

**Recurso 284/2024**  
**Resolución 314/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 14 de agosto de 2024

**VISTO** el escrito de recurso interpuesto por la entidad **GRÁFICAS TARTESSOS S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 10 de julio de 2024, dictada en el seno del procedimiento de contratación denominado “Suministro de papel, carpetas de archivo y otros con destino a los órganos judiciales de la provincia de Almería”, (Expediente CONTR 2023 0000772798), promovido por la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 10 de noviembre de 2023 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 206.611,58 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

**SEGUNDO.** Interesa destacar las siguientes actuaciones en la tramitación del procedimiento de licitación, dentro de los antecedentes a tener en consideración.

Según consta en la documentación remitida, en el acta de la mesa de contratación número tres de la sesión de la mesa de contratación de 8 de marzo se recogió la clasificación de los tres licitadores, por orden decreciente, acordándose requerir la documentación previa a la adjudicación a la entidad clasificada en primer lugar. La entidad MOBASEGON, S.L., la cual, tras el requerimiento de la documentación a los efectos del artículo 150.2 LCSP, y tras requerirle subsanación de la documentación, resultó excluida por la mesa el día 25 de abril.

Consecuencia de ello, en el acta cuarta de la mesa de contratación se refleja, respecto de la siguiente clasificada, el 30 de mayo de 2024, a la entidad DIA CASH S. L., el requerimiento de la documentación a los efectos del artículo 150.2 LCSP y tras requerirle subsanación de la documentación, se le adjudicó el contrato finalmente el 10 de julio de 2024.



Previamente se celebraron dos sesiones de la mesa, los días 13 y 17 de junio, reflejadas en el acta 7 de la misma. Tenían por objeto el estudio de la documentación aportada por la licitadora DIA CASH, S.L. a efectos de la propuesta para la adjudicación, y en concreto, en respuesta al requerimiento de subsanación a la documentación presentada para la justificación del cumplimiento de los requisitos previos.

**TERCERO.** Con fecha 26 de julio de 2024 se presenta en el registro de este Tribunal escrito y documentación adjunta que la recurrente dirige a este Tribunal en el que, tras exponer los antecedentes fácticos concurrentes en el presente supuesto, solicita de este Tribunal *«que tenga por presentado el recurso especial contra dicho acuerdo de adjudicación, estimando que no se habría constituido correctamente conforme al PCAP la garantía definitiva, solicitando la exclusión de dicha entidad.»*.

Con fecha 29 de julio de 2024, el escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación solicitándole el informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 1 de agosto de 2024.

A continuación, el 2 de agosto de 2024, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las restantes licitadoras, no constando que se haya cumplimentado el trámite concedido por ninguna.

## **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 que ha sido clasificada la siguiente a la entidad que ha resultado ser la adjudicataria, por lo que está legitimada, dado que la estimación de su recurso especial podría dar lugar a ser la adjudicataria del contrato, todo ello de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación dictada en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado como se ha expuesto, el mismo se interpone contra la adjudicación del contrato. En este sentido, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.



## **QUINTO. Consideraciones de fondo: alegaciones de las partes.**

### **1. Alegaciones de la entidad recurrente.**

Se cuestiona la válida constitución de la garantía definitiva mediante aval bancario. Señala que habría quedado patente la intencionalidad de la entidad adjudicataria de constituir la garantía definitiva, pero esta se ha depositado en la Caja General de Depósitos el 4 de junio 2024, es decir, según ella 14 días desde la finalización del plazo para la presentación de la documentación solicitada. Expresa después de citar cierta doctrina que “no puede ser admitida la garantía depositada por Dia Cash, S.L., al ser depositada de forma extemporánea”.

Señala además que “si encontraba dificultades con la entidad bancaria, pudo haber constituido la garantía provisional por cualquiera de los otros medios de constitución previstos en la citada cláusula.” Dia Cash, S.L. pudo salvar las dificultades planteadas, por la entidad bancaria, que iba constituir el aval, mediante la constitución de la mencionada garantía definitiva, por cualquiera de las otras formas de constituir garantías, que recoge la Ley de Contratos del Sector Público. No existe obligatoriedad, de constituir la garantía definitiva, mediante aval”.

Solicita que se declare nulo el acuerdo de adjudicación.

### **2. Alegaciones del órgano de contratación**

EL informe al recurso especial se remite a los argumentos esgrimidos por la mesa de contratación en sus reuniones de 13 y 17 de junio de 2024, recogidos en el acta nº7.

## **SEXTO. Consideraciones del Tribunal.**

El PCAP en su cláusula 10.7.1 señala: “1. Una vez aceptada la propuesta de la Mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de Licitación Electrónica a la persona licitadora que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de 10 días hábiles, plazo que podrá reducirse hasta la mitad por exceso en caso de urgencia, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación que se detalla en el apartado 2 de esta cláusula, tanto de la persona licitadora como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, por medios electrónicos a través de SiREC-Portal de licitación electrónica.”

Y el apartado k de la cláusula 10.7.2 señala:

“Las personas licitadoras que hubieran presentado las mejores ofertas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía del 5% del precio final ofertado, IVA excluido, salvo que en el Anexo I-apartado 7 se haya dispuesto eximir de la obligación de constituir garantía definitiva. No obstante, cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.

La garantía se constituirá ante la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma, lo que se realizará por medios electrónicos a través de la sede electrónica de la Consejería competente en materia de Hacienda o de la sede electrónica general de la Administración de la Junta de Andalucía, a las que se podrá acceder directamente a través de la dirección <https://www.ceh.junta-andalucia.es/economiayhacienda/apl/surweb/modelos/modeloTeso/asistente.jsp> o, en su defecto, a través del Portal de la Junta de Andalucía.



*La constitución de la garantía quedará acreditada con el resguardo expedido por la Caja General, el cual será consultado directamente por el órgano de contratación sin que tenga que aportarse por la persona licitadora.*

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

*Además, cuando así se indique en el Anexo I-apartado 7 y de conformidad con el artículo 107.2 de la LCSP, se podrá exigir una garantía complementaria de hasta un 5 % del precio final ofertado, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 % del citado precio.*

*En caso de que se hagan efectivas sobre la garantía definitiva las penalidades o indemnizaciones exigibles a la persona contratista, este deberá reponer o ampliar aquella, en la cuantía que corresponda, en el plazo de quince días desde la ejecución, incurriendo en caso contrario en causa de resolución.*

*Cuando como consecuencia de una modificación del contrato, experimente variación el precio del mismo, deberá reajustarse la garantía, para que guarde la debida proporción con el nuevo precio modificado, en el plazo de quince días contados desde la fecha en que se notifique a la persona adjudicataria el acuerdo de modificación.*

*La devolución o cancelación de la garantía definitiva se realizará una vez producido el vencimiento del plazo de garantía señalado en el Anexo I-apartado 13 y cumplido satisfactoriamente el contrato, o resuelto éste sin culpa de la persona contratista, previo informe del responsable del contrato acreditativo de tal cumplimiento.*

*En el supuesto de recepción parcial solo podrá la persona contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el Anexo I-apartado 7”.*

En el presente procedimiento, y respecto del requerimiento realizado a la entidad adjudicataria, tras el examen de la documentación presentada por la licitadora, y respecto a la acreditación de haber depositado la garantía definitiva, se aportó Resguardo de Constitución de Garantía (Modelo T00), que certifica la válida constitución de garantía mediante aval, el 3 de junio de 2024 en la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Consta que la garantía definitiva aportada, una vez recabado por la mesa, a través del correspondiente Servicio de Tesorería, el aval bancario depositado que avalaba a la adjudicataria por importe del 5% de 103.305,79 €, (importe correspondiente al presupuesto base de licitación, IVA excluido).

Consta la constitución del aval bancario y su depósito dentro del plazo establecido al respecto.

El primer requerimiento de documentación previa se puso a disposición de la licitadora el 9 de mayo con fecha límite de presentación a las 23:59 horas del día 23 de mayo.

Es cuando se constata que la empresa no había constituido el aval a la fecha límite del requerimiento. Y por ello durante el plazo de presentación de la documentación previa y también durante el plazo del requerimiento de subsanación, se informa de la existencia de dificultades a la hora de constituir el aval en tiempo debido al retraso de la entidad financiera.



El órgano de contratación procede entonces a aclarar las circunstancias con la entidad adjudicataria acerca del retraso en la válida constitución de la garantía, a fin de determinar a los efectos previstos en el artículo 109.1 de la LCSP, si dicho retraso puede considerarse o no imputable al licitador. Se ha justificado que la entidad adjudicataria que el día 10 de mayo, tras recibir el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, solicitó a la entidad bancaria la constitución del aval. De igual modo, ha indicado que el mismo día 10 de mayo la entidad bancaria acusó recibo de la solicitud de aval, aportando copia del correo electrónico que lo refleja.

A modo de justificación se aporta:

- Copia de correo electrónico de la entidad bancaria, de 13 de junio dirigido a la entidad adjudicataria mediante el que expresan sus disculpas por el retraso en la confección del aval.
- También una comunicación de la entidad bancaria de 14 de junio, en la que se indican que, dentro de la política de funcionamiento de la entidad financiera, que no existen compromisos de plazos de entrega para las diferentes gestiones que se realizan con la entidad, incluida la gestión de avales.

La mesa concluyó, tras el análisis de toda la documentación que, dada las dificultades alegadas por la empresa para constituir el aval dentro del plazo estipulado, no se puede entender que estemos ante un comportamiento imputable al licitador a los efectos prevenidos en el artículo 109.1 de la LCSP, y que este haya tenido la voluntad de retirar la oferta conforme al artículo 150.2 de la LCSP.

Con relación a ello, este Tribunal en la Resolución 366/2021, de 8 de octubre sostuvo una interpretación flexible respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, trayendo a colación una Resolución, la 961/2020, de 11 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). En esta resolución a la que se aludía, trataba el supuesto concreto de constitución de la garantía definitiva fuera del plazo hábil de la tramitación admite su presentación extemporánea haciendo aplicación de su doctrina, avalada por la jurisprudencia, que distingue los incumplimientos totales y graves de aportación de la documentación requerida de los incumplimientos simplemente defectuosos, llegando a la conclusión de que la interpretación de la *“retirada injustificada de la oferta se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida” (...)*

*“En esta tesitura, no cabe sino apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con el requerimiento, como a la postre ha quedado demostrado con la constitución de la garantía dentro de la ampliación de plazo otorgada, mediante efectivo, lo que además puede considerarse como un indicio que corroboraría las dificultades alegadas en cuanto a la obtención de aval bancario. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo no supone en este supuesto un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, ajeno a la voluntad del licitador afectado, con lo que debe aplicarse, en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, teniendo por válidamente cumplimentado el trámite, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe reservarse tan sólo*



*a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se ha producido según hemos razonado”.*

En el caso del TACRC la garantía se constituye fuera del plazo de los cinco días hábiles (en una tramitación de urgencia), 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 TACRC 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, no se ha dado, ya que se constituye el 3 de junio de 2024, siendo el requerimiento de subsanación el día 30 de mayo, concediéndose 3 días naturales.

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



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

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

*El artículo 150.2 de la LCSP dispone:*

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

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

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

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



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

*Así señala el precepto:*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Interpretado el artículo 150.2 en el sentido dicho, carece de relevancia que la acreditación de la constitución de la garantía ante el órgano de contratación tenga lugar transcurridos los 10 días hábiles otorgados, pues queda acreditado que la recurrente no tenía intención de retirar la proposición y que la no presentación del depósito de la*



constitución de la garantía en plazo no le fue imputable al mismo. La presunción de retirada de la proposición queda así destruida.

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

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

*“se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe.../... Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.”*

Señala el Tribunal que:

*“Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente. El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado, sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a 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.”*



*El fundamento jurídico séptimo añade además respecto de la sanción de penalización del 3% del presupuesto base de licitación, que obliga a extremar el principio de proporcionalidad: “con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe y media dolo, culpa o negligencia). La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.”*

Por todo ello, en nuestro caso concreto cabe afirmar que no se ha cumplimentado el requerimiento relativo a la constitución de la garantía definitiva, ya que con arreglo al artículo 109 de la LCSP, el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo del artículo 150.2 haber constituido la garantía definitiva, lo cual no ha ocurrido en nuestro caso, ya que el precepto exige constituir esa garantía, pero no excluye que se haga con defectos u omisiones y no se acreditan circunstancias excepcionales.

Cumple mencionar que, respecto de ambas modalidades de presentación, en aquel supuesto de la resolución 366/2021, de 8 de octubre, se afirmaba que “es cierto que la presentación telemática le habría exonerado de la obligación de presentación del resguardo de depósito a la vista del requerimiento, si bien el órgano de contratación desde el 29 de junio de 2021 tenía la documentación en su poder, no pudiendo además presumir la retirada de la oferta. Téngase además en cuenta que el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación comenzó a computarse el día 18 de junio, y que el plazo de diez días hábiles al que se refiere el artículo 150.2 de la LCSP y la cláusula 10.5.1 del PCAP no había aún expirado el día 30 de junio de 2021, cuando se reúne la mesa y le requiere la subsanación en el plazo improrrogable de 3 días naturales dándole fecha límite el 5 de junio. Teniendo en cuenta ello, podría haber procedido a agotar naturalmente los plazos, comunicando esta circunstancia a efectos de que se atrasare o mejorase un poco el sistema de cita previa en lo que se refiere a los plazos”.

La garantía en nuestro caso no estaba ni constituida ni existen circunstancias excepcionales, y a más, como señala la entidad recurrente, si encontraba dificultades con la entidad bancaria, pudo haber constituido la garantía por cualquiera de los otros medios de constitución previstos en la citada cláusula. Es decir, mediante la constitución de la mencionada garantía definitiva, por cualquiera de las otras formas de constituir garantías, que recoge la LCSP. No existe obligatoriedad, de constituir la garantía definitiva mediante aval, y no es este el supuesto de falta de acreditación, sino de constitución.

Por último, no debemos de olvidar que nos encontramos ante un procedimiento de concurrencia competitiva, en el que cobra singular relevancia, entre otros principios, el de igualdad de trato de los licitadores. En tal sentido el lugar, plazo y forma de presentación de la documentación se encuentran regulados en el PCAP, cuyo contenido vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación.

En nuestra Resolución 166/2021, de 21 de abril, así como en la 327/2019, de 10 de octubre, se ha analizado la cuestión de los plazos de subsanación en relación con la vigente LCSP, en los siguientes términos:

*“Por lo expuesto, habiendo presentado la subsanación fuera del plazo establecido -cuestión esta no cuestionada por ninguna de las partes- no cabe atender a la pretensión de la recurrente y admitir la documentación presentada fuera de plazo, sin vulnerar el principio de igualdad de trato, ya que como ha manifestado este Tribunal en sus Resoluciones 306/2016 y 309/2016, ambas de 2 de diciembre, en la 13/2017, de 27 de enero y en la 21/2018, de 31 de enero, resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en el Informe 18/2011, de 6 de julio, de la Junta Consultiva*



*de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, cuando señala que «la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la LRJPAC, deben aplicarse en el procedimiento de adjudicación de los contratos de forma que se respeten los principios de igualdad de trato y de eficiencia que proclama la LCSP. El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben poder conocer con claridad los trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de una actividad simultánea por todos los licitadores», ya que lo contrario situaría a la recurrente en una posición de ventaja frente al resto de licitadoras. (...)*

*Lo anterior, determina la imposibilidad de, como pretende la recurrente, admitir la documentación presentada fuera de plazo, no pudiendo en ningún caso trasladar al órgano de contratación las consecuencias de su falta de diligencia (...)*”.

*Y así lo hemos sostenido igualmente en nuestra Resolución 188/2020, de 1 de junio:*

*“En este sentido, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras muchas) la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que «(...) 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 Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80)».*

Tras todo lo expuesto, y encontrándonos ante una obligación, la de constituir y depositar la garantía definitiva con anterioridad a la adjudicación del contrato, que incumbe a la persona licitadora y dado que la misma no fue atendida en el plazo de diez días que se le confirió al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, y que, tras el requerimiento de subsanación formulado para que se acreditase su depósito, tampoco se atendió al cumplimiento del mismo en el plazo otorgado al efecto, debe estimarse el recurso.

#### **SÉPTIMO. Efectos de la resolución estimatoria.**

Los efectos de esta resolución determinan la nulidad de la resolución de adjudicación, debiendo retrotraerse el procedimiento al momento anterior al dictado de dicha resolución, a efectos de excluir a la entidad que no ha cumplido con el requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, debiéndose requerir la misma a la entidad recurrente, dado que había resultado la siguiente entidad licitadora clasificada.

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



## ACUERDA

**PRIMERO.** Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **GRÁFICAS TARTESSOS S.L.**, contra la resolución de adjudicación de 10 de julio de 2024, dictado en el seno del procedimiento de contratación denominado “Suministro de papel, carpetas de archivo y otros con destino a los órganos judiciales de la provincia de Almería, (Expediente CONTR 2023 0000772798)” promovido por la Delegación Territorial de Administración Local y Función Pública en Almería, anulando dicha resolución para que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**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.

