



VICEPRESIDENCIA
PRIMERA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE HACIENDA

SUBSECRETARÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES

Recurso nº 1263/2024

Resolución nº 1406/2024

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de noviembre de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.C.C., en representación de ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L., contra el acuerdo teniendo por retirada su oferta e imponiéndole una penalidad en el contrato de *“Suministro, en régimen de adquisición, del equipamiento de focos led para la modernización de los sistemas de iluminación de la Fundación del Teatro Real FSP”*, expediente 28/2024, convocado por la Fundación del Teatro Real, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de la Fundación del Teatro Real anunció en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el 13 de junio de 2024 la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento abierto, para la adjudicación del contrato arriba indicado, con un valor estimado que asciende a 238.000 euros.

Segundo. Seguido el procedimiento de licitación por sus trámites, la mesa de contratación, en sesión celebrada el 29 de julio de 2024 propone la adjudicación del contrato a la empresa ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L. y se le formula el requerimiento previsto en el artículo 150.2 LCSP, concediendo plazo de diez días para la aportación de la documentación indicada en el requerimiento.

Tercero. Finalizado el último día del plazo, al no haber el hoy recurrente atendido el requerimiento concedido, en sesión de 14 de agosto de 2024 la mesa de contratación acuerda tener por retirada la oferta de ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L. y exigirle el 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad.



El acuerdo es notificado el 4 de septiembre de 2024.

Cuarto. El día 16 de septiembre de 2024 tiene entrada en el Registro Electrónico General de la Administración General del Estado, el escrito por el que se interpone recurso especial en materia de contratación por ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L. contra el acuerdo teniendo por retirada su oferta e imponiéndole la penalidad contemplada en el artículo 150.2 de la LCSP.

En su recurso la empresa impugna el acuerdo alegando que el acuerdo incurre en nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) por no recoger el pliego de forma expresa la penalización del artículo 150.2 LCSP en su cláusula 16.3, y, subsidiariamente, por recoger de forma errónea la cantidad correspondiente a la penalización, causando indefensión al licitador, para lo que se solicita la anulación de la actual resolución dictando otra nueva que recoja la cantidad correcta.

Se alega, también, nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 LAPC, por realizar actuaciones fuera del procedimiento, consistentes en conversaciones telefónicas, comunicaciones realizadas por vía de la aplicación WhatsApp y correo electrónico, requiriendo documentación de forma extraoficial el 30 de julio de 2024.

Quinto. Se ha recibido por el Tribunal el expediente administrativo, y el correspondiente informe del órgano de contratación, en el que se defiende la legalidad del acuerdo dictado.

Resalta el informe que el día 29 de julio de 2024, después de comprobar que la primera empresa clasificada, PMS CONNECT SYSTMES, S.L. no había contestado al requerimiento que se le efectuó para justificar su oferta, se procedió a su exclusión, y valoradas las ofertas siguientes, se acordó proponer como adjudicataria a la empresa ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L., dirigiéndole requerimiento del artículo 150.2 LCSP. Sin embargo, la empresa no atendió el requerimiento, por lo que procedía, con arreglo a la cláusula 16.3 del PCAP y el artículo antes citado, excluir a la empresa, teniendo por retirada su oferta, y exigir la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.



Se niega por el órgano de contratación que se haya incurrido en nulidad de pleno derecho con arreglo al artículo 47.1 LCSP, ya que, se han salvaguardado todas las garantías y el licitador no había presentado documentación alguna.

Sobre la penalidad, se informa que la omisión de esta previsión en los pliegos no es tal, pues la cláusula 2.1 establece que el contrato se rige, además de por el PCAP y el PPT, por la LCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La sanción tiene sentido en base a las consecuencias ocasionadas por el licitador, que no mostró interés alguno en continuar con el procedimiento, agotando todos los plazos posibles sin demostrar una actividad clara de cara a presentar la documentación requerida. No se trata por ello de una sanción automática, sino que se justifica en los daños ocasionados a la Fundación por tener que retrasar la formalización del contrato al no haberse presentado la documentación a tiempo.

Sobre la cuantía, se admite que se trata de un error aritmético o de cálculo, debiendo ser de 7.140 euros y no de la cuantía señalada en el acuerdo.

Finalmente, se defiende que se han seguido todas las normas procedimentales previstas en la LCSP, y que, respecto de las conversaciones por WhatsApp, niega la interpretación que hace el recurrente, siendo una interpretación propia de una correcta ejecución del contrato, destacándose la importancia de que el licitador proceda a cumplir de la manera más estricta con los plazos de ejecución del contrato, y que se le trasladó que según la información de los técnicos de la Fundación, los productos ofertados no reunían los requisitos necesarios para ser un material válido con arreglo a lo establecido en el PPT.

Sexto. El 23 de septiembre de 2024, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las otras licitadoras, otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones, no habiendo hecho uso de su derecho ninguna empresa licitadora.



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. Se impugna la resolución por la que se acuerda tener por retirada la oferta y la imposición de una penalidad en un contrato de suministro, regulado en el artículo 16 de la LCSP, cuyo valor estimado supera los cien mil euros, por lo que, el contrato y el acto impugnado serían susceptibles de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto los artículos 44.1.a) y 44.2.b) de la LCSP.

Tercero. Debe reconocerse al recurrente legitimación para interponer el presente recurso. En efecto, la eventual estimación del recurso le permitiría ser reintegrado al procedimiento o, que, en su caso, se anule la penalización que le ha sido impuesta.

Cuarto. El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. Examinadas las cuestiones formales que plantea el presente recurso se pasará a la toma en consideración de las cuestiones de fondo planteadas, que atañen al acuerdo de exclusión y a la decisión adoptada sobre la imposición de penalidad. Cuestiones que se examinarán por separado para mejor claridad a la hora de resolver sobre la impugnación planteada.

En relación con el acuerdo teniendo por retirada la oferta presentada por la recurrente, se da el caso de que no se cuestiona la falta de atención por la empresa, dentro del plazo otorgado, al requerimiento del artículo 150.2 LCSP que se realizó cuando fue propuesta como adjudicataria del contrato objeto de licitación.

De este modo solo puede concluirse que el acuerdo referido es ajustado a Derecho, pues no es controvertido que la empresa no atendió con lo requerido y que, en consecuencia, debe tenerse por retirada su oferta.



El recurrente manifiesta que unas conversaciones por WhatsApp que alega mantuvieron su representante y un técnico de la entidad contratante habrían condicionado sus posibilidades de aportar la documentación, al haberle llevado a considerar que no se le iba a adjudicar el contrato. Tal alegación no puede ser acogida. El órgano de contratación admite la conversación, aunque hemos de coincidir con él en que las intervenciones de quien parece ser uno de sus técnicos se limitan a incidir en la necesidad de que el adjudicatario cumpla estrictamente el contrato, suministrando unas luminarias que se ajusten a lo preceptuado en los pliegos. No se insinúa, siquiera, como pretende el recurrente, que no se le vaya a adjudicar el contrato. Por otro lado, resulta evidente que una empresa que participa en la licitación de un contrato público, a la que, debido a ello, debe presumírsele, al menos, un somero conocimiento de la legislación contractual del sector público pueda sentirse, como pretende el recurrente, “condicionada” por una conversación de WhatsApp que, hasta donde alcanza el Tribunal, no está regulada en la LCSP como medio de notificación a los interesados de los acuerdos del órgano de contratación.

Sexto. Sobre la penalidad impuesta, su imposición deriva directamente del artículo 150.2 LCSP, el cual señala:

“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”.

Como se puede deducir de la letra del precepto, no está condicionada la exigencia de la penalidad a que esté previsto así en el PCAP, ni siquiera está permitida su excepción.

En relación con la aplicación de este artículo, debemos recordar que, como decíamos recientemente en Resolución 697/2024, de 30 de mayo, “A efectos de la imposición de la penalidad del 3 por ciento por retirada de la oferta, el TACRC ha distinguido 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, llegando a la conclusión de que la interpretación de la “retirada injustificada de la oferta” se limita a los incumplimientos totales o absolutos de dicha obligación de aportación. Así, en la Resolución del Pleno n.º 1474/2022, de 24 de noviembre, se indicó 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 n.º 159/2022), aportación de documentación falsa (Resolución n.º 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 los supuestos habrá de diferenciarse entre un incumplimiento grave del requerimiento imputable al licitador (vid Resolución n.º 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 consecuencia, se debe determinar si se trata de un incumplimiento total del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, que conlleve la imposición automática de la penalidad o, en caso contrario, si las concretas circunstancias concurrentes permiten concluir que estamos ante un incumplimiento grave imputable al licitador (lo que también conllevaría la imposición de la penalidad) o ante un incumplimiento defectuoso o imperfecto que permita excluirla.

En el presente recurso, atendidas las circunstancias que concurren a la vista del expediente, debemos concluir que el incumplimiento del artículo 150.2 LCSP solo puede calificarse de total, o al menos de grave e imputable al licitador, pues se constata que el recurrente agotó el plazo de los diez días concedido a pesar de que por los correos electrónicos y mensajes recibidos de los técnicos del órgano de contratación, donde se



mostraba la preocupación por la falta de diligencia, la empresa era conocedora desde el primer momento de la inadecuación de los productos que ofrecía para el suministro. Sin embargo, ninguna respuesta concreta se dio a estas comunicaciones, reconociendo no disponer de un producto que se ajustase a lo exigido por el PPT.

La falta de respuesta queda acreditada con el expediente y con la documentación aportada con el recurso, el cual adjunta los mismos mensajes de WhatsApp que obran en el expediente de contratación (documento 19).

Por todo ello, se aprecia un incumplimiento total, o al menos grave, imputable a la empresa licitadora a la hora de no atender el requerimiento del artículo 150.2 LCSP, que de manera consciente e injustificada agotó el plazo de diez días sin aportar ningún documento, a pesar de que desde el principio se le dijo que el producto ofrecido, mediante un enlace a un portal web, no se ajustaba al PPT.

Por consiguiente, se desestima el recurso interpuesto, y se confirman el acuerdo teniendo por retirada la oferta del recurrente y la penalidad impuesta, sin perjuicio de que por el órgano de contratación se rectifique el error material, aritmético, o de cuenta, en el que se ha incurrido al fijar la cuantía de la penalidad, que debe ser de 7.140 euros, tal y como se indica en su informe.

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. J.R.C.C., en representación de ELECTRICIDAD CUSTODIO, S.L., contra el acuerdo teniendo por retirada su oferta e imponiéndole una penalidad en el contrato de *“Suministro, en régimen de adquisición, del equipamiento de focos led para la modernización de los sistemas de iluminación de la Fundación del Teatro Real FSP”*, expediente 28/2024, convocado por la Fundación del Teatro Real.



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 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en 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