



Recurso nº 158/2024

Resolución nº 338/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 07 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.C.M. en representación de AMBULANCIAS CIVERA, S.L, (en adelante, AMBULANCIAS CIVERA o la recurrente), contra el acuerdo de exclusión, declaración de desierto e imposición de penalidad del tres por ciento del presupuesto base de licitación, en el procedimiento de licitación de los servicios de *“Transporte sanitario no medicalizado, en el ámbito territorial de la provincia de Huelva”* para ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA con la Seguridad Social nº 151, Expediente Nº SP00228/2023, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 20 de septiembre de 2023 se publica anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP en adelante), por el cual se convoca la licitación por procedimiento abierto, para los servicios de transporte sanitario no medicalizado en el ámbito territorial de la provincia de Huelva para ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA con la Seguridad Social nº 151. El valor estimado del contrato se cifra en 715.145,81 euros.

Segundo. Finalizado el plazo de presentación de proposiciones, se presentó únicamente AMBULANCIAS CIVERA S.L.

Tercero. En fecha 30 de octubre de 2023, la Mesa de Contratación acuerda proponer al órgano de contratación la adjudicación del contrato en favor de la empresa AMBULANCIAS CIVERA, S.L.

Cuarto. En fecha 3 de noviembre de 2023, conforme al artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE,



de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) se emite requerimiento para que, en el plazo establecido de 10 días hábiles, fuese entregada la documentación necesaria para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, para el proceso de adjudicación, cuyo apartado E.2. establece que:

“Atendiendo al importe del contrato se acuerda exigir una garantía definitiva del 5% del presupuesto base de licitación, en los supuestos en los que el Valor Estimado sea igual o superior a 200.000 euros (IVA/IGIC excluidos), De dividirse el contrato en lotes, la exigencia de garantía definitiva del 5% del presupuesto base de licitación se aplicará a los lotes con valor estimado superior a 200.000 euros (IVA/IGIC excluidos).

Deberá presentarse un documento de garantía por cada lote adjudicado”.

Quinto. En fecha 17 de enero de 2023 se notificó a la recurrente requerimiento de subsanación para que aportase documento que faltaba, la garantía, por un importe de 6.876 euros, dado que no había presentado la documentación referente a la garantía definitiva.

Sexto. Transcurrido el plazo establecido y sin que se cumpliese con lo exigido, el órgano de contratación de ASEPEYO acordó, en fecha 5 de diciembre de 2023 tener por retirada la oferta de la empresa AMBULANCIAS CIVERA S.L, y exigirle el 3% del presupuesto base de licitación, en concepto de penalidad, procediendo a la declaración desierta de la licitación por ser la única proposición presentada.

Séptimo. Disconforme con la referida resolución, la representación de AMBULANCIAS CIVERA S.L. interpone, en fecha 29 de diciembre de 2023, recurso de alzada contra el citado acuerdo. Recurso de alzada que es inadmitido, por resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, al concurrir la causa de inadmisión establecida en el apartado a) del artículo 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

El recurso ha tenido entrada en el Tribunal el día 5 de febrero de 2024.

El recurso pivota sobre dos motivos de impugnación: (i) improcedencia de la exclusión de la oferta, argumentando la clara voluntad de la mercantil recurrente en la continuación del procedimiento y la posibilidad de haberse concedido plazo para la subsanación de errores o



defectos en la documentación aportada ex artículo 150.2 de la LCSP, y (ii) indebida aplicación de la penalidad consistente en la exigencia del importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

Octavo. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la LCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido este acompañado del correspondiente informe. En el meritado informe, de fecha 6 de febrero de 2024, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso planteado, por entender (i) que la propia recurrente admite que no ha podido constituir la garantía definitiva en el plazo que marca la Ley por lo que resulta de plena aplicación lo previsto en el artículo 150 de la LCSP y (ii) que tal y como queda regulada la penalización en el artículo 150 de la LCSP, su aplicación es automática, no quedando vinculada a que medie dolo o conducta culpable imputable a la empresa .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Segundo. Los actos dictados en el procedimiento de licitación del contrato considerado son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, en tanto se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral establecido en el artículo 44.1.a) de la LCSP.

El acto recurrido, el acuerdo teniendo por retirada la oferta del recurrente e imponiéndole la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación es recurrible por esta vía a tenor de lo dispuesto por el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. Consta en el acuerdo notificado al recurrente el siguiente pie de recurso:

“Ordenar, de acuerdo con lo establecido en el art. 151.1 LCSP, la publicación de la presente Acuerdo de exclusión y declaración de licitación desierta en el Perfil de Contratante de la Mutua y notificar a la empresa interesada, la cuál podrá, en el plazo de un mes a contar a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación, conforme al Artículo 30.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP,



interponer contra el presente Acuerdo de Adjudicación recurso de alzada ante la Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.6 y la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, en relación con los artículos 121 y ss. de la LPACAP.

El artículo 19.5 del RPERMC establece.

“Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.”

La remisión hecha por el referido precepto del Reglamento al artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre han de entenderse hecha al vigente artículo 40, apartados 2 y 3 de la LPACAP, que le ha sustituido, y que establecen:

*“2. Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado, y deberá contener el texto íntegro de la resolución, **con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos**, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.*



3. Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.”

Procede, por lo tanto, concluir que el recurso ha sido interpuesto en plazo.

Cuarto. De conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la LCSP “*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*”.

En el presente caso, la licitadora recurrente ha participado en el procedimiento de licitación habiendo sido propuesta como adjudicataria, por lo que ostenta legitimación para la interposición del recurso.

Quinto. Como primer motivo de impugnación denuncia la parte recurrente la improcedencia de la exclusión de su oferta, argumentando la clara voluntad de la mercantil recurrente en la continuación del procedimiento y la posibilidad de haberse concedido plazo para la subsanación de errores o defectos en la documentación aportada.

La cuestión a debatir pivota, esencialmente, en torno a la determinación de si se ha incumplido o no la obligación establecida en el artículo 150 de la LCSP, en conexión con el apartado 14.2 “*Propuesta y Adjudicación del Contrato*” que figura en el PCAP y conforme al cual:

“14.2. El propuesto como adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y de capacidad y solvencia indicada en el Anexo IV.1 del presente pliego, en el plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que hubiere recibido el requerimiento, y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar o de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76 LCSP que le requiera el órgano de contratación, así como constituir la garantía que, en su caso, sea procedente, sin perjuicio de



la eventual revisión de la adjudicación del contrato en vía de recurso especial, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP.

Si la Mesa o el órgano de contratación observare defectos, errores u omisiones en la cumplimentación del requerimiento lo comunicará al propuesto como adjudicatario para que los subsane en el plazo de tres días hábiles a contar desde el siguiente al de la recepción del requerimiento de subsanación. De no subsanarse en el plazo requerido, la Mesa o el órgano de contratación entenderán que el licitador retira su oferta.”

Apartado que debe entenderse en relación con el artículo 109 de la LCSP a cuyo tenor:

“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.”

En el caso que nos ocupa, la mercantil recurrente reconoce abiertamente su *“incumplimiento de aportar esta garantía, en ese momento del procedimiento de adjudicación”*, pero justifica ese incumplimiento alegando que no ha incurrido en dolo o culpa y que simplemente *“no ha conseguido obtener a tiempo, por causas ajenas a su voluntad, el debido seguro de caución de su tramitadora de seguros”*.

A tal efecto se aportan junto con el escrito de recurso una serie de correos electrónicos cruzados entre la recurrente y la entidad tramitadora del seguro en los que se evidencian los intentos de aquélla por lograr la formalización del contrato de seguro de caución dentro del plazo legalmente establecido. De la cadena de correos aportada ha de destacarse el correo electrónico enviado por D. J.J.S a D^a V.P.A., en fecha 30 de noviembre de 2023, en el que se comunicaba que *“Lamentándolo mucho, nos ha sido imposible conseguir la documentación a subsanar en tiempo y forma establecidos en la LCSP. Hemos agotado las alternativas existentes que ofrecen los pliegos de la licitación, por lo que no podremos remitir dicho documento. “*

En definitiva, entiende la parte recurrente que, no siendo imputable a ella misma la no formalización del contrato de seguro de caución dentro del plazo legal y habiéndose, además,



propuesto como alternativa la retención del importe de la facturación de otros expedientes de contratación no se debió tener por incumplida la obligación de acreditación de la constitución de la garantía definitiva y, en consecuencia, debió haberse dictado resolución de adjudicación del contrato en su favor.

Frente a la argumentación de la recurrente, defiende el órgano de contratación su actuación alegando que la LCSP no exige la concurrencia de dolo o negligencia para apreciar el incumplimiento de la obligación consignada en el artículo 109 de la LCSP, y que *“eximir de esta obligación a la actual empresa por no haber podido presentar la garantía a tiempo o conceder un plazo mayor al previsto en la Ley no se ajustaría a la normativa de aplicación y sería contrario al principio de igualdad de trato que debe primar en la licitación.”*

A la vista de las alegaciones formuladas por las partes en sus respectivos escritos resultan dos cuestiones que deben ser abordadas en la presente resolución.

En primer lugar, se plantea la cuestión relativa a la posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido; extremo que podría haber sido discutido, toda vez que es criterio consolidado de este Tribunal que es susceptible de subsanación aquello que existe de forma previa a la finalización del plazo de presentación, o, lo que es lo mismo, que el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de la presentación de la documentación requerida, pues su existencia no es subsanable, sólo lo es su acreditación.

Según dijimos en la Resolución 747/2018, de 31 de julio, (citada en la Resolución nº 1090/2022, de 21 de septiembre de 2022, traída a colación por el recurrente en su recurso):

“[...] Consideramos que hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más amplio que aquél. Esa tarea es imprescindible a la vista dese viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del



requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe.../... Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.

Y continúa diciendo:

“Las cuestiones que plantea dicho precepto son en esencia, las siguientes: a) Extensión objetiva del contenido de la conducta consistente en no haber cumplimentado el requerimiento efectuado y determinación de si se extiende a cualquier defecto u omisión de cumplimentación, o solo a la falta de cumplimentación total o en lo principal y sustancial, según determinación legal b) Posibilidad o no de subsanar las omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación del requerimiento efectivamente realizada en el plazo concedido. La solución de ambas cuestiones está indudablemente afectada e influida por el efecto de la determinación legal consistente en incautar la garantía provisional (TRLCS) o imponer una penalización del 3% (LCSP), e incurrir en la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.2 a) del TRLCSP y precepto correlativo de la LCSP. Sobre la primera cuestión consideramos que la interpretación del precepto citado debe ser estricta y restrictiva, por su tenor literal, el efecto considerado y la consecuencia sancionadora que se vincula a la conducta que contempla, y además por las siguientes razones: 1. El artículo 151.2 prevé una conducta a la que asocia una determinada consideración, conducta que es “No cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado.

(...) Cumplimentar significa, según el DRAE, rellenar un impreso o poner en ejecución una orden superior. No significa cumplir perfectamente algo, en este caso lo requerido, sino simplemente poner en ejecución lo requerido, supuesto en el que existirá cumplimentación de lo ordenado, aunque no se haga perfectamente. El sentido anterior del texto citado deriva del hecho de que el precepto asocia una consideración determinada a la no cumplimentación, pero no a la cumplimentación aunque sea defectuosa o imperfecta. Y esa consideración no es que se rechace la oferta o se la excluya por no cumplimentar lo requerido el interesado,



sino que se considera que el interesado ha retirado su oferta, efecto éste que no es el propio del cumplimiento defectuoso de trámites o, mejor dicho, de su cumplimentación defectuosa o imperfecta, ni en la Ley 39/2015, de PAC., ni en el TRLCSP, sino que la propia normativa de contratación pública lo vincula a la retirada expresa de la oferta, o a conductas de incumplimiento grave, que la ley equipara a aquella.../... Pues bien, la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido.../...El error es consustancial al ser humano, y resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.”

Su fundamento jurídico séptimo añade además como argumentos adicionales, la posibilidad establecida en la LCSP de imponer al licitador incurso en esta circunstancia una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, que obliga, a extremar el principio de proporcionalidad:

“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 (entiende este Tribunal que la penalidad sólo procede 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). La existencia de esta penalidad hace necesario, más que nunca, que se conceda



al licitador propuesto como adjudicatario la posibilidad de subsanar los errores cometidos al presentar su documentación.”

En aplicación de la doctrina expuesta, este Tribunal consideró subsanable la prestación incompleta de la garantía definitiva y ello en los siguientes términos: *“Por otra parte, en nuestro caso concreto no cabe afirmar que no se ha cumplimentado el requerimiento relativo a la constitución de la garantía definitiva, ya que con arreglo al artículo 99.1 del TRLCSP el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo del artículo 151.2 haber constituido la garantía definitiva, lo que ha ocurrido en nuestro caso, aunque de forma incompleta, ya que el precepto exige constituir esa garantía, pero no excluye que se haga con defectos u omisiones, por lo que no cabe considerar no cumplimentado el trámite y entender retirada la oferta si se ha cumplimentado lo requerido, si bien defectuosamente, lo que excluye la falta de cumplimentación”,*

Ahora bien, esta doctrina que, como advertíamos, se recoge, entre otras, en una Resolución de este Tribunal citada en la invocada por el recurrente en defensa de sus pretensiones, lo cierto es que no podemos obviar la necesidad de distinguir entre el supuesto de incumplimiento total o grave de la obligación de aportación de la documentación y el de cumplimiento defectuoso, y, en consecuencia, menos grave, que exige conceder un plazo de subsanación.

Sobre este particular, la citada Resolución nº 1090/2022 se pronuncia en los siguientes términos:

“A la vista de los criterios expresados, en la Resolución nº 897/2020, de 14 de agosto, con cita de la Resolución nº 622/2019, de 6 de junio, se distinguía entre el supuesto de incumplimiento total o grave de la obligación de aportación de la documentación, que supone la retirada de la oferta, y el de cumplimiento defectuoso o menos grave que exige conceder un plazo de subsanación al licitador. Así:

“a) Cuando no se cumple el requerimiento del artículo 150.2, momento en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Así señala que la no cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido solo se equipara a la retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento o de no constituir en modo alguno garantía definitiva en el plazo concedido.



b) Cuando se cumplimenta el requerimiento de manera incompleta, momento en el que el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial)".

En definitiva, la finalidad del precepto en cuestión es resolver situaciones de un manifiesto e inequívoco incumplimiento por parte del licitador, en el marco de una interpretación no formalista y rigorista del mismo. Así, debe aplicarse su consecuencia jurídica de forma ponderada, limitada a supuestos en que se trate de un incumplimiento claro, en los que se evidencie de forma concluyente la imposibilidad de cumplir con lo solicitado."

Pues bien, descendiendo al caso que nos ocupa, de la documentación remitida resultan incontrovertidos los siguientes extremos:

- En fecha 3/11/2023, se remitió a la empresa AMBULANCIAS CIVERA, S.L., por correo electrónico, el correspondiente requerimiento de documentación, al amparo de lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP, para que se pudiera hacer efectiva la adjudicación, otorgándole un plazo de 10 días hábiles para aportar la documentación solicitada, acreditativa de los criterios de capacidad y solvencia exigidos en los pliegos.
- El 17/11/2023 se le requirió subsanación de documentación a la empresa, dado que no había presentado la documentación referente a la garantía definitiva: aval bancario o seguro de caución, según modelo del Anexo IV.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por un importe del 5% del presupuesto base de liquidación
- En fecha 30/11/2023 se remite correo electrónico en el que la mercantil propuesta adjudataria comunicaba que *"Lamentándolo mucho, nos ha sido imposible conseguir la documentación a subsanar en tiempo y forma establecidos en la LCSP. Hemos agotado las alternativas existentes que ofrecen los pliegos de la licitación, por lo que no podremos remitiros dicho documento."*



- En fecha 15/12/2023 el órgano de contratación de ASEPEYO acuerda, en aplicación de lo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP; tener por retirada la oferta de la empresa AMBULANCIAS CIVERA S.L, excluyéndola del procedimiento de contratación.

De lo anterior resulta que, ante un primer incumplimiento de la obligación de aportar toda la documentación requerida al amparo del artículo 150.2 de la LCSP, el órgano de contratación concedió a la hoy recurrente un plazo de subsanación, haciendo una interpretación, favorable al interesado, de la doctrina antes expuesta.

Interpretación flexible que este Tribunal considera acertada, toda vez que es doctrina consolidada que este trámite administrativo que resulta del artículo 150.2 de la LCSP debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, en especial, al principio de proporcionalidad, con el efecto de no convertirlo en un trámite de exclusión. Interpretación acertada también, a la vista de que en el presente caso nos encontramos con que en la licitación ha participado un único licitador, por lo que parece razonable facilitar el cumplimiento adecuado de este trámite al licitador, toda vez que no hay terceros que puedan resultar perjudicados ni ver defraudadas sus expectativas en relación con la adjudicación del contrato.

Es solo ante el segundo incumplimiento, cuando el órgano de contratación considera que la empresa licitadora no ha contestado en tiempo y forma al requerimiento y procede a declarar desierta la licitación.

Atendida la documentación remitida, lo cierto es que, si bien los correos electrónicos antes referidos evidencian la voluntad del licitador propuesto como adjudicatario, no fue en la de retirar su proposición -razón por la cual propone como alternativa la retención del importe de la facturación de Asepeyo de otros expedientes de contratación, el incumplimiento ha de considerarse total en el sentido de que no se trata de una constitución incompleta de la garantía, sino del reconocimiento del propio recurrente de que no se ha constituido y, lo que es más, no se va a poder constituir en los términos exigidos en el pliego regulador de la licitación. Es, por tanto, un incumplimiento total que necesariamente conlleva, como acertadamente ha acordado el órgano de contratación, a la exclusión del licitador del procedimiento de contratación.

Respecto a la alternativa propuesta por la recurrente consistente en dar una garantía alternativa, consistente en la retención del importe de la facturación de Asepeyo de otros



expedientes de contratación, este Tribunal coincide con el órgano de contratación cuando éste considera que *“no es una forma admisible de constituir la garantía, por cuanto no está proponiendo propiamente una retención del precio en los términos del párrafo 2 del art. 108 de la LCSP. Y aun cuando lo que propusiera fuera una retención del precio, esta forma de constituir la garantía tampoco sería admisible porque debe venir prevista expresamente en los pliegos de la licitación, como establece el art. 108, apartado 2, cosa que no sucede en la licitación que nos ocupa.*

En definitiva, la propia recurrente admite que no ha podido constituir la garantía definitiva en el plazo que marca la Ley por lo que resulta de plena aplicación lo previsto en el artículo 150 de la LCSP, debiendo desestimarse las alegaciones de la recurrente.

Sexto. Por último, denuncia la recurrente, como segundo motivo de impugnación, la indebida aplicación de la penalización del 3%, prevista en el artículo 150 de la LCSP, en cuyo apartado segundo se dispone que *“de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 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.”*

Sobre esta cuestión, nos hemos pronunciado en la Resolución del Pleno 1474/2022 de 24 de noviembre, en la que dijimos:

“Planteado el debate en estos términos, debemos comenzar señalando que la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, solo debe operar automáticamente, cuando traiga causa de una decisión de exclusión fundada en alguno de los siguientes supuestos: retirada voluntaria e injustificada de la oferta, los supuestos denominados de autoexclusión en terminología acuñada por este Tribunal (Resolución nº 15/2022) y sin que proceda aplicar el art. 158.4 de la LCSP (Resolución nº 159/2022), aportación de documentación falsa (Resolución nº 202/2022) e incumplimiento total del requerimiento del art.150.2 de la LCSP.

Fuera de dichos supuestos, la imposición no puede ser automática.



En el resto de supuestos habrá de diferenciarse entre un incumplimiento grave del requerimiento imputable al licitador (vid Resolución nº 1043/2022 que analiza un incumplimiento por causa totalmente ajena al licitador) y su cumplimiento defectuoso o imperfecto, de forma que solo el primero activaría la doble consecuencia jurídica: retirada de la oferta e imposición de penalidad.”

En el caso que nos ocupa, hemos de concluir que hay un incumplimiento total del requerimiento, habida cuenta que no se aporta la garantía definitiva. No es ocioso, en este sentido, recordar que el artículo 108 de la LCSP permite que la garantía definitiva se preste a través de varios medios. No consta en el expediente que el recurrente haya intentado, ante la alegada imposibilidad de obtener un seguro de caución, prestarla mediante alguno de los medios referidos. En este sentido, no es atendible el ofrecimiento, que se realiza en el correo electrónico remitido por el recurrente al órgano de contratación el día final del plazo de presentación de la documentación, de “(...) *poder pignorar la facturación hasta completar el importe del 5% del PBL del actual expediente*”, posibilidad que sólo podría ser admisible de preverlo así el PCAP (artículo 108.2 de la LCSP).

Procede, por lo tanto, desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

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.C.M. en representación de AMBULANCIAS CIVERA, S.L, contra el acuerdo de exclusión, declaración de desierto e imposición de penalidad del tres por ciento del presupuesto base de licitación, en el procedimiento de licitación de los servicios de “*Transporte sanitario no medicalizado, en el ámbito territorial de la provincia de Huelva*” para ASEPEYO, MUTUA COLABORADORA con la Seguridad Social nº 151, Expediente Nº SP00228/2023.

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 58.2 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES