

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO ALZADA Nº 1/2021. Expte. 14/20 de CONGRESOS Y TURISMO DE SEVILLA S.A. (en adelante CONTURSA).

Visto el recurso planteado en nombre y representación de INGENIERÍA DE EVENTOS, S.L. e IMPRESORES BAELO CLAUDIA, S.L., contra la Resolución por la que se tiene por retirada su oferta en la licitación para la contratación del “Servicio de Rotulación”, tramitado por la citada Sociedad, conforme a las competencias atribuidas a este Tribunal mediante acuerdo de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Sevilla de fecha 6 de julio de 2018, por el que se aprueban sus normas de funcionamiento, se emite el siguiente


INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de noviembre de 2020, tuvo lugar la publicación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, del anuncio de licitación del Contrato señalado en el encabezamiento, así como de los Pliegos de Cláusulas Particulares y Prescripciones Técnicas.

Con fecha 11 de noviembre de 2020 se procedió a rectificar el Anexo II, ampliando el plazo de presentación de ofertas. Dentro del mismo, presentaron propuestas las siguientes empresas:

- GRAN FORMATO GRÁFICO, S.L.U..
- UTE SERVIS COMPLET - ROULKING,
- GRAFIDEC GESTIONA, S.L.,
- UTEIMPRESORES BALEO CLAUDIA – INGENIERÍA DE EVENTOS
- UTE ACCIONA PRODUCCIONES Y DISEÑO – MONTAPLIC IMPRESORES,

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	1/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

Recibida por el Órgano de Contratación la documentación, así como el informe realizado por el Comité de Dirección, se procedió emitir resolución provisional con fecha 29 de diciembre de 2020, que literalmente acordaba:

“PRIMERO.- Determinar que la clasificación de las ofertas presentadas y no excluidas o descalificadas es la que a continuación se detalla:

LICITADORES	TOTAL
UTE IMP. BALEO CLAUDIA/ING. DE EVENTOS	85,00
GRAN FORMATO GRAFICO	74,47
GRAFIDEC GESTIONA	72,65
UTE SERVIS COMPLET/ROTULKING	63,60
UTE ACCIONA/MONTAPLIC	63,14

Resulta por tanto Adjudicatario PROVISIONALMENTE la empresa UTE IMP. BALEO CLAUDIA/ING. DE EVENTOS, al haber obtenido la máxima puntuación.

SEGUNDO.- Notificar de la forma prevista en los Pliegos de Condiciones a todos los licitadores y requerir los Certificados y documentación complementaria pertinente a la empresa que ha quedado en primer lugar de la forma que se indica en las Instrucciones de Contratación, Pliegos y Anexos que regulan el presente concurso y, verificado el requerimiento, informar al presente Órgano para la Resolución definitiva del Concurso y la firma del contrato.”

En cumplimiento de dicha resolución, por parte de CONTURSA se procedió a requerir la documentación y certificados pertinentes, concediendo el plazo de diez días para ello y con la advertencia recogida en el Pliego de Condiciones Particulares que, de no verificarse dicha documentación, la oferta se entendería retirada(Folio 340 del expediente)

En el plazo indicado se procedió la cumplimentación del requerimiento, observándose por el Comité de Dirección que:

“- Ninguna de las componentes de la UTE, INGENIERIA DE EVENTOS y IMPRESORAS BAELO CLAUDIA presenta certificados de buena ejecución que permitan acreditar la solvencia técnica exigida.

(...)

- En relación a la maquinaria, se exigía estar en posesión de la siguiente maquinaria, acreditándose a través de factura de compra a su nombre, con los contratos de mantenimiento de maquinaria a su nombre o mediante compromiso de adquisición en caso de resultar ganador del concurso, que se deberá efectuar en un plazo máximo de 1 mes desde la firma del contrato:

o plotter de corte de 0,61 m de ancho, al menos 2 unidades.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01
Observaciones		Página	2/20
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==		



- o plotter de corte 1,20 m.*
- o plotter de corte de 1,60 m de ancho, al menos 2 unidades.*
- o plotter de impresión látex con boca de 1,60 m de ancho - tintas ecológicas, al menos 3 unidades.*
- o plotter de impresión látex con boca de 2,64 m de ancho - tintas ecológicas.*
- o plotter de impresión UVI y corte de boca de 1,60 m de ancho*
- o plotter de impresión UVI con boca de 3,20 m de ancho*
- o fresadora plana de 3,05x2,05m*
- o máquina para corte de hilo caliente de 1x2x0,50 m.*
- o guillotina de boca 47 cm.*
- o laminadora en caliente de 1,60 m.*

No puede admitirse el documento 8 relativo a la justificación de la maquinaria solicitada, por no consistir el mismo en una factura, un contrato de mantenimiento o un compromiso de compra, siendo esos documentos los exigidos en su día.

- No se presenta IAE de la UTE ni de sus componentes.*
- Tampoco se constituye la garantía definitiva exigida en el Anexo I del Pliego de Condiciones Particulares”*


A la vista de ello, mediante Resolución de 20 de enero de 2021, dictada por el Consejero Delegado de Congresos y Turismo de Sevilla, s.a. en su condición de órgano de Contratación, se resuelve:

“PRIMERO.- *Tener por retirada la oferta de la UTE IMP. BALEO CLAUDIA/INGENIERIA DE EVENTOS por no cumplimentar adecuadamente y en el plazo señalado el requerimiento de documentación efectuado en cuanto a la acreditación de la constitución de la garantía definitiva.*

SEGUNDO.- *Nombrar adjudicataria provisional a GRAN FORMATO GRÁFICO y requerirle los Certificados y documentación complementaria pertinente de la forma que se indica en las Instrucciones de Contratación, Pliegos y Anexos que regulan el presente concurso y, verificado el requerimiento, informar al presente Órgano para la Resolución definitiva del Concurso y la firma del contrato, con la advertencia de que de no verificarse en el plazo indicado se le tendrá por retirada su oferta.*

TERCERO.- *Notificar de la forma prevista en los Pliegos de Condiciones a todos los licitadores y efectuar las pertinentes publicaciones que por la normativa se establezcan.*

CUARTO.- *Contra la presente Resolución podrá interponerse Recurso de Alzada Impropio en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla.”*

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	3/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

SEGUNDO.- Con fecha 2 de febrero de 2021 se comunica a este Tribunal, la interposición de recurso de ALZADA, remitiéndose el escrito de interposición y la documentación que lo acompaña.

TERCERO.- Reclamada a CONTURSA, copia del expediente e informe al respecto, con fecha 3 de febrero del presente se recibe en las dependencias de este Tribunal la correspondiente copia del expediente de contratación y el informe elaborado por CONTURSA sobre el recurso planteado, oponiéndose al mismo.

El día 9 de dicho mes se notifica a los interesados la apertura del trámite de audiencia, conforme a lo dispuesto en el art. 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.


Con fecha 22 de febrero, se remiten alegaciones por parte de la mercantil INGENIERÍA DE EVENTOS, S.L. e IMPRESORES BAELO CLAUDIA, S.L., en las que se ratifica en lo manifestado en el escrito de interposición del recurso.

CUARTO.- Habiéndose solicitado por el recurrente la adopción de medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, alegando perjuicios de difícil o imposible reparación, se dicta Resolución de Suspensión del procedimiento por el Delegado de GOBERNACIÓN Y FIESTAS MAYORES, con fecha 9 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Procede, en primer lugar, habida cuenta de la naturaleza de la entidad contratante, ente del Sector Público sin poder adjudicador, la consideración del régimen jurídico aplicable al contrato.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, tiene como principales destinatarias a las entidades que forman parte del sector público. El régimen jurídico aplicable será distinto en razón de la concreta naturaleza de la entidad adjudicadora: Administración Pública, poder adjudicador no Administración Pública y ente del sector público que no es poder adjudicador.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	4/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

Los criterios de clasificación de los entes del sector público en estas categorías son prácticamente idénticos a los vigentes en la legislación anterior. Sin embargo, la ordenación del régimen jurídico ha cambiado.

Los Libros centrales de la nueva Ley no se estructuran en torno a las fases de la vida del contrato, como hacía el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), la LCSP dedica estos Libros a la normativa aplicable a los contratos de las Administraciones Públicas (Libro II), y a los contratos de otros entes del sector público (Libro III), respectivamente. Dentro de este último Libro se distingue entre el Título I, dedicado a los poderes adjudicadores que no son Administración Pública, (Art. 316 a 320) y el Título II, que recoge las disposiciones aplicables a las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores (Art. 321 y 322).


Ciertamente, el legislador acerca en algunos puntos el régimen jurídico aplicable a todas las entidades del sector público y, en especial, las reglas aplicables a los poderes adjudicadores, sean o no Administración Pública. Además, elimina las instrucciones internas de contratación para los poderes adjudicadores no Administración Pública y limita considerablemente su eficacia en las entidades del sector público que no son poder adjudicador.

El ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP coincide esencialmente con el diseñado en la legislación anterior, manteniéndose el sistema de tres niveles distintos de aplicación de la Ley en función de la clase de ente adjudicador, así:

- Los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública y que estén sujetos a regulación armonizada se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por las normas previstas para los contratos administrativos típicos.
- Los contratos celebrados por dichos poderes adjudicadores no sujetos a regulación armonizada se rigen por las normas previstas en el artículo 318 LCSP.
- La adjudicación de contratos por parte de entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores debe ir precedida de la aprobación de unas instrucciones que regulen los procedimientos de contratación. No obstante, quedarán eximidos de aplicar lo previsto en dichas instrucciones en los supuestos enumerados en el artículo 321.2 LCSP.

La Ley distingue, así, tres grupos de sujetos:

- 1) Las Administraciones Públicas en sentido estricto (artículo 3.2 de la Ley 9/2017)
- 2) Los Poderes Adjudicadores, entre los que se incluyen los que la Directiva 2004/18 llama Organismos de Derecho Público (artículo 3.3 del LCSP)
- 3) Otros sujetos del Sector Público (artículo 3.1 de la LCSP)

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	5/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

La importancia de esa distinción en tres grupos de sujetos radica en el grado de aplicación de la LCSP; que ha supuesto un cambio la nueva regulación sobre todo en lo que respecta a los Poderes Adjudicadores. Simplificando algunos matices, cabría decir que la ley es de aplicación “íntegra” a las Administraciones Públicas, “media” a los Poderes Adjudicadores que no tienen la consideración de Administración Pública en sentido estricto, y “mínima” a los demás sujetos que forman parte del sector público, y no son ni Administración Pública ni Poder Adjudicador.

Centrándonos en los Contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, como es CONTURSA, la LCSP recoge el testigo de la regulación anterior, indicando que para la adjudicación de los mismos será necesario que los órganos competentes de dichas entidades aprueben unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la **efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta**. Dichas instrucciones habrán de ponerse a disposición de todos los interesados en participar en los procedimientos de adjudicación y publicarse en el perfil del contratante de la entidad.


No obstante, y como novedad con respecto a la normativa anterior, la LCSP prevé la posibilidad de adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con arreglo a las siguientes reglas:

a) Los contratos de **valor estimado inferior a 40.000 euros**, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos de **valor estimado igual o superior** a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los **principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia**:

1.º El anuncio de licitación se publicará en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para la presentación de las ofertas deberá estar disponible por medios electrónicos desde la publicación del anuncio de licitación.

2.º El plazo de presentación de ofertas se fijará por la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la preparación de aquellas, sin que en ningún caso dicho plazo pueda ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	6/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

3.º La adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145. Excepcionalmente la adjudicación podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual.

4.º La selección del contratista, que deberá motivarse en todo caso, se publicará en el perfil de contratante de la entidad.

Para las operaciones propias de su tráfico, las entidades a que se refiere este artículo podrán establecer **sistemas para la racionalización de la contratación**, tales como acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición o la homologación de proveedores. El procedimiento para ser incluido en dichos sistemas deberá ser transparente y no discriminatorio debiendo publicarse el mismo en el perfil de contratante.


Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, **se impugnarán en vía administrativa** de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

Los **efectos, modificación y extinción** de este tipo de contratos se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

Como conclusión de lo expuesto, puede afirmarse, pues, que la contratación de los entes del sector público sin poder adjudicador ha de garantizar la efectividad de los principios esenciales de la contratación establecidos en el art. 1 de la LCSP: publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como adjudicación a la mejor oferta, conforme al art. 145 de la ley, ajustándose a lo dispuesto en sus Instrucciones, sin perjuicio de la posibilidad de no aplicar éstas en los supuestos y conforme a las reglas previstas en el art 321.2.

Como expresamente señala el PLIEGO DE CLÁUSULAS PARTICULARES (1.- Régimen jurídico del contrato), *“los contratos celebrados por CONTURSA tendrán siempre la consideración de contratos privados, rigiéndose por las instrucciones internas de contratación, el presente pliego, los artículos 321 y 322 de la Ley 9/2.017 y, en lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción, se regularán por las normas del derecho privado que les sea de aplicación.”*

Las INSTRUCCIONES DE CONTRATACION de CONTURSA manifiestan que *“CONTURSA es una sociedad mercantil municipal participada al 100% en su capital social por el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, cuyo objeto social principal lo constituye su actividad como entidad encargada de organizar directa o indirectamente congresos, exposiciones, ferias, conciertos, representaciones teatrales y cuantas actividades puedan albergar las instalaciones del Palacio de Exposiciones y Congresos de Sevilla, promocionando dichos eventos en todo tipo de áreas de actividades económicas, culturales y de cualquier índole que puedan servir para la promoción y desarrollo de sus propios fines. Por tanto, la*

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	7/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==			

mercantilidad no solo viene por su condición de sociedad de capital, sino también porque su actividad consiste básicamente en una prestación de servicios en régimen de libre mercado con otras empresas y operadores, siendo precisamente ese el motivo por el que, esta empresa, pasa a tener la catalogación de ente del sector público sin poder adjudicador, siéndole de aplicación la citada Ley en su grado mínimo, debiendo respetarse en todo caso los artículos 145, 321, 322 y los preceptos que le resulten de aplicación como ente del sector público sin poder adjudicador.


Señala el artículo 321 en su apartado primero que las presentes instrucciones regulará el sistema de contratación de CONTURSA que, en todo momento, deberá garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, indicando a continuación la necesidad de aplicar los criterios de adjudicación señalados en el artículo 145 del mismo texto normativo.”

La normativa actual, determina, pues, la necesidad de garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, aun cuando se trate de entes carentes de poder adjudicador, y posibilita expresamente la impugnación en vía administrativa, de los contratos celebrados por entes del sector público, aun cuando éstos no tengan el carácter de poderes adjudicadores, así, la impugnación de los actos de preparación y adjudicación de los citados entes debe realizarse mediante los recursos administrativos previstos en la legislación administrativa general y ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, consumándose así, la aplicación de la teoría de los actos separables.

SEGUNDO.- El presente recurso se remite a este Tribunal, para informe, conforme a lo dispuesto en las normas de funcionamiento del Tribunal administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla (TARCAS), aprobadas por la Junta de Gobierno mediante acuerdo adoptado el 6 de julio de 2018, y conforme a las cuales corresponderá al TARCAS la tramitación e informe de los recursos previstos en los art. 44.6 y 321 de la Ley 9/2017.

Conforme al art. 321.5 “Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.”

Por aplicación del transcrito art. de la Ley de Contratos, en consonancia con los números 112.1 y 121 de la Ley 39/2015, resulta procedente la formulación del recurso de Alzada.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	8/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

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

El recurso se fundamenta en la disconformidad con la exclusión de su oferta, teniéndola por retirada, defendiendo que la falta de constitución en plazo de la garantía definitiva es un defecto subsanable, conforme a la regla general de subsanabilidad, esgrimida por la doctrina y la jurisprudencia, y el principio de proporcionalidad, considerando que:

Segundo. El razonamiento de la resolución recurrida para decidir la exclusión del concurso de la recurrente radica en la insubsanabilidad, a su juicio, del defecto consistente en la falta de constitución de la garantía definitiva exigida en el Anexo I del Pliego de Condiciones Particulares, sin posibilidad de subsanación de dicho defecto, dado que según el órgano de contratación la flexibilización del rigor con que ha de examinarse la documentación administrativa requerida no puede extenderse a los supuestos de falta de cumplimentación absoluta en cuanto a la constitución de la garantía definitiva, con la consiguiente imposibilidad de subsanación de defectos en el plazo indicado en el art. 150.2 de la L.C.S.P..

Tercero.- No podemos compartir el razonamiento de la resolución recurrida. Como bien se apunta en ésta, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre las posibilidades de subsanar los defectos de la documentación presentada en el trámite del requerimiento al licitador que ha presentado la mejor oferta regulado en el artículo 150 LCSP ha evolucionado apartándose de la interpretación excesivamente rigorista que había adoptado. Hoy es doctrina consolidada por el Tribunal Central de Recursos Contractuales, avalada por la jurisprudencia, subsanabilidad de cualquier defecto en la tramitación de la documentación administrativa, sobre la base del siguiente argumentario:

1.- En primer lugar, no tiene sentido que tras un relativamente largo y costoso procedimiento para elegir al licitador que ha realizado la oferta económicamente más ventajosa, se le rechace de plano por existir algún error en la documentación presentada para poder realizar la adjudicación a su favor. Esta forma de actuar va en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución).

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01
Observaciones		Página	9/20
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==		



2.- La disposición final Tercera del TRLCSP dispone que “los procedimientos regulados en esta Ley se registrarán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, y normas complementarias”. El artículo 151.2 del TRLCSP (así como el artículo 150.2 de la LCSP) establecen para el trámite que nos ocupa un plazo de diez días hábiles, sin hacer referencia a la posibilidad de subsanación y sin prohibirla o excluirla. Por tanto, esta regulación debe ser colmada, conforme a la mencionada disposición final tercera del TRLCSP, por la Ley 39/2015, cuyo artículo 73.2 dispone que: “en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo” (...)

3.- Las Leyes de Contratos siempre han establecido la subsanabilidad de la documentación administrativa presentada en el sobre número 1. En la actualidad, una vez establecida la obligatoriedad del DEUC (artículo 140.1.a) de la LCSP) esta documentación ya no se presenta en dicho sobre, sino sólo por el licitador propuesto como adjudicatario. Por tanto, también ahora debe permitirse la subsanación.

4.-. 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.

En base a tales argumentaciones, los recurrentes consideran que la exclusión por incumplimiento del plazo para la constitución de la garantía debe reservarse “*tan solo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación.*” En esta línea traen a colación la Resolución 259/2020 del Tribunal de Recursos de la Junta de Andalucía, la cual, en aplicación de los principios antiformalista y de proporcionalidad, concluye que la retirada de la oferta y exclusión de la licitación es una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos ha de aplicarse de forma estricta, como así se reconoce por el Tribunal Supremo y la jurisprudencia europea, destacando que por su parte ha existido una voluntad manifiesta de cumplir con el requisito de constitución de la garantía, si bien no ha podido hacerlo por causas ajenas a su voluntad, alegando la tardanza de la cita con el Notario para la constitución de la UTE, así como la cita en la Agencia Tributaria para la solicitud del NIF, por lo que “*no teniendo NIF ninguna entidad financiera se prestaba a la concesión de aval alguno*” y “*la imposibilidad de conseguir el NIF dentro del plazo del requerimiento, impidió la constitución en forme del aval exigido*”.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01
Observaciones		Página	10/20
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==		



A la vista de lo argumentado, solita la anulación de la resolución recurrida y la retroacción de actuaciones, a fin de que les sea concedido trámite de subsanación para constituir y aportar la garantía exigida, destacando que en este sentido se pronuncia la Resolución 582/2019 del Tribunal Central, que *“en esta línea y en similitud con el asunto sometido a recurso(...) considera que procede el trámite de subsanación”*.

En el informe remitido por CONTURSA, la citada entidad viene a pronunciarse sobre tales alegaciones señalando que “Debe indicarse, en primer lugar, que siendo CONTURSA un ente del sector público pero sin poder adjudicador, por aplicación de los artículos 321 y concordantes de la LCSP se encuentra permitida su autorregulación en materia de contratación, existiendo aprobadas las Instrucciones Internas de Contratación que habilitan la aprobación de los pliegos. Por tanto, consideramos que CONTURSA no puede ni debe ser tratada como de contrario se pretende con una aplicación íntegra de los textos de la LCSP, no pudiendo por tanto vulnerarse preceptos que no le son de aplicación.

En el seno de dichas instrucciones podemos observar que, tal y como regula su artículo 13.2, la participación en el expediente de contratación supone la aceptación incondicionada para el empresario del pliego, del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Pues bien, por tanto, podemos decir sin temor a equivocarnos que la recurrente aceptó el contenido de los artículos 10.3 y 10.4 del Pliego de Condiciones Particulares.


(...)

Si bien es cierto que desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del Sector Público varios tribunales comenzaron a aplicar una teoría algo más anti formalista para el requerimiento de parte de la documentación exigida al adjudicatario provisional, tomando como argumento que la documentación de carácter administrativo podría ser objeto de subsanación si se hubiera solicitado en el Sobre Uno y, por tanto, puede procederse a subsanar en el plazo indicado en el artículo 150.2 de la LCSP llegando incluso a admitirse en determinados casos la subsanación en la constitución de garantías definitivas insuficientes, **NO PUEDE NI DEBE AMPLIARSE DICHO CRITERIO ANTI FORMALISTA A LOS CASOS EN EL QUE POR PARTE DE LA ADJUDICATARIA PROVISIONAL NO SE HA PROCEDIDO A LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍA ALGUNA, AL NO PODER SUBSANARSE UN REQUERIMIENTO QUE NO HA SIDO ATENDIDO.**

Dicho criterio aplicado al presente expediente de contratación, llevó al Órgano de Contratación a considerar que si bien el resto de la documentación podría, con carácter excepcional, dar pie a un nuevo requerimiento de subsanación, el hecho de no haber constituido garantía definitiva alguna, aunque fuera insuficiente, resulta de por sí un error o incumplimiento insubsanable que conlleva la necesidad de tener por retirada la oferta que había quedado en primer lugar en el presente expediente.

Pretende la recurrente equivocarse a ese Tribunal pretendiendo hacer ver que el criterio antiformalista invocado lo es para la documentación que, en aplicación de la Ley antigua hubieran sido incluidos en el Sobre Uno (Escrituras, Cuentas Anuales, Certificados de Ejecución, etc.) sin embargo dicho criterio no puede ni debe ampliarse a la documentación necesaria para proceder a la adjudicación definitiva.

Debe reseñarse que es la propia recurrente la que admite en su escrito que no disponía de Aval, alegando que su indisposición radicaba en no estar constituida como UTE. Sin embargo olvida

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	11/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

que la Garantía Definitiva puede constituirse no solo con aval, sino de cualquier de las formas previstas en el artículo 108 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por un lado se alega que la falta de constitución de aval alguno es un requisito subsanable en aplicación de la teoría antiformalista, olvidando que, en primer lugar, CONTURSA es un ente del sector público sin poder adjudicador y que se regula por sus propias Instrucciones de Contratación y Pliegos que expresamente aceptó donde se indicaba en su artículo 10.3 que se tendría por retirada la oferta de las licitadoras que no atendieran los requerimientos realizados como Adjudicataria Provisional y, en según lugar, que dicha teoría antiformalista no es aplicable al caso de una garantía definitiva no constituida.

De otro lado se alega que el aval no se constituyó por causa no imputable a la misma. En referencia a ello, debe indicarse que dicho argumento no es oponible a CONTURSA y que disponía de cualquier otro medio para constituir una garantía definitiva válida de las reguladas en el artículo 108 de la LCSP.”


CUARTO.- Expuestas las alegaciones de las partes, procede el análisis de las mismas a luz de la normativa y principios de aplicación.

Conviene dejar sentado, en primer término, que aun cuando la doctrina elaborada en relación con la adjudicación de los contratos sometidos a la LCSP no es sin más trasladable a los contratos celebrados por los Entes del Sector Público sin poder adjudicador, como adelantábamos en el Fundamento Primero, aun cuando nos encontremos ante entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, como es CONTURSA, las cuales pueden aprobar sus propias instrucciones de contratación, la adjudicación de contratos por parte de las mismas, está sujeta y debe garantizar la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, siendo, en consecuencia, de aplicación a las mismas la doctrina que tiene su base en incumplimientos de los principios esenciales de la contratación pública que le son de aplicación.

La previsión general de aceptación incondicional y sometimiento a Pliegos, análoga a la prevista en el art. 139 LCSP, se contiene en el art. 13 de las Instrucciones de Contratación de CONTURSA (apartados 2 y 4.a).

“2.- Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego, o bases y su presentación supone la aceptación incondicionada para el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, asumiendo desde ese mismo instante el riesgo y ventura de la contratación, sin que pueda la misma derivarse a CONTURSA.”

En el apartado 1 del citado art. 13, se determina que es en los Pliegos de Condiciones del contrato o bases de contratación, donde se indicarán al licitador las características esenciales de la contratación, criterios de capacidad, solvencia y garantía exigidos y demás documentación necesaria que deba presentar.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	12/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

Conforme al artículo 10.3 del Pliego de Condiciones Particulares, “Determinada la oferta más ventajosa, el órgano de contratación o Comité de Dirección, requerirá a la entidad licitadora que la presentó para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación relacionada en el punto 10.4 de éste pliego.

Las entidades licitadoras pueden ser excluidas del procedimiento de contratación, o ser objeto de enjuiciamiento con arreglo a la legislación nacional, en caso de que incurran en declaraciones falsas de carácter grave al cumplimentar la documentación requerida en el SOBRE nº 1 o, en general, al facilitar la información exigida para verificar que no existen motivos de exclusión o que se cumplen los criterios de selección, o en caso de que oculten tal información o no puedan presentar los documentos justificativos.

....

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

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.”

Asimismo, se señala dentro del apartado 10.4 (Documentación previa a la adjudicación) del mismo texto que:

“Determinada la oferta más ventajosa mediante la Resolución dictada por el Órgano de Contratación, y de conformidad con lo señalado en el Pliego, se requerirá a la entidad licitadora que la presentó para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación siguiente:

(...)

... documentación justificativa de las siguientes circunstancias:

5) Garantía definitiva.


Constitución de la garantía definitiva (5%) de la forma legalmente prevista salvo que el Anexo I exima de dicho requisito o lo modifique dentro de la legalidad permitida.

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.

Las Sociedades Cooperativas sólo tendrán que aportar el veinticinco por ciento de las garantías que hubieren de constituir, conforme a lo establecido en el artículo 116.6 de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas.

El Anexo I, por su parte, no exime ni modifica el requisito, estableciendo la procedencia de constitución de garantía definitiva un 5% del importe de adjudicación.

Partiendo de la consideración, como antes argumentábamos, de la aplicación al caso de la doctrina sobre la subsanación, por cuanto que la fundamentación de esta no es sino la salvaguarda de los principios esenciales de concurrencia, proporcionalidad y adjudicación a la mejor oferta, como este Tribunal ha venido señalando en diversas Resoluciones (véase,

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	13/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==			


por citar alguna, la Resolución 24/2018 o 43/2019), los 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.

La atribución de subsanables a los defectos relativos a la acreditación, no al cumplimiento del requisito per se, se recoge asimismo por la jurisprudencia, STSJ de Asturias 170/2019, de 11 de marzo.

Ciertamente, y aunque no se puede establecer una lista exhaustiva de los posibles defectos que deben considerarse subsanables, se entienden 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.(...) La Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha dicho en numerosos informes que, sin ser posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debería existir con anterioridad a la fecha de presentación de la proposición, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación (...)"*

En este sentido, Sentencia Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004, Resol. 277/2012, 270/2011 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resol. 78/2017, 230/2017 Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, Resol. 1/2012 Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla, Informes 9/06, de 24 de marzo de 2006; 36/04, de 7 de junio de 2004; 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, 47/09, de 1 de febrero de 2010, entre otros, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de los que cabe extraer que la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o de solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación. Dicho en otras palabras,


Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	14/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==			

si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquéllos defectos que se refieren a la acreditación, mediante los documentos a que se refieren los pliegos, del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

Por lo que respecta al carácter subsanable de una garantía constituida por importe insuficiente, es doctrina consolidada tanto de las Juntas Consultivas como de los Tribunales administrativos de contratos, el carácter subsanable de la acreditación del requisito, pero no de su existencia; específicamente en cuanto a la constitución de garantía, el conocido Informe 48/02 JCCA considera, en aplicación de dicha doctrina, insubsanable la no constitución de garantía en plazo; ahora bien, si lo que sucede es que la garantía sí ha sido constituida, pero por un importe incorrecto, como posicionamiento más proclive a no descartar de plano la posibilidad de subsanación en estos casos, encontramos el Informe 5 2002 de la Junta Consultiva de las Islas Canarias, que si bien en referencia a la garantía provisional, señala: *“La posibilidad de subsanación de una garantía provisional constituida por importe insuficiente, deberá ser considerada en cada caso por la Mesa de contratación, requiriendo de la empresa interesada justificación respecto a las circunstancias que hayan podido provocar tal defecto, de forma que, acreditándose que se ha producido error en el importe, tal insuficiencia no constituiría un incumplimiento manifiesto de la norma, sino un error que podrá ser subsanado aportando garantía constituida por importe suficiente dentro del plazo establecido para la subsanación.”* Parece razonable, en efecto, que proceda atender primeramente las circunstancias concurrentes en cada caso y, especialmente, la magnitud y causa del error padecido, al objeto de evitar consecuencias indeseadas que puedan vulnerar el principio básico de adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa.

La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sobre las posibilidades de subsanar los defectos de la documentación presentada en el trámite del requerimiento al licitador que ha presentado la mejor oferta regulado en el artículo 150 LCSP ha evolucionado apartándose de la interpretación excesivamente rigorista que había adoptado.

Como señala la Resolución 582/2019, a la que expresamente se refiere el recurrente, *«Acercas de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente “extensivos, formalistas e injustos” acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto),*

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	15/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDGLUEA==			


a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que “resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”. Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente 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, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por “cumplimentar”, 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 el caso examinado en la citada Resolución, sin embargo, las circunstancias concurrentes son distintas a las que nos ocupan, por cuanto que se presentó en plazo toda la documentación, con la única excepción de la garantía definitiva, el requerimiento se dirigió a un solo miembro de la UTE y además, solicitada información al respecto de dudas planteadas en relación con la constitución de la garantía, se les informó expresamente que la garantía tenía que constituirse por la UTE, “forzándoles”, en palabras de los recurrentes, a la constitución anticipada de la misma.

De acuerdo con este criterio el Tribunal ha admitido en la Resolución 747/2018 que se subsane la garantía constituida en cuantía insuficiente, y en la Resolución 622/2019 que en el plazo de subsanación se depositen los avales inicialmente formalizados sin depositar en la Caja General de Depósitos. En este sentido, se manifiesta igualmente el Tribunal de Recursos de Andalucía en la también alegada por el recurrente, Resolución 259/2020.

La Sentencia de 11 de Marzo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias (SENTENCIA: 00170/2019, RECURSO: PO Nº 238/18, Roj: STSJ AS 598/2019 - ECLI: ES:TSJAS:2019:598), sin embargo, desestima el recurso contencioso-administrativo planteado contra la desestimación de un recurso de alzada, interpuesto contra el acuerdo de la Mesa por el que entiende la retirada de una oferta al no haber presentado en plazo la acreditación de haber constituido la garantía definitiva, (El aval se formalizo, pero no fue depositado hasta un día después de la finalización del plazo), efectuando una serie de consideraciones que, entendemos, relevantes, a los efectos que nos ocupan, habida cuenta que, incluso en ese caso, concluye que efectivamente, el requerimiento no se ha

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	16/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

cumplimentado, no habiéndose acreditado en plazo la constitución de la garantía y considerando, en consecuencia, ajustada a derecho, la retirada de la oferta acordada . Señala el TSJ que “La solución a la diferencia expuesta depende de la calificación defecto, y en definitiva de la consideración de este requisito de depósito y disposición de la garantía para su constitución. A saber, si estamos pues ante un defecto de acreditación, y no de constitución de la garantía.

Al respecto, la doctrina administrativa admite en ocasiones la tesis de la parte demandante teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia sobre los defectos subsanables, según la cual son subsanables los defectos en la acreditación del cumplimiento de los requisitos, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. En efecto, diferencia entre la acreditación del cumplimiento de un determinado requisito y cumplimiento mismo del requisito, pronunciándose por todas, en STS de 6 de julio de 2004, sobre el carácter subsanable de los defectos de la documentación general acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que los licitadores tienen que aportar en los procedimientos de contratación, y ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. Como esta Sala en la sentencia dictada el 23 de mayo de 2016, al resolver los recursos acumulados 237/2015 y 242/2015.

Sentado cuanto antecede, la aplicación de la doctrina la subsanación basada en el principio de la proporcionalidad está en función de los casos para cuando los defectos se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento.

(...). De acuerdo con estos preceptos, la garantía mediante aval requiere dos actuaciones sucesivas: la constitución de la garantía, consistente en la prestación y suscripción del aval por persona de la entidad bancaria con poder bastante para otorgarlo, y otra su depósito en la Caja General de Depósitos o en el establecimiento de la Administración competente para ello, con justificación ante el órgano de contratación de la constitución de dicha garantía.

Por lo expuesto, si bien es cierto que la garantía definitiva mediante aval queda constituida con el consentimiento o declaración de voluntad de la entidad financiera garante, para su eficacia frente a terceros y para no quedar al albur de la voluntad del que la presta, se exige su depósito con anterioridad al vencimiento del plazo establecido legalmente para ello, por lo que no cabe escindir esas operaciones y momentos para concluir con la tesis de parte demandante que la falta de depósito 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 copia fiel.

En definitiva no estamos ante un requisito formal, adicional al de la constitución de garantía, de depositar la documentación acreditativa de su constitución en el servicio competente de la Administración para custodiarla, en lugar de entregarla al órgano de contratación y que sea éste el que la remita aquel, sino ante la ausencia de un requisito de carácter mixto que debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo 151.2 citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01
Observaciones		Página	17/20
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==		



Esta Sala se ha pronunciado sobre un caso semejante al presente en la sentencia dictada el 23 de julio de 2018, desestimando el recurso PO núm. 816/17, contra la resolución que excluye a la recurrente del procedimiento de contratación con base en las consideraciones siguientes "(...) Es por ello que para la válida constitución de la garantía definitiva no basta solo con la prestación del aval, siendo necesario que sea presentado en legal forma, encontrándose el título del aval en poder del órgano de contratación en la forma prescrita en la Ley, estableciendo la cláusula 12.6.e) del pliego de prescripciones administrativas particulares, que la garantía debe haberse constituido a disposición del órgano de contratación para lo cual se depositará en la Tesorería ..."

En el mencionado precedente se rechaza también "la invocación que la actora realiza, al señalar que dado que el contrato de aval existía desde el 27 de abril, el defecto apreciado por la Mesa de Contratación debe ser considerado como una mera falta de acreditación y no de existencia del requisito, cuya subsanación debió admitirse al licitador, a lo que hay que manifestar que el contrato de aval suscrito con la entidad Caja Rural de Asturias, se realizó con fecha 3 de mayo de 2017, es decir, fuera del plazo legalmente concedido, señalando el art. 99 del TRCLSP anteriormente citado, que: "el licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa deberá acreditar en el plazo señalado en el art. 151.2 la constitución de la garantía. 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 último párrafo del artículo 151.2"; es decir, se recabará la documentación del licitador siguiente, habiendo señalado la Sala en Sentencia de catorce de octubre de 2015, que "el mencionado precepto establece que el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, conforme al art. 64.2 y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.....; de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas..., y conforme al anteriormente mencionado art. 151.2, debe cumplimentarse en el plazo de 10 días, sin que exista previsión de subsanación..., no pudiendo frente a ello primar un criterio antiformalista".

Como señala la Sentencia, lo razonado hasta el momento pone de manifiesto que nos encontramos ante una problemática que plantea serias dudas, de ahí los dispares criterios de los órganos administrativos de contratación y la doctrina jurisprudencial sobre las posibilidades de subsanación de defectos en los que se confunden aspectos formales y sustantivos.

En el caso que nos ocupa, queda acreditado que no se ha constituido garantía definitiva alguna, aunque fuera insuficiente o adoleciera de algún defecto. La propia recurrente admite en su escrito que no disponía de Aval, alegando que su indisposición radicaba en no estar constituida como UTE y que el aval no se constituyó por causa no imputable a la misma. Sin embargo, como señala el órgano de Contratación en su informe, la Garantía

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01
Observaciones		Página	18/20
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==		



Definitiva puede constituirse no solo con aval, sino de cualquiera de las formas previstas en el artículo 108 de la Ley de Contratos del Sector Público.


La posibilidad de constitución de la garantía, en caso de uniones de empresarios, por uno o varios componentes de la misma y no por la propia unión temporal, se contempla en el Informe 50/06 JCCA, que da una respuesta positiva a esta cuestión al extender lo dispuesto en el artículo 61.1. b) RGLCAP (*“En el caso de uniones temporales de empresarios, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de las empresas participantes, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida en el artículo 35 de la Ley y garantice solidariamente a todos los integrantes de la unión temporal*), a las garantías definitivas, considerando que *“se debe aplicar la misma regla de que las garantías definitivas puedan constituirse por una o varias de las empresas participantes, ya que ello no es más que una consecuencia de la carencia de personalidad de la unión temporal”*.

El Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales –TACRC–, en su Resolución 744/2016, puntualiza que lo que no cabe en ningún caso es que la garantía se otorgue únicamente a favor de una de sus integrantes: *“la única cuestión a determinar es si el hecho de que el aval se hubiera otorgado únicamente a favor de una de las empresas que debían constituir la UTE es o no causa de exclusión. Se ha de indicar, desde ya, que la decisión solo puede ser favorable a la exclusión, y ello desde un punto de vista lógico jurídico, sobre el que las alegaciones del recurso no pueden imponerse: el aval debe constituirse a favor del adjudicatario, y si este resulta ser una UTE, la entidad avalada será o esta, si se hubiera ya constituido, o, en caso contrario, cada una de las empresas que la integran, siendo a todas luces defectuoso, por insuficiente, un aval que se otorgue exclusivamente a favor de una sola de éstas.”*

La garantía definitiva no exige la previa constitución de la UTE, puede constituirse a favor de sus miembros. En este último caso, en el documento correspondiente deberán citarse todos los componentes e indicarse expresamente el carácter conjunto y solidario de la garantía.

Es el licitador que ofrece la oferta económica más ventajosa el que, sin distinción alguna, contemplada en la normativa de aplicación, debe aportar la documentación que acredite haber constituido la garantía definitiva, sin que el legislador haya previsto especialidad alguna en relación a las empresas que concurren a la licitación con el compromiso de constituirse en UTE si resultasen adjudicatarias. Ha de ser la UTE, o en su caso todas y cada una de las empresas que la integran, las que aporten la garantía, pues son estas las que presentan, de manera conjunta, la oferta económica más ventajosa, y no solo una de ellas.

Si el licitador requerido no estaba de acuerdo con los términos exigidos para la garantía a otorgar o tenía dudas al respecto, debió haber formulado, al menos, alguna alegación que expresase su disconformidad o problemática, haber solicitado aclaración al respecto al órgano de contratación o acudir a otras vías para la constitución de la garantía, que no necesariamente ha de prestarse mediante aval, ni es necesario, en cualquier caso, que el

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	19/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			

aval se otorgue a favor de la UTE., siendo factibles los avales para “UTES en constitución”, a nombre de las empresas integrantes de la UTE, conjunta y solidariamente.

Sin embargo, por los recurrentes no se hizo así, consintiendo con el contenido del requerimiento, aun a sabiendas de que el plazo concluía, como señala en su escrito, el 14 de enero y la cita para el Notario estaba fijada para el día 13, por lo que ahora ha de cargar con los efectos de no haberse ajustado la documentación aportada a lo que se le requería, teniendo en cuenta el carácter preclusivo de los plazos, las propias previsiones contenidas en los Pliegos, la reiterada jurisprudencia sobre los defectos subsanables, según la cual son subsanables los defectos en la acreditación del cumplimiento de los requisitos, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible, y el hecho mismo de hallarnos en un procedimiento de concurrencia competitiva, en el que sólo podrá tenerse en cuenta la documentación presentada en el momento oportuno, no teniéndose en cuenta documentos posteriores, por cuanto que ello alteraría la objetividad del procedimiento de licitación, supondría inseguridad jurídica para el resto de licitadores y vulneraría los esenciales principios de transparencia e igualdad de trato en la contratación.


Ha de reseñarse, además, que en el caso que nos ocupa, aun no habiéndose pedido subsanación de la documentación aportada en trámite previo a la adjudicación, el hecho de haber evacuado trámite de subsanación no habría alterado la conclusión final ahora alcanzada: el hecho es insubsanable; el licitador no había constituido la garantía ni dentro del plazo, ni con posterioridad a éste, por lo que, como señala el Órgano de Contratación, “si bien el resto de la documentación podría dar pie a un requerimiento de subsanación, el hecho de no haber constituido garantía definitiva alguna, aunque fuera insuficiente, resulta de por sí un error o incumplimiento insubsanable que conlleva la necesidad de tener por retirada la oferta”.

Por lo expuesto, y VISTOS los preceptos legales de aplicación, SE ELEVA al órgano competente para su Resolución, la siguiente Propuesta:

“PRIMERO.- Desestimar el Recurso de Alzada presentado en nombre y representación de INGENIERÍA DE EVENTOS, S.L. e IMPRESORES BAELO CLAUDIA, S.L., contra la Resolución por la que se tiene por retirada su oferta en la licitación para la contratación del “Servicio de Rotulación” expediente 14/20 de CONGRESOS Y TURISMO DE SEVILLA S.A.

SEGUNDO.- Notificar a los interesados la presente Resolución, acompañándose del correspondiente informe, que le sirve de fundamento.”

Sevilla, a la fecha que consta a pie de firma.
 LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
 CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.

Código Seguro De Verificación	c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==	Estado	Fecha y hora	
Firmado Por	Rosa María Perez Dominguez	Firmado	24/02/2021 08:18:01	
Observaciones		Página	20/20	
Url De Verificación	https://www.sevilla.org/verifirmav2/code/c4AiCdHic11FevxUDG1UEA==			