

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de noviembre de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Innovación Desarrollo y Transferencia de Tecnología S.A (en adelante IDETRA) contra, por una parte, la decisión de entender retirada su oferta por la Mesa por no haber constituido en el plazo de cinco días hábiles la garantía definitiva requerida como adjudicatario propuesto del contrato en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, y, por otro contra la propuesta de adjudicación al otro licitador, Auren Consultores S.L.P. en el expediente de contratación A/SER-030703/2019 seguido por Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía de Gobierno de la Comunidad de Madrid como Órgano de contratación del contrato “información, formación y consultoría de proyectos sobre programas europeos de gestión directa y sobre programas operativos Interreg Sudoe e Interreg Europe”, este Tribunal Administrativo ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 23 de enero de 2020 se publicó el anuncio de licitación del expediente de contratación arriba indicado en el Perfil de Contratante del Portal de la

Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE y con fecha 28 de enero de 2020 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid. El valor estimado del contrato es de 513.264 euros.

Segundo.- Se trata de un procedimiento restringido y el recurrente impugna actos del *iter* procedimental que lleva a la propuesta de adjudicación y en concreto:

1. El Acuerdo de la Mesa de Contratación que tiene por retirada su oferta en el trámite de presentación de la documentación del artículo 150.2 de la LCSP por no haber constituido la garantía definitiva en plazo.

2. La propuesta de adjudicación de la Mesa a Auren Consultores S.L.P, una vez presentada la documentación por la misma.

La tramitación del procedimiento es urgente reduciéndose los plazos a la mitad conforme al artículo 119 de la LCSP.

Tercero.- El recurso especial en materia de contratación se presenta el 27 de octubre, fundado en la indebida declaración de tener por retirada la proposición y la consecuente propuesta de adjudicación al otro licitador.

Cuarto.- El 3 de noviembre de 2020 el Órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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). Auren Consultores S.L.P. presenta alegaciones el 6 de noviembre. En fecha 5 de noviembre se acordó la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas

y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de un empresario licitador y eventual adjudicatario de estimarse sus pretensiones cuyos *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial contra la propuesta de adjudicación se planteó en tiempo y forma, pues la decisión de la Mesa de tener por retirada la proposición el día 1 de octubre se publica el día 6 y la propuesta de adjudicación del día 14, el 15, encontrándose el recurso del día 27 de octubre dentro de los quince días hábiles prescritos por el artículo 50.1. c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el acuerdo de tener por retirada la proposición y la propuesta de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto de tener por retirada la proposición de la recurrente es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) en relación con el 44. 2. b) de la LCSP, dado que es un acto de trámite cualificado competencia de la Mesa que excluye del procedimiento al recurrente. No así la propuesta de adjudicación que no causa estado hasta ser aprobada por el Órgano de contratación. No obstante, la eventual estimación del recurso por el primer motivo conllevaría la retroacción de actuaciones y con ello la anulación de la propuesta de adjudicación.

Quinto.- Toda la argumentación gira en torno a la indebida exclusión del procedimiento de la empresa inicialmente propuesta como adjudicataria, por no acreditar la constitución de la garantía en plazo.

En el trámite del artículo 150.2 de la LCSP se requiere la presentación de la documentación al recurrente, incluyendo la acreditación de la constitución de la garantía definitiva. Esta documentación ha de presentarla en plazo de cinco días hábiles, plazo que vencía el 4 de septiembre de 2020. En ese plazo presenta toda la documentación, menos la acreditación de la constitución del aval, si bien en ese último día de plazo también subió otros dos documentos, consistentes en la solicitud de aval y estudio del mismo, así como un correo electrónico del director de la sucursal de Banco Sabadell en el que se le comunicaba la concesión del aval por la entidad bancaria en los términos exigidos por el Órgano de contratación. El 9-9-20 el Banco Sabadell constituyó el aval a favor de IDETRA y lo inscribió en el Registro Especial de Avaluos con el número 10001191765. El 11-9-20 IDETRA subió la carta de constitución del aval al Registro Electrónico de la Comunidad de Madrid y también lo envió a la Caja de Depósitos de la Comunidad de Madrid. El 14-9-20 IDETRA recibió el resguardo de ingreso de la Caja de Depósitos de la Comunidad de Madrid.

El día 1 de octubre de 2020 se reúne la Mesa de contratación para examinar la documentación presentada por IDETRA y comprueba que la citada empresa ha constituido la garantía definitiva fuera del plazo establecido, por lo que resulta excluida de la licitación y se propone la adjudicación del contrato a la siguiente empresa, según el orden en el que fueron clasificadas por aplicación de los criterios de adjudicación, esto es, Auren Consultores SP, S.L.P.

IDETRA acredita que en el plazo de los cinco días hábiles concedidos desplegó toda la actividad conducente a la obtención de la garantía definitiva, mediante diversos correos electrónicos, solicitando la misma, aportando en el mismo día la documentación solicitada por el Banco, apremiando la constitución del aval ante el fin del plazo el 4 de septiembre y finalmente acredita la concesión del mismo dentro de

ese plazo. Igualmente acompaña certificado del Banco en el que se afirma ser necesarios de media diez días hábiles para cumplimentar el aval. Textualmente:

Nuestro cliente INNOVACION DESARROLLO Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA, S.A., nos solicita un aval por importe de 10.288,08€ ante la Comunidad de Madrid.

Informamos que los trámites de concesión de un aval habitualmente llevan un tiempo medio de diez días hábiles.

No obstante, en el caso que nos ocupa, debido a la premura con que era necesario realizar el aval y, a pesar de que la exigencia de la firma electrónica exige un procedimiento más complicado que el habitual, el aval quedó constituido ante notario el martes 8 de septiembre, tras haberse hecho un depósito por parte de IDETRA para sostener la totalidad del aval, el lunes 7 de septiembre de 2020.

La necesidad de tener que realizar la firma electrónica hizo que la carta aval no estuviese en posesión de la oficina que tramitó el aval hasta el viernes 11 de septiembre, momento en que se envió a IDETRA quienes a su vez lo enviaron a la Comunidad de Madrid y a la Caja de Depósito de la Comunidad de Madrid.

Alega que los Pliegos no refieren al plazo de cinco días hábiles para solicitar la documentación, aunque sí consta la tramitación urgente en la cláusula primera y el requerimiento es en efecto por cinco días hábiles. El punto 8 de la cláusula primera dice “tramitación urgente” dentro del epígrafe “procedimiento de adjudicación”, pero no figura en el título del contrato, y en la cláusula 18 del PCAP en el epígrafe que lleva por título “garantía definitiva” afirma:

Cláusula 18. Garantía definitiva.

El licitador que haya presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP estará obligado a constituir, a disposición del órgano de contratación, una garantía definitiva. Su cuantía será la establecida en el **apartado 14 de la cláusula 1**. La constitución de esta garantía deberá efectuarse por el licitador en el plazo de 10 días hábiles, contados desde el envío de la comunicación por la Administración. En todo caso, la garantía definitiva responderá de los conceptos a que se refiere el artículo 110 de la LCSP.

Cita diversa doctrina sobre subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP y en particular Resolución nº 961/2020 de 11 de septiembre del Tribunal Central de Recursos Contractuales en la que un supuesto concreto de constitución de la garantía definitiva fuera del plazo de cinco días hábiles de la tramitación urgente

admite su presentación extemporánea haciendo aplicación de su doctrina , avalada por la jurisprudencia, que distingue los incumplimientos totales y graves de aportación de la documentación requerida de los incumplimientos simplemente defectuosos llegando a la conclusión de que la interpretación de la *“retirada injustificada de la oferta se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida”*

“En nuestro caso se advierte como el licitador propuesto atendió en plazo el requerimiento salvo en lo referente a la constitución de la garantía definitiva, respecto de la cual vino a interesar una ampliación de plazo poniendo de manifiesto las circunstancias que le habían impedido su aportación. Tales circunstancias, por lo demás, han de estimarse como razonables y justificadas en la medida en que vienen ligadas a la situación vivida como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020 y de la crisis sanitaria y económica padecida en nuestro país. En esta tesitura, no cabe sino apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con el requerimiento, como a la postre ha quedado demostrado con la constitución de la garantía dentro de la ampliación de plazo otorgada, mediante efectivo, lo que además puede considerarse como un indicio que corroboraría las dificultades alegadas en cuanto a la obtención de aval bancario. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo no supone en este supuesto un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, ajeno a la voluntad del licitador afectado, con lo que debe aplicarse, en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, teniendo por válidamente cumplimentado el trámite, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias

que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se ha producido según hemos razonado”

En el caso del TACRC la garantía se constituye fuera del plazo de los cinco días hábiles, habiendo solicitado una ampliación del plazo, y concurriendo circunstancias que dificultaban la constitución por el estado de alarma.

Alega el Órgano de contratación que la Administración no podía haber actuado de otra forma por el principio de igualdad de trato, no existiendo doctrina que admita la constitución de la garantía fuera de plazo. Respecto de la Resolución citada antes que sí la admite, afirma ser un supuesto distinto porque el licitador solicitó una ampliación del plazo: *“respecto a la Resolución 961/2020 a la que hace referencia la recurrente, en ese caso la empresa solicitó una ampliación de plazo. Para que la Mesa de Contratación hubiese admitido dicha solicitud de ampliación de plazo, IDETRA tendría que haberla presentado, cosa que no ocurrió. La empresa podía haber hecho un ingreso en efectivo (como así ha hecho AUREN posteriormente, dentro del plazo de 5 días hábiles) o podía haber solicitado una ampliación de plazo, entre otras posibles soluciones, pero lamentablemente incumplió el plazo concedido para constituir la garantía, defecto que, como se ha indicado, se considera insubsanable”*. Señala además que en vez de aval, podía haber constituido depósito como garantía, tal y como hizo el finalmente adjudicatario.

Por su parte AUREN afirma que el recurrente confunde aclaración con subsanación, está contemplada en el art. 81.2 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la primera en el 22, una por tres días hábiles y la otra con cinco. Afirma que el pliego de condiciones administrativas particulares establece con

meridiana claridad en el punto 8 de su cláusula primera que el procedimiento de contratación se tramita con carácter urgente, lo que a su vez implica la reducción del plazo antedicho a la mitad y que el requerimiento para presentar la documentación y acreditar la constitución de la garantía señala el mismo plazo. Señala que el adverso en la interpretación de la doctrina antiformalista del Tribunal Central de Recursos Contractuales, confunde la subsanación con la aclaración. Desestima la aplicación al caso de diversas Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales. La Resolución nº 747/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 31 de julio de 2018 que permite la subsanación en tres días hábiles del integrante de una UTE. Las Resoluciones nº 1074/2019, 749/2018 y 752/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 30 de septiembre de 2019, sin perjuicio de mencionar a dicho plazo, no se refieren a la garantía definitiva. La Resolución nº 961/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de septiembre de 2020, sin perjuicio reiterar que el plazo de subsanación es de tres (3) días hábiles, entendemos que no resulta de aplicación a nuestro caso, pues el supuesto de hecho contemplado en aquella tuvo lugar entre 28 de mayo y el 12 de junio de 2020, por tanto, cuando las medidas de restricción de la movilidad objeto de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad eran mucho más restrictivas. Además, en dicho supuesto, el licitador presentó “escrito solicitando una ampliación debido a las dificultades con los bancos para conseguir el aval como consecuencia de la situación derivada del estado de alarma”. Se afirma que *“la carta de constitución de aval fue emitida dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la finalización del plazo conferido por el requerimiento de documentación, pero fue aportada por la adversa al procedimiento de contratación nº A/SER-030703/2019 el quinto día hábil siguiente a la finalización de dicho plazo, excediendo, por tanto, el plazo de subsanación previsto en el art. art. 81.2 de la Ley de Contratos, por lo que la exclusión de dicho licitador es ajustada a derecho”*. Cita sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 26 de mayo de 2015, Nº de Resolución 255/2015 en un recurso contra una incautación de la garantía

provisional por no constitución de la definitiva en el plazo de diez días hábiles del artículo 151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (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).

Este Tribunal viene admitiendo pacíficamente que en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP cabe la subsanación contemplada en el artículo 141.2 de la LCSP, siendo incongruente que se admitiera la subsanación del DEUC y de la documentación complementaria del artículo 140, y no de la documentación a que sustituye el DEUC y se presenta en el trámite del artículo 150.2, que siempre ha sido subsanable. Artículo 141.2 de la LCSP que dispone:

“2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”

Esta subsanabilidad es admitida por el Tribunal Central de Recursos Contractuales modificando su doctrina anterior desde la Resolución 747/2018 de 31 de julio en base a una panoplia argumental, que se sintetiza, admitiendo incluso la subsanación de la garantía incompletamente constituida. Argumenta entonces:

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). Recordemos que con la generalización y obligatoriedad del DEUC, prácticamente toda la documentación relativa a la empresa se presenta en esta fase del procedimiento (...)

2.- El artículo 150.2 de la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, establece en relación con este trámite, que *“de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad”*. Por tanto, con la nueva LCSP el licitador que fracasa en este trámite no sólo pierde la posibilidad de que se le adjudique el contrato (siendo la empresa mejor valorada), sino que además se le puede imponer una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación (...)

3. 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”* (...)

4. 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.

5. 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.

A juicio de este Tribunal es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, la subsanabilidad siempre se ha entendido doctrinalmente como acreditación del cumplimiento de los requisitos en plazo, no como la concesión de un plazo complementario para dar cumplimiento a los mismos.

En el caso, la constitución de la garantía es extemporánea por unos días, no cabiendo en la acepción tradicional de la subsanación documental recogida en múltiples informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado. Así en Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010:

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

No obstante, la doctrina citada del Tribunal Central de Recursos Contractuales en base a la distinción entre incumplimientos totales e incumplimientos simplemente defectuosos admite la constitución de la garantía definitiva extemporánea, apreciando la voluntad del licitador de cumplimentar el trámite y dadas las gravosas consecuencias derivadas de tener por retirada la oferta y el perjuicio al interés general de prescindir de la mejor propuesta tras una tramitación precisamente encaminada a la determinación de la misma.

El artículo 150.2 de la LCSP dispone:

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

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

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

Este Tribunal interpreta que la norma establece una presunción *“iuris tantum”* sobre el comportamiento del propuesto como adjudicatario (*“se entenderá que el licitador ha retirado su proposición”*), presunción que apareja la no presentación de la documentación a la retirada de la proposición. No cabe entenderlo de otro modo, cuando la no presentación de la documentación se asimila a la no formalización del contrato en plazo por causas *“imputables”* al contratista, que igualmente se sanciona con el 3% del importe de licitación (artículo 153.3). Entiende que la no presentación

de la documentación es culpable, por causa imputable al mismo y, por ello, le sanciona.

Y es lo que, textualmente, recoge el artículo 109. 1 de la LCSP: de no presentar la garantía definitiva “por causas a él imputables” la Administración no efectuará la adjudicación a su favor con las consecuencias del artículo 150.2:

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

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

Una presunción “iuris tantum” admite prueba en contrario, a diferencia de una presunción “iuris et de iure”, que es una declaración legal.

En el caso presente es claro que la no constitución del aval en el plazo de cinco días hábiles es inimputable al recurrente, habiendo desplegado toda la actividad requerida para la misma, acreditando el Banco que el plazo medio es de diez días hábiles. Igualmente se constata que acredita ante el Órgano de contratación la concesión del aval en plazo. Y realiza dentro del plazo de diez días hábiles todos los trámites necesarios constituyéndose en el mismo la garantía y acreditando esta circunstancia ante el Órgano de contratación. Interpretado el artículo 150.2 en el sentido dicho, carece de relevancia que la acreditación de la constitución del aval ante el Órgano de contratación tenga lugar transcurridos cinco días hábiles de la finalización del plazo el día 4 (plazo de las aclaraciones) y la constitución en tres (plazo de las subsanaciones).

Es opcional del licitador constituir la garantía en depósito, aval o caución.

Es contrario a la urgencia de la tramitación del expediente que se excluya al recurrente en reunión de la Mesa de Contratación de 1 de octubre, veintiséis días después del plazo que terminó el 4 de septiembre para acreditar la constitución de la garantía. Y más aún que se dé entonces plazo al segundo licitador para presentar la documentación, retrasando más un procedimiento urgente.

Queda acreditado que el recurrente no tenía intención de retirar la proposición y que la no presentación de la constitución del aval en plazo no le fue imputable al mismo. La presunción de retirada de la proposición queda así destruida.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid citada por Auren lo que afirma es que el recurrente al que se incauta la garantía provisional por no constituir la definitiva en plazo de diez días hábiles no acredita esa actividad encaminada a la constitución de la misma: *“realmente no ha acreditado su súbita imposibilidad para constituir la ni la existencia de circunstancia sobrevenida alguna impeditiva de ello”*. Textualmente:

“La recurrente alega que no retiró su oferta económica, que siempre ha tenido voluntad de cumplir con sus obligaciones y que realizó incesantes gestiones para la obtención de la caución, sin éxito; alegaciones que no pueden prosperar toda vez que como ya expusimos, la falta de constitución de la garantía definitiva se equipara en la Ley a la retirada injustificada de la oferta y su consecuencia es la incautación de la garantía provisional prestada. Por lo demás el recurrente conocía perfectamente por así expresarlo - además de la legislación de contratos- el Pliego, por ser contratista habitual de la Administración y por habersele recordado de forma expresa en el requerimiento realizado en fecha 17 de mayo de 2013, la obligación que tenía de constituir la garantía definitiva en el plazo concedido, por lo que al presentarse a la licitación ya conocía la obligación que tenía de constituir la garantía definitiva si resultaba propuesto como adjudicatario, teniendo que tener prevista la forma de su obtención por lo que resulta incomprensible que insista en que siempre ha tenido voluntad de cumplir con sus obligaciones y en que realizó incesantes gestiones para la obtención de la caución, sin éxito, como circunstancia impeditiva de la incautación

de la garantía provisional , cuando lo cierto es que no prestó la garantía definitiva y realmente no ha acreditado su súbita imposibilidad para constituirla ni la existencia de circunstancia sobrevenida alguna impositiva de ello”

Procede pues la estimación del recurso contra la declaración de tener por retirada la proposición.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación de Innovación Desarrollo y Transferencia de Tecnología S.A contra la propuesta de adjudicación a Auren Consultores S.L.P. Estimar el recurso especial en materia de contratación de Innovación Desarrollo y Transferencia de Tecnología S.A contra el acuerdo de la Mesa de Contratación que entiende por retirada la proposición del recurrente por constituir la garantía definitiva fuera del plazo de cinco días hábiles, con retroacción de actuaciones.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal en fecha 5 de noviembre.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.