

Recurso 363/2021

Resolución 366/2021

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

Sevilla, 8 de octubre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERRETERÍA RAFA S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 7 de julio de 2021, por el que se le excluyó del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro, entrega e instalación y/o puesta en marcha de material específico para ciclos formativos de la familia de fabricación mecánica dentro de la inversión territorial integrada en centro educativos públicos de la provincia de Cádiz” (Expte.2020 913119), respecto del lote 13, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Educación y Deporte, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 25 de junio de 2020, se publicó en el D. O. U. E.¹ el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha de 26 de junio el citado anuncio fue publicado en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 4.793.799,14 euros y entre las licitadoras que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, respecto al lote 13 se encontraba la ahora recurrente.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

¹ Diario Oficial de la Unión Europea.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, y tras haberse suspendido el procedimiento como consecuencia de un recurso previo ante este Órgano (recurso 68/2021), con fecha 17 de junio de 2021, la mesa de contratación, para dar cumplimiento a la Resolución 218/2021 de este Tribunal, recaída en el citado recurso (que levantaba a su vez la suspensión anteriormente acordada), con motivo de la adjudicación del lote 13 del contrato, elevó al Órgano de Contratación nueva propuesta de adjudicación a la siguiente licitadora, por el orden en que habían quedado clasificadas las ofertas, respecto al lote 13, a favor de la entidad recurrente. El 18 de junio de 2021, se le requiere a la recurrente para que en el plazo de diez días hábiles siguientes a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presentase bajo apercibimiento de exclusión definitiva la documentación detallada en la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige la presente contratación.

CUARTO. El 30 de junio de 2021 se reúne la mesa de contratación con objeto de analizar la documentación previa a la adjudicación de la propuesta adjudicataria, y se le requiere subsanación por un plazo de 3 días, expirando el plazo el 5 de julio de 2021. El acta de la mesa se publica, y se notifica el requerimiento el mismo día 30 de junio.

QUINTO. Con fecha 7 de julio de 2021 se reúne la mesa de contratación y de acuerdo con los datos obrantes en el Registro, acuerda excluir del lote 13 a la entidad FERRETERIA RAFA SL dado que se le concede hasta el día 5 de julio de 2021 a las 14 horas, y ésta presenta la subsanación de la documentación previa a la adjudicación el día 6 de julio de 2021 a las 12 horas. Dicha acta se publica en el perfil del contratante (referencia de publicación 2021-0000093313) y se notifica la exclusión a la recurrente el 7 de julio de 2021.

SEXTO. El 26 de julio se interpone recurso especial en materia de contratación. La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal. Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que se haya recibido ninguna en el plazo conferido.

SÉPTIMO. Este Tribunal acordó mediante Resolución de 10 de agosto de 2021, la denegación de la medida cautelar de suspensión, solicitada por la recurrente, del procedimiento de adjudicación del contrato antes mencionado, a petición y previa justificación del órgano de contratación, el cual se oponía a ella ya que, según manifestaba, perjudicaba al interés público considerando que con la presente actuación se quiere dar respuesta a la demanda de una educación inclusiva de calidad para todo el alumnado, con independencia de sus circunstancias personales, sociales o de localización geográfica. En este sentido, afirmaba el órgano de contratación en su informe, que la provincia de Cádiz destinataria del contrato objeto de licitación, había padecido con especial virulencia la crisis económica agravada por la alta tasa de paro estructural. Y que, no



obstante, este territorio por su posición geoestratégica y por la propia implantación de sectores estratégicos ligados a la producción y fabricación mecánica, tiene en estas circunstancias el activo para sustentar la propia recuperación de su economía. Terminaba señalando que, con objeto de que los centros educativos dispongan del equipamiento específico adecuado a los nuevos requerimientos para la formación de activos competitivos, era necesario adjudicar la adquisición de material específico para ciclos formativos de la familia de fabricación mecánica para diversos centros educativos públicos dependientes de la Consejería de Educación y Deporte, de la provincia de Cádiz pudiendo verse afectados en caso de adoptarse la medida, los destinatarios de esta actuación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 13, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El recurso se interpone contra la resolución por la que se acuerda la exclusión de la recurrente de un contrato de suministro, con un valor estimado de 4.793.799,14 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es un acto de trámite cualificado, susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.



El recurso presentado el 26 de julio de 2021, en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto conforme al artículo 50.1.c) LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, resulta de interés exponer las siguientes actuaciones llevadas a cabo en la tramitación del procedimiento de adjudicación.

La cuestión controvertida, es la subsanación requerida por la mesa de contratación respecto de la documentación a presentar previa a la adjudicación, dado que la recurrente manifiesta que el requerimiento realizado, (los términos en los que se produjo dada la literalidad del PCAP), le obligaba a pedir cita previa en las oficinas tributarias de la Administración de la Junta de Andalucía, y que le dieron cita fuera del plazo de subsanación otorgado y ello dio lugar a la imposibilidad material del cumplimiento del requerimiento en el plazo dado.

Por ello estimamos que deben analizarse dos cuestiones, la primera es si son claros los términos del pliego, con respecto al documento controvertido que había de aportarse –la constitución de la garantía-, y por otro lado, la tramitación procedimental si ha sido respetuosa con la interpretación de los preceptos que regulan la constitución de las garantías, y a su vez acorde con el principio de igualdad, y no discriminación.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Alega en su defensa que *“la presentación para mecanizar la garantía debía ser mediante CITA PREVIA y así lo solicita esta parte el 2/07/2021 concediéndosele cita para el día 6/07/2021. Advirtiéndole esta parte que la cita era para un día posterior a la fecha límite del requerimiento, ad cautelam la dicente envía correo electrónico solicitando ampliación de plazo a la Conserjería”* (sic)...

“Ante el correo enviado por esta parte donde se solicita ampliación de plazo, dado que la cita previa se nos concede (día 6) un día después del vencimiento del plazo del requerimiento (día 5), la administración no nos da respuesta a la solicitud planteada”.

“Finalmente el requerimiento fue cumplimentado el 6/07/2021, mismo día de la cita previa para su presentación. A efectos probatorios se adjunta presentación de requerimiento como documento nº 8, obrante en el expediente admvo.”.



En este sentido, alega que la presentación del correo electrónico justificando la cita previa debería haber suspendido el plazo de 3 días otorgado. Asimismo alega como fundamento de derecho que existe un *“quebrantamiento del principio de confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas y la buena fe que ha de regir la relación entre administrados y administraciones”*.

Asimismo considera que la infracción, que no cita, la considera existente en *“que la fecha de petición de cita era la que se debe tener en cuenta a los efectos del cómputo de plazo, no pudiendo perjudicar al interesado cuando el día de la cita no depende de la empresa dicente. Tal hecho unido al carácter antiformalista y a la interpretación flexible y no rigorista que ha de efectuarse en el cumplimiento de las formalidades, así como al principio “pro actione”*”

Alude a que todo ello supone la concurrencia de causas de anulabilidad, si bien cita a las causas de nulidad del artículo 39 de la LCSP sin determinar ningún supuesto concreto. Termina su recurso solicitando que en consecuencia proceda la anulación de la exclusión y declarar que el requerimiento fue presentado en plazo.

2. Alegaciones del Órgano de Contratación.

Reproduce el texto de las cláusulas del PCAP, así como alude a la forma de constitución de la garantía. Para interpretar qué debe entenderse por constitución de la misma, y sobre qué documentos debe procederse a la subsanabilidad, hace referencia a diferentes resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales *“por ejemplo, en su resolución 337/2019, donde señala que cuando se ha elegido la oferta económica más ventajosa y la adjudicación solo depende de la correcta presentación de la documentación requerida, se debe conceder a la empresa en la que se aprecia algún defecto subsanable en dicha documentación un plazo adicional para la subsanación de la oferta, debiendo ser el órgano de contratación especialmente flexible salvo que lo que acontezca sea la absoluta falta de constitución de la garantía, y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resolución 279/2018, de 10 de octubre, en relación con el depósito de la garantía definitiva, y fundamentalmente a raíz de la Resolución 309/2018, de 9 de noviembre, donde se estima que procede conceder a las entidades licitadoras propuestas como adjudicatarias en determinados supuestos, un plazo para la subsanación de la documentación presentada previa a la adjudicación del contrato...”*

Alega el Órgano de contratación respecto de la ampliación de plazo solicitada *“en primer lugar, que dicha ampliación de plazo no se solicitó a la Mesa de Contratación sino que se envió un correo electrónico a la Agencia Pública con la referencia “RE: cita previa registro expte. 00039/ISE/2020/SC Ferretería Rafa”, correo al que debía dirigirse para solicitar la cita previa para la presentación de la documentación de subsanación requerida, no siendo este el conducto para pedir una ampliación de plazo. Siendo el conducto apropiado para dirigir dicha solicitud a la Mesa de Contratación la dirección de proveedores.agenciaedu@juntadeandalucia.es como así se indica en el anuncio de licitación en el perfil de contratante.*



En segundo lugar, que ni el RGLCAP ni la LCSP prevén la ampliación del plazo de subsanación ni la existencia de otro plazo de subsanación posterior al previsto en la normativa de contratación pública por motivo alguno. Además, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, en relación con los procedimientos de adjudicación de contratos, que los plazos para aportaciones documentales son preclusivos con objeto de evitar sorpresas para la Administración o demás concursantes, o estratagemas poco limpias. Es cierto que la LCSP no excluye expresamente la posibilidad de prórroga del citado plazo que podrá ser ampliado si el licitador lo solicita y el órgano de contratación lo valora necesario y así lo justifica en resolución motivada que deberá ser notificada a todos los licitadores. Si bien, como se desprende de lo aportado por el recurrente, la solicitud no solo no se efectúa por el conducto apropiado sino que tampoco se estima que la misma esté justificada pues dicha cita previa a la Caja de Depósitos se realiza el 2 de julio a las 11:30 horas siendo de la entera responsabilidad del recurrente que los documentos se aporten correctamente y conociendo cómo se tienen que aportar no solo desde la publicación de los PCAP y desde la publicación en el perfil del contratante de 16 de junio de 2021 (referencia de publicación 2021-0000088039) de la Resolución del Director General de la Agencia Pública Andaluza de Educación, de 15 de junio de 2021 por la que se da cumplimiento a la Resolución 68/2021 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (recurso 218 /2021) de fecha 8 de junio de 2021, sino que se le requirió mediante escrito de 18 de junio de 2021 la documentación petición previa a la adjudicación y con fecha 30 de junio se le notifico escrito instándole a la subsanación de la documentación presentada. Por lo que es responsabilidad de la recurrente pedir la cita previa a la Caja de Depósitos con la suficiente antelación para que ésta se produzca dentro del plazo concedido ya que ha tenido tiempo de haberlo solicitado y obtenido antes de la finalización del plazo de subsanación concedido por la Mesa de Contratación, no pudiendo en ningún caso trasladar el recurrente al órgano de contratación ni a la Caja de Depósitos las consecuencias de su falta de diligencia. Ni tiene ningún amparo legal ni puede prosperar la solicitud de la recurrente de que la fecha de petición de cita efectuada por la recurrente sea la que deba tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de plazo, ni tampoco puede admitirse la presentación de la documentación previa a la adjudicación requerida de subsanación en momento posterior al transcurso del plazo de subsanación. Considerándose temeraria la interposición al carecer manifiestamente de fundamento y que concurre mala fe al ser consciente el recurrente de su falta de razón pues los trámites que debía cumplimentar y el plazo concedido para ello le eran del todo conocidos, motivos por los cuales solicitamos la imposición de multa de conformidad con el artículo 58 de la LCSP”.

SEXTO. Sobre el fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

1. En primer lugar, hay que poner de relieve los términos del requerimiento de subsanación de la constitución de la garantía, los cuáles no coinciden con los términos literales del PCAP, respecto a la cumplimentación formal de la garantía definitiva.



Es decir, respecto a los términos de la subsanación requerida, el PCAP sí era claro, es decir, bastaba con repetir los mismos términos de éste en el requerimiento de subsanación, ello habría permitido entender lo que el propio Órgano de Contratación estimaba suficiente para permitir su cumplimiento, sin confusión en el plazo legal máximo de tres días.

Para analizar esto debemos acudir al PCAP, el cual respecto a la acreditación del requisito de la garantía definitiva, dispone en la cláusula 10.5.2, que había de presentarse:

“Resguardo acreditativo de la constitución, en cualquiera de las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía, de una garantía de un 5% del precio final ofertado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, a disposición del Órgano de Contratación, salvo que en el anexo I se haya dispuesto eximir de la obligación de constituir garantía definitiva.

Cuando así se prevea en el anexo I, la garantía que eventualmente deba prestarse podrá constituirse mediante retención en el precio en la forma y condiciones previstas en dicho anexo.

La persona adjudicataria podrá aplicar, en los casos en que se haya exigido, el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se extinguirá y devolverá simultáneamente a la constitución de la definitiva”.

Siendo aquél el contenido del PCAP, con relación a la garantía definitiva, y sin aún haber transcurrido el plazo de 10 días hábiles otorgado el 18 de junio, la mesa, al observar la falta de otros documentos, el día 30 de junio en acuerdo tomado en una nueva sesión le requiere de modo más expreso subsanación, cuando aún estaba sin expirar el plazo de 10 días hábiles de presentación de la documentación, en los siguientes términos respecto de la garantía:

“...k) Garantía definitiva.

Aportar la justificación de la constitución de la garantía definitiva en la Caja de Depósitos de la Junta de Andalucía no consta en el modelo de constitución la fecha de presentación en la Caja General de Depósitos, y el código NRC. Desde el enlace: <http://www.chap.juntaandalucia.es/haciendayadministracionpublica/ov/ciudadania/depositos.htm> la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dependiente de la Dirección General de Tesorería y Deuda Pública, informa cómo se constituye un depósito o una garantía en metálico indicando que “deberá descargarse el modelo de solicitud a través de la Oficina Virtual de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía y rellenarlo. Una vez consignados los datos y validados, podrá optar por imprimir el documento en formato PDF o realizar el pago y presentación telemática a través de la Plataforma de Pago y Presentación de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía. Si optó por la impresión del resguardo de la garantía sólo restará efectuar el ingreso correspondiente en la Caja de General de Depósitos mediante tarjeta de crédito o acudir a una



entidad colaboradora, en las que no es preciso tener cuenta abierta y la posterior presentación presencial del mismo en la Caja General de Depósitos.

En ambos casos, tras su validación por la Caja, se generarán dos resguardos de constitución de la garantía, uno para la Administración que le solicitó la garantía y otro para usted.” Es decir, tratándose de garantías en efectivo desde la Oficina Virtual se realiza la confección del modelo, el pago y la presentación y, posteriormente, de forma automática se procede a la constitución de la garantía, devolviéndose el modelo de constitución con la fecha de presentación en la Caja General de Depósitos, y el código NRC.”.

Cumple mencionar que respecto de ambas modalidades de presentación, es cierto que la presentación telemática habría exonerado a la recurrente de la obligación de presentación del resguardo de depósito a la vista del requerimiento, si bien el Órgano de contratación conocía ya desde el 29 de junio de 2021, momento desde el que tenía la documentación en su poder, que había entregado 3.942 euros y que ya había optado por la modalidad presencial. Es decir, si bien podía haber constituido la garantía telemáticamente, y haber evitado el problema, dicha posibilidad solamente se le aclaró como una opción tras la presentación de la constitución de la garantía (si bien no del resguardo), porque el PCAP no lo decía claramente. Es decir, tras el desembolso de 3.942 euros, verdaderamente solo tenía una opción, la de pedir cita presencial, como señalaba el requerimiento, algo que no consiguió en plazo por causa que no le son imputables.

Es obvio que tras ese desembolso, constituida la garantía, y únicamente pendiente ya de la obtención del resguardo del depósito, no es razonable tampoco obviar las dificultades para poder subsanar un documento, y más aún teniendo en cuenta que el impedimento de la subsanación en el plazo de tres días deriva del propio funcionamiento en la propia Administración matriz del poder adjudicador que licita, que le dio plazo pasados los tres días concedidos para subsanar la documentación. Téngase en cuenta además que la recurrente avisó por correo electrónico, el 2 de julio de 2021, al Órgano de contratación, poniendo en su conocimiento la fecha de la cita previa en la Caja de Depósitos, solicitando ampliar el plazo concedido (remite justificante de la petición de dicha cita). No obstante, dicha comunicación no se realizó al correo electrónico establecido en el anuncio de licitación, por lo que podría considerarse que no anunció válidamente esas vicisitudes en plazo.

Por otro lado, y volviendo a los términos del PCAP, si a lo anterior le unimos la literalidad de los términos del mismo “*resguardo de constitución*”, se ha de concluir que no resulta propiamente definido para toda clase de licitadores, pues, si bien puede resultar claro su significado, en un lenguaje administrativo propio para las personas que habitualmente se relacionan con la Administración, bien por una relación funcional, de servicios o bien por participar recurrentemente en licitaciones, debe estimarse que, para aquéllos en quienes no concurren estas circunstancias pudiere no entenderse claramente a qué documento se refiere cuando se menciona en el pliego expresamente “*resguardo acreditativo de la constitución en cualquiera de las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía*”. El modelo 801 de la



Junta de Andalucía con un sello de una entidad colaboradora puede ser confundido con ese término no definido de “resguardo de constitución” para el supuesto de la licitadora recurrente.

Por otro lado, observamos que existen otras complicaciones, que se han apuntado, como es la imposibilidad de atender al requerimiento de subsanación, dado que la cita previa dada a la recurrente para una fecha posterior era una cuestión ajena al mismo, no le era imputable. Observamos con relación a ello, que el 25 de junio de 2021 fue cuando se constituyó la garantía, antes de expirar el plazo de 10 días, y además se observa que la recurrente presentó el modelo 801 en una entidad colaboradora, así se observa en el documento presentado con el recurso especial. Si bien no presentó nada más, y por ello se procedió a su requerimiento para subsanación. Lo que el Órgano de Contratación omite es que este documento que finalmente tenía que subsanar por faltar el resguardo, sí se presentó en el plazo de 10 días, el día 29 de junio de 2021, demostrando la intención de realizar el depósito.

Este Tribunal estima que la subsanación requerida, no se debe únicamente a una pretendida falta de diligencia del licitador en atender al requerimiento de la presentación de la documentación previa. Como prueba de que ello no fue así, vemos que la garantía se acredita que estaba constituida por el importe preciso, sólo que no advirtió que es lo que realmente requería formalmente la cláusula 10.5.2 k) del PCAP para su acreditación.

Observamos además en este caso una serie de circunstancias en el órgano de contratación que deberían ser tenidas en cuenta, de tal modo que éste tenía a su alcance otras posibilidades antes de proceder a la exclusión. En primer lugar, como hemos apuntado, se reconoce tácitamente con su requerimiento, que los términos del PCAP no resultan del todo precisos, porque aclara los términos del PCAP. En segundo lugar, otorga una posibilidad de subsanación, casi imposible, pues el 30 de junio de 2021 ya era consciente de que la recurrente había procedido a constituir mediante ingreso bancario la garantía definitiva, de tal modo que ofrecer como alternativa la constitución telemática (que no requiere la obtención del resguardo presencialmente), carecía de virtualidad práctica pues era conocedor que había procedido al ingreso en una entidad colaboradora. Por otro lado, podía haber procedido, si bien no a dar una ampliación de plazo, sí haber advertido dicha circunstancia y a efectos de disponer del tiempo necesario (que finalmente faltó por un solo día) haber esperado a que expirase el plazo inicial de 10 días hábiles, dado que el 30 de junio el plazo aún no había expirado (expiraba el 2 de julio), dados los términos del PCAP, sin que ello hubiera supuesto comprometer la igualdad de trato a los licitadores.

2. Como segunda cuestión se ha de abordar convenientemente la relativa al cómputo de los plazos. Conviene exponer que la disposición final cuarta de la LCSP señala 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”*, y además que el artículo 150.2 de la LCSP establece para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles. En este precepto no se hace referencia a la posibilidad de subsanación, y ni la prohíbe ni la excluye. Por tanto, esta regulación debe ser colmada, conforme a



la mencionada disposición final cuarta de la LCSP, y por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (en adelante LPAC) 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, este Tribunal considera que si bien es cierto que el plazo de tres días, por virtud de los preceptos alegados por el órgano de contratación, artículo 141.2 de la LCSP² y también su disposición adicional duodécima, es un plazo que debe computarse en días naturales, también lo es que de conformidad con el artículo 30 de la LPAC, debió haberse hecho expresamente constar esta circunstancia en la notificación en la que se requería la subsanación, algo que no se hizo cuando disponía que la fecha límite era el 5 de julio, aunque si bien no se hizo, sí se podía entender o deducirse.

Así, el apartado 2 del citado artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, dispone lo siguiente: *“Siempre que por Ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos. Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones”*

En este sentido téngase en cuenta el plazo de subsanación dado en el requerimiento de 30 de junio, pues en la misma se requería en los siguientes términos cómo debía realizarse la presentación de documentación:

“la cual debe ser presentada, EXCLUSIVAMENTE, en el Registro de la Agencia Pública Andaluza de Educación, C/ Judería Nº1 Edificio Vega del Rey. 41900 hasta las 14 Horas del 5 de Julio de 2021, apercibiéndole, que en caso de no ser atendido este requerimiento no será admitido al procedimiento de adjudicación mencionado”.

En el presente caso, habiéndose requerido el 30 de junio de 2021, el plazo señalado, el 5 de julio, resultaba acorde con esta interpretación, sólo que debiere tenerse en cuenta además lo señalado en el punto anterior, que el plazo de 10 días hábiles del artículo 150.2 LCSP no había aun terminado en el momento de dar esos 3 días naturales.

2 En el RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público - RLSP-, no indicaba plazo alguno para la subsanación de la documentación acreditativa de requisitos previos, por lo que era necesario acudir a lo establecido en el art. 81.2 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -RGLCAP-, que establece un plazo de tres días hábiles.

Dado que en la LCSP 2017 se establece con claridad el plazo de subsanación de la documentación, debe aplicarse lo indicado en ella y considerarse derogado el art. 81.2 RGLCAP, puesto que según se indica en la Disp. Derog. Única LCSP 2017 quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la misma; por consiguiente, el plazo será de tres días naturales y no de un máximo de tres días hábiles como se indicaba en el art. 81.2 RGLCAP. No puede otorgarse un plazo menor a tres días naturales.



3. Toda la argumentación de la cuestión controvertida gira pues en torno a la exclusión del procedimiento de la empresa inicialmente propuesta como adjudicataria, la que presentó la mejor oferta, por no acreditar la constitución de la garantía en plazo. Las cuestiones son los efectos de la no presentación del resguardo, la naturaleza y el cómputo de plazos otorgados, así como los efectos preclusivos de éstos con relación al plazo inicial de presentación de documentos del art. 150.2 de la LCSP.

En el trámite del citado artículo 150.2 de la LCSP se requiere la presentación de la documentación a la recurrente, incluyendo la acreditación de la constitución de la garantía definitiva. Esta documentación ha de presentarla como se ha dicho, en el plazo de 10 días hábiles, plazo que vencía verdaderamente el 2 de julio, y no el 30 de junio, cuando se requirió la subsanación. En ese plazo presenta toda la documentación, menos tres cuestiones a subsanar entre ellas la acreditación de la constitución de la garantía.

Posteriormente remite un correo electrónico a una dirección, al parecer de la Agencia, pero parece que erróneamente no lo hace al establecido en el anuncio de licitación, comunicando la imposibilidad de poder subsanar por causas ajenas al mismo (es decir por causas que no le son imputables), pero lo hace en plazo, el día 2 de julio, pues el 5 de julio era la fecha en la que expiraba el plazo de subsanación, siéndole imposible conseguir una cita previa antes de la fecha en la que expiraba el plazo de los tres días otorgados.

4. Respecto a las resoluciones invocadas por el órgano de contratación, cumple señalar que la misma puede considerarse superada por la doctrina que este Tribunal ha ido desarrollando con posterioridad. En este sentido, la Resolución 259/2020, de 23 de julio, señalaba:

“En relación con lo expuesto, este Tribunal en sus Resoluciones 16/2015, de 22 de enero, 364/2015, de 27 de octubre y 53/2016, de 25 de febrero, vino sosteniendo que el requisito de aportar la garantía definitiva ha de entenderse cumplido no solo con la constitución del aval sino además con el depósito del mismo, no siendo por tanto subsanable la falta del depósito. Postura que sostiene la mesa de contratación para adoptar la decisión de exclusión.

Sin embargo, dicha doctrina ha sido reconsiderada por este Tribunal, tal como se expresa, valga por todas, en su Resolución 309/2018, de 9 de noviembre. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 150.2 y 108.1.b) de la LCSP, la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: una, sustantiva y fundamental, de constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por alguna persona de la entidad financiera con poder bastante para otorgarlo, y otra, formal, de justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía y de su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello. En este sentido, cabe, pues, plantearse si la omisión de la segunda -su depósito- es o no subsanable en el contexto de un procedimiento de contratación.



Pues bien, en relación con ello, este Órgano comparte la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 1179/2015, entre otras), según la cual la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante formalizado con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que, entre otros motivos, no invalida la constitución de dicha garantía ni impide su prueba alternativa ante el órgano de contratación por medio de la presentación o exhibición del documento original o de su copia fiel.”

Con relación a ello, respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se debe traer también a colación una reciente Resolución, la 961/2020, de 11 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la que un supuesto concreto de constitución de la garantía definitiva fuera del plazo de cinco días hábiles de la tramitación urgente admite su presentación extemporánea haciendo aplicación de su doctrina, avalada por la jurisprudencia, que distingue los incumplimientos totales y graves de aportación de la documentación requerida de los incumplimientos simplemente defectuosos 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”...*

“En nuestro caso se advierte como el licitador propuesto atendió en plazo el requerimiento salvo en lo referente a la constitución de la garantía definitiva, respecto de la cual vino a interesar una ampliación de plazo poniendo de manifiesto las circunstancias que le habían impedido su aportación”...

“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”.

En el caso del TACRC la garantía se constituye fuera del plazo de los cinco días hábiles (en una tramitación de urgencia), habiendo solicitado una ampliación del plazo, y concurriendo circunstancias que dificultaban la constitución por el estado de alarma, lo cual es trasladable a nuestro supuesto, dado que la petición de cita previa es comparable, pues supone una consecuencia aún de las limitaciones existentes como causa de la pandemia provocada por la Covid en junio del 2021.

La subsanabilidad es admitida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales modificando su doctrina anterior desde la Resolución 747/2018 de 31 de julio en base a una serie de argumentos admitiendo incluso la subsanación de la garantía incompletamente constituida. Los fundamentos de dicha resolución del TACRC pueden sintetizarse en tres consideraciones:

A.- En primer lugar, que 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).

B.- Que 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*”. Adviértase del tenor del inciso que señala, “se entenderá”, estableciendo una presunción iuris tantum sobre la retirada de la oferta. Asimismo téngase en cuenta esta presunción, pues al licitador que se le da por desistido en su oferta 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.

C. La resolución señala que 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.



De acuerdo con los preceptos citados más arriba, y reproducida sintéticamente esta reciente posición doctrinal que sigue la misma línea argumental de este Tribunal, debemos concluir expresando que es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, la subsanabilidad debe ser entendida como acreditación del cumplimiento de los requisitos en plazo, no como la concesión de un plazo complementario para dar cumplimiento a los mismos, algo que en nuestro caso, se da dado que el 29 de julio, la garantía estaba constituida.

5. Por otro lado, respecto de la presentación del resguardo de la constitución de la garantía como extemporánea por un día, era tradicional no admitir la subsanación documental, siendo ello recogido en múltiples informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. Así en Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010 se señalaba:

“4. La cuestión de la subsanación de defectos u omisiones ha sido ampliamente considerada por esta Junta Consultiva en diversos informes cuya enumeración no debe traer como consecuencia una recopilación de los mismos. El criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el criterio mantenido por el TACRC en base a la distinción entre incumplimientos totales e incumplimientos simplemente defectuosos, de tal modo que incluso admite la constitución de la garantía definitiva extemporánea (no ya de la presentación del resguardo), apreciando la voluntad del licitador de cumplimentar el trámite y dadas las gravosas consecuencias derivadas de tener por retirada la oferta (posibilidad de penalidades) y el perjuicio al interés general de prescindir de la mejor propuesta tras una tramitación precisamente encaminada a la determinación de la misma.

El artículo 150.2 de la LCSP dispone:

“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”.

Es decir, la norma establece una presunción “iuris tantum” sobre la actitud reflejada del licitador propuesto como adjudicatario (“se entenderá que el licitador ha retirado su proposición”), es una presunción que asimila la no presentación de la documentación con la retirada de la proposición. Es la única interpretación posible, dado que la no presentación de la documentación se asimila a la no formalización del contrato en plazo por causas “imputables” al contratista, que igualmente se sanciona con el 3% del importe de licitación (artículo 153.3 LCSP). Entiende la Ley que la no presentación de la documentación es culpable, por causa imputable al mismo y, por ello, se le prevé sancionar. Si bien se ha de circunscribir al carácter de presunción, es decir que permite prueba en contrario.

Debe ponerse todo ello en relación con los preceptos que recogen la constitución de las garantías pues, textualmente, recoge el artículo 109. 1 de la LCSP que de no presentar la garantía definitiva “*por causas a él imputables*” la Administración no efectuará la adjudicación a su favor con las consecuencias del artículo 150.2.

Así señala el precepto:

“Artículo 109. Constitución, reposición y reajuste de garantías.

1. El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo 150”.

Entendemos que de las circunstancias que rodean al expediente de contratación, y en concreto con la exclusión, no puede presumirse por el órgano de contratación que la garantía no estaba constituida.

6. En este caso, a la vista de lo anterior cumple realizar las siguientes conclusiones:



a) En primer lugar teniendo en cuenta que hasta el órgano de contratación necesitó aclarar el PCAP, a efectos de que se entendiera el requerimiento de subsanación de como debía ser aportado el resguardo acreditativo de haberse constituido el depósito de la garantía, parece que su no constitución no podía presumirse.

b) En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el requerimiento de subsanación realizado antes de agotar el plazo de 10 días, (el 30 de junio en vez del 2 de julio) impidió poder disponer de algunos días más para poder cumplir con la presentación del resguardo. Téngase en cuenta que el requerimiento se atendió extemporáneamente por solo un día.

c) En tercer lugar debe tenerse en cuenta que antes de expirar el plazo de 10 días hábiles la Agencia ya conocía el documento presentado donde figuraba consignada en la cuenta corriente para los depósitos la cantidad total global de la garantía, por lo que en el sentido del artículo 109 LCSP no podría presumir la falta de constitución de la garantía.

d) En cuarto lugar, de conformidad con la doctrina del TACRC, compartimos que la falta de depósito de la garantía es inimputable la recurrente, habiendo desplegado toda la actividad requerida para la misma. Realiza dentro del plazo de diez días hábiles todos los trámites necesarios constituyéndose en el mismo la garantía, mediante el modelo 801, ingresando la cantidad en una entidad colaboradora, si bien no cumple con la acreditación, pero no en la constitución, y acreditando esta circunstancia ante el Órgano de contratación.

e) Por otro lado, si bien la recurrente, pudiera considerarse, que en el plazo de subsanación, no procedió a remitir la cita previa al correo electrónico señalado en la licitación, lo cierto es que la falta del depósito no puede irrogarse como una causa imputable a la misma, pues ha quedado acreditado que solo un día después del plazo máximo para subsanar, finalmente presentó la documentación con el resguardo del depósito, es decir, en cuanto pudo, cuando tuvo cita previa, una causa en nada imputable a la misma. Como tampoco le era imputable que no se respetase el plazo máximo de diez días hábiles iniciales para aportar la documentación.

Interpretado el artículo 150.2 en el sentido dicho, carece de relevancia que la acreditación de la constitución de la garantía ante el órgano de contratación tenga lugar transcurridos los 10 días hábiles otorgados, pues queda acreditado que la recurrente no tenía intención de retirar la proposición y que la no presentación del depósito de la constitución de la garantía en plazo no le fue imputable al mismo. La presunción de retirada de la proposición queda así destruida.

Más aún téngase en cuenta que el órgano de contratación podría haber procedido a requerir convenientemente a la recurrente para el cumplimiento en los términos y en el plazo dado para el cumplimiento de aportación de los documentos, respetando el plazo inicial de los diez días que no había expirado.



7. Concluimos citando la Resolución del TACRC 747/2018, de 31 de julio, que admite y postula un cambio radical de criterio, haciendo referencia a que es consciente de ello cuando señala en el fundamento de derecho sexto:

“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.../... 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.”

Señala el Tribunal que:

“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.../... 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.”.

El fundamento jurídico séptimo añade además respecto de la sanción de penalización del 3% del presupuesto base de licitación, que obliga a extremar el principio de proporcionalidad: *“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.”*

Por todo ello, 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 109 de la LCSP, el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo del artículo 150.2 haber constituido la garantía definitiva, lo cual 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.

Cumple mencionar que respecto de ambas modalidades de presentación, es cierto que la presentación telemática le habría exonerado de la obligación de presentación del resguardo de depósito a la vista del requerimiento, si bien el órgano de contratación desde el 29 de junio de 2021 tenía la documentación en su poder, no pudiendo además presumir la retirada de la oferta. Téngase además en cuenta que el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación comenzó a computarse el día 18 de junio, y que el plazo de diez días hábiles al que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP y la cláusula 10.5.1 del PCAP no había aún expirado el día 30 de junio de 2021, cuando se reúne la mesa y le requiere la subsanación en el plazo improrrogable de 3 días naturales dándole fecha límite el 5 de junio. Teniendo en cuenta ello, podría haber procedido a agotar naturalmente los plazos, comunicando esta circunstancia a efectos de que se atrasare o mejorase un poco el sistema de cita previa en lo que se refiere a los plazos.

Lo cierto es que con la forma de actuar del órgano de contratación no tenemos certeza de que si se hubiera dejado expirar el plazo de 10 hábiles, y posteriormente requerido la subsanación a partir del 2 de julio, (fecha en la que expiraba el plazo del art. 150.2 LCSP), podría haber dado tiempo a subsanar con el documento acreditativo del depósito, pues finalmente la mesa se habría reunido el día 3 de julio, de tal modo que otorgándole 3 días



naturales, hipotéticamente la subsanación realizada el día 6 de julio no habría sido extemporánea y debería haber sido abierto el sobre con su subsanación. Todo ello a efectos del principio de confianza legítima y buena administración, debiendo tenerse en cuenta que aún, en el primer plazo de los 10 días, existía plazo adicional para requerirle por parte del órgano de contratación, dado que a la vista de la redacción del PCAP y de los documentos con los que contaba, no podía presumir a los efectos del artículo 109 de la Ley que se retiraba la oferta.

Asimismo, volviendo al requerimiento de subsanación, cuando se le señala al licitador que bien podría haber constituido la garantía telemáticamente, y haber evitado el problema, debe tenerse en cuenta que dicha posibilidad solamente se le aclaró como una opción tras la presentación de la constitución de la garantía (si bien no del resguardo), es decir, tras el desembolso de 3.942 euros. No parece, como hemos dicho ya, que tuviera mucha finalidad práctica señalarle como una opción válida para subsanar volver a depositar la cantidad que ya conocía el órgano de contratación que se había desembolsado el 29 de junio de 2021.

A su vez este Tribunal como también hemos argumentado, estima que los términos del PCAP, si bien pueden resultar claros en un lenguaje administrativo, especialmente para las personas u operadores jurídicos que habitualmente se relacionan con la Administración, bien por una relación funcional, de servicios o bien por participar recurrentemente en licitaciones, debe estimarse que, para aquéllos en quienes no concurren estas circunstancias pudiere no entenderse en estos términos cuando el pliego expresa:

“Resguardo acreditativo de la constitución en cualquiera de las Cajas Provinciales de Depósitos de la Consejería competente en materia de Hacienda de la Junta de Andalucía”.

De hecho en el requerimiento de subsanación no se limitó a reproducir los términos del PCAP. Este Tribunal entiende que la subsanación requerida, no se trata de un olvido del licitador que no atendió diligentemente al requerimiento de subsanación, dado que la garantía estaba constituida por el importe preciso, sólo que no advirtió que es lo que requería expresa y formalmente la cláusula 10.5.2 k) del PCAP con la simple lectura del pliego. Lo demás ha sido ya abordado, estimando que el órgano de contratación tenía entonces otras opciones antes de proceder directamente a la exclusión de la entidad recurrente, teniendo en cuenta que era la que había presentado la mejor propuesta conforme a los pliegos. No podía presumirse la voluntad del contratista de retirar la oferta, pues su voluntad de cumplir con los pliegos resultaba clara, y ello le habría permitido presentar el documento del resguardo en plazo, dado que se le requirió para subsanar incluso dentro del plazo del artículo 150.2, el cual aún no había expirado.

Por todo ello procede la estimación del recurso.



Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERRETERIA RAFA S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 7 de julio de 2021, por el que se le excluyó del procedimiento de licitación del contrato denominado “Suministro, entrega e instalación y/o puesta en marcha de material específico para ciclos formativos de la familia de fabricación mecánica dentro de la inversión territorial integrada en centro educativos públicos de la provincia de Cádiz” (Expte.2020 913119), respecto del lote 13, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Educación y Deporte, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, anulando la exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

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

