



Recurso nº 743/2024 C. Valenciana nº 166/2024

Resolución nº 902/2024

Sección 2ª

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

En Madrid, a 11 de julio de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.F.F.R., en nombre y representación de CRASH MUSIC, S.L., contra el acuerdo por el que se le excluye del procedimiento de licitación para adjudicar el *“Contrato mixto de suministros y servicios consistente en espectáculos y actuaciones musicales a celebrar en Gandía en ‘Fira i Festes’, así como la dotación de las infraestructuras necesarias para la producción y realización de los mismos en el espacio Parc Ausias March, conocido como ‘Parc de la Festa’”*, con expediente CONT-017/2024, se le impone una penalidad equivalente al 3 por ciento del presupuesto base de licitación, y se declara desierta ésta, convocado por el Ayuntamiento de Gandía; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Gandía convocó licitación para adjudicar, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, el *“Contrato mixto de suministros y servicios consistente en espectáculos y actuaciones musicales a celebrar en Gandía en ‘Fira i Festes’, así como la dotación de las infraestructuras necesarias para la producción y realización de los mismos en el espacio Parc Ausias March, conocido como ‘Parc de la Festa’”* (número de expediente CONT-017/2024). El valor estimado del contrato se fijó en 198.000,00 euros.

Segundo. El acuerdo de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27 de febrero de 2024. Transcurrido el plazo de presentación de solicitudes, fueron finalmente admitidas al proceso de licitación dos licitadoras, BLACK LOTUS, S.L. y la recurrente, CRASH MUSIC, S.L.



Tercero. Seguido el procedimiento por sus trámites, la Mesa de contratación procedió en sesión del día 10 de abril de 2024 a la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, confirmando el informe emitido por el Animador Cultural del Ayuntamiento, encargado de valorar las propuestas de los licitadores. Del resultado de esta valoración BLACK LOTUS, S.L. obtuvo 45,00 puntos y la ahora recurrente, CRASH MUSIC, S.L., 38,00 puntos.

A continuación, se precedieron a abrir las ofertas económicas, en las que BLACK LOTUS, S.L. obtuvo 55,00 puntos frente a los 24,29 que obtuvo la recurrente, de modo que resultó BLACK LOTUS, S.L. la empresa mejor valorada con una puntuación total de 100 puntos.

En la misma sesión la Mesa propuso la adjudicación del contrato a favor de esta empresa, propuesta que es aceptada el 11 de abril de 2024 por el Concejal-Delegado en materia de contratación, requiriéndose a dicha empresa para que constituyera garantía definitiva y aportara la documentación preceptiva exigida en la cláusula 18.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), conforme dispone el 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).

Cuarto. El día 25 de abril de 2024, la mercantil BLACK LOTUS, S.L. atendió el requerimiento y presentó la documentación administrativa solicitada, depositando la cantidad de 2.950,00 euros, en concepto de fianza. En dicha documentación consta escrito en el que indica que el artista ofertado como principal en su propuesta no puede actuar en Gandía en las fechas indicadas en el Pliego para las fiestas.

Ante este incumplimiento del contrato, con fecha 2 de mayo de 2024 se elevó al órgano de contratación propuesta de exclusión de la citada empresa del proceso de licitación, proponiendo asimismo la adjudicación al otro licitador que había concurrido al proceso de contratación, CRASH MUSIC, S.L.

Aceptada la propuesta, el 2 de mayo de 2024 se requirió a la mercantil CRASH MUSIC para que constituyera garantía definitiva y aportara la documentación preceptiva exigida en la cláusula 18.2 del PCAP, conforme dispone el artículo 150.2 de la LCSP.



El 9 de mayo de 2024 la mercantil ahora recurrente contesta al requerimiento informando que no está en condiciones de asumir y cumplir la prestación objeto del contrato. En concreto, en el escrito presentado por esta empresa se hicieron constar las siguientes alegaciones:

“Que, Crash Music S.L. no está facultada para asumir la adjudicación mencionada y cumplir con las condiciones de la propuesta del documento Memoria Fira i Festes Gandía 2024 al haber transcurrido el tiempo suficiente, más de 24 días, y haber liberado las fechas con los artistas incluidos en la misma.

Que, Crash Music S.L. está legitimada para liberar tales fechas y modificar las condiciones iniciales al no haber sido la adjudicataria inicial del proyecto.

Que, los hechos mencionados no incurren en incumplimiento alguno por causas imputables a Crash Music S.L. como segunda adjudicataria puesto que la directamente responsable es la adjudicataria inicial que, una vez finalizado el plazo del requerimiento de documentación ha presentado escrito en el que indica que el artista ofertado como principal en su propuesta no puede actuar en Gandia en esa fecha.

Que, el órgano de contratación deberá abstenerse de ejecutar tal requerimiento”.

Quinto. En sesión celebrada el día 15 de mayo de 2024, tras informe emitido por el Animador Cultural del Ayuntamiento, la Mesa de contratación eleva al órgano de contratación propuesta de exclusión del proceso de licitación a CRASH MUSIC, S.L. exigencia de penalidad por importe de 1.980,00 euros, equivalente al 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido (66.000,00 euros). Mediante Decreto del Concejal-Delegado de contratación de 15 de mayo de 2024 se adoptan ambos acuerdos (exclusión e imposición de penalidad) y se declara desierta la licitación del contrato mixto de suministros y servicios. El Decreto se notifica a la ahora recurrente con fecha 17 de mayo de 2024.

Sexto. Contra dicho acuerdo se interpone el presente recurso especial en materia de contratación el día 6 de junio de 2024 mediante escrito dirigido al registro del Ayuntamiento de Gandía. Considera la recurrente que conforme dispone el artículo 205 de la LCSP esta



empresa está legitimada para introducir modificaciones al contrato, máxime cuando ha sido segunda adjudicataria, habiendo modificado las condiciones iniciales sin alterar la naturaleza global del contrato, a lo que se vio obligada ante la imprevisible falta de disponibilidad del artista, que en el ámbito musical vende sus propios espectáculos a los distintos promotores mientras no tenga una fecha comprometida mediante un contrato firmado.

Además, argumenta que se ha incumplido el plazo de 15 días que para adjudicar el contrato dispone el artículo 158.1 de la LCSP, dado que la adjudicación fue resultado de criterios exclusivamente económicos, teniendo por tanto, derecho a retirarla sin ningún coste. Con base en ello solicita que se tenga por contestado el requerimiento y que se archive el expediente de contratación.

Séptimo. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refieren los artículos 56.2 de la LCSP y 28.4 del Reglamento de los Procedimientos Especiales de Revisión de decisiones en materia contractual y de Organización del Tribunal Central de Recursos Contractuales (RPERMC). En el informe presentado se solicita la íntegra desestimación del recurso interpuesto.

Considera el órgano de contratación que no pueden admitirse las alegaciones de la recurrente. Respecto de la facultad de modificación el contrato al amparo del artículo 205 de la LCSP, por cuanto es una facultad que, con sus límites, corresponde a la Administración, no al contratista; además de que sólo rige una vez el contrato está en fase de cumplimiento y ejecución, nunca en la fase de licitación y preparación del contrato; es decir, no antes de su adjudicación.

Tampoco es cierto que se haya incumplido el plazo que, para adjudicar el contrato, dispone el artículo 158.1 de la LCSP. Lo primero, por cuanto ese apartado no es aplicable, dado que estamos ante un contrato con una pluralidad de criterios de adjudicación, de modo que resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 158.2 del citado texto legal, que prevé un plazo de dos meses para la adjudicación desde la apertura de las proposiciones, plazo que se cumple en el proceso de licitación objeto de este recurso, en que el primer acto de apertura de sobres tuvo lugar el 20 de marzo de 2024, y el requerimiento a la recurrente



para que aportara la documentación exigida en el artículo 150.2 de la LCSP al ser propuesta adjudicataria es de fecha 3 de mayo de 2024. Es más, cuando se aporta la documentación y se decide la exclusión de la recurrente con imposición de penalidad (15 de mayo) aún no han transcurrido dos meses desde la apertura de las proposiciones.

Por lo demás, termina su informe defendiendo la conformidad a Derecho de la penalidad impuesta. No solo está prevista en el artículo 150.2 de la LCSP y artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre; sino que además respeta el criterio doctrinal y jurisprudencial que ha modulado la imposición de la penalidad, exigiendo que solo ante un incumplimiento que equivalga a una retirada voluntaria e injustificada de la oferta pueda imponerse la penalidad de forma automática, siendo precisamente este supuesto el que concurre en el caso de CRASH MUSIC, S.L.

Por todo ello, solicita la íntegra desestimación del recurso interpuesto.

Octavo. La Secretaría de este Tribunal en fecha 11 de junio de 2024 dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46.2 y 4 de la LCSP y 22.1.1º del RPERMC, así como en virtud del Convenio suscrito al efecto entre el entonces Ministerio de Hacienda y Función Pública y la Comunidad Autónoma de Valencia, sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 27/05/2021).

Segundo. El recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, como es el acuerdo por el que se tiene por retirada la oferta del licitador, se le excluye del procedimiento, y se le impone la penalidad de un tres por ciento del presupuesto base de



licitación; acuerdo recurrible conforme lo dispuesto en el artículo 44.2.b) de la LCSP, que dispone:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones

(...)

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Por lo demás, el contrato a que se refiere el acuerdo recurrido (contrato mixto de suministros y servicios con un valor estimado superior a cien mil euros) está dentro de los contratos susceptibles de recurso especial. Conforme prescribe el artículo 44.1.a) de la LCSP:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros”.

Luego el recurso se interpone contra un acuerdo susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Tercero. En lo que se refiere a la legitimación para recurrir, prevé el artículo 48 de la LCSP en su primer párrafo lo siguiente: *“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”.

Habiendo interpuesto el recurso el licitador que, tras presentar oferta en el proceso de contratación a que se refiere el acuerdo recurrido, ha sido excluido con imposición de una penalidad por retirar injustificadamente su oferta; es claro que debe afirmarse su legitimación, pues la Resolución que se adopte en este recurso afectará directamente a sus derechos e intereses legítimos.

Cuarto. Se han cumplido las formalidades de plazo y demás previstas en los artículos 50 y 51 de la LCSP para la interposición del presente recurso.

Quinto. De acuerdo con lo anterior, debe entrarse a analizar el fondo de la cuestión planteada en el presente recurso. En concreto, si el acuerdo recurrido por el que se tiene por retirada la oferta de CRASH MUSIC, S.L. y se le impone la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, es conforme a Derecho.

Argumenta la recurrente que la penalidad se ha impuesto por el órgano de contratación sin tener en cuenta las circunstancias del caso, dado que es “segunda adjudicataria” y es normal que un artista haya comprometido sus espectáculos con otros promotores, dado el tiempo transcurrido entre la presentación de la oferta y la propuesta de adjudicación. Asimismo, aduce que conforme dispone el artículo 205 de la LCSP esta empresa está legitimada para introducir modificaciones al contrato, habiendo modificado las condiciones iniciales sin alterar la naturaleza global del contrato, a lo que se vio obligada ante la imprevisible falta de disponibilidad del artista, modificación que entraría dentro de los límites en que se permite modificar un contrato conforme el precepto citado. Por último, argumenta que se ha incumplido el plazo de 15 días que para adjudicar el contrato contempla el artículo 158.1 de la LCSP, dado que la adjudicación fue resultado de criterios exclusivamente económicos, de modo que no puede tener la retirada de la oferta ningún perjuicio para el licitador.

Como ya se expuesto más arriba, a ello se opone el órgano de contratación en su informe.



En Resolución de este Tribunal nº 1648/2022, de 29 de diciembre, con cita de la nº 1474/2022, de 24 de noviembre, se razonó sobre esta cuestión lo siguiente:

“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 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”.

Por su parte, dispone el artículo 150.2 de la LCSP lo siguiente:

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



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

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

Por último, dispone el artículo 158 LCSP lo siguiente:

“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.

3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley

4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.

Expuesta la normativa que rige en la materia y el criterio interpretativo reiterado de este Tribunal sobre los supuestos en que cabe imponer penalidad al licitador, lo primero que debe señalarse es que no había transcurrido, en el caso objeto de esta Resolución, el plazo que contempla la Ley para que el licitador pueda ejercer su derecho a retirar su oferta. Asiste la razón al órgano de contratación cuando en su informe defiende que el plazo a aplicar en esta licitación es el de dos meses que prevé el apartado 2 del artículo 158 (y no el contemplado en el apartado 1 como defiende la recurrente), pues los criterios de adjudicación utilizados son dos de tipo automático y uno sujeto a juicio de valor, es decir, se ha decidido la adjudicación tras la valoración de una pluralidad de criterios. Luego habiendo tenido lugar el primer acto de apertura de proposiciones el 20 de marzo de 2024, es notorio que cuando se contesta el requerimiento y se tiene por retirada la oferta (9 de mayo) no han transcurrido dos meses. De ahí que la segunda alegación del recurrente sobre incumplimiento del plazo para adjudicar deba rechazarse de plano.

Tampoco puede aceptarse que el licitador propuesto como adjudicatario tenga facultad alguna para modificar el contrato ex artículo 205 de la LCSP. Este precepto regula una prerrogativa a ejercitar exclusivamente por la Administración, siendo además ejercitable en fase de cumplimiento y ejecución del contrato. Durante el procedimiento de preparación y adjudicación no tiene cabida una modificación de un contrato que aún no ha nacido, rigiendo por el contrario en esta fase el principio de vinculación a los Pliegos. Esta vinculación de las ofertas a lo dispuesto en los Pliegos se recoge a nivel legal en el artículo 139.1 de la LCSP:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.



Luego no es admisible, como defiende la recurrente, una modulación de las condiciones de la oferta ni tampoco la introducción de modificaciones -a voluntad del licitador- respecto de lo dispuesto en los Pliegos.

Por tanto, solo cabe analizar si el licitador ha retirado injustificadamente su oferta y, en consecuencia, es procedente la imposición automática de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

De la lectura de la contestación al requerimiento que recibió conforme al artículo 150.2 de la LCSP, reproducida en el Antecedente de Hecho Cuarto, es claro que la recurrente manifiesta la imposibilidad de cumplir con lo ofertado y, con ello, su renuncia a mantener su compromiso por el tiempo a que le obliga la Ley antes de poder ejercer su derecho a retirar la oferta y solicitar la devolución de la garantía provisional depositada, que es de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones.

Por lo demás, la oferta se retira voluntaria e injustificadamente, no siendo los motivos aducidos suficientes dado que cuando se formuló la oferta, el licitador ya sabía del compromiso que asumía con su presentación, conociendo también que una eventual adjudicación debía esperar un tiempo razonable ante la necesaria tramitación del proceso de contratación. Luego la retirada de la oferta y su incumplimiento ha de considerarse injustificado, siendo aplicable de forma automática la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

El recurso, conforme lo expuesto, ha de ser íntegramente desestimado.

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. D.F.F.R., en nombre y representación de CRASH MUSIC, S.L., contra el acuerdo por el que se le excluye del procedimiento de licitación para adjudicar el *“Contrato mixto de suministros y servicios consistente en*



espectáculos y actuaciones musicales a celebrar en Gandía en ‘Fira i Festes’, así como la dotación de las infraestructuras necesarias para la producción y realización de los mismos en el espacio Parc Ausias March, conocido como ‘Parc de la Festa’”, con expediente CONT-017/2024, se le impone una penalidad equivalente al 3 por ciento del presupuesto base de licitación, y se declara desierta ésta, convocado por el Ayuntamiento de Gandía, confirmando íntegramente su legalidad.

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 dicho orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, 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 10.1 -letra k)- y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES