



Recurso nº 857/2015 C.A. Illes Balears 57/2015

Resolución nº 842/2015

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

En Madrid, a 18 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso formulado por D. A. M. B., en nombre y representación de la sociedad EME PRODUCCIONS ARTISTIQUES, S.L. (en adelante EME), contra el acuerdo de adjudicación dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries (Illes Balears) en el procedimiento para la licitación del *“Contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries, aprobó el 12 de enero de 2015, el inicio del procedimiento para la licitación del contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas se aprobaron el 29 de enero de 2015. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el BOP el día 28 de febrero del mismo año.

Segundo. Tras la oportuna tramitación, el Pleno del Ayuntamiento el 27 de abril de 2015 dictó resolución por el que se excluye a la ahora recurrente de la licitación, acuerdo que es notificado el 28 de abril. El 4 de mayo de 2015 se reúne nuevamente la mesa, proponiendo la adjudicación a favor de la entidad ATENEU MUSICAL DE FERRERIES (en adelante ATENEU). La propuesta es aprobada por el pleno en sesión de 8 de mayo de 2015, procediéndose a su notificación a los interesados.

Tercero. El 13 de mayo de 2015 se presenta en el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación pública dirigido a este Tribunal por el representante de EME,



recurso que se dirige tanto contra el acuerdo de exclusión, como contra el de adjudicación. Tras la tramitación oportuna, este Tribunal resolvió por acuerdo de 11 de junio de 2015, recaído en el expediente 492/2015, se estima el recurso, acordando la anulación del acuerdo de adjudicación y el de exclusión y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de apertura de las ofertas económicas, con objeto de que se proceda a la apertura de la oferta presentada por EME.

Cuarto. En ejecución de dicho acuerdo, el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries acordó la retroacción del procedimiento, ordenando la apertura del sobre que contiene la oferta económica del licitador inicialmente excluido, apertura que se efectuó el día 1 de julio de 2015.

Quinto. A la vista de las ofertas de ambos licitadores y dado que la presentada por ATENEU sigue siendo la oferta económicamente más ventajosa, la mesa acuerda proponer nuevamente la adjudicación del contrato a dicha entidad. Por Decreto de 10 de julio de 2015, el Pleno del Ayuntamiento acuerda: a) Adjudicar el contrato a la entidad ATENEU MUSICAL DE FERRERIES y b) Requerir a dicha entidad la aportación de la documentación contenida en la cláusula XIX del PCAP. El 14 de julio de 2015, sin embargo, el órgano de contratación se reúne con ATENEU para decirle que no aportara la documentación hasta que se resolviera el recurso que había anunciado EME.

Sexto. El 28 de julio de 2015 se presenta por EME nuevo recurso con el acuerdo de adjudicación. Recibido el expediente en este Tribunal, acompañado del informe del órgano de contratación, se dio traslado del mismo al otro licitador, ATENEU, para que efectuara las correspondientes alegaciones, trámite que cumplimenta por escrito presentado el 1 de septiembre de 2015.

Séptimo. El 30 de julio EME PRODUCCIONS, presenta un nuevo escrito de ampliación del recurso inicial contra la resolución del Alcalde de Ferreries por la que se desestima la solicitud presentada el 23 de julio sobre la aportación de la documentación requerida por parte del órgano de contratación a la adjudicataria.



Octavo. La Secretaria del Tribunal, por delegación del mismo, en fecha 28 de agosto de 2015, resuelve mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto el 29 de noviembre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Illes Balears y publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012.

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) del TRLCSP, por tratarse de un acto de adjudicación del contrato.

Por lo que se refiere a la naturaleza jurídica del contrato, tal y como ya se resolvió en el recurso 492/2015, el contrato tiene la consideración de contrato de servicios de los catalogados dentro del Anexo II del TRLCSP, siendo su cuantía superior a 207.000 euros, de donde resulta la competencia de este Tribunal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Tercero. El presente recurso ha sido formulado en plazo y por persona en principio legitimada para ello pues, una vez anulado el acuerdo de exclusión inicialmente dictado, la eventual estimación del recurso formulado daría lugar a una evidente ventaja, pues al ser solo dos los licitadores en el procedimiento, la anulación de la adjudicación acordada por cualquiera de las dos causas alegadas, daría lugar a la adjudicación a su favor.

Cuarto. Para poder analizar adecuadamente las cuestiones planteadas en este procedimiento, es necesario en primer lugar determinar la admisibilidad del escrito de ampliación presentado el 30 de julio de 2015, contra la resolución de 28 de julio de 2015 del Alcalde por la que se desestima la solicitud efectuada el 23 de julio.



A este respecto debe decirse que lo que el recurrente denomina “resolución” no es más que una carta firmada por el Alcalde, informándole del devenir del procedimiento tras el acuerdo de adjudicación y en contestación al escrito por él presentado el 23 de julio. Difícilmente por ello cabe calificar tales manifestaciones de “acto administrativo” y mucho menos de acto susceptible de recurso ante este Tribunal.

No obstante, las alegaciones contenidas en dicho escrito y relativas a la falta de presentación de la documentación por parte de ATENEU, no son desde luego inocuas en relación con la tramitación del procedimiento de licitación, como después se verá. Y habiéndose presentado el escrito el 30 de julio de 2015, que era el último día del plazo para la formulación del recurso contra el acuerdo de adjudicación, ha de admitirse la ampliación de las alegaciones formuladas en dicho el escrito, sin necesidad de entrar a valorar la naturaleza jurídica del escrito del Alcalde que formalmente se impugna.

Por tanto, teniendo en cuenta las alegaciones formuladas en ambos escritos, podemos centrar el debate en las siguientes cuestiones planteadas por el recurrente:

a) La oferta presentada por ATENEU debió haber sido excluida al no cumplir dicha entidad los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en el pliego.

El recurrente considera a este respecto que el objeto social de ATENEU no incluye las prestaciones que son objeto del contrato, pues no incluye ni la gestión ni la explotación de edificios, ni tan siquiera la realización de actividades económicas. Además considera que no ha cumplido los requisitos relativos al personal y medios a utilizar para la ejecución del contrato, ya que pretende cumplir tales requisitos recurriendo a empresas externas, sin que éstas hayan concurrido a la licitación en UTE y teniendo en cuenta que la cláusula XX del PCAP prohíbe expresamente la cesión o subcontratación salvo autorización expresa del órgano de contratación.

b) Falta de aportación en plazo de la documentación requerida con arreglo al artículo 151.2 del TRLCSP.

A este respecto señala el recurrente que debe considerarse que ATENEU ha renunciado a la adjudicación del contrato, al no haber aportado en plazo la documentación requerida, sin



que pueda considerarse que el plazo ha quedado suspendido por el simple anuncio de la presentación del recurso, pues de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP, la suspensión del procedimiento se produce como consecuencia de la interposición formal del recurso, lo que se produjo el 28 de julio y por tanto una vez transcurridos los diez días hábiles concedidos a la entidad.

A lo anterior contesta el órgano de contratación realizando las siguientes consideraciones:

a) El órgano de contratación consideró que ATENEU tenía capacidad y solvencia acreditadas, toda vez que el objeto social de ésta guarda una relación aunque indirecta, suficiente con el objeto del contrato y especialmente con lo que es su prestación principal, de conformidad con la doctrina del TACRC. En cuanto a la solvencia, considera igualmente que los compromisos aportados son suficientes para garantizar el puntual cumplimiento del contrato. Además señala que la capacidad y solvencia de EME también fueron interpretadas de forma amplia, para lograr una mayor concurrencia, incurriendo la oferta de EME en los mismos defectos que los que le imputa a ATENEU, por lo que una estimación del recurso exigiría en todo caso la exclusión de la propia recurrente.

b) En cuanto a la segunda cuestión, el órgano de contratación considera que el plazo de aportación de la documentación se suspendió como consecuencia del anuncio de formulación del recurso, por lo que fue el propio órgano quien recomendó a ATENEU que no presentara la documentación hasta que se resolviera para evitar males mayores. Considera en este sentido que el cambio de naturaleza jurídica del contrato considerado por el TACRC en su anterior resolución hace que deje de aplicarse el artículo 156.3 y que entre en juego el plazo del 156.1, por lo que los plazos fijados en los pliegos no resultaban de aplicación.

Las alegaciones de ATENEU son similares a las del órgano de contratación, por lo que se les dará contestación de forma conjunta.

Quinto. Por lo que se refiere a la primera de las alegaciones, debe tenerse en cuenta que en el recurso 492/2015 se recurrió no solo contra el acuerdo de exclusión de EME, sino también expresamente contra el acuerdo de adjudicación a favor de ATENEU y por tanto en el curso del mismo tuvo ocasión para poder cuestionar la capacidad y solvencia de ATENEU, cosa que no hizo.



Por ello, en relación con ese aspecto del recurso, debe entenderse que el acuerdo resulta consentido y firme, no procediendo la reapertura del debate en este momento procedimental, resultando manifiestamente extemporáneas las alegaciones realizadas pues, tal y como se ha reiterado en diversas ocasiones por este Tribunal, en tales supuestos opera la doctrina de la cosa juzgada administrativa (resolución nº 462/2013).

Sexto. Señala el artículo 151 en sus apartados 2 y 3 TRLCSP:

“2. El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, 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.

Las normas autonómicas de desarrollo de esta Ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

3. El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.”

En el mismo sentido, la cláusula XIX del PCAP a la que hacía referencia el acuerdo de 10 de julio de 2015, señala:



“El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que dentro del plazo de cinco días hábiles, a contar del siguiente a aquel en que haya recibido el requerimiento presente originales o copias autenticadas de los documentos siguientes:

- a) La documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 13 y 14 del RGLCAP.*
- b) Cualquier otro documento acreditativo de la efectiva disposición de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato, si procede.*
- c) Resguardo acreditativo de haber constituido la garantía definitiva, a través de cualquiera de los medios señalados en el artículo 96.1 del TRLCSP.*
- d) Resguardo acreditativo de haber constituido póliza de responsabilidad civil que cubra la realización del servicio.*
- e) El compromiso de confidencialidad debidamente cumplimentado (Anexo VIII).*

Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, si así se indica en el requerimiento. Si no cumplimentase adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta y en este caso se pedirá la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que se hayan clasificado las ofertas.

El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los tres días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. La adjudicación será motivada de acuerdo con el artículo 151.4 de la LCSP, se notificará a los candidatos o licitadores y simultáneamente se publicará en el perfil del contratante.”

Es decir, con independencia de si este Tribunal era o no competente para resolver el recurso especial, los pasos que debían darse para la adjudicación y posterior formalización del contrato eran los siguientes:



1. Propuesta de la mesa de contratación de oferta económicamente más ventajosa y orden decreciente de licitadores.
2. Requerimiento al licitador que haya realizado la oferta económicamente más ventajosa.
3. Adjudicación.
4. Recurso, si procede.
5. Formalización.

De esta manera, el acuerdo de adjudicación ha de dictarse cuando ya se ha presentado toda la documentación por el licitador y es considerada adecuada y suficiente por el órgano de contratación. Solo entonces se abre el plazo de recurso especial, si es que procede o bien el plazo para la formalización del contrato, de conformidad con el artículo 156 del TRLCSP. En caso de que proceda el recurso, el procedimiento se suspende en ese momento, es decir, una vez presentada ya la documentación por el licitador y dictado el acuerdo de adjudicación y justo antes de la formalización del contrato.

En este caso, sin embargo, el órgano de contratación alteró el orden, al haber adjudicado el contrato antes de requerir la documentación a ATENEU, actuación ésta que resulta manifiestamente improcedente. Ello hizo que EME formulara su recurso antes de que ATENEU hubiera tenido ocasión de haber aportado la documentación, falta que no es en ningún caso imputable a ATENEU, ni puede por ello considerarse que haya desistido de la licitación, en la medida en que el requerimiento inicialmente efectuado fue dejado sin efecto por el propio órgano de contratación al indicar a ésta que no debía aportar la documentación hasta que fuera resuelto el recurso.

Por lo tanto, debe estimarse parcialmente el recurso de EME, pero en el único sentido de anular el acuerdo de adjudicación para que se retrotraiga nuevamente el procedimiento al momento de requerir la documentación a ATENEU y, a la vista de la aportada, que se dicte en su caso el oportuno acuerdo de adjudicación a su favor, momento en el que se abrirá un nuevo plazo de recurso.



Debe advertirse, no obstante, que en ningún caso se admitirá por este Tribunal la presentación de un recurso donde se reiteren cuestiones ya resueltas o se planteen nuevas cuestiones que podían haber sido planteadas con ocasión del procedimiento 492/2015 o este procedimiento: es decir, solo podrán plantearse cuestiones relativas a la conformidad de la documentación que en su caso aporte ATENEU en virtud del requerimiento que se le haga.

La presentación de un recurso que exceda la anterior consideración, podrá ser considerado temerario a efectos de lo dispuesto en el artículo 47.5 TRLCSP, de lo que se aperece expresamente a los licitadores.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. A. M. B. en nombre y representación de la sociedad EME PRODUCCIONS ARTISTIQUES, S.L. al acuerdo de adjudicación dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Ferreries (Illes Balears) en el procedimiento para la licitación del *“Contrato para el mantenimiento, gestión, programación y explotación del auditorio y centro de formación del municipio”*, anulando dichos acuerdos y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de requerir al licitador cuya oferta es la más ventajosa (ATENEU) con el fin de que aporte la documentación procedente de conformidad con la cláusula XIX del PCAP y el artículo 151.2 del TRLCSP, inadmitiendo y desestimando el recurso en todos los demás extremos, en el sentido señalado en los fundamentos quinto y sexto de esta resolución.

Segundo. Levantar la suspensión acordada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRCLSP.

Tercero. 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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



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