



**Recurso nº 791/2023 C.A. Illes Balears 62/2023**

**Resolución nº 940/2023**

**Sección 2ª**

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

En Madrid, a 13 de julio de 2023.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. S. A. P. , actuando en nombre y representación de la mercantil SARITA BEACH, S.L., contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Muro de 18 de mayo de 2023, en el que se dispone la retirada de su oferta del procedimiento de “*Concesión de servicios para la explotación del bar y minigolf con aseos públicos ‘Balneario 8’ situado en Playa de Muro*”, la imposición de una penalidad y la declaración de desierto del contrato, con expediente nº 10/2023, convocado por el Ayuntamiento de Muro, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ayuntamiento de Muro ha tramitado el procedimiento ordinario restringido de contratación relativo a la *Concesión de servicios para la explotación del bar y minigolf con aseos públicos “Balneario 8” situado en Playa de Muro*, expediente 10/2023.

El valor estimado del contrato es de 5.280.000 euros.

El anuncio de licitación fue objeto de publicación el 7 de marzo de 2023, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, documento que obra en el archivo 9 del expediente administrativo (EA).

**Segundo.** En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente 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) y por 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).

**Tercero.** Al procedimiento de contratación se presentó únicamente un licitador, SARITA BEACH S.L., hoy recurrente, según el documento nº 3 del EA.

El día 23 de marzo de 2023, según el acta de la mesa que obra en el documento nº 13 del EA, se procedió a la apertura y calificación administrativa del contrato y se acordó admitir al único licitador, hoy recurrente, así como proponer al órgano de contratación para que, en un plazo de diez días naturales, requiera al citado licitador para presentar la proposición económica y documentos relativos a los criterios de adjudicación evaluables de manera automática o mediante fórmulas.

El día 12 de abril de 2023, según el acta de la mesa que obra en el documento nº 14 del EA, se procedió a la *apertura del archivo electrónico nº2 (criterios evaluables automáticamente): 10/2023 - Concesión de servicios para la explotación del bar y minigolf con aseos públicos "Balneario 8" situado en Playa de Muro* y a la *valoración archivo electrónico nº2 (criterios evaluables automáticamente): 10/2023 - Concesión de servicios para la explotación del bar y minigolf con aseos públicos "Balneario 8" situado en Playa de Muro*.

En consecuencia, se realizó la clasificación de las proposiciones presentadas y se acordó requerir al licitador que había obtenido la mejor puntuación la documentación a que se refiere el artículo 150.2 LCSP:

*“Requerir al licitador SARITA BEACH S.L para que, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos previos a que hace referencia el artículo 140.1 de la 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, así como 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*”.

El día 18 de mayo de 2023, el Pleno del Ayuntamiento de Muro, según el acta que obra en el documento nº 16 del EA, y teniendo en cuenta el informe del Tesorero Municipal que obra en el documento nº 15 del EA, acordó lo siguiente:

*«En fecha 18 de abril de 2023, la empresa SARITA BEACH SL recibió la notificación donde se le requería que en el plazo de 10 días hábiles presentara la documentación y constituyera la garantía definitiva (55.150 euros correspondiente al 10% del canon total de adjudicación, IVA excluido), con fecha de fin de plazo 3 de mayo de 2023, incluido.*

*Visto el informe del Tesorero del Ayuntamiento, señalando la fecha valor del ingreso de la garantía definitiva, día 5 de mayo de 2023 y la cantidad de 5.150 euros.*

*Dado que la garantía definitiva se ha constituido fuera de plazo, día 5 de mayo, por la cantidad insuficiente de 5.150 euros y de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas, que literalmente dice:*

*“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 canon 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 art. 71 de la LCSP.*

*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”.*

*Visto que el canon base de puja es de 550.000 euros.*

*El Pleno del Ayuntamiento, por unanimidad, acuerda:*



1º- Entender que la empresa SARITA BEACH SL, ha retirado su oferta por no haber constituido la garantía definitiva adecuadamente ni dentro del plazo establecido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas.

2º- Proceder a exigir a la empresa SARITA BEACH SL, el importe del 3 por ciento del canon base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, correspondiente a la cantidad de 16.500 euros.

3º- Declarar el procedimiento desierto por no poder requerir al siguiente licitador, ya que únicamente se presentó un licitador.

4º.- Notificar el presente acuerdo a la empresa SARITA BEACH SL, por su conocimiento ya los efectos oportunos».

En consecuencia, se acordó tener por retirada la oferta del único licitador, que quedaba excluido del contrato, así como la imposición al mismo de una penalidad y la declaración de desierta de la licitación.

**Cuarto.** De acuerdo con los apartados 20 y 21 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP), se fijaba el siguiente tenor para la garantía definitiva:

“Artículo 20. Requerimiento de documentación.

*El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la mejor oferta 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 del cumplimiento de los requisitos previos a que hace referencia el artículo 140.1 de la 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, así como 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.*



*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 canon 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 art. 71 de la LCSP.*

**Artículo 21. Garantía definitiva.**

*El adjudicatario del contrato, con objeto de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, estará obligado a constituir una Garantía Definitiva, por importe del 10% del canon total de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

*El plazo para la constitución de la citada garantía será de 10 días hábiles contados desde el requerimiento al propuesto adjudicatario y cumplidas por este todas sus obligaciones contractuales”.*

**Quinto.** La recurrente impugna el acuerdo de la sesión plenaria del Ayuntamiento de Muro de 18 de mayo de 2023, por entender que el mismo no es ajustado a derecho.

Sostiene que, apreciado el error en el importe consignado como garantía, se le debería haber concedido trámite de subsanación, puesto que no estaríamos ante una falta del requisito en cuestión, y no ante un “*incumplimiento total sino limitado y parcial y, además, involuntario, ante el que cabe aplicar una interpretación “flexible” del artículo 150.2 de la LCSP que permite*” la concesión de trámite de subsanación. Cita, en apoyo de sus pretensiones, resoluciones de este Tribunal que, a su juicio, resultarían de aplicación.

Además, defiende que de la interpretación literal del apartado 20 PCAP antes transcrito, lo único que debía realizarse en el plazo de 10 días desde el requerimiento era la aportación de la documentación justificativa de la constitución de la garantía, que no la constitución de tal garantía en sí misma. Y que como tal documentación fue presentada el día 3 de mayo de 2023, la misma no es extemporánea.



Por ello, considera que *“la documentación justificativa, (la Orden de ingreso del cliente dirigida a su entidad bancaria con la que tiene un contrato de cuenta corriente) de haber constituido la garantía definitiva, fue presentada en tiempo y forma”*. Añade que si la garantía no quedó constituida en el plazo de 10 días ello es debido a razones ajenas a su voluntad, que permitirían aplicar la regla del artículo 109 LCSP y exonerarle de las consecuencias previstas en el artículo 150.2 LCSP. Reproduce en parte nuestra resolución 961/2020, recurso nº 583/2020 C.A. de Castilla- La Mancha 28/2020.

Concluye interesando la nulidad del acto recurrido y que, tras la oportuna retroacción de actuaciones, se le conceda plazo para subsanación.

**Sexto.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 LCSP se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

En dicho informe, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso, por considerar que la decisión de exclusión es ajustada a derecho, pues no se acreditó la constitución de la garantía en plazo:

*“En fecha 18 de abril de 2023, la empresa SARITA BEACH SL recibió la notificación donde se le requería que en el plazo de 10 días hábiles presentara la documentación y constituyera la garantía definitiva (55.1500 euros correspondiente al 10% del canon total de adjudicación, IVA excluido). El plazo finalizaba el día 3 de mayo de 2023, incluido.*

*El informe del Tesorero del Ayuntamiento de fecha 10 de mayo de 2023, señala como fecha valor del ingreso de la garantía definitiva el día 5 de mayo de 2023 y por la cantidad de 5.150 euros.*

*Por tanto la garantía definitiva se constituyó fuera de plazo, día 5 de mayo, siendo una deficiencia no susceptible de subsanación.*



*Por ello, cabe entender que la empresa SARITA BEACH SL, retiró su oferta por haber constituido la garantía definitiva fuera del plazo establecido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del PCAP y el artículo 109 de la LCSP, procediendo a exigirle el importe del 3 por ciento del canon base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, correspondiente a la cantidad de 16.500 euros”.*

Por ello, se interesa la desestimación del recurso.

**Séptimo.** Mediante Resolución de 15 de junio de 2023 la secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acordó la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de manera que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.4 y en el Convenio suscrito al efecto entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

**Segundo.** El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del RPERMC.

Por lo que, en el caso que nos ocupa, debe considerarse que la interposición se ha formulado en plazo, dado que consta notificado electrónicamente el 18 de mayo de 2023 (documento nº 18 EA) el acuerdo que se impugna e interpuesto el recurso el 7 de junio de 2023.

**Tercero.** El recurso se interpone en la licitación de un contrato de concesión de servicios, cuyo valor estimado es 5.280.000 euros, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1 c) LCSP.



En cuanto al acto recurrido objeto del recurso, aunque se refiere a una única resolución, esto es el acuerdo del Pleno del ayuntamiento de Muro de 18 de mayo de 2023, éste encierra tres decisiones que son objeto de impugnación, el acuerdo de retirada de su proposición, la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 y el acuerdo de declaración de desierto. Tales disposiciones son susceptibles de impugnación conforme al artículo 44.2.b) LCSP (resolución del Pleno de este Tribunal nº 1474/2022, de 24 de noviembre, en cuanto a la posibilidad de impugnar el acuerdo de retirada de la proposición ligado o no a la imposición de la penalidad y resoluciones 290/2022, de 3 de marzo de 2022 y 198/2019, de 8 de marzo, por lo que se refiere a la impugnación de la declaración de desierto).

Por otra parte, la recurrente alega que al haberse expresado en el acuerdo impugnado que procedía sólo articular contra el mismo, potestativamente, recurso de reposición o directamente recurso contencioso-administrativo y no otorgar la posibilidad de interponer recurso especial en materia de contratación, se le ha causado indefensión. A este respecto, en el recurso no se justifica en qué consistiría la indefensión supuestamente provocada pero, en todo caso, se trataría de una cuestión de cumplimiento de legalidad o no, que carece de efectos prácticos y de invalidantes en este caso, pues la recurrente aun no habiendo establecido, efectivamente, el acuerdo impugnado la posibilidad de entablar este recurso especial, lo cierto es que la empresa, amparándose en la posibilidad que establece el artículo 88.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“...sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno”) le ha dado tal carácter, (así lo denomina expresamente) y lo ha interpuesto en el plazo señalado en el artículo 50 LCSP, por lo que cualquier posible defecto legal ha quedado plenamente subsanado con la actuación de la recurrente.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

**Cuarto.** En cuanto a la legitimación, debemos partir de su regulación en el artículo 48 LCSP, que señala que “*Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso*”.



En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias en las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, donde se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En el presente caso, la parte recurrente ha participado en el procedimiento de licitación, es la única que presentó proposición y ha sido propuesta como adjudicataria de este contrato, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado, conforme al artículo 48 LCSP, dado que su reintegración al procedimiento, le conferiría claras expectativas de poder resultar adjudicataria. Asimismo, tiene legitimación para oponerse a la imposición de penalidades que se ha acordado, al ligarse y acordarse en el acuerdo de tener por retirada la oferta, siguiendo en este punto el criterio mantenido en nuestra resolución de Pleno 1474/2022.

**Quinto.** Pasando a continuación a examinar la única cuestión de fondo planteada, esto es, el incumplimiento o no del requerimiento efectuado al amparo de lo previsto en el artículo 150.2 LCSP, recordemos lo que dispone el citado precepto:

*“2. 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”.*

Antes de abordar lo que plantea el recurso, resulta obligado recordar nuestra doctrina en cuanto al cumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 LCSP, que manifestamos en la resolución 897/2020, con cita de la resolución nº 622/2019, distinguiendo entre el supuesto de incumplimiento total o grave de la obligación de la aportación de la documentación que supone la retirada de la oferta, y el de cumplimiento defectuoso o menos grave que exige conceder un plazo de subsanación al licitador. Así:

*“a) Cuando no se cumple el requerimiento del art. 150.2, momento en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Así señala que la no cumplimentación del requerimiento en el plazo concedido solo se equipara a la retirada de la oferta en caso de falta de cumplimentación del requerimiento o de no constituir en modo alguno garantía definitiva en el plazo concedido.*

*b) Cuando se cumple el requerimiento de manera incompleta, momento en el que el Tribunal de Contratos ha rectificado su doctrina en el sentido de señalar que la correcta*



*interpretación de los preceptos aplicables conforme a su objeto y finalidad exige admitir la subsanación en el plazo de tres días de los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido al constituir la garantía definitiva (y no limitar la subsanación a la acreditación de su correcta constitución en el plazo inicial)”.*

Y en esa línea, manifestamos posteriormente en la resolución nº 978/2021, de 30 de julio de 2021, con cita de varias resoluciones anteriores:

*«Primeramente, hemos de centrarnos en si los defectos advertidos en la documentación del artículo 150.2 de la LCSP son o no subsanables, y dentro de la subsanación sus limitaciones. Pues bien, sobre si los defectos observados en la documentación aportada por la mejor oferta para dar cumplimiento al trámite establecido en el artículo 150.2 de la LCSP eran o no subsanables, como solicita en varios apartados de su escrito de recurso la empresa recurrente, hemos de traer a colación la Resolución de este Tribunal nº 1074/2019, de 30 de septiembre, en el que reitera que ya en varias ocasiones (Resoluciones 747/2018, 749/2018, y 752/2018, entre otras) que en este caso procede conceder trámite de subsanación, cuando la documentación presentada por la empresa propuesta como adjudicataria no haya sido considerada completamente ajustada a lo exigido.*

*En nuestra Resolución 747/2018 dijimos:*

*“SEXTO. Antes de entrar a examinar las cuestiones planteadas en este recurso, consideramos que hemos de proceder a interpretar y concretar el significado del artículo 151.2 del TRLCSP, y, además, poniéndolo en relación con el precepto correlativo de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que lo es su artículo 150.2, cuyo contenido es más amplio que aquél. Esa tarea es imprescindible a la vista de que se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto*



*no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe. Además, este Tribunal viene ya aplicando un criterio menos formalista y extensivo del contenido de dicho precepto, como ha hecho en sus Resoluciones número 439/2018, de fecha 27 de abril de 2018, del Recurso nº 234/2018, y en la Resolución nº 582, de fecha 12 de junio de 2018, del Recurso nº 413/2018, a las que luego aludiremos, y en el mismo sentido, muchos órganos de contratación prevén en el PCAP la posibilidad de subsanar la omisiones o defectos cometidos en la cumplimentación de dicho requerimiento, como ocurre en el caso objeto de este recurso especial, que, además, plantea cuestiones adicionales. Es preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP”».*

También, más recientemente y sobre la posibilidad de subsanación de la constitución de las garantías provisionales y definitivas, expusimos en nuestra resolución 1156/2022, de 6 de octubre de 2022, acordada por el Pleno de este Tribunal:

*«Y es que es sabido que, a raíz de la nueva LCSP, este Tribunal ha ido modificando su criterio (valgan como ejemplo las Resoluciones nº 352/2018 o nº 582/2018), apartándose progresivamente de la doctrina más estricta que, a propósito de la subsanación, había seguido con anterioridad, especialmente, a propósito de la cumplimentación del requerimiento de documentación al propuesto como adjudicatario (actual artículo 150.2 LCSP). Este cambio de criterio se plasma definitivamente en nuestra resolución nº747/2018, de 31 de julio, en la que admitimos que,*

*“se viene aplicando una interpretación literal, muy rigorista, extrema y muy amplia de su contenido, que debe ser de interpretación restrictiva a la vista de su carácter sancionador, que está llevando a resultados sumamente extensivos, formalistas e injustos. Esos criterios extremos se han aplicado incluso por este Tribunal, y por los Tribunales de Justicia, como, por ejemplo, sobre si se admite o no la subsanación de defectos o errores u omisiones*



cometidos en la cumplimentación del requerimiento, que se niega por el simple hecho de que el precepto no dice nada al respecto, que ni lo prevé, ni lo prohíbe.../... ‘y reconocía ser preciso, por tanto, establecer una interpretación del artículo 151.2 del TRLCS (art. 150.2 en la LCSP) más delimitada y acorde con el contenido literal del precepto y su finalidad, que no es otra que resolver situaciones de claro incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado con transcendencia respecto de la garantía provisional, en el caso de que se hubiera constituido, y, en concreto, su incautación o, bajo la LCSP, imposición de una penalización del 3%, e incluso, incurrir en causa de prohibición de contratar, como prevé el artículo 60.2, a), del TRLCSP.’

Añadíamos, además, que:

“Pues bien, la técnica de equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta se limita a incumplimientos totales de ciertas obligaciones, y si el requerimiento no se cumple, todo ello al fin de ejecutar la garantía por las causas citadas, por lo que en nuestro caso solo concurre cuando no se cumple en modo alguno lo requerido o no se constituye en modo alguno la garantía definitiva en el plazo señalado. Solo en tal caso, estaríamos ante incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional, pero no en otro caso, pues el efecto atribuido si se cumple defectuosamente lo requerido, ya no recaería sobre su no cumplimentación sino sobre su cumplimentación defectuosa, supuesto en el que no cabe afirmar retirada alguna de la oferta, y solo cabría, en buena técnica, excluir la oferta por incumplimiento del trámite, efecto gravísimo y perjudicial para el interés público ante una conducta de cumplimiento defectuoso no grave sin que previamente se dé la oportunidad, como se prevé en la Ley 39/2015, de subsanar el defecto u omisión cometido por el interesado en el trámite conferido...

/...El error es consustancial al ser humano, y resulta claramente desproporcionado rechazar de plano la mejor oferta seleccionada por no haber presentado perfectamente, en un primer momento, la numerosa documentación exigida.”

Y finalmente considerábamos subsanable la presentación incompleta de la garantía definitiva:



*“Por otra parte, en nuestro caso concreto no cabe afirmar que no se ha cumplimentado el requerimiento relativo a la constitución de la garantía definitiva, ya que con arreglo al artículo 99.1 del TRLCSP el propuesto como adjudicatario debe acreditar en el plazo del artículo 151.2 haber constituido la garantía definitiva, lo que ha ocurrido en nuestro caso, aunque de forma incompleta, ya que el precepto exige constituir esa garantía, pero no excluye que se haga con defectos u omisiones, por lo que no cabe considerar no cumplimentado el trámite y entender retirada la oferta si se ha cumplimentado lo requerido, si bien defectuosamente, lo que excluye la falta de cumplimentación”.*

*Este criterio se ha mantenido en resoluciones posteriores, de la que podemos citar la resolución nº 582/2019, en la que, con cita de la anterior, sostuvimos lo siguiente:*

*“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.”

Doctrina que se reitera en la reciente Resolución nº 961/2020 (Recurso nº 583/2020 C.A. de Castilla- La Mancha 28/2020), en la que, ante un supuesto similar al que ahora nos ocupa, concluimos que:

“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”».



Pues bien, aplicando la doctrina antes transcrita a las circunstancias que concurren en este caso, observamos que:

a) De la distinta documentación requerida y presentada en plazo, la única documentación con la que muestra disconformidad el órgano de contratación es la relativa a la constitución de la garantía definitiva requerida para este contrato.

b) El importe que requería el PCAP, como hemos expuesto en los antecedentes de hecho de esta resolución, en concepto de garantía definitiva (10% del canon total de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido), es de 55.150 €.

c) La recurrente dentro del plazo concedido, presenta el 3 de mayo de 2023, un justificante de haber dado, con esa fecha, orden de ingreso a su entidad bancaria para proceder al ingreso en una cuenta corriente de titularidad del ayuntamiento de Muro, de la cantidad de 5.150 euros, si bien como señala la Secretaría del ayuntamiento en un informe de tesorería (documento nº 15 EA), el citado ingreso tiene como fecha de valor el 5 de mayo de 2023.

De lo anteriormente expuesto, se constata que no puede hablarse, en modo alguno, de una voluntad de incumplimiento absoluto mostrada por la recurrente al atender el requerimiento previsto en el artículo 150.2, salvo, parcialmente, en uno de los extremos, el de la garantía definitiva, en el que dentro del plazo concedido, si bien es cierto que no se depositó en la cuenta corriente del ayuntamiento el total de lo requerido, sí se hizo parcialmente y, en este sentido, resulta razonable lo que expone la recurrente en su recurso que argumenta que por error creyó que, dado que el contrato tiene un plazo de duración de 10 años, no tenía la obligación de constituir como garantía definitiva el total del canon por dicho período sino que debía hacerlo anualmente. De ahí, que la cantidad que depositó fuera 5.150 euros (la correspondiente a un año) que resulta ser el 10 % de lo que exige el PCAP como garantía definitiva total. Otra cuestión es que la fecha valor de ingreso en la cuenta corriente de titularidad del ayuntamiento, como suele suceder en las operaciones bancarias, hubiera tenido lugar dos días después de la orden de ingreso.

En todo caso, no creemos que atendida a la finalidad que la LCSP le asigna a la garantía definitiva, hubiera existido obstáculo alguno para requerir de subsanación a la recurrente



para depositar el resto de la garantía exigida y a resultas de esto, tomar la correspondiente decisión.

Por otra parte, con respecto a las circunstancias que rodean la imposición de la penalidad, resulta procedente traer aquí lo que dijimos en la resolución 1474/2022, de 24 de noviembre de 2022, del Pleno de este Tribunal:

*“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”.*

Todo lo anteriormente considerado, conduce a la estimación del recurso, declarando no ajustado a derecho el acuerdo de tener por retirada la proposición, conllevando esta decisión, el efecto de la retroacción de las actuaciones contractuales, a fin de que se le otorgue a la recurrente, trámite para que pueda subsanar el defecto consistente en haber constituido una garantía definitiva insuficiente de acuerdo con la exigida en el PCAP. Ello determina, además, por añadidura, que anulemos, asimismo, la imposición de la penalidad del 3 % prevista en el artículo 150.2 LCSP y la declaración de desierto del contrato.



Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. S. A. P. , actuando en nombre y representación de la mercantil SARITA BEACH, S.L., contra el acuerdo del pleno del Ayuntamiento de Muro de 18 de mayo de 2023, en el que se dispone la retirada de su oferta del procedimiento de *“Concesión de servicios para la explotación del bar y minigolf con aseos públicos ‘Balneario 8’ situado en Playa de Muro”*, la imposición de penalidad prevista en el artículo 150.2 LCSP y la declaración de desierto, acordando su anulación y la retroacción del procedimiento de acuerdo con las consideraciones expuestas en el último párrafo del fundamento jurídico quinto de esta resolución.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento, conforme al artículo 57.3 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 les 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 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES