Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 4 2 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 13 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Mazo en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo de revisión de oficio del Decreto de Alcaldía n.º 1283/2023, de fecha 26 de octubre, por el que se adjudica a la mercantil (...), el contrato de suministro de «ADQUISICIÓN DE UNA MINICARGADORA PARA LIMPIEZA Y CEPILLADO DE CÉSPED ARTIFICIAL» (EXP. 26/2024 RO)*[*].

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Villa de Mazo, es la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio al objeto de declarar la nulidad del Decreto de la Alcaldía n.º 1283/2023, de 26 de octubre, por el que se adjudica a la mercantil (...) el contrato de suministro de «*Adquisición de una minicargadora para limpieza y cepillado de césped artificial*».

2. La legitimación del Sr. Alcalde-Presidente para solicitar el dictamen, su carácter preceptivo y la competencia de este Consejo Consultivo para emitirlo resultan de los arts. 11.1.D).b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 41 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2017 (LCSP), norma básica aplicable al presente supuesto porque el contrato que se pretende declarar nulo fue adjudicado con posterioridad a su entrada en vigor.

[*] **Ponente: Sr. Fajardo Spínola.**

También es de aplicación, subsidiariamente, de acuerdo con lo establecido en la Disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), porque el presente procedimiento se inició con posterioridad a su entrada en vigor.

Asimismo, resulta aplicable, en lo que no se oponga a la LCSP (Disposición derogatoria de la LCSP), el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, también de carácter básico.

3. En este procedimiento se ha otorgado el preceptivo trámite de vista y audiencia a la empresa contratista, que no presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto.

Este Consejo Consultivo en su Dictamen 72/2023, de 1 de marzo, seguido, entre otros, por los Dictámenes 170/2023, de 20 de abril, 318/2023, de 20 de julio, 386/2023, de 5 de octubre, 412/2023, de 19 de octubre, 452/2023, de 7 de noviembre y 533/2023, de 21 de diciembre, ha considerado que el dictamen es haya o no oposición del contratista, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 106.1 LPACAP, por remisión del art. 41 LCSP.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en el art. 106.1 LPACAP, es preciso que el dictamen sea favorable a la declaración pretendida, no pudiéndose acordar la nulidad del acto si aquél no lo considera así.

4. La regulación del correspondiente procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP, puesto que el art. 41.1 LCSP, en relación con la revisión de oficio de los actos preparatorios y de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas viciados de nulidad, remite a la regulación que del procedimiento de revisión de oficio se contiene en la LPACAP. Esta remisión normativa efectuada por el art. 41.1 LCSP a la legislación estatal en materia de procedimiento administrativo común nos conduce a la aplicación de los arts. 106 a 111 LPACAP.

El art. 106.1 LPACAP contempla la revisión de oficio de los actos administrativos nulos, permitiendo a las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, previo dictamen favorable del órgano consultivo autonómico, declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el art. 47.1 LPACAP.

Este artículo no contempla un procedimiento específico para la tramitación de los expedientes de declaración de nulidad, por lo que se entienden aplicables las normas recogidas en el título IV de la LPACAP (*«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»*), con la especialidad exigida por el art. 106, que establece como preceptivo el previo dictamen favorable del órgano consultivo que corresponda.

5. La competencia para resolver el presente procedimiento le corresponde al órgano de contratación, en virtud de lo previsto en el art. 41.3 y en la Disposición adicional 2.ª, apartado 1, LCSP, que en este caso es la Alcaldía-Presidencia de la Corporación municipal.

6. En lo que se refiere al plazo máximo para resolver, el art. 106.5 LPACAP establece que cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo.

El presente procedimiento de revisión de oficio fue iniciado a iniciativa de la propia Corporación Local por Resolución de la Alcaldía n.º 1417/2023, de 28 de noviembre, y no ha incurrido en caducidad al no haber transcurrido el citado plazo.

II

Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento de revisión de oficio son los siguientes:

- Mediante Decreto de la Alcaldía de 11 de septiembre de 2023 se inicia la contratación, mediante procedimiento abierto simplificado, del suministro de una minicargadora para limpieza y cepillado de césped artificial, con un presupuesto de licitación de 31.350 euros más 7 % de IGIC (2.194,50 euros), lo que suma un total de 33.544,50 euros.

- Completado el expediente, con fecha 12 de septiembre y mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1100/2023 se aprueba el expediente de contratación, así como el gasto por el citado importe y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), ordenándose la publicación de la licitación en el Perfil del Contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

- Finalizado el plazo de presentación de Proposiciones, consta en el expediente que solo presentó oferta la entidad (...), que fue admitida a la licitación por la Mesa de Contratación en sesión celebrada el 2 de octubre de 2023, al presentar correctamente la documentación exigida en el PCAP. Asimismo, una vez valorada su oferta económica (33.544,50 euros, IGIC incluido), la Mesa acuerda en esta misma sesión proponer a la citada empresa como adjudicataria.

- En esta misma fecha se requiere a la entidad a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público a efectos de que aporte, en el plazo de siete días hábiles previsto en la cláusula 17 del PCAP, la documentación exigida en esta misma cláusula.

Consta en el expediente que la entidad adjudicataria accedió a este requerimiento el mismo día, sin que, conforme señala la Propuesta de Resolución, hubiera presentado la documentación exigida en el plazo concedido al efecto.

- Con fecha 18 de octubre de 2023 se emite informe de fiscalización favorable por parte de la Intervención municipal.

- Finalmente, mediante Decreto de la Alcaldía n.º 1283/2023, de 25 de octubre, se adjudica el contrato a la mercantil (...)

III

1. En cuanto a la tramitación del procedimiento administrativo encaminado a la declaración de nulidad contractual, constan practicadas las siguientes actuaciones:

- Mediante Resolución de la Alcaldía 1417/2023, de 28 de noviembre, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del Decreto 1283/2023, de 25 de octubre, por el que se adjudicó el contrato a la mercantil (...), por estar incurso en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, toda vez que no se aportó en plazo la documentación preceptiva para la adjudicación del contrato establecida en el art. 150.2 LCSP, por lo que la entidad adquirió derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

- Con fecha 29 de noviembre de 2023 se otorga trámite de audiencia a la entidad, notificado al día siguiente, sin que presentara alegaciones en el plazo concedido al efecto, según consta en la certificación de la Secretaría Municipal emitida al respecto.

- Con fecha 18 de enero de 2024 se elabora por la Secretaría municipal la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento, proponiendo la declaración

de nulidad del Decreto de adjudicación del contrato por la señalada causa prevista en el art. 47.1.f) LPACAP, así como la retroacción del procedimiento hasta el momento de aportación de la documentación por el licitador, requiriendo la subsanación de los vicios de que adolezca la misma.

- Finalmente, mediante oficio de 18 de enero de 2024 (con registro de entrada en este Organismo consultivo al día siguiente), se solicita la emisión del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Canarias al amparo de lo dispuesto en su Ley reguladora.

2. El Pleno de este Consejo Consultivo, con fecha 16 de abril de 2024, acordó la ampliación del plazo para la emisión el dictamen en quince días hábiles debido a la acumulación de asuntos de acción consultiva actualmente en trámite en este Organismo.

Asimismo, su Sección I, en sesión celebrada el día 27 de febrero de 2024, adoptó el siguiente acuerdo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 53 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Canarias (Decreto 181/2005, de 26 de julio):

«1.- Requerir de la Administración actuante la información o documentación que a continuación se expresa:

• Aclaración acerca de si la entidad adjudicataria presentó o no, en el plazo concedido en el requerimiento efectuado el 2 de octubre de 2023, la documentación exigida por el art. 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con aportación, en su caso, de la documentación presentada o, en caso contrario, con certificación de la ausencia de su aportación por parte de la entidad adjudicataria. Ello toda vez que si bien la nulidad del acto se fundamenta en la no aportación de esta documentación, al propio tiempo en la Propuesta de Resolución se propone la retroacción del procedimiento hasta el momento de aportación de la documentación por el licitador, "requiriendo la subsanación de los vicios de que adolezca la misma". La documentación que integra el expediente no permite aclarar si la entidad adjudicataria presentó o no la documentación, pues, de haberlo efectivamente efectuado, no consta la misma en el expediente ni, en caso contrario, se ha certificado su no aportación en el plazo concedido al efecto.

2.- Suspender el plazo de emisión del dictamen solicitado por 15 días, que podrá ser ampliado de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 del citado Reglamento, a los efectos de cumplimentar el antedicho trámite, que deberá realizarse con la mayor celeridad posible».

3. Con fecha 22 de marzo de 2024 tiene entrada en el Registro de este Consejo la documentación requerida, consistente en una certificación de la Secretaría Municipal del siguiente tenor: **«***Que según se desprende de la documentación obrante en ésta Secretaría a mi cargo, la entidad mercantil (...), provista de C.I.F. n.º (...), no aportó la documentación requerida en la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas para su adjudicación en el plazo concedido, del expediente de suministro "Adquisición de una minicargadora para limpieza y cepillado de césped artificial" n.º 2973/2023*».

IV

1. Este Consejo Consultivo, siguiendo constante y abundante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha reiterado que la revisión de oficio supone el examen por la Administración de la legalidad de sus propios actos y en razón de los vicios e infracciones legales que le son imputables a los mismos, es decir, que por formar parte de su contenido, formal o sustantivo, le son atribuibles y susceptibles de valoración y corrección por la propia Administración autora del acto en el ejercicio de su potestad de revisión, sin que pueda extenderse al examen de la legalidad de otros actos dictados por otras Administraciones no sujetos a revisión (STS 405/2020, de 14 de mayo).

La revisión de oficio implica el ejercicio de una facultad exorbitante por parte de la Administración para expulsar del ordenamiento jurídico actos firmes en vía administrativa que adolecen de vicios especialmente graves, en cuya aplicación se ha de ser riguroso por implicar un conflicto entre dos principios generales del derecho: el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. De aquí que no cualquier vicio jurídico permita acudir sin más a la revisión de oficio, sino que ella solo es posible cuando concurra de modo acreditado e indubitado un vicio de nulidad de pleno derecho de los legalmente previstos, cuyos presupuestos no pueden entenderse de manera amplia, sino restrictiva (Dictámenes de este Consejo 302/2018, de 29 de junio y 430/2017, de 14 de noviembre, que reiteran varios pronunciamientos de este Organismo en el mismo sentido).

Por su parte, en nuestro DCCC 46/2016, de 18 de febrero, afirmábamos que *«no toda infracción del Ordenamiento jurídico conlleva la revisión de oficio, que no está prevista para corregir errores o deficiencias de la Administración, sino para suprimir actos administrativos contaminados con vicios graves determinantes del nacimiento del derecho o facultad (...) ».*

En definitiva, *«la revisión de oficio en principio no es una técnica al servicio de la instrucción de una "causa general" respecto de determinado procedimiento, sino el instrumento que permite anular actos con vicios de orden público, que son los que la ley califica como causas de revisión, debidamente interpretadas en función de las circunstancias del caso, la conducta de los interesados y la actuación de la Administración»* (DCCC 449/2017, de 5 de diciembre).

2. En el presente caso, la nulidad se fundamenta en la circunstancia de que por el órgano de contratación se adjudicó el contrato de suministro que nos ocupa sin que previamente se hubiera presentado por la entidad la preceptiva documentación exigida por el art. 150.2 LCSP, con vulneración por tanto de lo dispuesto en este precepto. Se sostiene que con ello el acto administrativo ha incurrido en la causa de nulidad prevista en el art. 47.1.f) LCSP, al haber adquirido la mercantil facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera.

En relación con la causa establecida en el art. 47.1.f) LPACAP, este Consejo Consultivo ha manifestado, entre otros, en el Dictamen 479/2023, de 17 de noviembre (con cita de los DDCC 100/2021, de 9 de marzo y 299/2021, de 27 de mayo), lo siguiente:

«Como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 2012: «los supuestos de nulidad, y este en particular, han de ser objeto de interpretación restrictiva, para no convertir la revisión excepcional de actos firmes por nulidad en un debate ordinario de legalidad común, en contra de la finalidad y razón de ser de la figura. El precepto no puede interpretarse en el sentido de que cualquier percepción de un beneficio monetario cuando no se dan los requisitos legales para ello pueda devenir en acto nulo, pues en ese caso no habría práctica diferencia entre los actos radicalmente nulos y los anulables; debe ser interpretado en consonancia con el resto de supuestos, que prevén actos de contenido imposible, constitutivos de delito, dictados con manifiesta incompetencia, esto es, vicios que afectan a carencias radicales y esencialísimas del acto. El precepto da respuesta a un supuesto de nulidad que no venía contemplado en la antigua Ley de Procedimiento de 1958 y que venía siendo reclamado por la doctrina, para dar cabida a casos no expresamente previstos en la antigua regulación pero de flagrante irregularidad en los que se otorgan nombramientos, concesiones, facultades de obrar, o se constituyen situaciones jurídicas, en ausencia de los más elementales elementos constitutivos de quien los recibe, tal como el reconocimiento a un menor de derechos que exigen la mayor edad, nombramiento para un cargo sin poseer el título correspondiente, etc.».

Como ya este Consejo Consultivo señalaba en el DCC 117/2021, de 11 de marzo, no bastará con que el acto incumpla cualquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos se exijan para la validez del acto que determina la adquisición del derecho, sino que resulta preciso distinguir entre «requisitos necesarios» y «requisitos esenciales», de tal forma que no todos los que puedan ser considerados como necesarios para la adquisición de una facultad o derecho merecen el calificativo de «esenciales» (Dictámenes del Consejo de Estado 2.454/1994, 5.577 y 5.796/1997, 1.530/2002, 741/2004, entre otros), que sólo revestirán tal carácter cuando constituyan los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto (Dictámenes del Consejo de Estado 351/1996, 5.796/1997 y 2.347/2000, entre otros).

Así, sólo podrán considerarse esenciales aquellos requisitos cuya concurrencia sea imprescindible para la configuración del derecho en cuestión. Tales condiciones han de venir definidas de manera conforme a la ley y su infracción afectar de modo grave tanto a la «estructura esencial del acto administrativo como al precepto legal vulnerado» (Dictamen del Consejo de Estado 842/1996 o el ya mencionado Dictamen 117/2021).

De esta doctrina se deriva que no basta que se carezca de cualquier género de requisito para que la revisión de oficio pueda prosperar al amparo de esta causa de nulidad de pleno derecho. No es suficiente que se haya desatendido la observancia de un requisito necesario para la adquisición de un derecho o de una facultad y ha de tratarse, por consiguiente, del incumplimiento de un verdadero requisito de carácter esencial.

En otros términos, no basta que se produzca un acto atributivo de derechos que se adquieran en virtud del mismo y que dicho acto sea contrario al Ordenamiento Jurídico, sino también que falten los requisitos esenciales para su adquisición, no cualesquiera de los requisitos previstos en la normativa de aplicación, aunque los mismos sean necesarios para la adquisición del derecho. El art. 47.1.f) LPACAP no considera que baste la carencia de cualquier requisito, sino que exige que éste ha de ser esencial, impidiendo que se califique de nulo a cualquier acto administrativo que contradiga el ordenamiento jurídico, sino sólo a aquel que atribuya un derecho a una persona que carece manifiestamente y con palmaria evidencia de todo presupuesto para el reconocimiento de ese derecho.

El texto del art. 47.1.f) LPACAP nos lleva pues a distinguir entre «requisitos esenciales» y «requisitos necesarios». Si dentro de los primeros se incluyera cualquier condición necesaria para la validez del acto declarativo de derechos, entonces entraría en la categoría de nulidad radical todo supuesto de ilegalidad de un acto declarativo de derechos, en la medida en que dicha ilegalidad se funda siempre en la ausencia de una de las condiciones o requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico. Esta causa de nulidad, por tanto, debe ser interpretada restrictivamente, porque la equiparación de requisito esencial a cualquier requisito necesario aniquila la distinción legal de causas de nulidad y de anulabilidad y el sistema legal de recursos con interposición sometida a plazo.

Por las razones esgrimidas debe reservarse la expresión «requisitos esenciales» para aquellos vicios jurídicos en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida; de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma».

3. En el presente caso, la Propuesta de Resolución no motiva la aplicación de la referida causa, limitándose a poner de manifiesto la no presentación de la documentación, a la que anuda la consecuencia, sin argumentación alguna, de la nulidad del acto.

Su argumentación se dirige únicamente a justificar la posibilidad de retrotraer el procedimiento, una vez producida la declaración de nulidad del acto, al objeto de que la entidad subsane el defecto advertido. Así, con apoyo en la Resolución 528/2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, distingue entre un «*incumplimiento total y grave*» de la aportación de documentación, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de «*cumplimiento defectuoso o imperfecto*», en cuyo caso cabría la posibilidad de subsanar tales defectos, haciendo prevalecer los derechos de la empresa adjudicataria y permitiendo la subsanación de la documentación presentada de manera defectuosa.

Planteado en estos términos, la Propuesta de Resolución encierra una contradicción en sus propios términos, pues la nulidad del acto de adjudicación se fundamenta -o al menos así parece desprenderse- en la ausencia de aportación de la documentación exigida por el art. 150.2 LCSP y sin embargo se pretende la retroacción del procedimiento a fin de requerir a la mercantil *«la subsanación de los vicios de que adolezca la misma»*. No obstante, tras la remisión de la documentación complementaria aclaratoria de este extremo, a la que ya se ha aludido, ha quedado constancia en el expediente de que la entidad adjudicataria no presentó documentación alguna durante el plazo concedido al efecto.

Procede en consecuencia dilucidar en primer lugar si el acto de adjudicación del contrato incurre o no en causa de nulidad y, en caso de alcanzarse una respuesta afirmativa a esta cuestión, si procede o no la retroacción pretendida por la Administración.

4. Por lo que se refiere a la primera cuestión, esto es, si la irregularidad advertida es o no causa de nulidad de pleno derecho del acto administrativo en cuestión, ha de considerarse que efectivamente concurre la causa alegada por la

Administración, ya que la acreditación de que la entidad adjudicataria del contrato cumple con los requisitos exigidos por la LCSP para ostentar tal condición es un elemento esencial. En el curso de la licitación las empresas participantes solo deben presentar una declaración responsable del cumplimiento de sus condiciones de aptitud [art. 140.1ª) LCSP], lo que explica que el art. 150.2 LCSP exija que la propuesta como adjudicataria, con carácter previo a la efectiva adjudicación, presente la documentación acreditativa del cumplimiento de sus condiciones de aptitud, pues no podrá contratar con la Administración en otro caso, como evidencia el hecho de que el propio precepto equipara la ausencia de aportación con la retirada de la oferta.

De esta forma, el acto de adjudicación adoptado sin haberse dado cumplimiento a lo previsto en el art. 150.2 LCSP supone efectivamente la adquisición de un derecho por quien no reúne los requisitos esenciales para que tal adquisición se produjera, pues, al no aportar la documentación en el plazo establecido, ha perdido la condición de licitadora, lo que impide, por tanto, que le sea adjudicado el contrato.

Concurre en consecuencia la causa de nulidad establecida en el art. 47.1.f) LPACAP.

5. Por último, por lo que se refiere a la posibilidad de retroacción del procedimiento a efectos de la subsanación de la documentación por parte de la adjudicataria, lo señalado anteriormente impide que esta retroacción pueda efectuarse, pues, como se ha dicho, la no presentación de la documentación en el plazo establecido ha supuesto *ex lege* la retirada de la oferta.

La Propuesta de Resolución invoca la Resolución 528/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TARC), acerca de la interpretación del art. 150.2, para fundamentar la posibilidad de retroacción planteada.

Señala la PR:

«Vista la Resolución 528/2019 del Tribunal Admintrativo Central de Recursos Contractuales, acerca 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 ó 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), 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.»

La nueva posición se aleja de la interpretación tradicional que admitía que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de concurrencia de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo otorgado para su cumplimiento y subsanables aquellos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos.

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 entregados sin depositar en la Caja General de Depósitos.

En la Resolución 582/2019 se considera que procede el trámite de subsanación de la constitución de la garantía definitiva en el caso de una UTE que aporte en el plazo del requerimiento la documentación que se la requiere como adjudicatario excepto la acreditación de haber constituido la garantía definitiva, respecto de la cual no rechaza ninguna manifestación.

Para el Tribunal:

«En el supuesto examinado, se observa que las empresas participantes en la licitación presentaron dentro del plazo concedido toda la documentación que debían aportar al amparo de lo dispuesto en el artículo 150.2 de la LCSP, con excepción de la garantía definitiva. Y en relación con la garantía, esta no se constituyó dentro del plazo concedido al efecto si bien se sostiene por la recurrente que el Órgano de contratación debió concederle un plazo mayor al inicialmente otorgado, de diez días hábiles, por cuanto atribuye a la propia Administración contratante la responsabilidad del retraso en la constitución de la garantía. En efecto, afirma –y lo hace de manera insistente a lo largo del recurso- que el Órgano de contratación vino a obligar a las empresas licitadoras a constituirse en unión temporal de manera anticipada, a efectos de constituir la garantía definitiva a su nombre dentro del plazo indicado, y que por haber acatado dicha obligación impuesta por la Administración, las empresas licitadoras tuvieron que dedicar el tiempo concedido para la cumplimentación del requerimiento en realizar los trámites para la constitución de la UTE, lo que le impidió que a su vez dentro de ese mismo plazo de diez días pudieran proceder a constituir la garantía.

Pues bien, aunque pueda resultar excesivo atribuir al órgano de contratación la responsabilidad por la no aportación de la garantía en el plazo concedido, no cabe tampoco dudar de que, al haberse anticipado la constitución de la UTE a la fecha inicialmente prevista y posterior a la adjudicación definitiva, unida al hecho de no haberse dirigido ni notificado individualmente el requerimiento de aportación documental a todas y cada una las empresas integrantes de la UTE propuesta como adjudicataria, constituye sin duda un obstáculo que dificultó el cumplimiento del requerimiento por parte de la UTE, circunstancia que debe tenerse en cuenta a la hora de determinar si hubiera o no procedido en este caso la concesión de una posibilidad de subsanación teniendo en cuenta que no nos encontramos ante un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, involuntario, ante el que cabe aplicar 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 que en este caso no se ha producido, lo que implica a su vez la estimación parcial del recurso en el sentido de conceder a la recurrente trámite de subsanación para que todos y cada uno de los miembros de la UTE constituyan y aporten la garantía exigida en el requerimiento».

De la lectura de las resoluciones del TACRC no resulta sin embargo la posibilidad de aplicar la «*interpretación flexible*» que permita la subsanación al supuesto que nos ocupa, pues sólo sería aplicable en aquellos supuestos en que no cabe hablar de

un incumplimiento «total y grave» de la obligación de aportación de documentación prevista en el art. 150.2 LCSP, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no sólo 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.

Y no es esto lo que acontece en este supuesto, pues, como ha quedado acreditado, la adjudicataria no entregó documentación alguna en el plazo concedido al efecto.

De forma más reciente, la Resolución 115/2023 el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco se refiere al trámite previo a la adjudicación -art. 150.2-, de tal forma que, concurriendo la omisión de presentación de toda la documentación acreditativa de sus condiciones de aptitud, concluye que no cabe su subsanación. Explica este Tribunal que conferir dicho trámite mediando una omisión total previa, equivaldría a conferir una prórroga o ampliación de un plazo ya vencido: *«no cabe subsanación alguna, pues no se trata de que la documentación aportada adolezca de defectos o insuficiencias, sino de que no ha sido presentada, por lo que la exclusión es simplemente la consecuencia natural de la finalización del plazo para realizar una actuación sin que ésta se haya producido; la citada subsanación equivaldría, en este caso, a la prórroga de un plazo que ya ha finalizado*».

En esta misma línea sobre la improcedencia de conferir trámite de subsanación en esta fase del procedimiento si ha mediado omisión absoluta de presentación de un concreto extremo, también se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 6/2021, señalando que cuando lo que ocurre es que el licitador no ha hecho el menor esfuerzo por aportar la documentación exigida la única solución es descartar su proposición excluyéndolo de la licitación. En este sentido, argumenta que no se trata, en realidad, de hacer una interpretación más o menos rigurosa de la LCSP, sino de que el órgano de contratación no puede adjudicar el contrato a quien no acredita en modo alguno o no cumple alguna de las condiciones exigidas para contratar o a quien, requerido para su acreditación, presenta una conducta indolente o negligente y omite la acreditación de alguna de ellas, de tal forma que en estos casos se habrán de aplicar las consecuencias

descritas en el art. 150.2 LCSP, de modo que procederá entender que el licitador ha retirado su oferta.

En consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento a efectos de la subsanación de la documentación.

C O N C L U S I Ó N E S

1. Se dictamina favorablemente la Propuesta de Resolución en cuanto declara la nulidad del Decreto de la Alcaldía n.º 1283/2023, de 26 de octubre, por el que se adjudica a la mercantil (...) el contrato de suministro de «*Adquisición de una minicargadora para limpieza y cepillado de césped artificial*».

2. No procede la retroacción del procedimiento por las razones expresadas en el Fundamento IV.5.