

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº. – 37 /2021

RESOLUCIÓN Nº.- 37 /2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 8 de octubre de 2021.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., mediante el que se interpone recurso especial en materia de contratación contra su exclusión en los Lotes 2, 3, 4 y 5 del procedimiento de contratación "ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE DIVERSO MATERIAL INFORMÁTICO", Expediente 079/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla (en adelante EMASESA) este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2021 se remite al DOUE anuncio de licitación del contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, descrito en el encabezamiento, con un valor estimado de 1.690.153 €, tramitándose mediante procedimiento abierto.

La licitación se publica en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, junto con los Pliegos y Anexos correspondientes, el día 7 de dicho mes.

En fecha 22/07/2021, se requiere a los licitadores cuyas ofertas han sido propuestas como adjudicatarias, para que, de acuerdo con el apartado 7.6 del pliego de cláusula administrativas particulares (PCAP), aportasen la documentación indicada en los apartados 26.1 al 26.5 del Anexo 1 del PCAP, estableciéndose en el requerimiento que el plazo finaliza el 5 de Agosto.

Entendiendo vencido el plazo de respuesta al requerimiento anteriormente referido, se analiza la documentación presentada y se informa por los técnicos que el licitador Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, S.A.U *"no ha*

contestado al requerimiento de documentación previa emitido, incumpliendo la obligación de constituir la garantía definitiva exigida, así como de aportar la referida documentación”

En atención a estas circunstancias, se procede a excluir del procedimiento de adjudicación del expediente 079/21 ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE DIVERSO MATERIAL INFORMÁTICO, las ofertas de la hoy recurrente.

Con fecha 8 de septiembre de 2021 se notifica la exclusión, manifestando que “Debido a que el licitador no ha contestado al requerimiento de documentación previa emitido, incumpliendo la obligación de constituir la garantía definitiva exigida, así como de aportar la referida documentación, de conformidad con lo previsto en el apartado 7.6 del PCAP, se tiene por retirada la oferta de dicho licitador en el marco de los lotes a los que habría formulado oferta proponiéndose su exclusión. Frente a la presente resolución podrán interponer, en su caso, los recursos indicados en la cláusula 25 del PCAP.”

SEGUNDO.- Con fecha 29 de septiembre, se comunica por el Registro General, la interposición, el 27 de septiembre, de recurso en materia de contratación, en nombre y representación de la mercantil TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U.

La documentación recibida, se traslada el mismo día 29, a la unidad tramitadora del expediente, solicitando la remisión del expediente e informe a que se refiere el art. 56.2 de la LCSP. La documentación remitida por parte de la citada unidad, tiene entrada en este Tribunal el 4 de octubre, oponiéndose a las alegaciones de la reclamante y manifestando el traslado de la reclamación a los interesados, a efectos de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer término, el estudio y consideración de la acción ejercitada por el recurrente, habida cuenta de que nos encontramos ante un procedimiento de contratación tramitado por un poder adjudicador, no Administración Pública, como es EMASESA, que tiene la consideración de Entidad Contratante del Sector del Agua (Disposición Adicional 8ª LCSP 9/2017, Artículos 5 y 8 R.D. 3/2020).

En efecto, EMASESA, es una entidad sujeta en su contratación al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, conforme al cual (art. 5), EMASESA es una entidad contratante dedicada a una de las actividades reguladas en dicha ley (art. 8), estando el contrato igualmente sujeto a la misma al tratarse de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en su art. 1, no encuadrándose entre las exclusiones previstas, lo que determina que el régimen de impugnación será el previsto en los art. 119 y siguientes de la misma, procediendo, en

consecuencia, la reclamación prevista en el citado Real Decreto, sin que el error en la denominación sea obstáculo para su tramitación.

En este sentido, el propio Pliego de Cláusulas Administrativas dispone que el contrato se encuentra sujeto a en el RDL 3/2020, o, en su caso, preceptos aplicables de la LCSP, y, subsidiariamente, por el derecho privado (Cláusula 3), determinándose en el Anexo I que la legislación aplicable es el Real Decreto-ley 3/2020, así como la posibilidad de interponer reclamación en materia de contratación del art. 119 RDL 3/2020.

SEGUNDO.- Este Tribunal es competente para resolver de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 del RDL 3/2020, y los acuerdos, que conforme a la normativa de aplicación, han sido adoptados por los órganos competentes del Ayuntamiento de Sevilla; Acuerdo de creación, por Pleno de 25 de mayo de 2012, Acuerdo de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y acuerdo de la Junta de Gobierno de fecha 6 de julio de 2018, por el que se adapta la regulación, composición y funcionamiento del Tribunal a las nuevas prescripciones de la Ley 9/2017, aprobándose sus normas de funcionamiento.

TERCERO.- En cuanto al plazo y lugar de interposición, habremos de estar a lo dispuesto en la LCSP, a cuyo régimen jurídico se remite expresamente al art. 121 del RDL 3/2020. Conforme al art. 51.3 de la LCSP:

“3. El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible.”

La reclamación se ha interpuesto por persona legitimada para ello, conforme al artículo 48 de la LCSP.

CUARTO.- Cumpliéndose los requisitos objetivos, presentación en plazo y legitimación del recurrente, procede analizar el fondo del asunto.

El recurso se fundamenta en la disconformidad de la recurrente con la exclusión de su oferta, teniéndola por retirada, alegando:

1.- “que la Administración no procedió como establece la legislación sobre esta materia, es decir requiriendo a TELEFÓNICA, para que subsanase su error a la hora de cumplimentar el requerimiento de aportar documentación. En este sentido el art. 141.2 de la LCSP, en relación con el art. 150.2 confirma que con carácter previo a la

exclusión del licitador, se debe requerir al mismo en un plazo de 3 días para que tenga la oportunidad de subsanar su error.”

2.- El “aval, pese a que no se adjuntó con el resto de documentación fue constituido e inscrito en el registro de avales, en fecha 5 agosto de 2021, es decir dentro del plazo concedido por la administración para ello. Se adjunta Aval constituido y certificado expedido por la entidad BANKINTER, en el que se acredita lo anteriormente expuesto, como documentos 3 y 4.”

En razón de ello, solicita al Tribunal “que se tenga por presentado este escrito en tiempo y forma y por interpuesto recurso especial en materia de contratación contra la Resolución por la que se excluye a mi mandante de los lotes 2, 3, 4 y 5 del procedimiento de contratación del Expediente 079/21 “ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE DIVERSO MATERIAL INFORMÁTICO”, dejando sin efecto la misma y se acuerde adjudicarle los referidos lotes.

OTROSÍ DIGO que de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 de la LCSP, a esta parte interesa se acuerde como medida cautelar la suspensión del procedimiento, y por tanto la adjudicación del expediente Expediente 079/21, por cuanto este hecho provocaría un perjuicio irreparable a mi mandante y a la administración, por cuanto la oferta presentada por TELEFÓNICA era la más ventajosa para la misma.”

El órgano de Contratación, por su parte, se opone a la reclamación, manifestando que:

.- se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, para que aportase, entre otros extremos, la justificación del depósito y constitución de la fianza/garantía definitiva ascendente a 39.743,10 euros (5% de 794.862,00 euros, correspondiente a la suma de los presupuestos de licitación de los lotes núm. 2, 3, 4 y 5 para los que fue propuesta como adjudicataria).

Teniendo en consideración que el envío y recepción del requerimiento se produjo en fecha 22/7/2021 a las 14:03 horas -de conformidad con el justificante emitido por la propia Plataforma de Contratación del Sector Público- el fin de plazo para presentar la documentación previa, así como para depositar y constituir la garantía/fianza definitiva del expediente finalizaba el día 5/8/2021, y que si la tesis de la reclamante fuese aceptada se estaría creando un precedente en lo que respecta al plazo para aportar la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, que generaría en todo caso, un retraso constante en la adjudicación de -prácticamente- la totalidad de los contratos

.- la configuración como requisito mixto por parte de la jurisprudencia y doctrina en cuanto a la constitución y depósito de la garantía definitiva, defendiendo que, para el caso de que este Tribunal entienda subsanable la cuestión referida en los fundamentos primero y segundo anteriores -lo cual este Órgano de contratación niega a la luz de la jurisprudencia y doctrina interpretativa del artículo 150.2 de la LCSP-, ha de ponerse de manifiesto que la documentación aportada por la reclamante en sede del recurso, relativa a la acreditación de la constitución de la garantía definitiva en plazo, en ningún caso cumple con lo dispuesto en el régimen jurídico aplicable en cuanto a la obligación de constituirse dicha garantía en el plazo requerido, pues se ha comprobado que el aval constituido con la entidad Bankinter, S.A. no se realizó en el plazo otorgado, debido a que, si bien el documento enviado por TELEFONICA refleja en el pie de firma la fecha “5 de agosto de 2021”, las firmas electrónicas de los apoderados de la entidad financiera BANKINTER, S.A. se datan del día siguiente, 6 de agosto de 2021.

.- atendiendo a que la reclamante ha acompañado documentos a su alegato, en los que supuestamente funda su derecho (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1.d) de la LCSP), este Tribunal ha de pronunciarse sobre la validez o no de los mismos a efectos de acreditación y cumplimiento del requisito de constitución y depósito de la garantía definitiva que aquí nos ocupa.

Y es que, en el caso de que, hipotéticamente se admitiese por este Tribunal la pretensión de la reclamante relativa a la obligación de EMASESA de solicitar aclaración respecto al requisito de la garantía definitiva, el Acuerdo marco que aquí nos ocupa no sería adjudicado a TELEFÓNICA por cuanto tras haber valorado la documentación aportada con la reclamación interpuesta (la cual sería la que habría aportado en sede de subsanación si esta aplicase), se ha comprobado que el aval constituido con la entidad Bankinter, S.A. no se realizó en el plazo otorgado.

Es por ello por lo que, este Tribunal ha de resolver sobre ambas cuestiones en la resolución pertinente, desestimando conforme a los argumentos aquí expuestos, las pretensiones solicitadas por la reclamante.

.- la improcedencia de las medidas cautelares de suspensión solicitadas, por cuanto que no cabe el perjuicio para EMASESA ya que en el marco del procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión no se valoraba oferta económica alguna, sino únicamente el cumplimiento de una serie de requisitos a los efectos de formar parte de la selección de empresas adjudicatarias del Acuerdo marco (apartado 22 del Anexo 1 del PCAP), lo cual implica que no existe mejor oferta que otra de las empresas seleccionadas, sino que únicamente cumplen los requisitos técnicos suficientes como para poder desarrollar cualquiera de los contratos basados que se formalicen al amparo del Acuerdo.

Asimismo, cabe poner de manifiesto que, la hipotética estimación de la pretensión alegada por la reclamante en lo que respecta a la garantía definitiva, no implicaría directamente la adjudicación a su favor del Acuerdo marco en cuestión, ya que, con carácter previo a la misma, TELEFÓNICA tendría que cumplir y acreditar el resto de requisitos previos exigidos en el marco del procedimiento de contratación.

Atendiendo a lo anterior, y considerando que la resolución de este Tribunal no tiene una relación directa/automática con el curso del procedimiento de contratación -el cual se encuentra ya adjudicado y a la espera de formalización-, no procede en ningún caso estimar la medida cautelar de suspensión solicitada por TELEFÓNICA.

Como este Tribunal viene manifestando, (Resolución 4/2019 o 3/2020) el carácter revisor de los Tribunales especiales en materia de Contratación viene sosteniéndose, tanto por éstos como por la jurisprudencia, desde sus orígenes, en este sentido y entre otras muchas, destacar las Resoluciones de este Tribunal 2/2012,6/2012, 7/2013, 8/2013,12/2017, 6/2017 o 14/2017, Tribunal Central 267/2017, Aragón 81/205, Andalucía 263/2011, 1/2012.

Como señalaba el Tribunal Central en su Resolución 267/2017, *"la función de este Tribunal es de carácter revisor. Así, como hemos indicado en reiteradas resoluciones (entre otras 58/2016, 367/2016, 24/2015,196/2014) nuestro cometido es el de revisar los actos recurridos para determinar si se hallan incursos en vicios de legalidad, y de ser así, anularlos y ordenar en su caso la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, pero en ningún caso puede sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación."*

La función revisora que al Tribunal corresponde no puede, pues, ampliarse a la sustitución del centro tramitador en sus actuaciones, ni, obviamente a la de la Mesa y el propio Órgano de Contratación en las decisiones y acuerdos que a éstos corresponde adoptar, del mismo modo que no puede sustituir un juicio técnico, ni resolver la adjudicación en favor de uno u otro licitador, correspondiéndole, eso sí, verificar el cumplimiento de la normativa vigente y el ajuste a derecho de la actuación administrativa, adoptando si se verificara lo contrario, los acuerdos oportunos a fin de que en la sede correspondiente se depuren las actuaciones y se alcance un resultado acorde a la legalidad. En este sentido, la LCSP, en su art. 57.4, viene a disponer expresamente que *“En caso de estimación total o parcial del recurso, el órgano de contratación deberá dar conocimiento al órgano que hubiera dictado la resolución, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la misma.”*

Es doctrina generalmente aceptada la que manifiesta que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es contraria a los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia.

En el caso que nos ocupa, examinado el expediente de Contratación, se constata que no constan en el mismo los documentos anexados al recurso *“Aval constituido y certificado expedido por la entidad BANKINTER”*, en los que la recurrente fundamenta el cumplimiento de los requisitos previos y la improcedencia de su exclusión. En definitiva, la recurrente ha presentado en vía de recurso justificaciones no aportadas en el procedimiento de contratación.

En este sentido, en relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno, como claramente concluía el Tribunal de recursos Andaluz, con cita de diversas Resoluciones al efecto (270/2021, 119/2020, 138/2021, 386/2019) *«Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP».*

Corresponde a este Tribunal, pues, revisar la actuación, pero no sustituir o reemplazar al órgano de Contratación en sus funciones, examinando y calificando documentación que no forma parte del expediente de contratación, y que, en consecuencia, es desconocida para aquél, ni resolver la adjudicación en favor de uno u otro licitador.

En consecuencia, y en al ámbito de las funciones que a este Tribunal competen, procede el análisis y revisión de la actuación seguida por el órgano de contratación y el acto recurrido; esto es; la exclusión, a fin de determinar si se halla incurso en vicios de legalidad, y de ser así, anularlo y ordenar la reposición de actuaciones al momento anterior a aquel, pero en ningún caso procede sustituir a los órganos intervinientes en el

procedimiento de contratación. Por los motivos expuestos, no es posible admitir las dos justificaciones con ocasión de la interposición del recurso, no aportadas en el momento procesal oportuno, centrándonos, como señalábamos y sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, en el examen de la actuación seguida por el órgano de Contratación.

QUINTO.- Considera y defiende la recurrente “que la Administración no procedió como establece la legislación sobre esta materia, es decir requiriendo a TELEFÓNICA, para que subsanase su error a la hora de cumplimentar el requerimiento de aportar documentación. En este sentido el art. 141.2 de la LCSP, en relación con el art. 150.2 confirma que con carácter previo a la exclusión del licitador, se debe requerir al mismo en un plazo de 3 días para que tenga la oportunidad de subsanar su error.”

En este Sentido se citan diversas Resoluciones de Tribunales análogos, trayendo a colación la Resolución 247/2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, la cual suscribimos íntegramente, cuando señala que “*Al respecto, este Tribunal entiende que una vez calificada la documentación presentada como insuficiente para acreditar los requisitos previos, procede otorgar un trámite de subsanación, como demanda la recurrente, por entender que estos requisitos son esencialmente subsanables. Así, en nuestra Resolución 309/2018, de 9 de noviembre: “Así, una vez sentado lo anterior, procede analizar a continuación si el órgano de contratación debió, como manifiesta la recurrente concederle la posibilidad de subsanar la documentación presentada.*

La presente cuestión ha sido analizada por este Tribunal en la reciente Resolución 279/2018, de 10 de octubre, en la que con invocación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, estima que procede conceder a la licitadora propuesta como adjudicataria en determinados supuestos, un plazo para la subsanación de la documentación presentada, siendo la exclusión de las licitadoras por defectos de los documentos administrativos una medida excepcional, que debe ser aplicada de forma estricta dado su carácter restrictivo de la concurrencia, máxime cuando dicha exclusión, como en el presente supuesto, afecta a la proposición de la licitadora que presenta la oferta económicamente más ventajosa.

En este sentido, el principio de proporcionalidad citado, reconocido por la jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, asunto T-195/08), y elevado a rango de principio de la contratación en los artículos 18 de la Directiva 2014/24/UE y 132 de la nueva LCSP, exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.

Por otra parte, atendiendo a la literalidad del artículo 151.2 del TRLCSP, este no prevé nada al respecto, ni autoriza ni prohíbe la subsanación de los defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido para ello.

No obstante lo anterior, debemos señalar que respecto a la documentación acreditativa de los requisitos previos aportada con ocasión del sobre nº1 -documentación administrativa cuando su aportación se sustituye por una declaración responsable o por el DEUC (Documento Europeo Único de Contratación), como ocurre en el supuesto

examinado, se permite la posibilidad de subsanar la misma con ocasión de su aportación por la licitadora propuesta adjudicataria con carácter previo a la adjudicación, por lo tanto, procede hacer extensiva dicha posibilidad a la documentación exigida con carácter previo a la adjudicación, por cuanto es en ese mismo momento cuando se aporta la misma y se procede a su calificación, siendo con ocasión de su presentación cuando se pueden apreciar los defectos subsanables en su caso, y sin que haya razón o justificación alguna para que se otorgue plazo de subsanación en el primer caso y no en este segundo.

Asimismo, el citado artículo 151.2 del TRLCSP, hace referencia a la no cumplimentación adecuada del requerimiento en el plazo señalado, como requisito para entender que el licitador ha retirado injustificadamente su oferta. En este sentido, dicho precepto exige que exista un comportamiento inequívocamente incumplidor de lo requerido, que evidencie que efectivamente la licitadora propuesta quiere retirar su oferta, equiparándose la retirada de la oferta en el artículo 62 del RGLCAP a la no constitución de la garantía definitiva o la no formalización del contrato en plazo, constituyendo ambos supuestos situaciones de incumplimientos totales de obligaciones y de gravedad suficiente para proceder a la incautación y ejecución de la garantía provisional.

En el presente supuesto, de la documentación obrante en el expediente se constata que el requerimiento realizado a la recurrente respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias ha sido cumplimentado por esta. No obstante, dicho cumplimiento se ha realizado de forma incompleta, por lo que no cabe considerar que no ha cumplido con dicho trámite, más aun cuando ha aportado la documentación solicitada con carácter previo a la resolución impugnada.

En consecuencia, la actuación de la entidad recurrente evidencia su deseo de no retirar su oferta y de resultar adjudicataria de los lotes para los que fue propuesta, por lo que en el supuesto examinado no procede acordar su exclusión de forma automática, sin concederle previamente la posibilidad de subsanar la documentación aportada.

Asimismo, debemos señalar que el criterio establecido por este Tribunal, es seguido en la actualidad por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales pronunciándose en este sentido, entre otras, en sus Resoluciones 439/2018, de 27 de abril, 582/2018, de 12 de junio y 747/2018, de 31 de julio. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, en su Recomendación 2/2018, se ha pronunciado respecto a la inclusión en la redacción de los distintos pliegos de un plazo para subsanar los defectos de que adolezca la documentación presentada por el licitador propuesto como adjudicatario."

El órgano de Contratación, sin embargo, mantiene que "a fecha de finalización del plazo para acreditar la constitución de la garantía/fianza definitiva -entre otros extremos-, y tras haber comprobado la documentación aportada por la reclamante, el Órgano de Contratación constató que no existía indicio/documentación alguna - ni justificante de transferencia bancaria ni Anexo 5 o 6 del PCAP (aval/seguro de caución respectivamente)- relativa a la constitución y depósito de la garantía definitiva exigida en el marco de la licitación por parte de dicha entidad.

Esto es, en el marco de la adjudicación del expediente que aquí nos ocupa, el Órgano de Contratación no disponía de ningún tipo de documento o declaración emitida por TELEFONICA de la cual pudiese derivarse que esta hubiese constituido la garantía/fianza definitiva en plazo en algunas de las formas establecidas en el propio PCAP y artículo 108 de la LCSP.

No obstante lo anterior, la reclamante, a pesar de no haber comunicado/declarado extremo alguno en lo que respecta a la constitución de la garantía definitiva en la aportación de la documentación previa que realizó -una declaración responsable habría sido suficiente para que este Órgano de contratación hubiese tenido mediana certeza de que dicha garantía podría estar constituida en

plazo- pretende que EMASESA supusiese que dicha garantía se encontraba constituida, y en consecuencia debía haber solicitado subsanación/aclaración a tal efecto para que se aportase.

Ha de tenerse en consideración que, si la tesis de la reclamante fuese aceptada se estaría creando un precedente en lo que respecta al plazo para aportar la acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, que generaría en todo caso, un retraso constante en la adjudicación de - prácticamente- la totalidad de los contratos.

Ello debido a que, si cualquier Órgano de Contratación -independientemente de que no disponga de documentación/indicio alguno en relación con la garantía definitiva- debe solicitar con carácter adicional al requerimiento ya efectuado, nueva aclaración para comprobar si realmente ha constituido la garantía/fianza definitiva en el plazo inicial de diez (10) días hábiles, estaríamos dando una doble opción constante para que acreditasen dicho requisito, lo cual generaría retrasos (de aproximadamente 3/5 días adicionales) para acordar la adjudicación.

Respecto a las anteriores alegaciones, hemos de recordar que la posibilidad de subsanación de la documentación establecida en la Ley por quien ha sido propuesto como adjudicatario es doctrina generalmente aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, las Juntas Consultivas y los órganos encargados de la resolución de recursos y reclamaciones en materia de Contratación.

Conforme al artículo 57 del RDL 3/2020, relativo a la **“Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para contratar”**:

1. En el momento de la presentación de las ofertas o de las solicitudes de participación, las entidades contratantes aceptarán como prueba preliminar del cumplimiento de los requisitos para contratar a que se refieren los artículos 30, 55 y 56 (capacidad, solvencia y demás requisitos de participación) una declaración responsable del licitador o candidato, en sustitución de la documentación acreditativa de estos requisitos, que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación de conformidad con lo indicado en el apartado 11 siguiente

En sentido análogo al art. 150 LCSP, se pronuncia el apartado 13 del citado artículo, disponiendo que:

13. La entidad contratante podrá pedir a los licitadores y candidatos que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos en cualquier momento del procedimiento de licitación, cuando considere que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración o cuando resulte necesario para garantizar el buen desarrollo del mismo.

Excepto para los contratos basados en acuerdos marco, antes de la adjudicación del contrato la entidad contratante exigirá al licitador al que haya decidido adjudicar el contrato que presente los documentos justificativos actualizados. Si la entidad contratante apreciara defectos subsanables en estos documentos, dará plazo suficiente al empresario para que los corrija.

Por su parte el Artículo 58, en relación a los Principios Generales, establece que (el subrayado es nuestro):

1. Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cundo falten documentos específicos, las entidades contratantes, tendrán que pedir a los operadores económicos afectados que

presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo de tres días, siempre que dichas peticiones se realicen cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato, transparencia, libre competencia, así como los principios de garantía de unidad de mercado que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

2. Las entidades contratantes comprobarán que las ofertas presentadas por los licitadores seleccionados se ajustan a las normas y requisitos aplicables a dichas ofertas y adjudicarán el contrato basándose en los criterios previstos en los artículos 66 y 69, teniendo en cuenta el artículo 68.

De conformidad con las previsiones legales, el PCAP, se refiere en su Cláusula 7.6 a la **ACREDITACIÓN DE REQUISITOS PREVIOS**, disponiendo que “Aprobada la clasificación por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación que se exige en la cláusula 26 del Anexo 1 de este Pliego

...

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 penalización, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de que además pueda ser causa de establecimiento de una prohibición de contratar conforme a 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 al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”

Frente a la interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia del contenido del art. 150.2 de la LCSP, la doctrina actual viene considerando, por el contrario, que debe primar una interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, pues otra cosa podría llevar a resultados sumamente extensivos, formalistas, injustos y contrarios a los principios esenciales que han de regir la contratación del Sector Público.

Se observa sí una clara evolución doctrinal, que determina (Tribunal Central, Resoluciones 413/18, 747/18, 173/2019, 582/2019) la aplicación de un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, acorde con el contenido literal y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado, y en este sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento.

La técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita así, a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple en modo alguno, 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.

Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, se vienen distinguiendo los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, 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, entendiéndose 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, se ha 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.

Una interpretación “flexible” del artículo 150.2 de la LCSP que permite, en determinados supuestos en que no cabe hablar de un incumplimiento “total y grave” de la obligación de aportación de documentación prevista en dicho precepto, la concesión del trámite de subsanación, 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 que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación.

En esta línea, y como señalábamos en nuestra Resolución 43/2019, Tribunales de contratos y Juntas Consultivas han configurado una sólida doctrina al respecto de la subsanación, Central, Resoluciones 297/12, 972/2016, 1076/16, 497/2017, Andalucía 230/2017, 77 y 78/2017, 6/2019, Euskadi, Resolución 10/2012...), que atribuye el carácter de subsanables a los defectos relativos a la acreditación de requisitos, pero no así al cumplimiento del requisito en cuestión, el cual debe existir en el momento correspondiente.

Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre la cuestión, Resoluciones 1/2013, 25/16 o 4/19, manteniendo que, aunque no se puede establecer una lista exhaustiva de los posibles defectos que deben considerarse subsanables, se consideran de este tipo cuando se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Así mismo, se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido de los

mismos, como elemento acreditativo, exista en el momento en el que se presente y en el momento en el que concluya el plazo de presentación de proposiciones.

El Informe número 53/2010, de 10 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a propósito de la guía de contratación de la Comisión Nacional de Competencia, indicaba que *"en los distintos informes adoptados a lo largo de su existencia se manifiestan dos criterios constantes resumidos de manera práctica y acertada en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, en el que señala como una regla aplicable por todos, que es subsanable acreditar aquello que existe y que no es subsanable la acreditación de aquello que al momento de concluir el plazo de presentación de proposiciones no existe, referida a la documentación acreditativa de las características de la empresa. El segundo criterio está referido a que la subsanación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 81.2 y 83.6 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, no puede ser aplicada en las proposiciones de las empresas.(...)"*

En la Resolución 15/2016, que el TSJA confirma en su Sentencia de 15 de marzo 2019, manifestábamos que con carácter general la subsanación es una figura básica del procedimiento administrativo que actúa como garantía de los administrados, por cuanto permite reparar, remediar acciones u omisiones relativas a un defecto.

La citada Resolución 15/2016, estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el acto de exclusión y la resolución de adjudicación, declarando la nulidad de la cláusula 8.4 del PCP por haber incurrido en un vicio esencial, cual fue establecer el carácter insubsanable de la documentación aportada en plazo para cumplimentar el requerimiento, declaración de Nulidad del Pliego, que al afectar a la fase preparatoria de la licitación, determina la necesidad de retrotraer las actuaciones al momento de elaboración y aprobación de los Pliegos que rigen la contratación, declarando, en consecuencia, la nulidad del contrato.

En efecto, y como señalábamos, el propio Tribunal Constitucional ha establecido que los Tribunales están obligados "a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, evitando la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y obtención de una resolución de fondo al margen de la función y sentido de la razón y finalidad que inspira la existencia del requisito procesal", razón por la que, al examinar el cumplimiento de los requisitos procesales, vienen "obligados a ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del proceso y del acceso a la Justicia que de él pueda derivar y, además, permitir siempre que sea posible la subsanación del vicio advertido", ya que, "si no hacen posible la subsanación de defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o imponen un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que la misma responda, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial " (sentencias Tribunal Constitucional 199/2001, de 4 de octubre y 213/1990, de 20 de diciembre), concluyendo que, por tanto, este principio que constituye una manifestación del principio constitucional de no indefensión, justifica su imperatividad, cobrando especial relevancia en el ámbito de la contratación pública por su marcado carácter anti formalista, así lo reconocen Sentencias del TS, entre otras la de 6 de julio de 2004, 26 de enero de 2005, los preceptos del TRLCSP y del RGLCAP, así como numerosas Directivas europeas. La finalidad última es dotar de contenido efectivo al principio de concurrencia y evitar un formalismo riguroso que obstaculice el normal

desenvolvimiento del procedimiento. Por lo que un excesivo formalismo en las licitaciones constituiría una clara violación de la normativa vigente.

En su reciente Informe 6/2021, la JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO, sobre Interpretación del artículo 150.2 de la LCSP, viene a concluir, igualmente que:

1. Habrá de concederse un trámite de subsanación de la documentación presentada en el requerimiento contemplado en el artículo 150.2 de la LCSP cuando la omisión del licitador no implique un incumplimiento absoluto de la obligación de atender el citado requerimiento, de modo que sea posible subsanar la acreditación de la existencia de los requisitos legalmente establecidos en una fecha anterior la finalización del plazo establecido para aportar la documentación.

2. Tanto en el caso de que de que no se haya acreditado la solvencia técnica en modo alguno, no procediendo la subsanación, como si, siendo procedente, en el trámite de subsanación el licitador falta a la acreditación de aquella, se habrán de aplicar las consecuencias descritas en el artículo 150.2 de la LCSP, de modo que procederá entender 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 la posible existencia de una prohibición de contratar. A continuación, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

3. Esta aplicación tiene carácter automático por virtud de la aplicación de la norma legal.

Como de lo hasta aquí expuesto se deriva, procede la posibilidad de subsanación de la documentación previa a la adjudicación, siendo a la vista de la documentación aportada en trámite de subsanación, como ha de analizarse si tal subsanación acredita o no el cumplimiento de los requisitos exigidos, por cuanto que sólo a la vista de ella podrá determinarse si se ha tratado de un mero error de falta de inclusión de un documento acreditativo, o de la carencia efectiva de un requisito constitutivo, no subsanable en ese momento procedimental.

En el expediente de Contratación examinado no se constata, sin embargo, la existencia de dicho requerimiento, y siendo éste, conforme a lo expuesto, procedente, el órgano de Contratación, a la vista de la documentación presentada, que no suponía un incumplimiento absoluto de la obligación de atender el requerimiento de documentación previa a la adjudicación, considerando que el plazo de 10 días había concluido, debió tramitar el oportuno requerimiento de subsanación, y no proceder, sin más a la exclusión de la licitadora.

A mayor abundamiento, no obstante, del informe remitido por la unidad tramitadora, constatándose, asimismo, en el expediente, puede concluirse que el plazo de los 10 días para la presentación de la documentación previa, no había concluido en la fecha de 5 de agosto, que se toma como *dies ad quem* por el órgano de contratación, observándose que por parte de éste se ha incurrido en un error en el cómputo de dicho plazo, consistente en tomar como *dies a quo* el del envío del requerimiento, cuando

debió ser considerado como tal el de la recepción de la notificación por el interesado, habida cuenta que el acto objeto de notificación no fue publicado en el Perfil del Contratante.

El RDL 3/2020 mantiene, como su predecesor, un régimen menos estricto que el común de la contratación pública en relación con determinados aspectos de la ordenación de la actividad contractual de determinadas entidades del sector público en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, al tiempo que impone normas jurídico-públicas de contratación, a entidades del sector privado por razón de los derechos especiales o exclusivos de que disfrutaban.

El RDL, en concordancia con la DIRECTIVA 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, persigue fundamentalmente, tres objetivos declarados: que la regulación de la contratación en estos sectores garantice su apertura a la competencia, aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica y tratar de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y libre competencia.

Entre las nuevas exigencias y reglas, análogas a las contenidas en la LCSP, se encuentra la implantación obligatoria de la contratación electrónica (salvo que concurra alguna de las excepciones expresamente previstas, las notificaciones y comunicaciones deberán practicarse por medios exclusivamente electrónicos, incluyéndose en esta obligación el proceso de presentación de las ofertas).

En efecto, el uso de medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de los contratos, así como el deber de las entidades contratantes de disponer de un perfil del contratante, constituyen una importante de la nueva regulación.

No existiendo, además, como señalaba la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 37/20, relativo a *"Diversas cuestiones sobre la Ley de Sectores"*, ningún inconveniente desde el punto de vista legal para que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares propios de los contratos sujetos a la LS pueda hacerse una remisión a preceptos de la LCSP, siempre que se trate de aspectos no regulados en la LS que, en su condición de norma especial, debe aplicarse con preferencia en este tipo de contratos, la Cláusula 1 del PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DEL ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE DIVERSO MATERIAL INFORMÁTICO. EXPTE. N° 079/21, bajo la rúbrica "INTRODUCCIÓN. PERFIL DE CONTRATANTE. FORMA DE REALIZAR LAS NOTIFICACIONES", dispone que:

"En el Anexo 1 de este pliego se indica el órgano de contratación de este contrato, así como la forma de acceso a su perfil de contratante, donde se publicará cualquier información relevante relativa a su actividad contractual, conforme a lo establecido en el art. 43 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito

tributario y de litigios fiscales (en adelante, RDL 3/2020). A estos efectos se hace constar que las aclaraciones a los documentos de licitación que EMASESA publique en el perfil de contratante durante el procedimiento, tendrán carácter vinculante para los licitadores.

Durante el proceso de licitación EMASESA realizará las notificaciones pertinentes a los participantes en el mismo mediante el servicio de notificaciones electrónicas provisto por la Plataforma de Contratación del Sector Público, para lo cual los licitadores deberán registrarse en la misma (se accede a través de este enlace) sin perjuicio de la posibilidad de EMASESA de hacer uso de las excepciones a la obligación de emplear medios electrónicos previstas en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP.”

La citada Disposición adicional decimoquinta LCSP, se refiere a las normas relativas a los medios de comunicación, estableciendo una serie de criterios sobre la práctica de las notificaciones en el marco de las especialidades en materia de contratación, frente al régimen común de la LPAC:

En su apartado primero establece, en idénticos términos que lo que dispone la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que: *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante **dirección electrónica habilitada** o mediante **comparecencia electrónica**».*

No obstante, en relación al cómputo de plazos, frente a la regla general de derecho administrativo, se establecen ciertas especialidades sobre la práctica de la notificación administrativa electrónica en el seno de un procedimiento de contratación, a saber:

- **Si notifica por comparecencia en sede** los plazos se computarán desde la fecha de envío de la misma o del ***aviso de notificación***, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación.
- **Si se hace en dirección electrónica habilitada**, los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.

En este sentido se manifiesta la JCCA en su Informe 55/2019, en Materia de Subsanción de documentos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, señalando que *“hay que concluir que conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP el plazo de subsanción de la documentación referente a los requisitos previos para contratar ha de contarse desde la fecha de la comunicación que, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, le haya dirigido al licitador el órgano de contratación, con independencia de la fecha en que el licitador acceda al contenido de la misma, siempre que se cumpla la condición de que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación.”*

En el caso que nos ocupa, a la vista del el Expediente de contratación remitido y consultada la Plataforma de Contratación, no consta publicación del acto en este caso notificado (requerimiento de documentación previa), lo que determina que el *dies a quo*, el plazo de los 10 días, se computará desde la recepción de la notificación por el interesado.

En el informe remitido a este Tribunal, la unidad tramitadora manifiesta expresamente que (el subrayado es nuestro) :

“Con fecha 21/7/2021 el Órgano de Contratación aceptó la propuesta de adjudicación contenida en el correspondiente documento de Clasificación de ofertas y propuesta de adjudicación en favor de un total de 20 entidades licitadoras, entre las que se encontraba TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFOMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U. (en lo sucesivo e indistintamente, “TELEFÓNICA” o “la reclamante”).

A tal efecto, se procedió a realizar el requerimiento de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 7.6 del PCAP destinado a la aportación de la documentación previa a la adjudicación acreditativa de los requisitos previos
(...)

En virtud de la cláusula referida, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, para que aportase, entre otros extremos, la justificación del depósito y constitución de la fianza/garantía definitiva
(...)

Teniendo en consideración que el envío y recepción del requerimiento se produjo en fecha 22/7/2021 a las 14:03 horas -de conformidad con el justificante emitido por la propia Plataforma de Contratación del Sector Público- el fin de plazo para presentar la documentación previa, así como para depositar y constituir la garantía/fianza definitiva del expediente finalizaba el día 5/8/2021.
(...)

En fecha 4/08/2021, día anterior a la finalización del plazo para presentar la documentación, el Departamento de Contratación constató a través de la Plataforma que la reclamante no había leído el requerimiento y en consecuencia tampoco había depositado aún documentación alguna, por lo que, en aras de la concurrencia y el buen curso de la adjudicación, se puso en contacto telefónico con TELEFÓNICA para advertirle de, por un lado, el requerimiento efectuado ya en fecha 22/07/2021 el cual aún no había sido abierto por dicho licitador, así como de la próxima finalización de dicho plazo para aportar la documentación.

Si bien el requerimiento efectuado en fecha 22/07/2021 se realizó y envió correctamente a través de la Plataforma, la reclamante manifestó la imposibilidad de localizarlo, por lo que en dicha conversación telefónica, solicitó al Departamento de Contratación que generase uno nuevo a través de la Plataforma para proceder a su cumplimentación.

Ha de tenerse en consideración que el requerimiento inicialmente realizado se efectuó correctamente a través de la Plataforma, por cuanto sin perjuicio de que la reclamante manifestase que no había podido acceder a él, con posterioridad ha quedado registrado la apertura del mismo por parte de la reclamante. (En el Folio 228 del Exp., citado en el Informe, se constata que el requerimiento enviado a Telefónica el 22.07.2021, fue leído el 08.09.2021).

No obstante lo anterior, el Departamento de Contratación generó un nuevo requerimiento a través de la Plataforma el día 04/08/2021 dirigido a TELEFÓNICA (correspondiente con los folios 235 y siguientes del expediente) con la misma fecha de vencimiento que el ya enviado el anterior 22/07/2021 -esta es el 5/08/2021- con la finalidad de facilitar la tramitación y el cumplimiento por parte del licitador propuesto como adjudicatario. (En el Folio 236 del Exp., consta que el requerimiento enviado a Telefónica el 04.08.2021, fue leído el mismo día 04.08.2021).

Efectivamente los requerimientos de documentación previa, efectuados a través de la Plataforma, se hicieron el día 22 de julio, si bien, habida cuenta que no se publicaron en el Perfil, el cómputo del plazo no debió iniciarse desde el envío, sino desde la recepción, y constando que ésta, por parte de la hoy recurrente, se produjo, por vez primera, con

fecha 4 de agosto, resultaría que su plazo estaba vigente, no expirando, como entiende el Órgano de Contratación, el día 5. Es más, de la relación de actuaciones narradas en el informe se desprende la voluntad de la recurrente de cumplimentar lo requerido, presentando al día siguiente de recibir el requerimiento, la documentación a la que éste hace referencia, a excepción de la relativa a la garantía, y resultando que aún le restaba la práctica totalidad del plazo para formalizar dicha garantía, depositarla y acreditar tales extremos.

El error en el cómputo de los plazos, lleva pues al Órgano de Contratación, a señalar en la notificación del requerimiento un improcedente *dies ad quem* para su finalización, lo que tiene como consecuencia, que un trámite que podría haber sido efectivamente cumplido, se haya entendido como retirada de la oferta, por no presentación en plazo, culminando en la exclusión de un licitador que estaba en plazo de cumplimentar el requerimiento, y que, aún en el caso de que así no fuere, podría haber sido requerido para la subsanación.

Atendiendo a las circunstancias concurrentes y conforme a lo hasta aquí analizado, considera este Tribunal, que la constatación de los vicios o errores acaecidos y la depuración de la actuación seguida y sus consecuencias prácticas, exige, en virtud de los principios esenciales aplicables a la contratación del Sector Público, en general, y a los sectores especiales, en particular, recogidos en el actual RDL 3/2020 y la normativa comunitaria, la reposición de actuaciones al momento anterior a aquellos, esto es; a la fase procedimental de aportación de la documentación previa por parte del recurrente, a fin de que por el mismo pueda cumplimentarse el requerimiento, presentando ante la Administración la acreditación de la constitución de la garantía, debiendo éste, a la vista de la documentación presentada, proceder a su valoración, y en aplicación de la doctrina expuesta en el Fundamento Quinto, y como expresamente dispone el art. 58 del RDL 3/2020, *“Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades contratantes, tendrán que pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo de tres días”*, no correspondiendo a este Tribunal sustituir a los órganos intervinientes en el procedimiento de contratación.

A la vista de lo expuesto no procede, en cualquier caso, entrar en la cuestión relativa al carácter constitutivo o no del depósito de la garantía, cuestión, sin duda problemática, como han venido demostrando los dispares criterios de los órganos administrativos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación y la propia doctrina jurisprudencial, si bien, y en cualquier caso, ha de dejarse constancia de la evolución al respecto de tal cuestión, a la luz de la LCSP y los principios antiformalista y de proporcionalidad, llegando a una interpretación contraria al excesivo rigorismo del art. 150.2 (en esta línea, y por citar algunas, Resoluciones del Tribunal Central 747/2018, 582/2019, 622/2019, 793/2021..., y las números 259/2020 y 228/2021 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía), asumiendo, en definitiva, una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que la de resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador, considerando que la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante, formalizado con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, mientras que la falta de depósito debe considerarse un defecto formal subsanable puesto que, entre

otros motivos, no invalida la constitución de dicha garantía ni impide su prueba alternativa ante el órgano de contratación por medio de la presentación o exhibición del documento original o de su copia fiel.

La evolución interpretativa en referencia a flexibilizar la posibilidad de subsanar errores, defectos u omisiones cometidos durante el procedimiento licitatorio, viene admitiendo, así, la conformidad a Derecho de la subsanación de la garantía definitiva, entendiéndose que el depósito fuera de plazo sí constituye un defecto subsanable y que lo que es objeto de enmienda es su justificación, no su constitución, que debe ser llevada a cabo en el espacio temporal expresamente habilitado.

En esta línea, la citada Resolución n.º 259/2020, de 23 de julio de 2020 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, señala que:

“Por último, si nos atenemos a que la finalidad de la garantía definitiva es responder, entre otras cuestiones, de las eventuales penalidades que puedan imponerse al contratista, de la correcta ejecución del contrato y de la incautación que pudiese decretarse en los casos de resolución del contrato, el depósito realizado en un momento posterior a la finalización del plazo no invalidaría la garantía -el aval bancario- constituida en plazo y no afectaría ni mermaría la capacidad que ostenta el órgano de contratación para hacerla efectiva si ello fuera necesario.

Esta interpretación queda reflejada igualmente en la Resolución n.º 793/2021, de 1 de julio de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, recurso n.º 478/2021. De contrario, en lo que respecta a su constitución, el Tribunal Administrativo Central, en su Resolución n.º 710/2021, de 17 de junio de 2021, declara que no constituir en plazo la garantía definitiva, no es un defecto subsanable.

Conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., contra su exclusión en los Lotes 2, 3, 4 y 5 del procedimiento de contratación “ACUERDO MARCO PARA LA CONTRATACIÓN DEL SUMINISTRO DE DIVERSO MATERIAL INFORMÁTICO”, Expediente 079/21, tramitado por la Empresa Metropolitana de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas de Sevilla, anulándose la Resolución de exclusión, retro trayéndose el expediente al momento en que indebidamente se consideró expirado y, en consecuencia, cerrado para la licitadora, el plazo de aportación de la documentación previa a la adjudicación.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 LCSP.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES