

“Expediente: Expte. 2020/47079 (Plataforma HELP)”

Resolución: 11/2020

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 20 de octubre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D. A.G.P. en nombre y representación de UTE MASFALT S.A. – CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A.** contra el acto de adjudicación en relación a la licitación del contrato de servicios relativo a “Plan de Conservación de Colegios del Término Municipal de Marbella” (Exp. SE 66/20) Lote 1 – Marbella, Nueva Andalucía y las Chapas, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El día 26 de diciembre de 2019, el órgano de contratación mediante Decreto nº 14829/2019, acordó aprobar el expediente de contratación para la contratación del servicio por cuenta abierta del Plan de conservación de colegios T.M. Marbella (Expte. SE 66/20), por procedimiento abierto, trámite anticipado, sujeto a regulación armonizada, si bien el día 31 de enero de 2020 mediante Decreto nº 1242/2020 acordó corregir los cuadros de la cláusula 28.3.2 y 28.3.4 del PCAP aprobado en virtud de la resolución anteriormente referenciada.

El valor estimado del contrato es de 3.012.396,48 euros, IVA excluido.

El anuncio de licitación ha sido publicitado el día 2 de enero de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en el DOUE el día 31 de diciembre de 2019, en tanto que los respectivos anuncios rectificativos se han publicitado el día 31 de enero de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y en el DOUE el 5 de febrero de 2020.

SEGUNDO. -Reunida la mesa de contratación el día 29 de julio de 2020 se procedió a formular propuesta de adjudicación del LOTE 1 del contrato relativo a plan de conservación de colegios del término municipal de Marbella, en favor de la UTE MASFALT S.A. – CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A., con expresa indicación tal y como obra en el acta de que *“en caso de que los licitadores propuestos como adjudicatarios no presentasen la documentación y requisitos previos a la adjudicación, que les requiera el Órgano de Contratación, se entenderá que éstos han retirado sus ofertas, proponiéndose la adjudicación a los siguientes licitadores que figuran en las clasificaciones anteriormente expuestas para cada uno de los lotes”*.

TERCERO. – Con fecha 30 de julio de 2020 se requiere a la UTE MASFALT S.A. – CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A (con acreditación de lectura de dicho requerimiento el propio día 30 de julio de 2020 a las 17:16 horas) para la presentación de documentación previa a la adjudicación según lo establecido en el apartado 30.7 del PCAP en el cual se relaciona la documentación a presentar por el licitador que haya presentado la mejor oferta en el plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel que hubiere recibido el requerimiento (art. 150.2 LCSP), y que concluyó el día 13 de agosto de 2020.

CUARTO. – Con fecha 4 de septiembre de 2020 se dicta en virtud de Decreto nº 2020/10906 la adjudicación del Lote nº 1 en favor de COVICO 2015 S.L. por ser la siguiente licitadora mejor clasificada, y tras haber presentado la documentación en plazo de acuerdo en el art. 150 LCSP, y ello debido a que una vez requerido el licitado UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A. – MASFALT S.A, este no presentó documentación alguna.

QUINTO. – Con fecha 21 de septiembre de 2020 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A. – MASFALT S.A contra el acto de adjudicación en base a los argumentos que se analizarán en los fundamentos de derecho de la presente resolución, y que fue admitido a trámite en virtud de acuerdo adoptado por este Tribunal en su sesión de 23 de septiembre de 2020.

SEXTO. – Con fecha 24 de septiembre de 2020 por parte de la Secretaría del Tribunal se requirió del órgano de contratación la remisión del expediente de contratación para su estudio por este Tribunal, así como el informe del órgano de contratación en relación al recurso especial interpuesto, señalando al órgano de contratación que dado que el recurso se dirige contra el acto de la adjudicación queda en suspenso la tramitación del procedimiento de conformidad con el art. 53 LCSP.

Con fecha 27 de septiembre de 2020 tuvo entrada en este Tribunal el expediente remitido por el órgano de contratación, en tanto que el 28 de septiembre de 2020 tuvo entrada el listado de interesados en el procedimiento licitatorio junto con el informe del órgano de contratación.

SÉPTIMO. – Con fecha 29 de septiembre de 2020 por parte de la Secretaría del Tribunal en virtud de la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, se ha dado traslado del recurso especial en materia de contratación interpuesto por UTE CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A. – MASFALT S.A, a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Con fecha 7 de octubre de 2020 se ha recabado por parte de la Secretaría del Tribunal certificación del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, sin que a día del dictado de la presente resolución haya sido emitido, por lo que sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera incurrir por el/la responsable en su emisión, por razón de los principios que inspiran la tramitación del recurso especial en materia de contratación, debe procederse por este Tribunal a la resolución de la cuestión que se somete a nuestra consideración.

No obstante, debe referenciarse que sin perjuicio de lo anterior con fecha 2 de octubre de 2020, y por tanto dentro del plazo legalmente conferido al efecto, ha tenido entrada en el registro de este Tribunal escrito de alegaciones al amparo del art. 56.3 LCSP presentado por COVICO 2015 S.L, por lo que en base a ello existen elementos de juicio suficientes por parte de este Tribunal para el dictado de la presente resolución.

OCTAVO. -En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público; y en lo que no se oponga a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; por el Real Decreto 77/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto del órgano de contratación de fecha 8 de mayo de 2019; por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; así como el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

SEGUNDO. – La entidad recurrente está legitimada activamente para la interposición del presente recurso especial en materia de contratación, al perjudicar o afectar a sus derechos o intereses legítimos la actuación objeto de impugnación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 LCSP, debiendo tenerse en cuenta que pese a la concurrencia al procedimiento licitatorio como UTE debe admitirse la misma incluso de forma individualizada tal y como de forma reciente ha venido a ratificar la STS Sala de lo Contencioso, nº 463/2020, de 17 de febrero de 2020.

TERCERO.- La actuación impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación, por estar incluida en el apartado c) del artículo 44.2 de la LCSP, al tratarse de un acuerdo de adjudicación, y haberse adoptado en el marco de un expediente de contratación referido a uno de los contratos enumerados en el artículo 44.1 de la LCSP, como es el de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros (apartado a) del artículo 44.1).

CUARTO. – El escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación del acuerdo impugnado, realizada el día 7 de septiembre de 2020, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso fue presentado con fecha 21 de septiembre de 2020, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.d) LCSP.

Igualmente se ha cumplido con el requisito formal de la representación en los términos que ya han sido anteriormente referenciados.

QUINTO. -Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada, en base a las consideraciones que seguidamente se expondrán, para concluir solicitando la anulación del acto de adjudicación, al no justificarse la adjudicación a un tercero:

- “Es indudable que el Decreto incurre en un error de hecho al establecer, de forma confundida, que UTE MASFALT – SANDO no aportó ninguna documentación hecho que claramente no se ajusta a la realidad.

El error exige su rectificación y ello en aras de adecuar la manifestación externa de la declaración a la verdadera voluntad, eliminando de sus actos, por tanto, todos aquellos elementos que alteran la exteriorización de la misma y traduciendo al exterior el auténtico contenido de la declaración originaria y única.

En este sentido nos remitimos a la STS (Sala de lo Contencioso – Administrativo, sección 7º), de 1 de octubre de 2012, FJ 5º, citada en diferentes resoluciones por este Tribunal, que lo prevé como primer supuesto:

a) Que se trate de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”.

- Debe acudir a un criterio antiformalista, recordando que la presentación se hace a los pocos días del vencimiento y dentro del plazo de subsanación, siendo que a continuación citados la doctrina administrativa sobre la materia.

El artículo 150 LCSP establece un plazo de presentación de documentos, pero no impide ni la ampliación del plazo, ni fija una exclusión inmediata del licitador, sino que establece una presunción iuris tantum de retirada de oferta.

(...)

La LCSP sin perjuicio de constituir legislación específica, se somete a la normativa general, y ello en aplicación del apartado 1 de la Disposición Final Cuarta LCSP

(...)

Pues bien, con independencia de la regulación, es igualmente de aplicación del artículo 73 Ley 39/2015

(...)

Es indiscutible que ambos preceptos prevén el cumplimiento de trámites en el plazo de diez días hábiles, siendo que el artículo 73.3 de la ley 39/2015, complementa al previsto en la LCSP y es de obligado seguimiento para las Administraciones si éstas no deciden excluir al licitador y éste previamente a la notificación del acto que se le tenga por retirada la oferta, aporta la documentación.

Como hemos anticipado, debe imperar un criterio antiformalista, máxima la presentación se llevó a efecto a los pocos días del vencimiento y dentro del plazo de subsanación y así en casos como el presente, es el parecer de la última doctrina administrativa, invocando la Resolución nº 532/2020 de 8 de abril, del TACRC ...

(...)

En el mismo sentido, la Resolución 779/2020, de 3 de julio de 2020

- De la misma forma, hemos expuesto que la documentación aportada por esta representación no ha sido igualmente rechazada, ni mucho menos devuelta a este licitador, por lo que en virtud de último precepto descrito arriba, supone la aceptación de la misma sin reservas, máxime cuando la regla de la excepcionalidad de la preclusión de los plazos en el procedimiento administrativo y el antiformalismo que presiden la ley procedimental.

(...)

De lo anterior se colige que la Administración aceptó la documentación para ser adjudicataria de UTE MASFALT – SANDO, considerando de aplicación el principio antiformalista que debe presidir las actuaciones administrativas; la regla excepcional que supone la preclusión de los plazos y la aplicación del artículo 73 ley 39/2010, de suerte que la consideración de que no se aportada la misma, al margen de errónea y, sobre todo, no adjudicar el contrato, conlleva que la actuación de la Administración, sea contraria a los actos propios y, por ende, quiebra el principio de confianza legítima de conformidad a lo previsto en el artículo 3.1.e) Ley 40/2015.

- Anteriormente se ha justificado que la Ley 39/2015 es de plena aplicación, disponiendo el artículo 32.1 de dicha norma lo siguiente:

La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

Aunque ciertamente ha sido una cuestión discutida, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales han adoptado una posición ponderada respecto a la posibilidad de ampliar el plazo de presentación de la documentación prevista en el artículo 150.2 LCSP (Artículo 151.1 TRLCSP).

(...)

Ciertamente que no existe petición a instancia de parte, pero la documentación se presentó dentro de los cinco días siguientes, mitad del plazo, e incluso dentro del de subsanación teórico y la Administración lo aceptó.

Resulta ineluctable que está acreditada la voluntad de UTE MASFALT – SANDO en resultar adjudicatario y, en ningún momento ha pretendido retirar su proposición, y en este sentido, el artículo 150.2 debe interpretarse junto al 1 de la LCSP, aplicando los principios inspiradores de la contratación del sector público, esto es, garantizar una igualdad de trato y proceder a la selección de la oferta económicamente más ventajosa, lo que obviamente no se produciría en caso de mantenerse la adjudicación recurrida.

- Tanto a nivel de calidad como económico, la oferta de UTE MASFALT – SANDO es la económicamente más ventajosa.

Llegados a este punto, la finalidad, de los procedimientos de adjudicación es, pues, la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y es sobre la que recae la adjudicación, tras la presentación de la documentación requerida, a la que se refiere el artículo 150.2 LCSP.

Pues bien, aclarado lo anterior, la adjudicación del contrato a mi representada no afecta a los principios de igualdad de trato y concurrencia, ya que los mismos quedaron precisamente garantizados en la fase de licitación, presentación de proposiciones y clasificación de ofertas, con el resultado que hemos reflejado en el cuerpo del presente escrito, esto es, con la incontestable realidad de que la presentada por mi representada es la merecedora de adjudicación conforme al primero de los primeros preceptos citados en este expositivo.”

SEXTO. –Por su parte frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, se muestra disconforme el órgano de contratación, considerando que ha de desestimarse el recurso especial interpuesto, con base, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar tras reproducir de forma literal la cláusula 30.7 del PCAP señala que “esta es la cláusula reguladora del requerimiento al que se refiere la cláusula 150.2 LCSP y a la que se remite expresamente el documento de requerimiento efectuado a la recurrente el 30 de julio, que prevé las consecuencias derivadas de no dar cumplimiento; y que no obstante, la recurrente no sólo no dio cumplimiento al mismo en tiempo y forma, sino que ni tan siquiera advirtió al órgano de contratación de la necesidad de otorgamiento de algún plazo de prórroga o ampliación”.

- *“En el requerimiento se le comunica, asimismo, que la fecha final de respuesta al requerimiento efectuado es el 13/08/2020 a las 23:59 horas.*

Y en rojo consta “No se ha encontrado ningún documento asociado”, es decir, no hay documento asociado a la tarea creada, en cuanto que la recurrente no presenta la documentación a la que se refiere el requerimiento.

La recurrente presenta “la documentación” el 18 de agosto de 2020 a través del Registro General de Entrada del Ayuntamiento, con nº de registro, O00017839e2000045221. Presentada la documentación se le da entrada, como no puede ser de otra forma, por el Registro Administrativo de Entrada y como cualquier documento que cualquier interesado le conviniese presentar.

De esta documentación se le da traslado al Órgano de contratación, pero el que sea registrada por el Registro General del Ayuntamiento y el que sea trasladada al órgano de contratación, no determina ni anticipa la aceptación de la documentación por parte del Órgano de Contratación, que en ningún momento entró a calificar esta documentación.

Es más, utiliza la recurrente el Registro General de Entrada del Ayuntamiento, por lo que es sabedora y conocedora de que no puede presentar la documentación ya utilizando la tarea de requerimiento creada por la Plataforma de Contratación del Estado que se le efectuó el 30 de julio.

Señala la recurrente que la presentación de la documentación la efectuó (se le olvida reconocer que fue fuera del plazo legal habilitado al efecto), sin que se le notificara acto de exclusión caducidad o decaimiento

A esta cuestión se le contesta en el apartado siguiente, bastando señalar que es la LCSP, en su artículo 150.2 LCSP, y el propio PCAP, cláusula 30.7, los que expresamente recogen las consecuencias de este proceder del licitador recurrente

(...)

Expresamente se le advierte que de no presentar la documentación se entenderá que ha retirado su oferta, y se procederá a recabar la documentación al licitador siguiente. Esto es exactamente lo que hizo el Ayuntamiento al entender retirada la oferta de la recurrente. Como ya se dirá, en ningún momento el licitador dentro del plazo legal comunicó al Ayuntamiento la necesidad de que se le ampliase el plazo, sino que, muy al contrario, la única respuesta que tuvo el Ayuntamiento al plazo concedido al efecto fue el silencio.

Insiste la recurrente en que no ha sido inadmitida la documentación que la presentó dentro del plazo global de requerimiento y subsanación.

A esta afirmación se le responde también en el apartado siguiente, bastando decir el órgano de contratación no puede “inadmitir” una documentación, que a mayor abundamiento ni se le presenta a él. Esa documentación que no fue presentada ni en plazo ni en forma consta en el expediente y podrá ser retirada por la recurrente.

Añadir que no pueda utilizar la recurrente a su beneficio y de “motu proprio” un plazo de subsanación de documentación de una documentación que no llegó a presentar.

- Alega la recurrente que se trata de un “hecho que claramente no se ajusta a la realidad”, por defender que prestó la documentación que le fue requerida. A partir de aquí se hacen una serie de consideraciones sobre el error administrativo de la resolución y la necesidad de su corrección.

Por muchos que sean los argumentos esgrimidos de contrario por la recurrente no es discutible, y así lo reconoce expresamente que, por ser periodo estival, presentó la documentación que le fue requerida más tarde del plazo de diez días hábiles dado al efecto, y por ello tuvo que utilizar para la presentación una vía diferente a la debida.

Resulta claro, que la recurrente propuesta como adjudicataria no presenta ninguna documentación en plazo. Presenta la documentación más tarde y por Registro General de entrada, ni siquiera por la Plataforma de Contratación del Estado, por cuanto ya no podía acceder a la tarea por estar fuera de plazo y así dar cumplimiento al requerimiento.

(...)

El Decreto de adjudicación cumple los cánones necesarios de motivación, puesto que como continuación al requerimiento al que la recurrente no dio cumplimiento en plazo y forma y que ya advertía de las consecuencias del no cumplimiento, expone las razones que han llevado a la Administración a tomar la decisión de que se trata, permitiendo con ello que el administrado pueda rebatirlos. Prueba de lo anterior es el recurso interpuesto contra el mismo, el cual concreta tanto el acto que pretende impugnar como sus motivos.

(...)

En apoyo de su pretensión sostiene la recurrente que debe acudir a un criterio antiformalista, recordando que la presentación se hace a los pocos días del vencimiento y dentro del plazo de subsanación...

En este punto se cuestiona por la recurrente el plazo de diez días hábiles que el artículo 150.2 de la LCSP confiere al licitador propuesta como adjudicatario para la presentación de la documentación, y su posible ampliación y/o subsanación.

(...)

Vista esta regulación de la ampliación de plazos establecido de forma general para los procedimientos administrativos, el silencio de la recurrente cuando le fue requerida la documentación ¿ha de ser equiparado a una solicitud de ampliación de plazo? Evidentemente no. No se puede olvidar que la recurrente no dice ni solicita nada durante el plazo de diez días hábiles por lo que en ningún caso cabe esta equiparación. Y ello no sólo por no cumplir la regulación contenida en el 32 de la ley 39/2015, sino sobre todo y fundamentalmente, por la existencia de otros licitadores cuyos derechos e intereses resultarían perjudicados.

(...)

En definitiva, no hay ni cabe otra interpretación que la que llevado a esta Administración a actuar como lo hizo al entender que la recurrente retiró su oferta y procedió a exigir la misma documentación al licitador siguiente. La no presentación de la documentación por la recurrente en plazo y forma, no es salvable por presentarla posteriormente, en cuanto que ni siquiera solicitó en su momento una ampliación de plazo, sino que habiendo tenido conocimiento de ese requerimiento en el mismo día que se efectuó no comunicó ni advirtió a la Administración nada aún a sabiendas que había otros licitadores admitidos en la licitación. Tampoco es posible aplicar la posibilidad de subsanación de la documentación como ya se ha desarrollado en los párrafos anteriores.

Por lo que las consecuencias derivadas de la omisión de la recurrente, están tipificadas y tasadas en el PCAP (siguiendo lo dispuesto en el 150.2 LCSP) y conocidas por la recurrente desde el primer momento de la licitación y llevó a este Ayuntamiento, de forma inexcusable a entender que la recurrente retiró su oferta y procedió a exigir la documentación al siguiente licitador.

(...)

Que la documentación haya sido presentada y registrada, como no puede ser de otra forma, por el Registro Administrativo de entrada, y como cualquier documento que cualquier interesado le conviniese presentar, no determina ni anticipa la aceptación por parte del órgano de contratación.

(...)

Es absurdo sostener que, presentado una documentación en un Registro General de Entrada de un Ayuntamiento, esto vincule a un órgano de contratación. Que presentada una oferta y no rechazada en ese momento, esto le confiere carácter de ganadora, y que de no ser así se pudiese denunciar la vulneración del principio de confianza legítima.

Más bien al contrario, el actuar de la recurrente y el omitir como presenta la documentación es contrario a los principios rectores que han de regular la actuación de los interesados con la Administración.

(...)

Insiste la recurrente sobre la ampliación de plazo y prórroga del plazo establecido en el 150.2 LCSP. Por tanto, nos remitimos a lo ya dicho en el fundamento tercero añadiendo que no sólo no solicitó la misma, sino que no realizó actuación alguna que llevara a la Administración a pensar que iba a cumplir la documentación requerida.

El principio de igualdad de trato supone que los licitadores deben conocer con claridad los trámites procedimentales que resulten aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de un licitador, aquellos plazos establecidos para la realización de actividad.

Por lo que es este principio el que determinar que se considere que el licitador propuesto como adjudicatario incumplidor ha retirado su oferta y se continúe con el procedimiento de contratación.

SÉPTIMO. – Dentro el plazo legalmente conferido al efecto en cumplimiento del trámite contemplado en el art. 56.3 LCSP se ha presentado en el registro de este Tribunal por parte de la adjudicataria COVICO 2015 S.L. en el que se opone a las pretensiones de la recurrente, sobre la base y en síntesis de las siguientes consideraciones:

“Tras las sucesivas reformas legislativas conducentes a la simplificación de trámites administrativos en fase de licitación, adquiere gran relevancia el plazo de diez días hábiles que el artículo 150 de la LSP documentación que permita proceder a la adjudicación del contrato a su favor.

A dicha documentación debe añadirse, cada vez con mayor frecuencia, la acreditativa a la capacidad, representación y solvencia o clasificación del contratista, al generalizarse la sustitución de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, por una declaración responsable, de forma que tal documentación sólo se exige al licitador propuesto como adjudicatario, para lo cual los órganos de contratación tienden a emplear, por razones de economía procesal, el trámite del artículo 150.2 LCS.

Es evidente, por tanto, la importancia de dicho trámite y de ahí la necesidad de determinar con claridad si el citado plazo puede ser o no objeto de ampliación y/o subsanación.

La realidad es que se trata de una cuestión controvertida ampliación / subsanación de plazos sobre la que se han pronunciado tantos órganos consultivos, Tribunales de contratos y Órganos jurisdiccionales...

(...)

Pues bien, en el caso que nos ocupa ni se presentó documentación alguna en dicho plazo ni se solicitó prórroga alguna, por lo que no es equiparable a dicha situación relatada.

(...)

Como conclusión, no parece que el objetivo del legislador sea una regulación expresa de trámite de ampliación de esta fase, pues prevalece, la consideración del plazo del artículo 150 LCSP como improrrogable en todo caso, salvo en el caso de licitador único que no perjudique por tanto derechos de terceros.

En el caso que nos ocupa se le notificó a la UTE MASFALT – SANDO con fecha 29 de julio de 2020 Resolución del órgano de contratación donde se le declaraba como oferta económicamente más ventajosa y se le requería para la presentación correspondiente a tal condición en el plazo de 10 días hábiles, a contar a partir del día siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento y acreditara a través de la documentación pertinente, el cumplimiento de las condiciones para poder perfeccionar la contratación. Todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 150 de la LCSP.

De lo contrario ni lo efectuó ni cumplió con los plazos otorgados y ni tan siquiera el licitador realizó cualquier actuación tendente a querer cumplimentar la documentación requerida, bien sea solicitando una ampliación del plazo de los diez días o bien, anunciando por fax, email, su retraso, como tanto jurisprudencia y órganos de contratación requieren.

Fuera ya de los plazos establecidos la UTE presenta la documentación requerida el 18 de agosto de 2020, entendiendo claramente la Mesa de contratación que no le interesada y que retiraba su oferta y que su plazo había precluido.

De lo contrario intenta justificar su actitud, en diversas causas totalmente involuntarias, época estival, criterios antiformalista de la Ley de Contratos de Sector Público, preclusión de plazos etc, a todos ellos nos oponemos por las razones ya expuestas en las alegaciones anteriores.

OCTAVO. – Expuestas las posiciones de las partes, procede analizar el fondo de la cuestión principal que se suscita ante este Tribunal, y que no es otra de si la Mesa de Contratación transcurrido el plazo de 10 días hábiles para la presentación de la documentación contemplada en la cláusula 30.7 PCAP en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 150.2 LCSP, debió conceder a la inicial adjudicataria y aquí recurrente una ampliación del plazo para la presentación de la documentación, o más propiamente tener por presentada la documentación referenciada una vez traspasado el plazo legalmente contemplado, y particularmente transcurridos 5 días desde su conclusión.

A tal efecto hemos de partir de las propias previsiones del art. 150.2 LCSP de conformidad con el cual:

“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 los 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) de apartado 2 del artículo 71.

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

En lo que respecta a la “subsancibilidad” de la documentación a presentar por el licitador mejor clasificado en cumplimiento del precepto legal anteriormente referenciado, ciertamente ha dado lugar como alegan las diversas partes contendientes a diferentes posiciones tanto en el ámbito de los órganos consultivos y tribunales de recursos contractuales, si bien la posición más reciente o evolucionada al respecto se sintetiza de forma certera en la **resolución nº 598/2020, del TARC Central dictada con fecha 14 de mayo de 2020**, de conformidad con la cual:

“La doctrina de este Tribunal, como también los más recientes pronunciamientos judiciales al respecto, ha venido interpretando el incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP (antes 151.2 del 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) de forma no formalista y rigorista. Así resumíamos en nuestra Resolución 582/2019, de 30 de mayo de que:

Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose al respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP- plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019.

Así hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente “extensivo, formalistas e injustos” acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que “resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”.

Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2019).

En este sentido, hemos venido a distinguir de acuerdo con nuestra doctrina más reciente los supuestos de “incumplimiento total y grave” de la obligación de aportación de documentación al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, que comporta la retirada de la oferta, de los supuestos de “cumplimiento defectuoso o imperfecto” de esta obligación, y a tales efectos hemos acotado lo que se debe entender por “cumplimentar” llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales de determinadas obligaciones, admitiendo la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones en la cumplimentación del requerimiento en determinados supuestos haciendo prevalecer el derecho de la empresa propuesta como adjudicataria, entendiendo que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación para escoger la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada. Así, en el caso de la constitución de la garantía definitiva, hemos considerado subsanable el defecto consistente en la constitución de una garantía por importe insuficiente, concediendo al efecto un plazo de tres días para la complementación de la garantía inicialmente constituida.

Es decir, la activación de la doble consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de requerimiento (retirada de la oferta y penalidad) debe hacerse de manera atemperada, reservada únicamente a supuestos donde el incumplimiento haya sido “total y grave”, de forma que resulte difícil atisbar una voluntad de cumplimiento por parte de licitador mejor clasificado.”

Proyectada esta doctrina sobre el supuesto que aquí acontece, la cuestión clave pasa por dilucidar si ha existido un incumplimiento “total y grave” por parte de la recurrente, y si las justificaciones ofrecidas por la misma deben considerarse suficientes para desactivar las previsiones y consecuencias jurídicas que derivan del art. 150.2 LCSP.

Pues bien, este Tribunal considera que en el supuesto sometido a nuestra consideración se ha producido un incumplimiento total y grave del art. 150.2 LCSP, cuya consecuencia jurídica sería tener por retirada su oferta como acertadamente señala el órgano de contratación, pues a diferencia de lo que manifiesta la recurrente, difícilmente puede apreciarse una transgresión de la buena fe ni del principio de confianza legítima, cuando es la misma con su propia actuación la que ha dado lugar a la situación que ahora se denuncia, puesto que tal y como reconoce en su propio escrito de recurso en ningún momento procedió a cumplimentar dentro del plazo legalmente conferido el requerimiento de presentación de la documentación contemplada en la cláusula 30.7 PCAP, es más no presentó documentación alguna, lo que ya de por sí le apartaría de la aplicación de la doctrina que invoca y que acabamos de referenciar, sino que cuando lo hizo fue tardíamente, sin siquiera presentar escrito alguno dentro del plazo conferido al efecto en el que manifestara al órgano de contratación una justificación de las razones que le impedían la presentación de la misma, así como en su caso la solicitud de una ampliación del meritado plazo.

Y es que a diferencia de lo que aduce la recurrente, como hemos tenido ocasión de reseñar, la doctrina de la “subsancibilidad” cuya aplicación se invoca, se contempla para aquellos supuestos en que el licitador que presenta la mejor oferta, incurre en algún tipo de defecto u omisión en la documentación presentada, a diferencia de lo que aquí acontece en que no se ha presentado documentación alguna, lo cual de por sí supone a nuestro juicio un incumplimiento total y grave, que debe tener como consecuencia la aplicación de las previsiones el art. 150.2 LCSP.

A tal efecto por su similitud con la situación que aquí acontece hemos de traer a colación la **resolución nº 541/2020, del TARC Central dictada con fecha 17 de abril de 2020**, conforme a la cual:

“Para resolver el recurso interpuesto por la empresa (...) es preciso tomar en consideración lo siguiente:

1º) Tal y como expone en el acuerdo el órgano de contratación (...) la aportación de la documentación administrativa necesaria para la adjudicación y formalización del contrato, en los términos establecidos en el primer párrafo del artículo 150.2 de la LCSP, con arreglo al cual:

(...)

2º) *En este caso, transcurridos esos diez días hábiles, que concluían el 17 de diciembre de 2019, la empresa recurrente no presentó la documentación requerida, lo que dio lugar a la debida aplicación por el órgano de contratación de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 150.2 de la LCSP:*

“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.”

3º) *Este Tribunal considera plenamente ajustado a derecho el acuerdo adoptado por el Órgano de Contratación, sin que pueda llevar a otra conclusión ninguna de las alegaciones aducidas por la empresa recurrente.*

(...)

Finalmente, respecto a la alegación de que (...) subsanó con posterioridad la falta de presentación en plazo de la documentación requerida, aportándola el 30 de diciembre de 2019, debe acogerse lo expuesto en el informe del Órgano de Contratación, en cuanto a que con arreglo a lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, el transcurso del plazo de diez días hábiles concedido a la empresa para esa presentación, sin haberla atendido, había producido ya el efecto de entender retirada la oferta realizada por el licitador, sin posibilidad de una pretendida subsanación posterior.”

En consecuencia, atendiendo a que acontece en el supuesto que se somete a nuestra consideración, una situación idéntica a la descrita en la resolución referenciada, a nuestro juicio las consecuencias no pueden ser otras que las allí aplicadas, considerando por tanto que la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación ha sido ajustada a Derecho dado que con arreglo a lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, el transcurso del plazo de diez hábiles concedido a la UTE MASFALT S.A. – CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A para llevar a cabo dicha presentación, sin haberla atendido había producido ya el efecto de entender retirada la oferta realizada por el licitador, sin posibilidad de una pretendida subsanación posterior, dado que ello implicaría una propia transgresión de la doctrina de la “subsanabilidad” a la que ya hemos hecho referencia, y cuya aplicación a nuestro juicio se invoca indebidamente por la aquí recurrente, máxime si atendemos al transcurso de sus propias actuaciones, tal y como en su propio escrito de recurso reconoce.

A ello cabe añadir que no puede admitirse como señala la recurrente que dicho plazo pueda ser objeto de ampliación por encontrarnos “en período estival”, pues ciertamente ha de recordarse que en el ámbito administrativo (a diferencia de la jurisdicción contencioso – administrativa) el mes de agosto es hábil a todos los efectos, debiendo estarse a lo dispuesto en el art. 29 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando señala que *“los términos y plazos establecidos en éste u otras leyes obligan a las autoridades y personal el servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.”*

Ni tampoco como pretende la recurrente, puede considerarse que tácitamente se ha otorgado por el órgano de contratación un plazo de ampliación para la presentación de la documentación, puesto que inclusive teniendo en cuenta que la aplicación subsidiaria de la ley 39/2015, de 1 de octubre, en materia de contratación del sector público en virtud de la Disposición Final Cuarta LCSP tampoco resulta ser una cuestión pacífica, lo cierto es que aunque se atendiera a lo dispuesto en el art. 32 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, tampoco se habría dado cumplimiento a lo allí dispuesto máxime si se tiene en cuenta que como señala su apartado 3 *“tanto la petición de los interesados como la decisión deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate.”*

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por **D. A.G.P. en nombre y representación de UTE MASFALT S.A. – CONSTRUCCIONES SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ – SANDO S.A.** contra el acto de adjudicación en relación a la licitación del contrato de servicios relativo a “Plan de Conservación de Colegios del Término Municipal de Marbella” (Exp. SE 66/20) Lote 1 – Marbella, Nueva Andalucía y las Chapas

SEGUNDO.- Levantar la suspensión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- 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.



CUARTO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe 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.”