RE 050/2019

Acuerdo 62/2019, de 13 de mayo de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto en nombre y representación de la mercantil "ÁGORASPORT, S.A.", frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Barbastro por el que se declara retirada la oferta de la recurrente en la licitación del contrato denominado «Ejecución de obras de construcción de pistas de atletismo municipales del Ayuntamiento de Barbastro», promovido por la citada Entidad Local.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de diciembre de 2019 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento que figura en el encabezamiento de este Acuerdo.

Se trata de un contrato de obras, licitado por procedimiento abierto simplificado, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 1.227.257,37 euros, IVA excluido. Según indican los anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 10 de enero de 2019.

Segundo.- La Mesa de contratación elevó, en fecha 4 de marzo de 2019, propuesta de adjudicación del contrato a favor de la licitadora "ÁGORASPORT, S.A." por lo que se le requirió, a través de la PCSP, en fecha 6 de marzo de 2019, documentación justificativa previa a la adjudicación, otorgándole a tal efecto, siete días hábiles desde el envío de la comunicación.

Tercero.- El 26 de marzo de 2019, el órgano de contratación acordó declarar retirada la oferta de la entidad "ÁGORASPORT, S.A." por falta de constitución de la garantía definitiva, y recabar la misma documentación antes referida al licitador siguiente por el orden en que habían quedado clasificadas las ofertas, notificándose a la ahora recurrente, a través de la PCSP, en la misma fecha.

Cuarto.- Con fecha 16 de abril de 2019 tuvo entrada, en el correo electrónico de este Tribunal, escrito de la mercantil "ÁGORASPORT, S.A.", licitadora del procedimiento, adjuntando copia del recurso especial en materia de contratación interpuesto en una oficina de correos de Zaragoza, en esa misma fecha, frente al mencionado acuerdo.

Quinto.- El día 17 de abril de 2019 se solicitó, al órgano de contratación, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 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 2014 (en adelante, LCSP). El 24 de abril de 2019 el órgano de contratación remitió, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la documentación solicitada a través de correo electrónico.

Sexto.- El 3 de mayo de 2019 se dio traslado al resto de interesados del procedimiento, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Ha presentado alegaciones la mercantil "ARNO INFRAESTRUCTURAS, S.L.", oponiéndose al recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil "ÁGORASPORT, S.A.", así como la representación de don E.S.M. para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente al acuerdo por el que se declara retirada la oferta de la entidad "ÁGORASPORT, S.A." en el procedimiento de adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 1.014.262,29 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la de la Ley 3/2011, de 24 febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA), en relación con el artículo 44.1. b) y 2.b) de la LCSP.

Asimismo, el recurso se ha interpuesto en tiempo y forma según obra en el actuado.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en que se fundamenta el mismo.

Como ya hemos expuesto, el acto impugnado es el acuerdo del órgano de contratación por el que se declara retirada la oferta de la recurrente y se recaba la documentación previa a la adjudicación al siguiente licitador según el orden de clasificación de ofertas. Todo ello a la vista de que, finalizado el plazo otorgado a la entidad recurrente, ésta no presentó la documentación requerida en plazo.

La recurrente sostiene en su escrito de recurso que dicho acuerdo es contrario a derecho, en primer lugar, por el siguiente motivo:

«CUARTO. – Una vez admitida la documentación con motivo de la solicitud presentada por AGORASPORT de ampliación para la presentación del aval como medio de instrumentalización de la garantía a depositar desde el Ayuntamiento de Barbastro se acordó, en fecha 18 de marzo de 2019, conceder a mi representada un plazo de tres días hábiles para subsanar este hecho. Se adjunta como Documento 5 dicho acuerdo de aplazamiento por plazo de tres días.

QUINTO.- Con motivo de lo anteriormente expuesto, AGORASPORT presentó en fecha 20 de marzo de 2019, es decir, dentro del plazo de tres días, escrito por el que justificaba la instrumentalización de la garantía definitiva mediante transferencia bancaria internacional a través de la entidad WELLS FARGO BANK, con fecha valor 21 de marzo de 2019, puesto que la instrumentalización de la garantía por medio de aval dependía en exclusiva de la celeridad en el trámite que pudiera realizar la entidad bancaria y por este motivo y en aras de cumplir con los plazos marcados por el Ayuntamiento de Barbastro, AGORASPORT consideró que la mejor opción de cumplimiento de dicha garantía , era mediante el abono por transferencia bancaria de la cuantía correspondiente en concepto de garantía. Se aporta como Documento 6, escrito de presentación y justificante de la transferencia realizada.

Así mismo, manifestamos que la persona que suscribe el presente escrito es quien ostenta las facultades suficientes en nombre de AGORASPORT para realizar dicho trámite y que durante los días en que se realizó la instrumentalización de la garantía se encontraba en Colombia.

En este sentido, y según pone de manifiesto el Ayuntamiento de Barbastro en el Decreto objeto de resolución, el ingreso del importe de la garantía realizado mediante transferencia bancaria, tuvo lugar el 25 de marzo de 2019 con fecha valor 22 de marzo de 2019.

Por este motivo, la orden de transferencia se efectuó desde Colombia en fecha 21 de marzo de 2019, quedando constituida, por tanto, dentro del plazo conferido para ello, no pudiendo imputar a AGORASPORT la efectividad del pago, puesto que el mismo no depende de AGORASPORT si no del tráfico monetario internacional establecido. »

(….)

En relación con este primer motivo del recurso, el informe elaborado por el órgano de contratación, argumenta:

«La mesa de contratación en fecha 4 de marzo de 2019, acuerda por los motivos allí expuestos excluir a las dos licitadoras incursas inicialmente en temeridad, y se propone la adjudicación del contrato a la licitadora Ágorasport, S.A. por lo que se le requiere, en fecha 6 de marzo de 2019, por el órgano de contratación, para que aporte la documentación administrativa señalada en la cláusula 13.7 del PCAP, otorgándole a tal efecto, siete días hábiles desde el envío de la comunicación.

En fecha 14 de marzo de 2019 finalizó el citado plazo, y la licitadora Ágorasport, S.A., presenta en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la siguiente documentación: Certificado de estar inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, declaración responsable sobre la vigencia y actualidad de los datos allí expresados, así como escrito en el que comunica al órgano de contratación que está a la espera de recibir el aval por parte de la entidad bancaria, por lo que solicita ampliación de plazo para su presentación.

A esta documentación se une Certificación sobre la inexistencia de deudas emitida por la Tesorería del Ayuntamiento de Barbastro.

En fecha 18 de marzo de 2019 se celebró sesión de la mesa de contratación, en la que se procedió a la valoración de la documentación señalada en el párrafo anterior. En este punto del procedimiento de selección de contratista, y de acuerdo a lo establecido en los pliegos en la cláusula 13.2, y la Resolución 747/2018, de 31 de julio del Tribunal Central de Recursos Contractuales, se concedió a la licitadora Ágorasport,S.A. un plazo de tres días hábiles siguientes

a la recepción de la comunicación, para que procediera a subsanar la falta de instrumentalización de la garantía definitiva, que según su escrito se esperaba se hiciera a través de aval bancario, solicitando no obstante dicha empresa a este Ayuntamiento número de cuenta bancaria para hacer efectiva la garantía definitiva mediante transferencia. La comunicación se notificó a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 18 de marzo de 2019, teniendo la licitadora tres días hábiles desde el día siguiente a su notificación, para cumplimentar el requerimiento de subsanación, por lo que el plazo finó el día 21 de marzo a las 23:59 horas. A través de la citada Plataforma de Contratación, la licitadora presentó en fecha 20 de marzo de 2019, documento en el que justifica la instrumentalización de la garantía definitiva mediante transferencia bancaria en lugar de aval bancario, y documento de la entidad bancaria Bancolombia en el que se comunica la realización de transferencia bancaria internacional a través de la entidad Wells Fargo Bank, con indicación de fecha valor 21 de marzo de 2019.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 140 de la LCSP, y de acuerdo a la autorización de consulta de datos a sistemas terceros por parte de la licitadora en la presentación de su oferta, se procede a solicitar información de hallarse al corriente de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, siendo positivo el de la agencia tributaria, pero el informe de fecha 21 de marzo de 2019 de la Tesorería General de la Seguridad Social constata la existencia de deudas con esta última.

A todo esto hay que añadir que en fecha 25 de marzo de 2019 tiene lugar en la cuenta bancaria del Ayuntamiento (Ibercaja) el ingreso de la garantía definitiva, con fecha valor 22 de marzo de 2019.

La mesa de contratación en sesión de fecha 25 de marzo de 2019 acuerda proponer al órgano de contratación dejar sin efecto la propuesta de adjudicación hecha a favor de Ágorasport,S.A. en fecha 4 de marzo de 2019, dado que no se ha constituido la garantía definitiva en el plazo otorgado al efecto, y por tanto se entiende que el licitador ha retirado su oferta, así como está incursa en

prohibición de contratar con la Administración dado que no se halla al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social.

La mercantil recurrente Agorasport, S.A. en su escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación alega respecto de la "aportación de la garantía fuera del plazo otorgado" que la "orden de transferencia se efectuó desde Colombia en fecha 21 de marzo de 2019, quedando constituida, por tanto, dentro del plazo conferido para ello, no pudiendo imputar a AGORASPORT la efectividad del pago, puesto que el mismo no depende de AGORASPORT si no del tráfico monetario internacional establecido."

Respecto a este extremo la recurrente para la constitución de la garantía definitiva, al no poder materializarse a través de aval bancario, opta por su realización en efectivo mediante transferencia bancaria a favor del Ayuntamiento, no quedando acreditada su constitución en plazo otorgado al efecto, puesto que la fecha valor es un día después, esto es, el día 22 de marzo de 2019, teniendo plena efectividad el día 25 de marzo, de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula 13.8 del PCAP y el art. 109 de la LCSP. La recurrente ha de disponer de los plazos, iguales para todos los licitadores, para el cumplimiento de los trámites conforme a lo establecido en los pliegos, teniendo que ser diligente en este extremo y prever las circunstancias que concurren en transferencias, en este caso, de carácter internacional, para su válida efectividad y acreditación. Cualquier exceso en los plazos otorgados a la recurrente sería contrario a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de no discriminación.

A todo esto, hay que añadir que la licitadora solicitó telefónicamente a los servicios administrativos del Ayuntamiento de Barbastro devolución de la cuantía que se hubiera correspondido con la garantía definitiva, devolución que tuvo lugar mediante Decreto n.º 558 de fecha 9 de abril de 2019».

La adjudicataria, en su escrito de alegaciones, solicita la desestimación del recurso y, respecto del presente motivo del recurso, manifiesta lo siguiente:

«*1. Los datos fácticos son los siguientes:*

• *Hecho Segundo: En fecha 6 de marzo de 2019, desde el Ayuntamiento de Barbastro se propone la adjudicación del contrato a la recurrente, y se le concede un plazo de 7 días para la constitución de la garantía definitiva.*

• *Hecho tercero: En fecha no determinada, pero en cualquier caso anterior al 18 de marzo de 2018, la recurrente presenta, entre otros, escrito de solicitud de ampliación de plazo para la constitución de la garantía en forma de aval.*

• *Hecho Cuarto: El Ayuntamiento de Barbastro, en fecha 18 de marzo de 2018, acuerda conceder a la recurrente un plazo de tres días hábiles para subsanar la falta de constitución de la garantía; que vencía, el 21 de marzo de 2019.*

• *Hecho Quinto: La garantía, en la forma realizada por la recurrente, quedó constituida en fecha 25 de marzo de 2019; es decir, más allá del 21 de marzo de 2019, y, por tanto, fuera de plazo.*

2. El artículo 150.2 de la LCSP es claro y rotundo respecto de la falta de cumplimentación del requerimiento del poder adjudicador dentro del plazo señalado; se ha de entender que el licitador ha retirado su oferta.

3. En consecuencia, el recurso debe ser igualmente desestimado».

Así, la resolución del presente recurso requiere determinar si, efectivamente, no ha sido constituida la garantía definitiva en el plazo otorgado al efecto, y por tanto se entiende que el licitador ha retirado su oferta, tal y como ordena el PCAP que rige la presente licitación, por lo que la resolución impugnada sería conforme a Derecho.

El apartado 13.7 del PCAP denominado "*Documentación previa a la adjudicación*" establece lo siguiente:

«*El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta para que, dentro del plazo de siete días hábiles, a contar desde el envío de la comunicación, presente la siguiente documentación:*

- *Documento acreditativo de la constitución de la garantía definitiva en los términos previstos en la cláusula 13.8 (…)*».

Y finaliza este apartado indicando que «*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad. En el supuesto señalado anteriormente, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas*».

Esta regulación de los pliegos no es sino el reflejo de la normativa legal que recoge la necesidad de requerir la documentación previa a la adjudicación, para el caso del procedimiento abierto simplificado, procedimiento seguido en la licitación objeto de este recurso, concretamente el artículo 159.4 de la LCSP por lo que aquí interesa, señala:

«4.º Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75.2 y la documentación justificativa de que dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y todo ello en el plazo de 7 días hábiles a contar desde el envío de la comunicación.

Presentada la garantía definitiva y, en los casos en que resulte preceptiva, previa fiscalización del compromiso del gasto por la Intervención en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria en un plazo no superior a 5 días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto como adjudicatario, procediéndose, una vez adjudicado el mismo, a su formalización.

En caso de que en el plazo otorgado al efecto el candidato propuesto como adjudicatario no presente la garantía definitiva, se efectuará propuesta de

adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación, otorgándole el correspondiente plazo para constituir la citada garantía definitiva.»

Por otro lado, la cláusula 13.2 del PCAP respecto a la subsanación de documentos dispone:

«*Igualmente el propuesto como adjudicatario podrá subsanar la falta o incompleta presentación de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos de participación que le sean requeridos con carácter previo a la adjudicación del contrato.*

Se concederá al licitador un plazo de tres días, a contar desde el siguiente al de la recepción del requerimiento de subsanación.

Si no se subsanase en plazo lo requerido, el órgano o la mesa de contratación entenderán que el licitador desiste de su oferta.»

Como argumento principal de su recurso, la recurrente pretende que no se le tenga en cuenta el incumplimiento de este plazo de subsanación en pro del principio de proporcionalidad, pues, en su opinión, las causas que motivaron el incumplimiento no son a ella atribuibles porque la efectividad del pago, no dependía de ella sino del «*tráfico monetario internacional*», y que la orden de transferencia se hizo el día 21 de marzo de 2019, esto es, dentro del plazo conferido para subsanación.

Pues bien, el órgano de contratación en su informe señala –y la recurrente no discute– que la transferencia se llevó a efecto de forma efectiva quedando ingresado el importe en la cuenta del órgano de contratación, el día 25 de marzo de 2019.Es decir, una vez que había transcurrido el plazo de siete días hábiles otorgado a tenor de lo dispuesto en cláusula 13.7 del PCAP, anteriormente transcrita y que era conocida y aceptada por la recurrente por mor del artículo 139 de la LCSP e incluso fuera del plazo de subsanación de tres días naturales que finalizaba el día 21 de marzo de 2019, puesto que dentro de este último únicamente se aportó por la recurrente, en relación al requisito discutido, un

documento acreditativo de haber realizado la orden de transferencia en esa misma fecha sin que constara, por tanto, constituida la garantía a la citada fecha, al órgano de contratación.

Además, a la vista de los argumentos ofrecidos por la recurrente relativos a las particularidades del tráfico monetario internacional sin que por tanto le sea imputable a ella, este Tribunal no puede acogerlos pues no puede entenderse que hubiera un impedimento absoluto para haber constituido la garantía en plazo como para poder excepcionar el 159.4.4º LCSP. Lo cierto es que la recurrente al presentar la oferta aceptó incondicionadamente el clausulado del pliego y por tanto lo dispuesto en la cláusula 13.7 del PCAP antes transcrita, en la que de forma indubitada se indica el plazo de siete días hábiles para la constitución de la garantía definitiva. Este plazo inferior al del procedimiento ordinario, es establecido por la LCSP para el procedimiento simplificado en tanto que es un procedimiento, que según apunta el propio Preámbulo de la LCSP «*nace con vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación».*

En cuanto a los efectos de la falta de presentación en plazo de la documentación previa a la adjudicación la Resolución 53/2016, de 25 de febrero, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, señala lo siguiente:

«*No puede perderse de vista, además, que la aplicación de esta previsión del artículo 76.3 de la LRJPAC, chocaría con otros principios que presiden los procedimientos de contratación. En concreto, el principio de seguridad jurídica para el siguiente licitador clasificado, el cual se encuentra a la espera de que si transcurre este plazo sin haber sido presentada la documentación justificativa, se genere su derecho a convertirse en adjudicatario. Así, tal como ha reflejado NOVOTEC en sus alegaciones, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 28/11, de 7 de junio de 2012, en referencia al*

supuesto de no aportación de la documentación justificativa y de la garantía definitiva, indica que "Tras la solución que el legislador le da (...) late el derecho del licitador siguiente (en la lista de ofertas clasificadas) a convertirse en adjudicatario. El principio de no causar perjuicio a los derechos de terceros justifica la solución de entender que el licitador ha retirado su oferta." Por otro lado, ha de tenerse en cuenta también que tanto el órgano de contratación como la recurrente reconocen que la garantía no estaba legalmente constituida dentro del plazo legalmente establecido, por lo que aunque se aceptara el resto de documentación, nunca podría aceptarse ni subsanarse la falta de constitución de la garantía definitiva en plazo. Este Tribunal, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 6 de julio de 2004) y con el Tribunal Central de Recursos Contractuales (entre otras, en las resoluciones 128/2011, de 27 de abril, 184/2011, de 13 de julio y 61/2013, de 6 de febrero), se ha pronunciado en varias ocasiones (entre otras, en las resoluciones 31/2013, de 25 de marzo y 123/2014, de 20 de mayo) 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, consolidando una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con esta doctrina, que puede considerarse aplicable a los defectos de los documentos justificativos a los que hace referencia el artículo 151.2 del TRLCSP, y teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, los defectos serían subsanables cuando se refieran a la adecuada acreditación de un requisito, pero no a su cumplimiento. Por tanto, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de la documentación requerida por el artículo citado, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación. En el presente caso, la empresa recurrente constituyó la garantía mediante aval bancario cuyo depósito en la Caja de Depósitos de la Junta de Andalucía tuvo lugar el 14 de diciembre de 2015, es

decir, fuera del plazo legalmente establecido, con lo que a la finalización de dicho plazo el requisito no existía y por tanto no podría haber sido nunca objeto de subsanación, ya que solo su acreditación es subsanable, pero no su existencia.».

A este respecto en nuestro Acuerdo 134/2018, de 27 de diciembre de 2018, se señaló lo siguiente:

«Como viene declarando el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia (por todas, sus Sentencias 110/1985, 174/1988, 17/1995 ó 104/1997), los requisitos procesales carecen de sustantivad propia, constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías no se conviertan en meros obstáculos formales impeditivos de tales fines. Así pues, es obligado llevar a cabo una interpretación presidida por el criterio de proporcionalidad entre la finalidad, la entidad real del defecto advertido y las consecuencias que de su apreciación pueda seguirse para el ejercicio del derecho o a la acción. Sobre estas consideraciones se sustenta un principio general favorable a la subsanación, siempre y cuando ésta sea posible. No obstante, según ya se ha expuesto anteriormente, tal tendencia favorable a la subsanación tiene como muro infranqueable la cuestión de la existencia. Son subsanables las omisiones o defectos susceptibles de corregirse, no la propia realidad que debe acreditarse a través de los medios pertinentes. En ese sentido, pueden destacarse las Resoluciones del TACRC 128/2011, 184/2011, 225/2013, 92/2014, 322/2014 ó 1073/2017, cuyo criterio comparte este Tribunal Administrativo. En especial, cabe reproducir la citada Resolución 322/2014 del TACRC, en la que se aborda un supuesto muy similar al aquí analizado: «Como se ha expuesto, es tan evidente que el primer certificado es incompleto, como que el segundo que se aporta cumple con todo el contenido que exige el PCP, por lo que debe analizarse más que su contenido y alcance, si su ampliación supone una mera subsanación de un defecto formal de la documentación inicialmente aportada dentro del plazo común establecido para la presentación de ofertas, o si realmente estamos ante la presentación de una nueva

documentación confeccionada con posterioridad, lo que supondría una ampliación del plazo concedido a uno de los licitadores que no resulta admisible a la luz de la reiterada doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en adelante JCCA (Informe 9/06; Informe 36/04; Informe 27/04; Informe 6/00; Informe 48/02; Informe 47/09), doctrina según la cual "puede subsanarse lo que afecta a la acreditación de un requisito, pero no lo que afecta a su existencia". En este sentido, se pronunció también inequívocamente la citada JCCA en su Informe 18/2010: "Respecto de la segunda cuestión, de contenido netamente jurídico, cabe indicar que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores, no es sino una manifestación de los principios de no discriminación e igualdad de trato que, recogiéndolo el Derecho de la Unión Europea, consagran de forma explícita los artículos 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público. El reconocimiento de un plazo extra a favor de uno de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley. Si bien es cierto que el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, acepta en su artículo 81.2 que "si la Mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará a los interesados dándoles un plazo no superior a tres días hábiles para subsanar los errores", también lo es que esta facultad se refiere exclusivamente a los defectos u omisiones en la propia documentación, no en el contenido material de la misma..., indicando 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, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que reúnen tal carácter aquellos defectos que se refieren a la acreditación mediante los documentos a que se refiere el artículo 81.2 del Reglamento General de Contratos, del requisito del 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".»

En el presente caso, asimilable al de las dos resoluciones transcritas, al no haberse prestado la garantía definitiva en efectivo –mediante la orden de transferencia bancaria dentro del plazo regulado en el citado artículo 159.4.4º de la LCSP en tanto que éste no puede ser entendido como una ampliación de aquél, debe considerarse no cumplido el requisito de constitución de la citada garantía de manera que la recurrente ha sido debidamente excluida, por lo que debe rechazarse el motivo analizado.

Procede desestimar el recurso sin necesidad de analizar el otro motivo del recurso puesto que, confirmándose ya la existencia de una causa para tener al licitador recurrente por desistido de la licitación, procede desestimar el recurso, sin necesidad de atender a cualquier otra consideración.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por la mercantil "ÁGORASPORT, S.A.", frente al Acuerdo del Ayuntamiento de Barbastro por el que se declara retirada la oferta de la recurrente en la licitación del contrato denominado «Ejecución de obras de construcción de pistas de atletismo

municipales del Ayuntamiento de Barbastro», promovido por la citada entidad local.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.