

Recurso 394/2023
Resolución 440/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INQUALAB SCIENCE, S.L.**, contra la declaración de desierto del órgano de contratación en el procedimiento de licitación denominado “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro, de tracto sucesivo y precios unitarios de material específico para laboratorios (FAMILIA 01.24 DEL CATALOGO SAS), con destino a los centros adscritos a la Central Provincial de Compras de Córdoba (PAAM 65/22)”,(Expte.CONTR 2022 0001166931), en relación a los lotes 17 y 18, promovido por dicha Central, dependiente del Hospital Universitario Reina Sofía, entidad dependiente del Servicio Andaluz de Salud, agencia a su vez adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de diciembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del acuerdo marco de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 1.721.712,27 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 16 de junio de 2023, se requirió a la entidad licitadora, siendo propuesta adjudicataria para que, dentro del plazo de diez días hábiles, presentase la documentación para contratar, conforme al art. 150.2 de la LCSP, a través de medios electrónicos, aplicación SIREC-Portal de licitación electrónica, finalizando dicho plazo el día 3 de julio de 2023, a las 15:00 horas. La entidad propuesta para la adjudicación no presentó la documentación a través del Sistema Sirec-Portal de Licitación Electrónica.

SEGUNDO. El 18 de agosto de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la declaración de desierto de 28 de julio, que supone su exclusión de dichos lotes 17 y 18 de la contratación PAAM 65/22.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 17 y 18, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone desde una perspectiva formal contra la declaración de desierto del procedimiento de licitación, respecto del lote 17 y 18, realizada por parte del órgano de contratación, de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública.

En este sentido, aun cuando el acto impugnado supone la exclusión, a su vez supone ser una resolución declarando desierta la licitación. Además de constituir la exclusión un acto de trámite cualificado, la declaración de desierto se trata de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación que es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. En tal sentido se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 49/2018, de 23 de febrero y 35/2019, de 14 de febrero entre otras muchas) y el resto de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con el artículo 50.1.d) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas durante el procedimiento.

Con la finalidad de centrar el objeto del debate procede traer a colación las actuaciones realizadas durante el procedimiento de licitación.

El 17 de mayo de 2023 se realizó propuesta de adjudicación, tras la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación a favor de la única proposición que había presentado oferta, en los lotes 17 y 18, la entidad recurrente. El 16 de junio de 2023, el órgano de contratación requiere a las empresas licitadoras que han



presentado la mejor oferta, ateniéndose a los criterios de adjudicación, para que, en diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, conforme al art. 150.2 de la LCSP, presentasen la documentación previa a la adjudicación. Ello según el PCAP se debía realizar a través de medios electrónicos, aplicación SIREC-Portal de licitación electrónica, finalizando dicho plazo el día 3 de julio de 2023, a las 15:00 horas.

El día 3 de julio a la hora de finalización del plazo la entidad recurrente no había presentado la documentación a través del Sistema SIREC-Portal de Licitación Electrónica.

Dos días más tarde, el 5 de julio de 2023, a través del registro telemático de la Junta de Andalucía, se recibió en el órgano de contratación la documentación requerida, acompañándose a la misma, como justificación de la imposibilidad de utilizar el sistema SIREC, correo dirigido al órgano de contratación, el mismo día 3 de julio. También se dirigió al soporte técnico de licitación electrónica de la Junta de Andalucía, de ese mismo día, donde se indicaba que el problema radicaba en el certificado electrónico, que consta como revocado.

SEXTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente impugna la exclusión de su oferta y la posterior declaración de desierto del procedimiento respecto del lote 17 y 18. Señala que el día 3 de julio de 2023, *“se encuentra con una incidencia técnica con su certificado digital, que le impide presentar la documentación por la vía reglamentaria y en plazo, lo cual pone en conocimiento de la plataforma de contratación, llegándose a la conclusión, con la ayuda del soporte técnico de la plataforma de contratación (SIREC) de que el certificado había sido revocado a pesar de que su fecha de expiración era el 20 de junio de 2026”*.

Indica que esta *“comunicación es continua, tanto por email como por teléfono; finalmente el plazo finaliza sin poder presentar la documentación, ni por la plataforma, ni por alguna vía alternativa, petición formulada en varias ocasiones ante la imposibilidad de resolver la incidencia del certificado”*.

Advierte que es el 5 de julio, cuando se resuelve la incidencia y *“se presenta la documentación a través del Registro Telemático de la Junta de Andalucía. Ese mismo día se recibe una llamada de la plataforma de contratación reclamando la documentación, para poder enviarlo directamente a la Mesa de Contratación, lo cual se hace en dos correos electrónicos, incluyendo una declaración responsable detallando lo sucedido”*.

El *“6 de julio se recibe un email de la plataforma de contratación, diciendo que expondrán nuestro caso a la Mesa”*. La mesa propone la exclusión al no haber atendido el requerimiento de documentación previa, si bien, hace constar que los motivos de la desatención del requerimiento fueron comunicadas al órgano de contratación dentro del plazo de presentación de la documentación.

Argumenta, que el incumplimiento que motivó la exclusión de su proposición sí consideramos que no se ajusta a derecho la imposibilidad de subsanación ya que, *“los motivos que la mesa de contratación esgrime, son incongruentes toda vez que los lotes a los que optaba (...) han quedado desiertos, y supondrían la invalidación del acto recurrido por lo que deberá ser anulado en base a los siguientes motivos (...)”*.



Los motivos son, por un lado, el cumplimiento de los requisitos necesarios, alegando que han cumplido con los requisitos técnicos establecidos en las bases del concurso, dado que no ha sido requerida para subsanación en ninguna de las fases del concurso, sino excluida del proceso en su última fase, al no poder presentar la documentación por el problema técnico referido anteriormente. Apela al historial de colaboración de la empresa. Asimismo, a que, al quedar los lotes desiertos, no existe perjuicio para la Administración, ni perjuicio a terceros.

Concluye que una incidencia técnica no debe ser motivo de exclusión, en un procedimiento de contratación pública, sin al menos tener la posibilidad de subsanar ese motivo de exclusión, en este caso por no poder aportar la documentación requerida, en un plazo razonable, más aun teniendo en cuenta que se trata de la última fase del proceso y que ha demostrado a lo largo de las diferentes etapas del mismo, que cumplía con todos los requisitos, tanto económicos como técnicos para ser acreedora de, al menos, poder optar a los lotes 17 y 18 que son objeto de este recurso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso argumentando que la recurrente, no puede ahora mostrar estar disconforme con la configuración de los pliegos rectores de la licitación cuando los mismos se encuentran firmes y consentidos al no haber sido recurridos en el plazo concedido para ello.

En base a la aplicación de los pliegos, afirma que los citados lotes han sido declarados desiertos.

Manifiesta el órgano de contratación que se adhiere a la decisión adoptada por la mesa de contratación, al entender que se trata de una contratación electrónica, debiendo presentarse la documentación a través del sistema SIREC-Portal de licitación electrónica, dentro de plazo, como así consta en el pliego de cláusula administrativa particulares, que rigen la contratación. Apela al citado pliego el cual en su cláusula 6.2 señala:

“MEDIOS, PLAZO Y FORMA DE PRESENTACIÓN.

6.2.1. Medios y plazo de presentación Para participar en el acuerdo marco, las personas licitadoras deberán presentar sus proposiciones únicamente por medios electrónicos a través del Sirec-Portal de Licitación Electrónica, dentro del plazo y hora fijados en el anuncio de licitación, el cual se publicará en el perfil de contratante del Servicio Andaluz de Salud y en caso de estar sujeto a regulación armonizada en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE). No se admitirán las proposiciones presentadas por medios no electrónicos ni tampoco las presentadas fuera de plazo”.

Así, como en concreto referido a la documentación de verificación:

“7.5. ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCO Y NOTIFICACIÓN DE LA ADJUDICACIÓN:

7.5.1. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, éste requerirá por medios electrónicos a la persona licitadora que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, cinco días hábiles en el caso de tramitación urgente, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente a través de Sirec-Portal de Licitación Electrónica la documentación acreditativa de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar, caso de no haberse aportado con anterioridad, establecidas en el apartado 19 del cuadro resumen así como de disponer efectivamente de los medios



que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución de los contratos basados conforme al artículo 76.2 de la LCSP, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente, en su caso.”

Recalca que la imposibilidad de utilizar el sistema Sirec-Portal de Licitación Electrónica, obedecía no a un problema técnico del Sirec, sino en que el certificado electrónico del acceso al mismo por parte de la entidad licitadora estaba revocado.

Sobre el historial de colaboración afirma que *“dicha manifestación en nada afecta a la decisión de exclusión de la presente licitación adoptada por la Mesa”*.

Manifiesta que la empresa recurrente indica además que la *“exclusión no resulta en ningún perjuicio a terceros ni a competidores, dado que no hay otros proveedores afectados por esta situación”*. Señala finalmente que la decisión adoptada por la mesa obedece a la *“aplicación del principio de igualdad y no discriminación que debe afectar a todos los licitadores de la presente licitación y al cumplimiento de lo establecido en los pliegos, que constituye ley de contrato, que exige, como ya se ha indicado arriba, la presentación de las proposiciones y demás documentación a lo largo de la licitación, mediante medios electrónicos”*.

Por lo anterior el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso interpuesto.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Pues bien, vistas las alegaciones de las partes procede entrar a analizar el objeto de la controversia. La cuestión por dilucidar es si la actuación de la mesa de contratación -al excluir la proposición de la recurrente, por el motivo alegado- debe estimarse conforme a derecho, a la vista de las circunstancias concurrentes en el supuesto que nos ocupa.

Con carácter previo, hemos de acudir a lo dispuesto en el artículo 42 del Decreto-Ley 13/2020, de 18 de mayo, que regula la obligatoriedad del Sistema de Información de Relaciones Electrónicas en materia de Contratación (SIREC) y portal de licitación Electrónica que establece:

“1. La utilización del sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SIrec) será obligatoria para el conjunto de órganos de contratación de las entidades del sector público andaluz indicadas en el artículo 41, en sus relaciones electrónicas con los operadores económicos, incluida la presentación de ofertas de todas las licitaciones, en el marco de lo dispuesto en las disposiciones adicionales decimoquinta, decimosexta y decimoséptima de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, al objeto de garantizar los principios de homogeneidad, integridad y seguridad jurídica en la tramitación por medios electrónicos de las licitaciones públicas.

2. Los distintos órganos de contratación indicarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación de utilizar el sistema de información de relaciones electrónicas en materia de contratación (SIrec) por parte de las personas licitadoras, adjudicatarias y contratistas, así como la información necesaria sobre la utilización del mismo.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los órganos de contratación no estarán obligados a exigir el empleo de medios electrónicos en los casos contemplados en la normativa aplicable en materia de contratación.”



Así, conforme a lo dispuesto en el artículo antes transcrito la utilización del SIREC es obligatoria, y ello con objeto de que el órgano de contratación disponga de la documentación necesaria para proseguir el procedimiento de adjudicación, “*pues implica una agilización de los trámites y simplificación administrativa*”, como se expone en el preámbulo de la norma antes mencionada. De este modo, la utilización del SIREC por las licitadoras asegura que la mesa de contratación o en su caso, el órgano de contratación disponga de la documentación presentada a través del mismo para su análisis.

Por otra parte, y por lo que aquí nos interesa, en el pliego regulador de la contratación, con relación a la documentación previa a la adjudicación, la cláusula 7.5.1, establece lo siguiente:

«Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, éste requerirá por medios electrónicos a la persona licitadora que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de diez días hábiles, cinco días hábiles en el caso de tramitación urgente, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente a través de Sirec-Portal de Licitación Electrónica la documentación acreditativa de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar, caso de no haberse aportado con anterioridad, establecidas en el apartado 19 del cuadro resumen así como de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución de los contratos basados conforme al artículo 76.2 de la LCSP, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente, en su caso. (...)

En el apartado 7.5.4.se recoge que:

“Si la persona licitadora presenta la documentación y la mesa de contratación observase defectos u omisiones subsanables en la misma, lo notificará por medios electrónicos a través de SIREC-Portal de Licitación Electrónica y lo comunicará a través del perfil de contratante del órgano de contratación, a la persona licitadora concediéndole un plazo de tres días naturales para que los corrija o subsane, presentando la documentación que proceda a través de Sirec-Portal de Licitación Electrónica.

De no presentar la persona licitadora propuesta como adjudicataria la documentación que se indica en las cláusulas 7.5.1 y 7.5.2 o 7.5.3, en el plazo señalado, o tras el plazo de subsanación concedido, se entenderá que 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 de la LCSP En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación a la persona licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Si como consecuencia del contenido de la resolución de un recurso especial del artículo 44 de la LCSP fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del acuerdo marco a otra persona licitadora, se concederá a este un plazo de diez días hábiles, cinco días hábiles en el caso de tramitación urgente, para que cumplimente los trámites que resulten oportunos”

Siendo este el marco legal aplicable, debemos exponer los hechos a los efectos de proceder a valorar los argumentos de ambas partes.



El 16 de junio de 2023, el órgano de contratación le requirió a la entidad recurrente para que, en diez días hábiles, conforme al art. 150.2 de la LCSP, presentase la documentación previa a la adjudicación, finalizando dicho plazo el día 3 de julio de 2023 debiendo realizarlo por Sirec.

El mismo día 3 de julio de 2023 figura en el expediente (folio 147) correo electrónico que contiene una comunicación dirigida a la dirección de correo electrónico del órgano de contratación, en donde comunican el intento de remitir la documentación. Hacen referencia a una llamada telefónica donde se pone de manifiesto contacto con el órgano de contratación a efectos de hacerles llegar toda la documentación. Señala que intentó contactar con el jefe de servicio, pues se le facilitó el teléfono, pero fue imposible contactar con el mismo. Afirma incluso, poniendo en conocimiento al órgano de contratación, que toda la documentación estaba preparada, incluida obviamente la constitución de la garantía definitiva. Solicitaban incluso “una prórroga”.

El día 3 de julio a la hora de finalización del plazo, la entidad recurrente no había presentado la documentación a través del Sistema Sirec-Portal de Licitación Electrónica.

Dos días más tarde, el 5 de julio de 2023, a través del registro telemático de la Junta de Andalucía, se recibió la documentación requerida, acompañándose a la misma, como justificación de la imposibilidad de utilizar el sistema SIREC, correo dirigido al órgano de contratación, el mismo día 3 de julio. (Folios 148-151).

El 7 de julio de 2023, la mesa por unanimidad acuerda la exclusión de dicha entidad recurrente con la siguiente argumentación: *“al no haber atendido el requerimiento de documentación previa, si bien, se hace constar que los motivos de la desatención del requerimiento fueron comunicadas al órgano de contratación dentro del plazo de presentación de la documentación, sin embargo al ser de naturaleza privada derivada de la validez de su certificado digital no puede ser objeto de subsanación ya que sería una causa imputable al licitador que supondría una desigualdad de trato entre los licitadores de acuerdo a la Resolución nº 957/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”*.

Es decir, no existió requerimiento de subsanación por dicho motivo, porque la causa de no cumplimentar el requerimiento se debe a una causa imputable al licitador, suponiendo ello una desigualdad de trato entre los licitadores. Sin perjuicio de que se volverá sobre ello, debemos resaltar la inadecuación de la respuesta, dado que al parecer para el órgano de contratación podrían existir causas de naturaleza no privadas que hagan imposible el cumplimiento del requerimiento del 150.2 LCSP y que ello sí daría lugar al requerimiento de subsanación por plazo de tres días. Baste con decir en este momento, que los defectos en la presentación de la documentación en el trámite del artículo 150.2 LCSP son siempre imputables al licitador que no lo presenta. Por otro lado, tampoco es del todo apropiado invocar en términos absoluto en este caso concreto, a la vista de que el órgano de contratación conoce además que ya no existían más interesados en esos dos lotes número 17 y 18, no poniéndose en riesgo dicho principio materialmente en este caso del mismo modo a si hubieran existido otros licitadores clasificados en un puesto posterior tras la clasificación de las ofertas.

No obstante, asiste la razón al órgano de contratación en cuanto al planteamiento general de la cuestión, ha de recordarse que los pliegos son *“lex contractus”* conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 22/2013, 20/2018, 311/2020, y 169/2021, entre otras muchas); de modo que, una vez aprobados por el órgano de contratación y aceptados por los licitadores al presentar sus ofertas, vinculan a ambas partes. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en



cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de “*pacta sunt servanda*”, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, conocidos y libremente aceptados por las entidades licitadoras.

Como este Tribunal se ha pronunciado en otras ocasiones, entre otras, en nuestra Resolución 270/2023, o 214/2018, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas. Si la licitadora no cumplimenta adecuadamente el requerimiento dentro de los plazos concedidos, ello determinará la exclusión del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, 37/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero).

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que “*Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusión for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)*”.

En el supuesto que analizamos, se indicaba de manera expresa, el apercibimiento de exclusión de no atender el requerimiento en los términos exigidos; dado que la utilización del SIREC por las licitadoras su finalidad es asegurar que la mesa de contratación dispondrá de la documentación presentada a través del mismo para su análisis en la sesión convocada al efecto.

Sin embargo, la casuística ha dado lugar a casos singulares o singularísimos abordados por este Tribunal. En este sentido, existen supuestos en que cuando ha existido constancia de alguna incidencia de índole técnica con relación al funcionamiento del sistema informático que justifique el proceder de la recurrente como en otros supuestos analizados por este Tribunal (v.g. Resoluciones de este Tribunal 460/2022 y 463/2022 ambas de 22 de septiembre). Asimismo, este Tribunal examinó otro supuesto que abordaba la cuestión relativa a que se dispusiera de la documentación en el momento de celebrarse la sesión de la mesa de contratación, como en el supuesto analizado en la Resolución de este Tribunal 207/2022, de 25 de marzo en la que exponíamos: «*De este modo, la utilización del SIREC por las licitadoras asegura que la mesa de contratación dispondrá de la documentación presentada a través del mismo para su análisis en la sesión convocada al efecto. Sin embargo, con la presentación de la documentación a través del registro electrónico, además de incumplir el precepto antes transcrito las licitadoras corren el riesgo de que la documentación presentada no llegue a tiempo a la mesa de contratación.*

No obstante, en el supuesto que venimos analizando la documentación presentada por la recurrente en respuesta al requerimiento estaba a disposición de la mesa de contratación en el momento de celebración de la misma, pues en el acta de la sesión antes transcrito se analizó esa documentación y se decidió no aceptarla por no haber sido aportada a través de SIREC, entendiéndose por ello no atendido el requerimiento como causa de exclusión.



Puesto que la mesa de contratación disponía de la documentación requerida a la hora recurrente en plazo, la exclusión de su oferta obedece a un incumplimiento formal, utilizar el registro electrónico en lugar del SIREC».

La cuestión estriba en este punto, como hemos apuntado anteriormente en que el órgano de contratación, a pesar de conocer la intención de presentar la documentación por parte del único licitador posible, es decir, sin posibilidad de quebrar materialmente la igualdad de trato entre partes, y hacerlo antes de la finalización del plazo, ya que la entidad recurrente se puso en contacto por teléfono durante la mañana del 3 de julio, y constando en el expediente que incluso intentó ponerse en contacto con el jefe de servicio responsable a efectos de conseguir una solución, sin dar la posibilidad de subsanar, procedió a la exclusión.

Afirma el órgano de contratación que la imposibilidad de dar plazo de subsanación radicaba en que la causa de no cumplir el requerimiento era de *“naturaleza privada”*. Este Tribunal está en desacuerdo con dicho razonamiento, dado que las causas de no atenderse a las mismas son siempre imputables al requerido, salvo que se esté refiriendo a que el fallo en el sistema Sirec sea imputable a la propia plataforma. Es decir, cuando falta alguna documentación del tipo que sea tras el requerimiento, ello daría lugar a una subsanación según el pliego como se ha visto.

La cuestión estriba en determinar la solución dada a este caso, pues en este supuesto no es que falte alguna documentación, sino que falta toda. Por ello el órgano de contratación ha aplicado una interpretación literal del pliego, estimando que la persona licitadora propuesta como adjudicataria no habría aportado la documentación en el plazo señalado, entendiendo que ha retirado su oferta. Sin embargo, olvida que existen evidencias de varias circunstancias que deberían haberse evaluado y que este Tribunal resume en lo siguiente:

- Inexistencia de otros licitadores en ambos lotes, que pudieran tener interés directo en la adjudicación, y respecto de los cuales pudiera comprometerse materialmente el principio de igualdad de trato a los licitadores.
- Comunicación de la entidad recurrente antes de la finalización del plazo para atender el requerimiento en el plazo de diez días hábiles.
- Disposición de toda la documentación por la mesa de contratación el día 7 de julio, fecha de celebración de la mesa de contratación a efectos de examinar la documentación.
- Inexistencia de ningún requerimiento de subsanación conociendo la causa de no presentar la documentación fehacientemente, hecho indubitado, dado que el correo electrónico recibido se hizo constar en el acta de la sesión de la mesa de 7 de julio.

Con relación a ello, respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se debe traer también a colación la citada 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.(..)”

“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 se trataba de una garantía que 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 LCSP, 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.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010 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, y en este caso existen dichas evidencias que han sido reconocidas por el propio órgano de contratación, pues el mismo día 3 de julio antes de la finalización del plazo, se puso en conocimiento del órgano de contratación que la causa de no presentar la documentación era que, a pesar de tener un certificado electrónico válido, este certificado había quedado revocado, necesitando de un tiempo para superar la incidencia. Se llamó por teléfono, cuestión no rebatida por el órgano de contratación antes de finalizar el plazo, y se remitió un correo electrónico explicativo, el cual se acompañó el día 5 de julio, dos días antes de la celebración de la mesa.

Debe tenerse en cuenta que no existió el requerimiento de subsanación realizado antes de agotar el plazo de 10 días, ya que, a la fecha de 3 de julio, aun siendo el último, ya conocía que no iba a poder presentar la documentación por Sirec, existiendo la petición de remitirlo por otro medio. Es decir, se podría haber interpretado como subsanable, la falta de esta interpretación, plausible en este caso concreto, impidió poder disponer de algunos días más para poder cumplir con la presentación de la documentación, lo cual habría sido posible, ya que el día 5 de julio se presentó la documentación por Sirec, es decir el requerimiento se habría atendido temporáneamente sobrando incluso un día. Asimismo, debe tenerse en cuenta que antes de expirar el plazo de 10 días hábiles el órgano de contratación conocía el motivo, por lo que en el sentido del artículo 150.2 LCSP no podría presumir la no presentación total de la documentación como culpable. Es cierto que es su responsabilidad disponer del certificado electrónico sin revocar, pero las circunstancias que la mesa de contratación tenía a su disposición en el momento de celebración de la mesa no permitían interpretar que existía una omisión de la documentación el día 3 de julio de 2023 por una falta de diligencia culpable, pues por un lado disponía de toda la información al respecto, no le había dado plazo de subsanación cuando podía habérselo dado, y cuando además disponía de toda la documentación en el momento de la mesa no existiendo ningún otro licitador para ambos lotes.

Interpretado el artículo 150.2 en el sentido dicho, carece de relevancia que la acreditación de la entrega de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos 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 de esta, lo podría haber solucionado con el plazo de subsanación no otorgado, cuando el mismo había sido solicitado, La presunción de retirada de la proposición queda así destruida.



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 aquella.../... 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.”

Todo ello a efectos del principio de confianza legítima y buena administración, la constatación de la inexistencia de quiebra material del principio de igualdad, 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 ya presumir a los efectos del artículo 150.2 LCSP que se retiraba la oferta, pues existen evidencias de lo contrario, de la intención de poner a disposición del órgano de contratación de la documentación aunque fuera por otros medios. Documentación que estuvo a disposición de la mesa en el mismo momento de la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 7 de julio de 2023.

Los efectos de la estimación del recurso supone que se anule la declaración de desierto, para que se retrotraiga el procedimiento a fin de que la mesa valore la documentación que tenía en su poder a fecha de la celebración de la sesión y en el caso de que la considere insuficiente conceda a la recurrente el correspondiente plazo de subsanación, con continuación del procedimiento hasta la adjudicación, en su caso, sin perjuicio de conservar aquellas partes del mismo, así como los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Por todo ello procede la estimación del recurso.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INQUALAB SCIENCE, S.L.**, contra la declaración de desierto de 28 de julio de 2023 del órgano de contratación en el procedimiento de licitación denominado “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro, de tracto sucesivo y precios unitarios de material específico para laboratorios (FAMILIA 01.24 DEL CATALOGO SAS), con destino a los centros adscritos a la Central Provincial de Compras de Córdoba (PAAM 65/22)”,(Expte.CONTR 2022 0001166931), en relación a los lotes 17 y 18, promovido por dicha Central, dependiente del Hospital Universitario Reina Sofía, entidad dependiente del Servicio Andaluz de Salud, agencia a su vez adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, a fin de que se proceda conforme a lo expuesto en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución, anulando la exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento previo a su dictado.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 17 y 18.

TERCERO. 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 las partes interesadas 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.

