



Recurso nº 391/2021 C. Valenciana 87/2021

Resolución nº 710/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 17 de junio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.M.S. en representación de ALCUDIA, SERVICIOS Y OBRAS, S.L. contra el acuerdo de exclusión en el lote 3 de la licitación convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Cocentaina del contrato de obras de *"Demolición de edificio y construcción de nuevo colegio CEIP San Juan Bosco de Cocentaina-Programa Edificant GV"*, con Expte 1061/2020, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Pleno del órgano de contratación, en sesión de fecha 2/07/2020, aprobó el expediente de contratación para ejecutar las obras de Demolición de edificio y construcción de nuevo colegio CEIP San Juan Bosco de Cocentaina-Programa Edificant GV, en tres lotes, por un valor estimado de de 5.167.382,07 (IVA excluido) y un plazo de ejecución determinado en los pliegos según los lotes, eligiendo como procedimiento de contratación, el abierto, según los artículos 131.2 y 159 LCSP. El lote impugnado *"Equipamiento para edificio educativo y gimnasio"* es el número 3 al que se presentó la empresa recurrente.

El anuncio de licitación se publicó el 22 de julio de 2020 en el Perfil de contratante, ubicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Evaluadas las ofertas según lo dispuesto en los pliegos, en fecha 01/12/2020 el Pleno aprobó la clasificación de ofertas, disponiendo requerir a las empresas propuestas como



adjudicatarias a cada uno de los tres lotes para que aportasen la garantía definitiva y la documentación acreditativa de los requisitos para ser adjudicatario.

Cumplido con el requerimiento efectuado por el órgano de contratación, el Pleno en fecha 28/01/2021 en esa misma sesión, se declaró el incumplimiento defectuoso de los candidatos a los Lotes 1 y 3, a los que se le solicitó la documentación. Por tanto, en dicho acto, acordó requerir en plazo la documentación necesaria para adjudicar dichos lotes a los siguientes candidatos según el orden de clasificación de ofertas:

Lote 1: CANALIZACIONES Y DERRIBOS LA SAFOR, SL

Lote 3: ALCÚDIA SERVICIOS Y OBRAS, SL

En fecha 22 de febrero de 2021 se reunió la Mesa de Contratación (Sesión 8) para examinar la documentación requerida a las empresas, disponiendo la conformidad para ser adjudicatarias y declarando desierta la licitación al Lote 3 debido a que la mercantil ALCÚDIA SERVICIOS Y OBRAS, SL, no acreditó su solvencia técnica/profesional de acuerdo con lo requerido en el PCAP y no constituyó la garantía en plazo.

La administradora única de la mercantil ALCUDIA SERVICIOS Y OBRAS, SL, presentó escrito aportando únicamente:

- escritura de constitución y apoderamiento a favor de la Sra. Ana María Maruenda Sanchiz,
- certificado del ROLECE dónde consta disponer de la clasificación en varios grupos para la ejecución de obras de diversos tipos a documentación requerida.

Sin aportar conforme a lo requerido por el órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el art 107 y 109 de la LCSP acreditación de la constitución de la garantía definitiva en cualquiera de las formas previstas en la normativa vigente.

En relación a este punto, la mercantil se limita a exponer en el apartado 2º del escrito presentado *“Que debido a la situación financiera en la que se encuentra incurso mi representada, incrementada por la actual situación derivada del COVID, nos ha sido*



imposible constituir la garantía definitiva correspondiente, en ninguna de las formas previstas a tal efecto”.

La Mesa, en la sesión de 22 de febrero de 2021 y estudiada la documentación presentada, considera que no se acredita la solvencia según se exige en el PCAP, por no aportar relación de suministros de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, ejecutados en los últimos tres años, acompañados de certificados de buena ejecución de los suministros.

Por tanto la mesa propuso declarar desierta la licitación al Lote 3, en tanto que de la documentación aportada por la empresa licitadora no resulta acreditada su solvencia técnica/profesional de acuerdo con lo requerido en el PCAP, y no ha constituido la garantía en plazo.

El acuerdo del órgano de contratación expresa:

“1º.- Considerar que la empresa ALCÚDIA SERVICIOS Y OBRAS, SL (CIF B03217353), no ha cumplimentado el requerimiento efectuado por el Pleno, según la propuesta de la Mesa de Contratación, y declarar que el licitador ha retirado la oferta.

2º.- Imponer como penalidad la sanción del 3 por ciento de presupuesto base de licitación, excluido el IVA, que se hará efectivo, si fuera suficiente contra la garantía provisional depositada.

3º.- Declarar la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Cocentaina, de conformidad con lo previsto en el Art. 73.1 LCSP y comunicar tal prohibición al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana

4º.- Declarar Desierta la licitación al Lote 3 por no haber más licitadores presentados al mismo y publicarla en el Perfil de contratante.

5º. Notificar el presente acuerdo a la mercantil ALCÚDIA SERVICIOS Y OBRAS, SL.”

Segundo. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe en el que se opone a la estimación del recurso.



Tercero. La Secretaría del Tribunal en fecha 5 de abril de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin que hayan hecho uso de su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente, para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículo 46.2 de la LCSP, y 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. En aplicación del artículo 48 de la LCSP ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso, por haber participado en la licitación. El acto objeto del recurso es apto para su impugnación en cuanto establece el decaimiento de la oferta de la empresa recurrente, con las consecuencias legales antes expuestas.

Tercero. El objeto del recurso lo constituye, en este caso, la decisión antes transcrita de la licitación en un contrato de suministros cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, habiéndose presentado el recurso en plazo.

Cuarto. El recurso se plantea respecto de las decisiones adoptadas en los puntos:

1º.- Tener por retirada su oferta,

2º.- Imponer como penalidad la sanción del 3 por ciento de presupuesto base de licitación, excluido el IVA, que se hará efectivo, si fuera suficiente contra la garantía provisional depositada, tal y como se puede constatar con la mera lectura del citado



Documento núm. 8, en el requerimiento efectuado a ALCUDIA SERVICIOS Y OBRAS S.L. para que aportarse la documentación del artículo 150.2 de la LCSP, y

3º.- Declarar la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Cocentaina, de conformidad con lo previsto en el Art. 73.1 LCSP y comunicar tal prohibición al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana.

En relación con los puntos objeto de controversia, lo primero que resulta de aplicación es el apartado 2 segundo párrafo del artículo 150:

“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”.

Pues bien, en cuanto a la impugnación del apartado 1º del acuerdo, “*tener por retirada su oferta*”, la empresa recurrente se limita a indicarlo en su *petitum*, pero no lo desarrolla a lo largo del escrito de recurso. No afirma cumplir con la solvencia técnica exigida. Tampoco que esté en condiciones de prestar la garantía definitiva establecida. Es decir, no solicita la subsanabilidad del trámite del 150.2 LCSP, por estar en condiciones de cumplir con la solvencia y garantía definitiva exigidas.

La empresa recurrente aportó, en cuanto a la solvencia técnica, una clasificación en determinados grupos del contrato de obras; pero esta clasificación no puede operar como solvencia alternativa de un contrato de suministro. Los licitadores debían presentar una relación de suministros en contratos similares, que debía alcanzar determinada cifra en el año de mayor ejecución. que la empresa recurrente no aportó en absoluto. Tampoco alega en el recurso que cumpliera con la solvencia técnica exigida.

En cuanto a la garantía definitiva, no la constituyó en el plazo concedido, ni alega la posibilidad de poder constituirla en la actualidad.



Por tanto, aunque este Tribunal ha declarado que el trámite del 150.2 LCSP es susceptible de subsanación, en este caso no procede conceder dicho trámite, ya que ni siquiera ha sido solicitado.

Los incumplimientos claros en la aportación de la documentación exigida hacen que la resolución del órgano de contratación teniendo por retirada la oferta de la recurrente se considere ajustada a Derecho, por lo que se desestima este motivo de recurso.

Quinto. En cuanto a la alegada nulidad o anulabilidad de la penalidad del 3% impuesta, debe ser también desestimada.

Ya hemos visto lo que establece el artículo 150.2 de la LCSP. Como dijimos en nuestra Resolución 747/2018, el Tribunal entiende que sólo procede su imposición cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y el licitador no ha actuado de buena fe, y media dolo, culpa o negligencia.

En lo referente a la solvencia técnica, el incumplimiento es manifiesto y absoluto, ya que no se aporta relación alguna de suministros similares, ni se alega nada al respecto.

Y en cuanto a la no constitución de la garantía definitiva, desde luego que las manifestaciones realizadas en el recurso serían atendibles, en el sentido de no apreciar la existencia de dolo, culpa o negligencia en la su no constitución, debido a la existencia de un crédito importante frente a uno de sus clientes que ha tenido que ser reclamado judicialmente.

No obstante, este Tribunal tiene carácter revisor, por lo que no puede tomar en consideración la prueba que aporta con su escrito de recurso de haberse interpuesto una demanda judicial para reclamar una cantidad de dinero importante a uno de sus clientes, por impago. Cantidad que, de haber sido abonada voluntariamente, podría haber permitido constituir la garantía en plazo. Y no la puede tomar en consideración porque la demanda se interpuso el 13 de enero de 2021, y el requerimiento de documentación para devenir adjudicatario del contrato se produjo el día 5 de febrero de 2021. Es decir, esa documentación, que ya existía, se debería haber puesto a disposición del órgano de contratación, para que éste pudiera valorar la difícil situación económica declarada y, en



base a ello, apreciar la existencia de dolo, culpa o negligencia, a efectos de la imposición de la penalidad.

Sexto. En cuanto a la prohibición de contratar impuesta en el acuerdo impugnado, la empresa recurrente alega que se ha omitido el preceptivo procedimiento, particularmente el trámite de audiencia.

El órgano de contratación considera que el artículo 72.2 LCSP permite declarar en un primer momento la prohibición de contratar, como se ha hecho, y que posteriormente se instruirá el procedimiento para determinar el alcance y duración, en el que se dará audiencia a la empresa recurrente.

El Tribunal no comparte el criterio del órgano de contratación. El artículo 72.2, párrafo segundo, establece que en los supuesto contemplados en el apartado segundo (en este caso, el apartado 2.a) del artículo 71 LCSP), el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante un procedimiento instruido al efecto. El procedimiento está regulado en el artículo 19 del Real Decreto 1098/2001 (RGLCAP), y se considera que se trata de un único procedimiento, que tendrá como resultado, previa audiencia del interesado, la declaración o no de la prohibición de contratar, y en caso afirmativo, su duración y alcance. No es admisible imponer la prohibición de contratar sin procedimiento alguno, para luego determinar su duración y alcance con la audiencia del contratista, ya que este trámite de audiencia puede ser relevante para apreciar si existe o no el exigido dolo, culpa o negligencia (artículo 71.2.a)).

Por tanto, procede estimar este motivo de recurso, y anular la declaración contenida en el acuerdo recurrido relativa a la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de Cocentaina sin perjuicio de que, tras el procedimiento oportuno, pueda ser declarada en el futuro.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**



Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. A.M.S. en representación de ALCUDIA, SERVICIOS Y OBRAS, S.L. contra el acuerdo de exclusión en el lote 3 de la licitación convocada por el Excmo. Ayuntamiento de Cocentaina del contrato de obras de *"Demolición de edificio y construcción de nuevo colegio CEIP San Juan Bosco de Cocentaina-Programa Edificant GV"*, con Expte 1061/2020, con los efectos declarados en el último fundamento de derecho de esta Resolución.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.