

Recurso 224/2021
Resolución 473/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **R.L.M.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios de Seguridad Privada y Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Accesos: Lote nº 1 Servicios de Seguridad Privada y Vigilancia. Lote nº 2 Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Acceso”, (Expte. C-3/20.), respecto al lote 2, convocado por el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de mayo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 29 de mayo de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 5.992.088,75 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 20 de abril de 2021, acuerda excluir a R.L.M. (en adelante, RLM), de la licitación del lote 2 del contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 20 de mayo de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por RLM, contra el mencionado acuerdo de exclusión del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 2 del contrato, adoptado por la mesa de contratación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad FACTUDATA XXI, S.L..

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento del Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de la proposición de la entidad ahora recurrente, en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acta de la sesión de la mesa de contratación que contiene el acuerdo impugnado fue publicada en el perfil de contratante el 9 de julio de 2021; además conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, no consta ni su remisión ni su notificación a la persona ahora recurrente, por tanto, el recurso presentado el 20 de mayo de 2021 en el registro de este Órgano, ha de entenderse interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con la exclusión de la oferta de la ahora recurrente.

Según la información contenida en la documentación remitida a este Tribunal, se constata que tras la valoración de las ofertas presentadas al lote 2 del contrato, resultó calificada como la económicamente más ventajosa la presentada por RLM, por lo que la mesa acordó requerir a la citada empresa para que presentara la documentación previa a la adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP y la cláusula 21.2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En concreto y en lo relativo a la garantía



definitiva el escrito remitido a la adjudicataria la requería en los siguientes términos “en el plazo de DIEZ (10) días hábiles contados desde el siguiente a aquel en que se hubiera recibido la notificación del presente decreto, presente a través del Registro General de este Ayuntamiento en formato papel la documentación justificativa de haber constituido, en cualquiera de las formas establecidas en el art. 108 de la LCSP, la fianza definitiva del 5 por 100 (5 %) del importe de adjudicación, IVA excluido, que asciende a las cantidades de (...) para el LOTE 2, que asciende a la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO SIETE EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (58.107,63 €).”.

Y concluía el requerimiento con la siguiente advertencia: “De no cumplimentarse adecuadamente los requerimientos contenidos en el presente decreto en los plazos señalados, 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, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP. 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. Todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 150.2 de la LCSP.”

La mesa de contratación en sesión celebrada el día 20 de abril de 2021, tras examinar la documentación aportada por RLM en cumplimiento del requerimiento efectuado, adopta entre otros y en lo que aquí interesa, el siguiente acuerdo:

“1º.- Excluir de la licitación convocada por el Ayuntamiento de Almería para la adjudicación del contrato del Lote Nº2. Servicios de Auxiliares de Servicios y control de accesos del CONTRATO DE SERVICIOS DE SEGURIDAD PRIVADA Y SERVICIOS DE AUXILIARES DE SERVICIOS Y CONTROL DE ACCESOS a R.L.M., debido a que atendido el requerimiento efectuado por Decreto de la Concejal Delegada de fecha 23 de marzo de 2021, examinada por la Mesa de Contratación la documentación aportada R.L.M. no ha presentado en el plazo concedido para ello la documentación justificativa de haber constituido, en cualquiera de las formas establecidas en el art. 108 de la LCSP, la fianza definitiva del 5 por 100 (5 %) del importe de adjudicación, IVA excluido, que asciende a la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MIL CIENTO SIETE EUROS CON SESENTA Y TRES CÉNTIMOS DE EURO (58.107,63 €).

De igual modo, R.L.M. declaró que la solvencia económica y financiera y técnica y profesional, se integraría con los medios externos del Grupo ADL S.C.A., siendo así, que en virtud de Edicto del Juzgado de lo Mercantil de Córdoba la empresa Grupo ADL, S.C.A. según el procedimiento ordinario número 364/20 se encuentra en concurso ordinario de acreedores”.

Disconforme con la decisión de exclusión adoptada por la mesa, RLM presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito a este Tribunal la revocación de la exclusión de su oferta.

La recurrente centra su oposición en el alegato de que no se le ha concedido trámite de subsanación para la constitución de la garantía definitiva. Considera que “la Administración ha realizado una interpretación del artículo 150.2 de la LCSP rigorista y literal lo cual, ha conllevado graves perjuicios tanto para la recurrente como para los intereses generales al no haber adjudicado el contrato a la oferta económica más ventajosa”.

Manifiesta que la interpretación literal que el órgano de contratación ha realizado del artículo 150.2 de la LCSP, está superada por los distintos Tribunales en materia contractual, que en recientes pronunciamientos afirman que: “es obligatorio que la Administración conceda un trámite de audiencia para subsanar en caso de defectos y



omisiones de la documentación requerida en este trámite analizado”. Cita como apoyo de su alegato varias resoluciones de algunos de los órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

Concluye alegando que “de toda la documentación que le fue requerida y que era obligatorio presentar el único documento que no fue aportado, por simple error, es el relativo a la fianza definitiva”. Por consiguiente considera que ha de entenderse cumplido el trámite requerido e improcedente la exclusión acordada sin otorgar previamente trámite de subsanación.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe rebate la argumentación expuesta por la recurrente y solicita la desestimación del recurso, el principal alegato esgrimido al efecto es el siguiente:

«En el supuesto que nos ocupa, el licitador no ha constituido la garantía en el plazo concedido para ello; ni tan siquiera la ha presentado fuera del citado plazo

(...)

A tenor de lo expuesto, la actuación de RLM puede considerarse subsumida dentro del artículo 109 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, puesto que presentó la documentación requerida, excepto la relativa a la constitución de la garantía definitiva, no habiendo puesto en conocimiento de la mesa de contratación ni efectuado comunicación alguna que manifestase la existencia de problema en su depósito, es decir, realmente no ha acreditado su súbita imposibilidad para constituirla ni la existencia de circunstancia sobrevenida alguna impeditiva de ello.

Por tanto, la falta de constitución de la garantía definitiva en plazo se debe a causas imputables a la recurrente»

En cuanto a la doctrina de los Tribunales citada de contrario, el Ayuntamiento manifiesta: “Si bien es cierto que, como señala el recurrente, la doctrina de algunos tribunales administrativos de recursos contractuales se está manifestando en tono menos rigorista en la interpretación del 150.2 de la LCSP, en particular en lo relativo a la constitución de garantía definitiva, no es menos cierto que la concurrencia de este requisito no se establece de modo general, o por decirlo de otra manera, mediante la admisibilidad de cualquier motivo por el que no se cumpla con su presentación en plazo. Antes al contrario, lo que se viene determinando por los tribunales, para dar cabida a esa interpretación flexible, es que haya habido una voluntad del licitador de cumplir con el requisito en tiempo y forma.

(...)

A tenor de lo expuesto, y excepto supuestos concretos en los que quede acreditada la voluntad de la empresa de proceder al depósito de la garantía definitiva, la omisión de este trámite por causas imputables al licitador, concluirá inexorablemente a su exclusión de la licitación por aplicación del artículo 150.2 de la LCSP.”

Por último, la entidad FACTUDATA XXI, S.L. se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constanding en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Con carácter previo y con el fin de delimitar la cuestión objeto de análisis cabe señalar que la exclusión de la oferta de la recurrente se fundamentó en dos motivos, a saber, la falta de constitución de la garantía definitiva y la declaración en concurso ordinario de acreedores del Grupo ADL S.C.A., entidad con la que declaró la recurrente que integraría su solvencia para la ejecución del presente contrato. Pues bien, respecto a esta segunda cuestión,|



cabe indicar que la recurrente se ha aquietado a su exclusión por dicha causa sin combatirla en el recurso, siendo por tanto firme y consentida la decisión de la mesa respecto a aquella. En consecuencia, el sentido del acuerdo impugnado no va a cambiar aun en el supuesto de que se estimase la impugnación sobre la otra causa de exclusión relativa a la no constitución de la garantía definitiva. Ello haría innecesario el análisis de esta cuestión, en cualquier caso y en base al principio de congruencia se analizará la controversia planteada, que gira en torno a la procedencia de la exclusión de la recurrente de la licitación del lote 2 del contrato, al no acreditar la constitución de garantía definitiva dentro del plazo otorgado para ello; y a la que se opone la empresa recurrente alegando, que previamente al acuerdo de exclusión se debió otorgar trámite de subsanación.

Respecto a la subsanación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, se debe traer a colación la Resolución, 961/2020, de 11 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la que en 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.

(...)

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».

La subsanación 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 serie de argumentos admitiendo incluso la subsanación de la garantía incompletamente constituida. Los fundamentos de dicha resolución del TACRC pueden sintetizarse en tres consideraciones:



A.- En primer lugar, que 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).

B.- Que el artículo 150.2 de la nueva LCSP, 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”*. Adviértase del tenor del inciso que señala, *“se entenderá”*, estableciendo una presunción iuris tantum sobre la retirada de la oferta. Asimismo téngase en cuenta esta presunción, pues al licitador que se le da por desistido en su oferta 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.

C.- La resolución señala que admitir la subsanación 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 las Administraciones Públicas por la Ley de Procedimiento Administrativo Común, y que por ello siempre se aplicará en el mismo sentido.

De acuerdo con esta reciente posición doctrinal, seguida igualmente por este Tribunal, entre otras en la reciente Resolución 366/2021, de 8 de octubre, debemos concluir que en efecto es subsanable la presentación de documentación en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta el criterio mantenido por el TACRC en base a la distinción entre incumplimientos totales e incumplimientos simplemente defectuosos, de tal modo que incluso admite la constitución de la garantía definitiva extemporánea, apreciando la voluntad del licitador de cumplimentar el trámite y dadas las graves 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 párrafo tercero del artículo 150.2 de la LCSP dispone: *“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.”*

Es decir, la norma establece una presunción *“iuris tantum”* sobre la actitud reflejada del licitador propuesto como adjudicatario *“se entenderá que el licitador ha retirado su proposición”*, es una presunción que asimila la no presentación de la documentación con la retirada de la proposición. Es la única interpretación posible, dado que 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, de conformidad con lo previsto en el artículo 153.4 de la LCSP. Entiende la LCSP que la no presentación de la documentación es culpable, por causa imputable al mismo y, por ello, se le prevé sancionar. Si bien se ha de circunscribir al carácter de presunción, es decir que permite prueba en contrario.



Debe ponerse todo ello en relación con los preceptos que recogen la constitución de las garantías pues, textualmente, recoge el artículo 109. 1 de la LCSP: “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”.

Entendemos que de las circunstancias que concurren en el presente expediente, se concluye que el incumplimiento de la obligación de la constitución de la garantía definitiva le es imputable a RLM. Y ello no sólo porque consultado el expediente remitido se ha podido constatar que entre la documentación aportada no obra documentación alguna relativa al cumplimiento de tal obligación; sino que además la recurrente en ningún momento acreditó circunstancia o motivo que le imposibilitase dar cumplimiento a la misma, ni alegó haber realizado alguna actuación o trámite del que pueda desprenderse su voluntad de constituir la fianza. Tan sólo ha manifestado en su escrito de recurso que se debió a “*un simple error*”, pero sin tan siquiera concretar causas o circunstancias que motivaron el mismo. Ante esta tesitura no cabe apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con la obligación de constituir la garantía definitiva exigida.

En base a estos hechos y a la normativa aplicable, este Tribunal considera que en el presente supuesto se ha producido un incumplimiento total de la obligación del contratista de constituir la garantía definitiva, que vino motivada únicamente por una falta de diligencia del licitador en atender el requerimiento en este punto; en consecuencia, la decisión de exclusión, respecto al lote 2, adoptada por la mesa de contratación ha sido ajustada a derecho.

Por tanto, procede la desestimación del presente recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **R.L.M.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado “Servicios de Seguridad Privada y Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Accesos: Lote nº 1 Servicios de Seguridad Privada y Vigilancia. Lote nº 2 Servicios de Auxiliares de Servicios y Control de Acceso”, (Expte. C-3/20.), respecto al lote 2, convocado por el Ayuntamiento de Almería

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

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

