



Recurso nº 583/2020 C.A. de Castilla- La Mancha 28/2020

Resolución nº 961/2020

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2020

VISTO el recurso interpuesto por D. F.C.A. en representación de FENAYET HOSTELEROS, S. L., frente al acuerdo, de adjudicación de la licitación convocada por el Pleno del Ayuntamiento de Hellín para contratar la *“concesión de servicios para la explotación de las instalaciones del complejo “Caseta Municipal”* (Expediente 402059Q) el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado el 27 de febrero de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Ayuntamiento de Hellín convocó la licitación del contrato de concesión de servicios para la explotación de las instalaciones del complejo *“Caseta Municipal”*, con un valor estimado de 4.323.560 euros.

Segundo. Una vez abiertas y valoradas las proposiciones presentadas a la licitación, y tras los trámites pertinentes, por parte de la mesa de contratación se propuso en sesión de 25 de mayo de 2020 la adjudicación del contrato a la empresa HOSTELEROS RIO MUNDO S. L., siendo la segunda proposición mejor valorada la de la empresa FENAYET HOSTELEROS, S. L.

En esa misma fecha se efectúa requerimiento a HOSTELEROS RIO MUNDO, S. L., para la presentación en el plazo de cinco días hábiles de la documentación exigida en la cláusula 2.3.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), incluyendo entre otros documentos el justificante de haber constituido la garantía definitiva por importe de nueve mil euros. Se hace constar en dicho requerimiento que de no cumplimentarse en plazo se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.



El licitador propuesto recibe dicho requerimiento el 26 de mayo, y con fecha 2 de junio presenta escrito en el que manifiesta haber presentado la documentación requerida, y, en cuanto a la garantía definitiva, indica:

“Que el plazo para aportar la documentación era de cinco días hábiles. Habida cuenta de la crisis provocada por la declaración del estado de Alarma en España el día 15 de marzo de los corrientes, vigente a día de hoy, le ha sido manifiestamente imposible obtener en tiempo hábil el aval necesario para la prestación de garantía definitiva en el contrato objeto de expediente.

La razón estriba en que por las entidades bancarias exigen mayores requisitos en relación con los avales bancarios y, en concreto, en el sector de la hostelería, quizás el más afectado por la situación política actual.

Es por ello que el compareciente solicita la ampliación del plazo, en una extensión suficiente, al objeto de poder cumplir el trámite exigido.”

El 8 de junio se dicta resolución en la que se indica que con anterioridad al vencimiento de la fecha señalada para aportar la documentación requerida el licitador ha presentado escrito solicitando la ampliación del plazo concedido al objeto de poder cumplimentar la presentación de aval en concepto de garantía definitiva, y se resuelve conceder un plazo de tres días naturales para la constitución de garantía definitiva, *“considerando las circunstancias excepcionales derivadas de la situación actual de crisis sanitaria que podrían afectar a la presentación en el corto plazo de cinco días hábiles de la documentación requerida”*.

Finalmente, el día 12 de junio la empresa propuesta aporta documento de constitución de la garantía definitiva, mediante ingreso en efectivo.

Por acuerdo de Pleno de fecha 18 de mayo de 2020 se adjudica el contrato a la empresa HOSTELEROS RÍO MUNDO, S. L.

Tercero. Frente al referido acuerdo de adjudicación, notificado el 19 de junio de 2020, se presenta con fecha 22 de junio de 2020 por parte de la otra empresa licitadora, FENAYET



HOSTELEROS, S. L., escrito solicitando la anulación del mismo, que ha sido calificado por el Ayuntamiento como recurso especial en materia de contratación.

Se refiere este escrito a la falta de presentación del aval en plazo por parte del adjudicatario, señalando que según el pliego *“este incumplimiento conllevaría excluir al adjudicatario actual, pasando automáticamente y notificando al segundo solicitante”*.

Añade haber tenido conocimiento de que *“se le dio una plazo arbitrario por cuenta del Ayuntamiento, hasta el 12 de junio al adjudicatario que vienen a ser 13 días hábiles, cuando el plazo establecido en el pliego es de 5, es decir, incumplió su obligación en plazo”*.

Y apunta asimismo *“que el anterior arrendatario de la Caseta Municipal fue Fernando Cano López, y el administrador de la actual sociedad y adjudicataria es Rafael Cano López (hermano del anterior), que usa el anterior adjudicatario esta sociedad para regentar este negocio, ya que en su propio nombre, Fernando no puede hacerlo al ser deudor del Ayuntamiento, pensamos que esto es un fraude”*.

Se concluye por ello pidiendo la anulación de la adjudicación, así como que se notifique el ofrecimiento a la segunda oferta como estipula el pliego de condiciones.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. En el mismo se reconoce que la cláusula 2.3.2. del pliego rector de la licitación indica expresamente que los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en el que haya recibido el requerimiento, presente la documentación pertinente en consonancia con el artículo 150.2 LCSP.

Se apunta a este respecto que el licitador propuesto aportó dentro de plazo la documentación exigida a excepción de la garantía definitiva, si bien el último día del plazo (2 de junio) presentó escrito solicitando una ampliación debido a las dificultades con los bancos para conseguir el aval como consecuencia de la situación derivada del estado de alarma.



Se refiere aquí el informe a la doctrina de este Tribunal Administrativo Central de recursos contractuales en relación con las posibilidades de subsanación de la documentación que debe aportar el licitador que ha presentado la mejor oferta en base al requerimiento del artículo 150 LCSP, en cuanto a la admisión de una interpretación flexible de este precepto, citando la resolución 582/2019 de fecha 30/05/2019. Y viene a defender que en este caso concurren circunstancias similares a las expuestas en esa resolución del Tribunal, con el siguiente razonamiento:

“El adjudicatario propuesto aporta toda la documentación en plazo, pero no la garantía definitiva, para la que solicita una ampliación de dicho plazo, al entender que no es imputable a su propia voluntad la presentación del aval, sino depender su concesión de la entidad bancaria que, por motivo del estado de alarma, exige mayores requisitos a la mercantil, requisitos difíciles de cumplir en el plazo de cinco días hábiles.

No puede valorarse con exactitud, a la luz de las circunstancias excepcionales que ha generado la crisis sanitaria del COVID-19, si el exceso de volumen de trabajo en las entidades bancarias o los mayores requisitos exigidos por éstas a las empresas, pueden determinar, como alega HOSTELEROS RÍO MUNDO, S.L., la dificultad para la concesión de aval en el espacio de cinco días hábiles.

No obstante, atendiendo a esa interpretación flexible del artículo 150.2 LCSP que viene manteniendo el Tribunal de Recursos Contractuales y en aras de evitar las graves consecuencias que implica entender retirada la oferta del mejor licitador (pues se le debe exigir el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido), el Ayuntamiento de Hellín optó, mediante Resolución de Alcaldía nº 1225 de fecha 08/06/2020, conceder al adjudicatario la ampliación de un plazo de tres días naturales para la constitución de garantía definitiva, plazo en el que esa documentación fue presentada”.

Estima por ello el informe que no se trata de un incumplimiento total y grave del adjudicatario al no aportar la garantía definitiva, ni de un incumplimiento voluntario por su parte, al haber aportado el resto de documentación exigida, defendiendo ser conforme a derecho la ampliación del plazo otorgada para constituir la garantía definitiva requerida.



Se alude por último en este informe a lo planteado sobre posible fraude al adjudicar el contrato a un licitador, cuyo administrador es hermano del anterior adjudicatario, indicando que *“la mercantil HOSTELEROS RÍO MUNDO, S.L., licitadora y adjudicataria propuesta, no está actualmente incurso en incompatibilidad o prohibición de contratar con la Administración Pública, con lo que no puede ser excluida de la licitación por los motivos alegados”*.

Quinto. Por parte de la Secretaría del Tribunal en fecha 3 de julio de 2020 se ha conferido traslado del recurso interpuesto a los restantes interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. En fecha 9 de julio HOSTELEROS RIO MUNDO, S.L. presenta alegaciones interesando la desestimación del recurso.

Sexto. Con fecha 6 de julio de 2020 la Secretaría de este Tribunal, por delegación de éste, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la presente resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 46.4 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), así como en el Convenio de colaboración suscrito el 15 de octubre de 2012 entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha sobre atribución de competencia en materia de recursos contractuales.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1.c) y 2.c), de la Ley 9/2017, habiendo sido adecuadamente calificado por el Ayuntamiento como recurso especial en materia de contratación el escrito de interesado solicitando la anulación del acuerdo de



adjudicación, conforme a lo dispuesto en el art. 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo impugnado y la de presentación del recurso (art. 50.1.d) LCSP).

Cuarto. Ha de reconocerse la legitimación del recurrente, al ser el licitador que ha obtenido la segunda mejor puntuación en la valoración de ofertas.

Quinto. Tal y como se ha reflejado en los antecedentes de hecho, el motivo esencial de impugnación viene referido al alegado incumplimiento por parte del licitador propuesto como adjudicatario del requerimiento que le fue efectuado de conformidad con la cláusula 2.3.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, conforme al cual:

“Los servicios correspondientes del órgano de contratación requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta para que en el plazo de CINCO días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en el que haya recibido el requerimiento, presente a través de la PLACSP el contenido del sobre “DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS PREVIOS”: (...)”

Y ello respecto de la documentación que allí se detalla, incluyendo entre otros documentos el justificante de haber constituido la garantía definitiva.

Concluye esta cláusula indicando que: *“De no cumplimentarse adecuadamente con la presentación de toda la documentación indicada en los apartados anteriores y en el plazo, 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”.*

Nos encontramos así ante el trámite previsto en el art. 150.2 de la LCSP, a cuyo tenor:

“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”.

En este caso, tal y como resulta de lo indicado en los antecedentes de hecho, el plazo concedido, conforme al pliego, fue tan solo de 5 días hábiles. Ello obedece a la tramitación de urgencia del procedimiento, con reducción de plazos a la mitad conforme al art. 119 LCSP.

Dado que resulta evidente que la constitución de la garantía definitiva se produjo una vez ya transcurrido el plazo para ello, habremos de centrarnos en determinar si cabe tener por justificada y admisible esa aportación tardía de la garantía definitiva.

Partiremos para ello de la doctrina de este Tribunal al respecto, donde hemos venido a establecer un criterio flexible en la aplicación del requisito establecido en el art. 150.2 LCSP.

Así, ya señalábamos en la Resolución nº Resolución nº 582/2019



“Acerca de la interpretación del artículo 150.2 de la LCSP hemos de traer a colación la importante evolución que ha experimentado la doctrina de este Tribunal –en particular pronunciándose respecto del correlativo precepto del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 151.2), si bien poniéndolo en relación con el nuevo artículo 150.2 de la LCSP-, plasmada en las recientes Resoluciones 747/2018, 749/2018, 816/2018, 1184/2018 o 173/2019. Así, hemos pasado de una interpretación literal y rigorista de su contenido que, según hemos señalado, ha llevado a resultados ciertamente “extensivos, formalistas e injustos” acerca de la posibilidad o no de la subsanación de defectos, errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento (posibilidad que se ha negado por el hecho de que el precepto no dijera nada al respecto), a una interpretación más flexible, acorde con la finalidad del precepto, que no es otra que “resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado”. Este cambio de criterio se ha reflejado también a nivel jurisprudencial (así, hace referencia al mismo la reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia nacional de 20 de febrero de 2019).

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



En nuestro caso se advierte como el licitador propuesto atendió en plazo el requerimiento salvo en lo referente a la constitución de la garantía definitiva, respecto de la cual vino a interesar una ampliación de plazo poniendo de manifiesto las circunstancias que le habían impedido su aportación. Tales circunstancias, por lo demás, han de estimarse como razonables y justificadas en la medida en que vienen ligadas a la situación vivida como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020 y de la crisis sanitaria y económica padecida en nuestro país. En esta tesitura, no cabe sino apreciar la existencia de una efectiva voluntad del licitador de cumplir con el requerimiento, como a la postre ha quedado demostrado con la constitución de la garantía dentro de la ampliación de plazo otorgada, mediante efectivo, lo que además puede considerarse como un indicio que corroboraría las dificultades alegadas en cuanto a la obtención de aval bancario. Por lo tanto, el incumplimiento del plazo no supone en este supuesto un incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, ajeno a la voluntad del licitador afectado, con lo que debe aplicarse, en la línea de la doctrina hoy consolidada de este Tribunal, una interpretación flexible del artículo 150.2 de la LCSP, teniendo por válidamente cumplimentado el trámite, sobre todo teniendo en cuenta las graves consecuencias que implica la declaración de tener por retirada la oferta que produce no solo la falta de adjudicación del contrato a la oferta más beneficiosa económicamente para la Administración sino incluso la imposición de una importante penalidad económica del 3% del presupuesto, por lo que debe reservarse tan sólo a los casos graves de incumplimiento voluntario y total de la obligación, lo que en este caso no se ha producido según hemos razonado.

Por último, y en cuanto a la alegación referida a un supuesto fraude derivado de la relación familiar entre el administrador de la sociedad adjudicataria y la persona física adjudicataria del previo contrato municipal relativo a estas instalaciones, ni se acreditan circunstancias que pudieran hacer pensar en indicios de algún tipo de fraude ni se apunta a circunstancias de la sociedad adjudicataria que pudieran inhabilitarla para la adjudicación del contrato, por lo que debe rechazarse asimismo esta alegación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación



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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. F.C.A. en representación de FENAYET HOSTELEROS, S. L., frente al acuerdo, de adjudicación de la licitación convocada por el Pleno del Ayuntamiento de Hellín para contratar la *“concesión de servicios para la explotación de las instalaciones del complejo “Caseta Municipal”* (Expediente 402059Q).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 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 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.