



Recursos nº 604/2018 C.A. Illes Balears 35/2018

Resolución nº 747/2018

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

En Madrid a 31 de julio de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D.J.P.H., D.P.M.S. y D.F.S.L., en nombre y representación de la UTE AGLOMERADOS MALLORCA, S.A. (AGLOMSA) Y VIAS Y OBRAS PÚBLICAS, S.A. (VOPSA), contra el acuerdo de adjudicación recaído en el procedimiento de contratación de "*Obras del proyecto de desdoblamiento de la Ma-19, desde el final de la variante de Lluçmajor hasta Campos. MF1. Clave: 15-32.0-DC.*", Exp.: 11/2017", licitado por el Consell de Mallorca -Departamento de Territorio e Infraestructuras, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Consell de Mallorca - Departamento de Territorio e Infraestructuras, a través de la Dirección Insular de Infraestructuras y Movilidad, ha tramitado el procedimiento para la licitación del contrato de "*Obras del proyecto de desdoblamiento de la Ma-19, desde el final de la variante de Lluçmajor hasta Campos. MF1. Clave: 15-32.0-DC.*", Exp.: 11/2017".

El contrato no se divide en lotes; y su valor estimado es de 30.999.257,23€, IVA excluido.

Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) en fecha 31 de octubre de 2017, en el Boletín Oficial del Estado en fecha 4 de noviembre de 2017, y en el Boletín Oficial de las Islas Baleares en fecha 11 de noviembre de 2017.

La cláusula 10, párrafo cuarto, del PCAP prevé que:

"Si en este procedimiento fuese posible llevar a cabo notificaciones electrónicas de conformidad con la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, se indicará así en la letra W del Cuadro de Características del Contrato. En este caso, las personas interesadas podrán designar este medio



preferentemente o consentir expresamente su utilización. Con esta finalidad, presentarán un documento con los datos contenidos en el modelo normalizado que figurará en el Perfil de contratante, en el cual indicarán el correo electrónico en el cual deberán recibir los avisos de las notificaciones electrónicas. En cualquier momento del procedimiento, las personas interesadas podrán solicitar la modificación del sistema de notificación”.

El apartado W del Cuadro de características del Contrato, a que se refiere la anterior cláusula, prevé expresamente que no se permite la notificación electrónica.

La cláusula 18 del PCAP determina que:

“Vista la propuesta de la Mesa de contratación, el órgano de contratación aprobará la clasificación de las ofertas presentadas de conformidad con el artículo 151 del TRLCSP, publicará el acuerdo en el Perfil de contratante y deberá requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el día siguiente a recibir el requerimiento, presente la documentación especificada en las cláusulas 19 y 20, si no la hubiera presentado antes. Una vez presentada la documentación, la Mesa 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, concediéndole un plazo no superior a tres días hábiles para que lo subsane, sin perjuicio de que la comunicación de los defectos u omisiones subsanables se publique en el perfil del contratante.

(...)

Si el licitador no formaliza adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que ha retirado su oferta...”

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Consta en el expediente que se notificó por correo postal a la UTE propuesta como adjudicataria el día 10 de abril de 2018, la propuesta de adjudicación a su favor y el requerimiento de presentación de la documentación que determinan la cláusulas 19 y 20 del PCAP. El plazo de 10 días hábiles para cumplimentar adecuadamente el requerimiento (*formalizar* dicen el PCAP y el propio Decreto de requerimiento notificado) vencía el 24 de abril.

Parte de dicha documentación había sido presentada los días 12 y 16 de abril, entre ella la garantía definitiva en forma de aval por importe del 75% de la cuantía exigida.

Apreciada la insuficiencia de la garantía constituida, se requirió a los miembros de la UTE citada para que subsanasen la omisión o defecto apreciado, para lo que se les concedió tres días hábiles, como establece el PCAP.

El requerimiento fue cumplimentado mediante aportación de garantía por la diferencia el 20 de abril de 2018 en el Registro General del Consejo Insular de Mallorca.

Tercero. Consta acreditado en el expediente administrativo que presentaron ofertas en el procedimiento de contratación las siguientes mercantiles:

1. CONSTRUCTORA SAN JOSÉ, S.A.
2. FERROVIAL AGROMAN, S.A.
3. UTE AGLOMERADOS DE MALLORCA, S.A. (AGLOMSA) - VIAS Y OBRAS PÚBLICAS, S.A. (VOPSA)
4. ACSA, OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A.U.
5. UTE CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. (COPISA, S.A.) - AGLOMERADOS FELANITX (AFEX)
6. UTE MATIAS ARROM BIBILONI, S.L. - ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.
7. UTE DRAGADOS, S.A. - MELCHOR MASCARÓ, S.A.U.
8. UTE FCC CONSTRUCCIÓN, S.A. - AMER E HIJOS, S.A.
9. UTE VIAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. - COEXA, S.A.
10. OBRASCÓN HUARTE LAIN, S.A. (OHL CONSTRUCCIÓN)
11. AZVI, S.A.



12. SACYR CONSTRUCCIÓN, S.A.

Cuarto. En la presente licitación es objeto de recurso el acuerdo de adjudicación del contrato a favor de la UTE CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. (COPIISA, S.A.) - AGLOMERADOS FELANITX (AFEX), adoptado mediante decreto del Presidente del Consejo de Mallorca, de 24 de mayo de 2018, por los motivos que más adelante se dirán.

Quinto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la nueva 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), se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Con fecha 25 de junio de 2018, por la Secretaría del Tribunal, se dió plazo al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, habiéndolo verificado así el adjudicatario, UTE CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. (COPIISA, S.A.) - AGLOMERADOS FELANITX (AFEX), solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

Sexto. La Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, en fecha 29 de junio de 2018, ha resuelto la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión del procedimineto de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 53 y 57 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y en el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, sobre atribución de competencia de recursos contractuales publicado en el Boletín Oficial del Estado de 19 de diciembre de 2012.

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de obras sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación administrativa, de conformidad con el artículo 44.2 de la LCSP.

A su vez, es objeto del recurso la adjudicación del contrato, acto susceptible de impugnación conforme al artículo 40.2.c) del TRCLSP.



Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, interesado por tanto en el resultado del mismo, satisfaciendo en consecuencia el requisito previsto en el artículo 48 de la LCSP.

Por la UTE adjudicataria se ha puesto en duda la justificación de la representación de los recurrentes, los cuales, sin embargo, han presentado sendas escrituras públicas por las que se les nombran administradores de las mercantiles a las que administran y representan.

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, el mismo se centra en dos aspectos relativos a un mismo momento del procedimiento impugnado, en concreto: la posibilidad de que el plazo otorgado para presentar la documentación establecida en la Ley por quien ha sido propuesto como adjudicatario sea susceptible de subsanación; y el régimen jurídico de las notificaciones, en particular, la admisibilidad de notificaciones electrónicas.

El problema planteado surge, por lo que aquí interesa, de los siguientes hechos:

- El 26 de marzo de 2018, mediante decreto del Presidente del Consell de Mallorca, se aprobó la clasificación de los licitadores, conforme a la propuesta de la Mesa de contratación de 12 de marzo de 2018.

En ese decreto se requirió al primer clasificado, la UTE COPISA - AFEX, para que “... *en un plazo no superior a los diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente a la notificación de esta resolución...*”, aportara la documentación señalada.

En el decreto se especificaba explícitamente que el adjudicatario debía constituir “*la garantía definitiva por importe un millón ciento treinta y seis mil ciento veintidós euros con setenta y ocho céntimos (1.136.122,78 €) ante la Tesorería del Consejo de Mallorca*”.

- El decreto se publicó: en el perfil del contratante en fecha 28 de marzo de 2018; se notificó a todos los licitadores mediante correo postal (la UTE COPISA - AFEX recibió la notificación por correo certificado el 10 de abril de 2018); y a mayor abundamiento, el mismo día de la



publicación del decreto, se le trasladó una copia del decreto a la UTE COPISA - AFEX mediante fax y correo electrónico.

- El mismo día 28 de marzo de 2018, la empresa AFEX realizó una consulta al órgano de contratación sobre el modo de depositar la fianza, en concreto, sobre quién debía ser asegurado/avalado, si cada miembro de la UTE individualmente o la UTE de forma conjunta y solidaria. En esa comunicación la mercantil AFEX ya avanzaba que el 75% de la garantía la constituiría COPISA, mientras que AFEX aportaría el 25%.

- El 12 de abril de 2018 la empresa COPISA presentó la documentación requerida en aplicación del artículo 151.2 del TRLCSP.

COPISA aportó la documentación relativa a la constitución de la garantía definitiva. En concreto, se aportó el justificante de la constitución del 75 % de la garantía definitiva por importe de 852.092,08€. La fecha de constitución era de 12 de abril de 2018.

El 16 de abril de 2018, la empresa AFEX presentó la documentación correspondiente. Entre dicha documentación no se aportó ningún documento relativo la constitución de la garantía definitiva.

- Presentada la documentación anterior, se reúne la mesa de contratación el día 18 de abril de 2018, y se detecta la defectuosa constitución de la garantía definitiva. Consecuentemente, la Mesa acordó requerir al licitador mencionado para que subsanara la deficiencia relativa a la garantía definitiva, con la advertencia explícita de no admitir a la licitación a la UTE si no era subsanada la documentación.

Para la subsanación se otorgó un plazo de tres días a contar desde la publicación en el Perfil de contratante del Consejo de Mallorca, que se produjo el 20 de abril de 2018.

El mismo día de la publicación en el perfil se remitió una comunicación por correo electrónico a la empresa afectada notificando el requerimiento de subsanación.

- El 20 de abril de 2018 la mercantil AFEX presentó la documentación requerida para subsanar la deficiencia indicada, constituyendo la garantía íntegramente por la diferencia omitida. En concreto, se aportó una orden de constitución de depósito de 20 de abril de 2018, por importe de 284.030,70 €.



También se aportó un certificado de un seguro de caución por el mismo importe, emitido por CESCE el 19 de abril de 2018, en el que se justifica la disposición a favor de AFEX y COPISA de un seguro de caución a los efectos de servir como garantía definitiva.

- El 26 de abril de 2018 se reunió la mesa de contratación para valorar la subsanación requerida. Se estimó que la subsanación fue correcta, y se propuso la adjudicación a favor de la UTE.

- No obstante, lo anterior, remitido el expediente para fiscalización de la adjudicación, el interventor general emitió un informe de disconformidad.

La motivación de tal reparo fue la siguiente: *“...En conclusión y aplicando esta doctrina en el expediente que nos ocupa se advierte que el licitador primer clasificado NO ha cumplido con el requisito de la constitución de la garantía definitiva completa en el plazo de los 10 días que se le concedió para presentar la documentación para la adjudicación del contrato según el artículo 151.2 del TRLCSP, ya que el aval presentado en el periodo de subsanación que se les concedió correctamente, tiene fecha de 19 de abril de 2018, posterior al periodo de 29 de marzo al 16 de abril de 2018, que conforma el periodo de 10 días hábiles dentro del cual se tenía que haber constituido la garantía. Por lo tanto, aunque se presentara dentro del periodo de enmienda de deficiencias concedido, la mencionada garantía no se había constituido en el periodo que correspondía hacerse...”*

- Los días 7 y 8 de mayo de 2018 se reunió la mesa de contratación, y acordó mantener un criterio discrepante del sostenido por el interventor general, por considerar conforme a Derecho el requerimiento de subsanación al adjudicatario.

En consecuencia, la mesa de contratación se ratificó en la propuesta de adjudicación y solicitó un nuevo informe de fiscalización

- El 14 de mayo de 2018, a la vista de la motivación ofrecida por la mesa, la intervención general consideró enmendada la deficiencia y fiscalizó el acuerdo de conformidad.

- El 24 de mayo de 2018 se emitió el decreto de adjudicación del contrato.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), en su cláusula 10 indica lo siguiente:



“Si en este procedimiento fuera posible llevar a cabo notificaciones electrónicas de conformidad con la ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, se indicará así en la letra W del cuadro de características del Contrato. En este caso, las personas interesadas podrán designar este medio expresamente o consentir su utilización. Con esta finalidad, presentarán un documento con los datos contenidos en el modelo normalizado que figurará en el perfil de contratante, en el cual indicarán el correo electrónico en el cual deberán recibir los avisos de las notificaciones electrónicas. En cualquier momento del procedimiento, las personas interesadas podrán solicitar la modificación del sistema de notificación.”

En aplicación de la anterior cláusula, en el cuadro de características del contrato, la letra “W” indicaba que no era admisible la notificación electrónica.

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 (TRLCSP) 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.- Resueltas las cuestiones planteadas en el FD anterior y una vez situados los términos del debate, se plantean dos aspectos capitales. El primero, el momento a partir del cual se inició el cómputo del plazo de diez días que otorga el artículo 151.2 del TRLCSP



para que el licitador que había sido propuesto adjudicatario pudiera aportar la documentación correspondiente.

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

Comenzaremos ahora por la primera cuestión, y para ello, sin perjuicio de que se ha llevado a cabo una narración de hechos en el fundamento Quinto, debemos sintetizar aquí los que son clave para dar respuesta a la cuestión del cómputo del plazo otorgado a las mercantiles COPISA y AFEX:

- El 26 de marzo de 2018, mediante decreto del Presidente del Consell de Mallorca, se aprobó la clasificación de los licitadores y se requirió al primer clasificado, la UTE COPISA - AFEX, para que *"... en un plazo no superior a los diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente a la notificación de esta resolución..."*, aportara la documentación señalada.
- Dicho decreto: se publicó en el perfil del contratante en fecha 28 de marzo de 2018; se notificó a todos los licitadores mediante correo postal (la UTE COPISA - AFEX recibió la notificación por correo certificado el **10 de abril de 2018**); y a mayor abundamiento, el mismo día de la publicación del decreto, se le trasladó una copia del decreto a la UTE COPISA - AFEX mediante fax y correo electrónico.
- El mismo día 28 de marzo de 2018, la empresa AFEX realizó una consulta al órgano de contratación sobre el modo de depositar la fianza.
- El 12 de abril de 2018 la empresa COPISA presentó la documentación requerida. Sólo COPISA aportó la documentación relativa a la constitución de la garantía definitiva. En concreto, se aportó el justificante de la constitución del 75 % de la garantía definitiva por importe de 852.092,08€. La fecha de constitución era de 12 de abril de 2018.

El 16 de abril de 2018, la empresa AFEX presentó la documentación correspondiente. Entre dicha documentación no se aportó ningún documento relativo la constitución de la garantía definitiva.

Pues bien, descritos los hechos anteriores podríamos considerar que la notificación para aportar la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP tuvo lugar el día 28 de



marzo de 2018. Teniendo en cuenta lo establecido en este ámbito sobre el cómputo de los plazos, el plazo de 10 días hábiles expiraba el día 16 de abril de 2018.

Luego, tanto COPISA como AFEX presentaron la documentación dentro del plazo establecido (12 y 16 de abril).

No obstante, y con independencia de la apreciación anterior sobre fecha de la notificación, también podemos afirmar, en nuestro caso y, por otra parte, que no ha existido falta de cumplimentación del requerimiento de constitución de la garantía en plazo. Éste, según el artículo 151.2, se computa desde que se hubiera recibido el requerimiento. Consta que el recurrente recibió formalmente la notificación en papel del requerimiento el día 10 de abril de 2018, y dado que no se admiten en el PCAP las notificaciones electrónicas, el plazo vencía el 24 de abril siguiente. La empresa recurrente, licitadora en UTE con otra, aportó lo requerido el 16 de abril y completó la parte de garantía definitiva omitida el 20 de abril siguiente, luego en plazo.

El hecho de que la cumplimentación del requerimiento se haya efectuado de forma incompleta antes del vencimiento del plazo, no impide que pueda subsanarla motu proprio el mismo interesado tan pronto como aprecie el defecto u omisión, aunque no se le hubiese conferido plazo de subsanación, y si ello se hace antes de que transcurra el plazo concedido de 10 días hábiles, se producirá el cumplimiento debido sin que lo impida la cumplimentación incompleta anterior, que no cierra el plazo ni el trámite. Con mayor motivo, la cumplimentación correcta se habrá producido si las omisiones y defectos observados se cumplimentan en el plazo de subsanación que haya podido conceder el órgano de contratación, que es nuestro caso.

El día 18 de abril la mesa de contratación valora la documentación presentada, observando deficiencias en la constitución de la garantía definitiva, concediendo el día 20 de abril un plazo de subsanación a AFEX de 3 días hábiles, presentando esta empresa la subsanación requerida el mismo día 20 de abril. Por lo tanto, las empresas participantes en la UTE adjudicataria han presentado la documentación y subsanado la misma dentro de los plazos que al efecto les concedió el órgano de contratación.

Se trata ahora de analizar si la actuación del órgano de contratación es ajustada a Derecho.



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

En consecuencia, según la interpretación del ordenamiento jurídico que se ha expuesto en el Fundamento de Derecho Sexto y los argumentos que se acaban de exponer, se considera que tanto el órgano de contratación, que concedió un plazo de tres días al licitador propuesto como adjudicatario para subsanación de la garantía definitiva (que estaba constituida sólo al 75%, por una de las empresas participantes en la UTE), como por la UTE adjudicataria, que presentó en plazo la documentación y la subsanación exigidas, es conforme a Derecho, por lo que procede desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D.J.P.H., D.P.M.S. y D.F.S.L., en nombre y representación de la UTE AGLOMERADOS MALLORCA, S.A. (AGLOMSA) Y VIAS Y OBRAS PÚBLICAS, S.A. (VOPSA), contra el acuerdo de adjudicación recaído en el procedimiento de contratación de “*Obras del proyecto de desdoblamiento de la Ma-19, desde el final de la variante de Lluçmajor hasta Campos. MF1. Clave: 15-32.0-DC.*”, Exp.: 11/2017, licitado por el Consell de Mallorca -Departamento de Territorio e Infraestructuras.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión automática del procedimiento prevista en el artículo 57 de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 las 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, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.