



Recurso nº 552/2023

Resolución nº 730/2023

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 9 de junio de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.J.V.M., en representación de BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L., contra su exclusión del procedimiento de “*Servicio de desarrollo de tres producciones de recreación virtual sobre el Palacio del Buen Retiro, el Salón de Reinos del Museo Nacional del Prado y su entorno urbano, financiado con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)*”, con expediente 22AAE475 y convocado por la Dirección del Museo Nacional del Prado, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 24 de noviembre de 2022 se acordó el inicio del expediente de contratación del “*Servicio de desarrollo de tres producciones de recreación virtual sobre el Palacio del Buen Retiro, el Salón de Reinos del Museo Nacional del Prado y su entorno urbano*”, financiado con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), con nº Expte. 22AAE475, por importe máximo de 481.045,62 €, IVA incluido y con un valor estimado de 397.558,36 € y una duración inicial de 9 meses, sin posibilidad de prórroga.

Con fecha 16 de diciembre de 2022, el órgano de contratación aprobó el expediente, instando al Área de Contratación del organismo para que iniciara su tramitación mediante el procedimiento abierto, regulado en los artículos 156 a 158 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

Segundo. La empresa BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L. (en adelante BLACKOUT o la recurrente) presentó su oferta en tiempo y forma, declarando



responsablemente que disponía de todas las condiciones de aptitud y de solvencia exigida.

Tercero. La Mesa de contratación del Museo Nacional del Prado (en adelante, la Mesa), en su sesión celebrada el 21 de febrero propuso a esta licitadora como adjudicataria del contrato. El Museo Nacional del Prado (en adelante, MNP) requirió a la empresa el 23 de enero para que aportara la documentación necesaria para la adjudicación. Tras el análisis de la documentación inicialmente aportada, se solicitó el 14 de marzo que subsanara la documentación.

Cuarto. La Mesa, en su sesión celebrada el 21 de febrero propuso la exclusión de la empresa BLACKOUT por los siguientes motivos:

- *“Tras consultar a la Caja General de Depósitos, se ha comprobado que la no constitución de la garantía en plazo, no es achacable a un funcionamiento anormal de la misma. Adicionalmente, en el plazo otorgado para subsanar la oferta, el licitador ha presentado la constitución de un aval, pero no el documento acreditativo del depósito en la Caja General de Depósitos a disposición del MNP.*
- *La documentación aportada no permite acreditar que la empresa dispone de la solvencia técnica requerida. El licitador aporta una declaración acompañada de diversos documentos, principalmente, facturas y documentos bancarios como forma de acreditar la realización de la prestación, pero, a juicio de la Mesa de contratación, el análisis detallado de dicha documentación no permite concluir favorablemente sobre el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica establecidos en los pliegos que rigen la licitación dado que aquella no ofrece evidencia suficiente y válida para tal fin.”*

Quinto. Con fecha 3 de abril de 2023 el órgano de contratación dictó acuerdo por el que entendía retirada la oferta presentada por la empresa BLACKOUT, por no haber acreditado suficientemente la posesión de la solvencia requerida y no haber constituido la garantía en plazo.

Sexto. Con fecha 24 de abril de 2023 se da traslado al Museo Nacional del Prado del recurso especial en materia de contratación por parte de BLACKOUT contra el acuerdo de fecha 3 de abril de 2023 de la directora Adjunta de Administración el Museo Nacional



del Prado, por el que se entiende retirada la oferta, al no acreditar la posesión de la solvencia requerida y no haber constituido la garantía en plazo.

En dicho recurso, en síntesis, la recurrente invoca el carácter antiformalista del procedimiento de contratación, indicando que ha aportado numerosa documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos de solvencia y que, de no ser así, debió haber sido requerida de nuevo.

A más, señala que intentó constituir la garantía y que ello no tuvo lugar por causas no imputables a ella, por lo que debe admitirse su constitución fuera de plazo.

Séptimo. Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el art. 56.2 de la Ley de Contratos del Sector Público (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 él, se opone al recurso, solicitando su desestimación, reiterando las consideraciones recogidas en el Acuerdo recurrido, por considerar que el recurrente no acreditó de manera adecuada y suficiente la solvencia técnica requerida, subrayando con ello los defectos e incoherencias apreciados en la documentación remitida.

Asimismo, razona sobre el defecto en la constitución de la garantía y solicita se mantenga la penalidad impuesta, razonando que el incumplimiento por la recurrente impide la adjudicación del contrato en los términos exigidos por la norma.

Octavo. En fecha 28 de abril de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan aquellas alegaciones que a su derecho conviniese; sin que ninguno haya hecho uso de dicho trámite.

Noveno. Interpuesto el recurso, este Tribunal dictó resolución, de fecha 27 de abril de 2023, por la que declara, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 b) del Real Decreto-ley 36/2020, que prima facie no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso, sin perjuicio de lo que se acuerde en esta resolución, y resuelve no adoptar medida cautelar



al no haberse solicitado en el escrito de recurso ni considerarse oportuno su adopción de oficio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en la LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC). Este recurso se ha tramitado con preferencia y urgencia en esta sede por así venir exigido en el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, introducido por el apartado cinco de la disposición final trigésima primera del Real Decreto-Ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Tercero. Constituye el objeto de este recurso la exclusión del proponente adjudicatario en la contratación de referencia, actuación de poder adjudicador susceptible de recurso especial por estar incluida en el artículo 44.2 b) de la LCSP.

Tratándose de un contrato de servicios con valor estimado superior a cien mil euros, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto en plazo, forma y lugar de interposición, de conformidad con los artículos 50 y 51 de la LCSP, así como en los artículos 17 a 21 del RPERMC.



Quinto. La entidad recurrente está legitimada para la interposición de este recurso, en aplicación del párrafo primero del artículo 48 de la LCSP, toda vez que resulta directamente perjudicada por el acto de exclusión adoptado.

Sexto. En cuanto al fondo del asunto, la parte recurrente cuestiona que se pueda adoptar su exclusión, por entender que no ha tenido lugar el incumplimiento reseñado, invocando en fundamento de sus pretensiones el principio anti formalista y la necesidad de que los licitadores sean requeridos de subsanación antes de su exclusión.

Para el estudio adecuado de la cuestión debemos en primer lugar atender al tenor literal de los pliegos, con el fin de conocer cómo y de qué manera éstos exigían la prueba de la solvencia técnica, constituyendo con ello la premisa sobre la cuál debe construirse el presente análisis.

Dispone al respecto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que:

“2º) La solvencia técnica o profesional se acreditará mediante:

Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por este o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Como mínimo el importe ejecutado en uno de los años de la relación anterior deberá ser igual o superior al 70% del valor estimado del contrato (278.290,85 €).

Cuando el contratista sea una empresa de nueva creación, entendiéndose por tal aquella que tenga una antigüedad inferior a cinco años, podrá optar por acreditar su solvencia técnica por los medios indicados para el resto de las empresas o bien a través una declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y el número de directivos en los



3 últimos años, acompañada de la documentación que justifique lo expresado en la declaración. La plantilla media en ese período debe ser de, al menos, 3 personas.”

Por lo tanto, y no tratándose de una empresa de nueva creación, es incontrovertido ente las partes que la recurrente debía debe acreditar la realización de prestaciones de similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en uno de los tres últimos años por importe igual o superior al 70% del valor estimado del contrato (278.290,85 €), pudiendo éstas haberse prestado, tanto para el sector público como para el sector privado.

En el presente caso se trata de prestaciones para el sector privado, por lo que BLACKOUT debía aportar un certificado expedido por el cliente de que se trate o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Y la controversia planteada versa por tanto sobre este último extremo, siendo así que la recurrente considera que ha acreditado sobradamente los trabajos desempeñados.

Séptimo. Con carácter previo se debe señalar que resulta incontrovertido, pues nada dice el recurrente en su recurso, que deberá tratarse de prestaciones finalizadas, puesto que solo de dicho modo puede haberse verificado el requisito de prestaciones análogas y a satisfacción del cliente. Es decir, los trabajos, además de realizados en los últimos tres años y alcanzar el importe requerido, deben estar finalizados.

Partiendo de dicha premisa, y reconociendo el detalle con el que las partes intervinientes analizan la documentación aportada por la recurrente, lo cierto es que el órgano de contratación ofrece una explicación razonada y adecuada de las discrepancias, incoherencias y defectos apreciados en la mencionada documentación.

Antes del examen concreto de los defectos observados, sí debe sin embargo apuntarse que la recurrente yerra en su interpretación de la doctrina de este Tribunal al exigir ser requerida de subsanación. Efectivamente la regla general sentada por este TACRC es que antes de acordar la exclusión de un licitador de un procedimiento, éste debe ser requerido de subsanación (siempre que se trate de defectos subsanables y no de elementos esenciales de la oferta), pero tal subsanación no puede prolongarse *ad*



eternum hasta el punto de trasladar al órgano de contratación la carga de construir adecuadamente la documentación obrante. Esto es: debe darse la oportunidad de subsanar o reparar los defectos subsanables, pero no otorgarse indefinidamente dicha oportunidad.

En el presente asunto, no solo existen errores en la documentación aportada, sino que la ya obrante permite apreciar el incumplimiento de determinados elementos esenciales de los pliegos, por lo que el proceder del órgano de contratación es ajustado a Derecho.

A pesar de lo detallado del recurso presentado, lo cierto es que la lectura de la documentación remitida permite apreciar con claridad los defectos apreciados por la Dirección del Museo, cuya argumentación, por su claridad y concisión se pasa a reproducir.

Con respecto al Proyecto Sostenibilidad cuyo destinatario es Acciona Producciones y Diseño S.A. Realizado en Emiratos Árabes, por lo que la moneda aplicada en diferentes documentos es el Dírham de los Emiratos Árabes (AED):

Lo primero que se aprecia es que la propia recurrente reconoce que hay importes pendientes de facturación, lo que determina necesariamente que o bien el proyecto no está finalizado o bien no se ha ejecutado a satisfacción del cliente, sin que se ofrezca justificación alternativa de dicha falta de cobro. Además, como señala el órgano de contratación, lo cierto es que la documentación aportada es difusa, sin firmar, sin identificar con claridad su objeto y aportando como contrato órdenes de compras.

Llama especialmente la atención lo apuntado en la página 5 del informe obrante en el recurso, en el que se indica acertadamente que *“las “órdenes de compra” denominadas como “PO 3100847916” y “Dubai2020” tienen fecha de entrega (“delivery date”) en el ejercicio 2019. La entrega no pudo retrasarse por la pandemia, como afirma la licitadora, puesto que esta comenzó en 2020. Si hubo un retraso, debió de formalizarse en algún documento que no ha sido aportado por la licitadora. En la documentación aportada por la licitadora se comprueban que hay trabajos vinculados a este proyecto que alcanzan, al menos, el 2021.”*



Con respecto al Proyecto Qatar Olympic and Sport Museum:

En este caso sí se presenta el contrato original, si bien se aprecian ciertas discrepancias en la documentación aportada, que establece una fecha de ejecución de 1 de julio de 2020 a 31 de diciembre de 2020 con tres ampliaciones. Se aporta documentación que no permite conocer cuándo se ha ejecutado realmente el proyecto y cómo.

Así, como señala la Dirección del Museo, aporta una cuenta y certificación final de los trabajos sin fechar, que parece que se imputa al ejercicio 2020 y simultáneamente declara que la finalización del proyecto es en octubre de 2022, mientras que en la relación de trabajos figuran actuaciones en 2023.

Cabe con ello concluir que dichos contratos y la solvencia que acreditan no han sido adecuadamente probados por la propuesta como adjudicataria.

Resta analizar la cuestión relativa a los “*certificados emitidos por los clientes*” que, a pesar de lo alegado por BLACKOUT, presentan deficiencias de entidad suficiente como para no ser considerados válidos. El relativo a Movistar Prosegur presenta incoherencias en lo relativo a las fechas, ya que va referido a servicios prestados (según la parte recurrente) en el año 2020 y sin embargo menciona proyectos ejecutados en el año 2021. Además, no refleja el importe de dichos proyectos.

El certificado de los servicios prestados a IQOS, además de obviar de nuevo el importe de los mismos y no identificar a la persona que lo suscribe, decae al no venir corroborado por la documentación que lo acompaña, dado que se adjuntan facturas del año 2020 mientras que los servicios, teóricamente, se han prestado entre 2020 y 2023 según el propio certificado.

Por otra parte, el certificado de servicios prestados a la Junta de Castilla y León presenta el inconveniente de su autor: las facturas son del año 2021 y el destinatario es la Fundación Siglo, mientras que el certificado lo emite una agencia llamada VCCP y para el año 2022.



Por último, deben rechazarse las alegaciones del recurrente con respecto a las características del tráfico mercantil, que a su juicio implican una flexibilización de los requisitos legales aplicables a la documentación de referencia. Y ello por cuanto no se trata de requisitos exhaustivos o rigoristas, que vayan más allá del tráfico mercantil ordinario. Los defectos apreciados no solo afectan a los documentos en sí mismos (falta de firma o firma inadecuada) sino que van más allá, evidenciando incoherencias con trascendencia significativa que impiden que se tengan por acreditadas las condiciones de solvencia exigidas.

Por todo ello, no cabe entender justificada la solvencia requerida, debiendo concluirse que el proceder del Museo se ha ajustado a Derecho.

Octavo. Resta analizar las vicisitudes relativas a los problemas surgidos en la constitución de la garantía por parte de la recurrente.

Debe darse a la cuestión una respuesta sucinta, dado que los hechos son incontrovertidos entre las partes: intentada la constitución en efectivo ésta no tuvo lugar, procediéndose a continuación a la constitución de aval bancario.

Y de nuevo asiste la razón al órgano de contratación: la doctrina de este TACRC que cita la actora va referida supuestos de error manifiesto y a casos de subsanación, lo que no ha de confundirse con el defecto de constitución. A ello se superpone que la documentación obrante en el expediente y remitida a este Tribunal permite concluir que la no constitución de la garantía en efectivo es imputable, en exclusiva, a la recurrente (ya sea por error o por desconocimiento), sin que ésta haya aportado prueba de descargo ni ofrecido argumentación alternativa a tal consideración.

Así, deviene trascendental lo que señala el órgano en su informe: El modelo 060 es un documento para proceder al pago por lo que, si no llegó a cumplimentarlo correctamente, no pudo hacer la transferencia por el importe de la garantía y, como es lógico, si no se llega a librar los fondos la garantía no se ha constituido. Si no ha sido pagada y por tanto constituida, tampoco puede haberse depositado y, en consecuencia, no cabe subsanar lo que no ha tenido lugar.



Por lo tanto, no cabe tener por constituida la garantía, sin que la flexibilización de dicho requisito admitida de manera excepcional y restringida por parte de este TACRC pueda permitir dejar sin efecto el tenor de la ley y de los pliegos, que exigen su constitución en un plazo específico y determinado. A criterio de este TACRC, admitir la constitución de la misma fuera del plazo previsto en el contrato atentaría contra el principio de seguridad jurídica, y en particular en un asunto como el presente en el que ha devenido incontrovertida la no constitución de la garantía en efectivo en la Caja General de Depósitos, obrando en el expediente la explicación razonada de aquélla a lo ocurrido.

Noveno. En cuanto a la imposición de la penalidad del 3% que establece el artículo 150.2 de la LCSP, afirma el órgano de contratación que todavía no se ha impuesto, por lo que, dado el carácter revisor de este Tribunal, no procede adoptar acuerdo alguno en relación con dicha penalidad.

No obstante, afirma el órgano de contratación que deberá imponer la penalidad, dado que esta tiene carácter automático.

No es esa la interpretación que este Tribunal hace del artículo 150.2 de la LCSP. Dijimos en nuestra Resolución de Pleno número 1474/2022 lo siguiente:

“La recurrente cuestiona la automática imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. Cuestiona la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación de tener por retirada su oferta tras no atender debidamente los requerimientos realizados con base en el artículo 150.2 de la LCSP y los pliegos. Razona que la imposición de la penalidad no puede ser automática derivada de la decisión de tener por retirada su oferta, sin atender a otras consideraciones. En particular, enfatiza su intención de atenderlos y que fue la falta de claridad de los mismos, el motivo de que se considerasen no atendidos en tiempo y forma, con la consecuencia de tener por retirada su oferta, su exclusión y la automática imposición de la penalidad.

El órgano de contratación defiende en su informe la automática imposición de la penalidad y cita nuestra Resolución 497/2022, que resolvía un supuesto de hecho en el que el recurrente no había atendido un requerimiento de subsanación, tras el



cumplimiento defectuoso del trámite del art.150.2 de la LCSP. Supuesto de hecho diverso por tanto del que nos ocupa.

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 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. F.J.V.M., en representación de BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L., contra su exclusión del procedimiento de “Servicio de desarrollo de tres producciones de recreación virtual sobre el Palacio del Buen Retiro, el Salón de Reinos del Museo Nacional del Prado y su entorno urbano, financiado con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR)”, con expediente 22AAE475 y convocado por la Dirección del Museo Nacional del Prado.



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 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES