto que el Órgano de contratación llega a adjudicar el contrato al licitador recurrente.

Por tanto, procede estimar la pretensión subsidiaria de la recurrente de que se proceda a la devolución de su garantía provisional para el caso de que no se estime su pretensión de anulación del acto de exclusión”.

En análogo sentido no hemos pronunciado en la Resolución nº 582/2018, de 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413.

SÉPTIMO. (...)

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).

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 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 ello, procede estimar este motivo de recurso, para que el órgano de contratación conceda al recurrente un plazo de subsanación de la documentación presentada en el trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP.

A la vista de esta doctrina, en este supuesto deberá llegarse a idéntica conclusión, siendo procedente la concesión de un plazo de subsanación a la empresa recurrente, para que pueda presentar un equipo técnico que se ajuste a lo exigido en los pliegos. En principio, debería ser coincidente con el ofertado y valorado como criterio de adjudicación, pero nada impide que si, por causas justificadas no puede presentar exactamente el mismo equipo propuesto, pueda presentar otro formado por personal técnico se iguales o mejores cualidades que el valorado. Cuestión ésta, que deberá ser apreciada de conformidad por el órgano de contratación.

A ello hemos de añadir que en este caso concreto se llega a esta conclusión no solo por la aplicación de la normativa citada en la resolución transcrita, artículos de la LCSP, del Reglamento y de la Ley 39/2015, sino también y muy especialmente porque en este caso concreto así lo prevé forma expresa el pliego que rige la contratación.

En efecto, el propio órgano de contratación señala en su informe:

"18. REQUERIMIENTO PREVIO A LA ADJUDICACIÓN

A la vista de la propuesta de la Mesa de contratación, el órgano de contratación o la unidad gestora del expediente de contratación (en el procedimiento abierto simplificado y simplificado abreviado la Mesa de contratación) requerirá al licitador que haya obtenido la mejor puntuación para que, dentro del plazo de diez días hábiles (siete en el procedimiento abierto simplificado y simplificado abreviado desde el envío de la comunicación), a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación que se especifica en las cláusulas 19 y 20, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, salvo que la hubiere presentado con anterioridad. En el caso de que el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público únicamente deberá presentar los documentos que no consten inscritos. En todo caso,



deberá presentar los documentos citados en los párrafos 3 y 4 de la cláusula 20.2.c) de este Pliego.

Una vez presentada la documentación, la Mesa de contratación o la unidad gestora del expediente de contratación procederá a la calificación de la documentación presentada por el licitador.

Si observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo notificará al licitador, dejando constancia de dicha notificación en el expediente, concediéndole un plazo no superior a tres días naturales para que los subsane.

Tanto el requerimiento mencionado como la comunicación de los defectos u omisiones subsanables se realizarán, con carácter general, por medios electrónicos.

La documentación que presente el licitador en este momento deberá estar a disposición de la Mesa de contratación o la unidad gestora del expediente de contratación antes de la finalización del plazo para subsanar.

A efectos de completar la acreditación de la capacidad y la solvencia del licitador, se podrá recabar de este las aclaraciones que se estimen oportunas sobre los certificados y documentos presentados, así como requerirle para la presentación de otros documentos complementarios.

De no cumplimentarse el requerimiento en el plazo señalado o de no subsanarse en plazo los defectos u omisiones advertidos, o en el caso de que la documentación del licitador contenga defectos sustanciales o deficiencias materiales no subsanables, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, y se le exigirá el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional que, en su caso, el licitador hubiese constituido, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 71.2.a) de la LCSP.

Asimismo, en ese caso, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan sido clasificadas las ofertas y sin necesidad de



ponderar nuevamente los criterios de adjudicación ni de recalcular las puntuaciones de los licitadores".

Pues bien, a la vista de la dicción literal del pliego, y en consonancia con la doctrina de este Tribunal, debe estimarse el recurso, anular la resolución por la que se tiene por retirada la oferta de la empresa recurrente, y retrotraer el procedimiento para conceder a la empresa TEVASEÑAL S.A. un plazo de subsanación de la documentación inicialmente aportada en el trámite previsto por el artículo 150.2 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 interpuesto por D. J.B.S. en representación de la empresa TEVASEÑAL, S.A., contra la exclusión de la licitación para la contratación del *"servicio de mantenimiento de señalización horizontal de la red viaria del Consell Insular D'Eivissa"*, con expediente 2019/00006877W, convocada por el Consell Insular d'Eivissa, con los efectos declarados en el fundamento de derecho quinto de esta Resolución.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears 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 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.