



Recurso nº 1225/2023

Resolución nº 1268/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. M.A.M.P. en representación de VIAJES EL CORTE INGLES, S.A., contra el acuerdo por el que se impone una penalidad por entender retirada su oferta del procedimiento de contratación para los “*Servicios necesarios para la celebración del encuentro nacional de Aulas Mentor y unidades de orientación profesional del programa de formación abierta Aula Mentor*”, con expediente J2330008A, convocado por la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional, financiado con cargo a los Fondos Next-Generation UE; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Aprobado el expediente de contratación y los pliegos, para la licitación del contrato de servicio para la celebración del encuentro nacional de Aulas Mentor y unidades de orientación profesional del programa de formación abierta Aula Mentor por la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional fueron enviados para su anuncio al DOUE por tratarse de un contrato sujeto a regulación armonizada. Tanto el anuncio como los pliegos fueron publicados en el BOE de 26 de abril de 2023 y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) el día 20 de abril del presente, expresando que el plazo para la presentación de ofertas vencía el 3 de mayo de 2023, a las 19:00 horas.

Segundo. El objeto del contrato quedó anunciado sin división en lotes y con el siguiente CPV:



79950000 - Servicios de organización de exposiciones, ferias y congresos.

El valor estimado del contrato se anunció por 386.255,35 euros.

Dentro del plazo de formalización de ofertas, presentaron sus proposiciones las siguientes licitadoras:

- AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C.;
- Compromiso de UTE DION EVENTOS, S.L. – CERONET TELEMÁTICA, S.L. – COME Y CALLA SERVICIOS HOSTELEROS, S.L.:
- ESCUELA INTERNACIONAL DE PROTOCOLO, S.L.;
- GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL, S.L.;
- NEWLINK CONSULTING AND COMMUNICATIONS SPAIN, S.A.;
- SEKAI CORPORATE TRAVEL, S.L.U.; y,
- VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A.

Tercero. El procedimiento abierto para la selección de los contratistas siguió los trámites previstos para la adjudicación de los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada previstos en 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto. El 4 de mayo de 2023, convocada la Junta de Contratación para la apertura de los archivos que contienen la documentación administrativa de las licitadoras, en relación con este expediente y con la licitadora recurrente, en el acta levantada de esa sesión se hace constar que:



“En relación con la documentación aportada por la empresa AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C., se acuerda requerirle la siguiente subsanación, siendo admitida provisionalmente a la licitación:

De acuerdo con lo establecido en el art. 140.1, apartado c) de la LCSP deberán aportar en subsanación, debidamente cumplimentados y firmados por sus representantes legales, el Documento Europeo Único de Contratación (en adelante DEUC) de las empresas María Fernanda Jaramillo Polo y Sity Turismo e Innovación, S.L., a cuyas capacidades declara la empresa AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C que va a recurrir para acreditar la solvencia técnica”.

Quinto. Convocada la Junta de Contratación el 10 de mayo para el estudio de la documentación aportada en fase de subsanación, son admitidas todas las empresas y se acuerda la apertura de los archivos que contienen las ofertas evaluables automáticamente con los siguientes resultados:

EMPRESA LICITADORA	OFERTA ECONÓMICA SIN IVA	OFERTA ECONÓMICA CON IVA
AGORA FRANCHISE CONSULTING SC	291.500,00	352.715,00
UTE DION EVENTOS S.L./ CERONET TELEMÁTICA, S.L./ COME Y CALLA SERVICIOS HOSTELEROS S.L.	331.430,00	401.030,30
ESCUELA INTERNACIONAL DE PROTOCOLO S.L.	-	-
GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL	297.015,34	359.388,56
NEWLINK CONSULTING AND COMMUNICATIONS SPAIN S.A.	326.000,00	394.460,00
VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A.	319.461,16	386.548,00



En relación con los demás criterios de índole automática, el acta levantada por la Junta de Contratación contempla los siguientes:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	LICITADORES					
	AGORA FRANCHISE CONSULTING SC	UTE DION EVENTOS S.L./ CERONET TELEMÁTICA, S.L./ COME Y CALLA SERVICIOS HOSTELEROS S.L.	ESCUELA INTERNACIONAL DE PROTOCOLO S.L.	GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL	NEWLINK CONSULTING AND COMMUNICATIONS SPAIN S.A.	VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A.
	UNIDADES ADICIONALES OFERTADAS SIN COSTE					
SERVICIOS DE STREAMING	8	8	-	8	SÍ	8
LANYARD Y CREDENCIALES	100	100	-	100	100	100
DÍPTICOS	100	100	-	100	100	100
AGENDAS	100	100	-	100	100	100
BOLSAS DE ALGODÓN	100	100	-	100	100	100
SERVICIOS DE CAFÉ (CATERING)	100	100	-	100	200 (100 * DÍA)	100
SERVICIOS DE COMIDA (CATERING)	100	100	-	100	200 (100 * DÍA)	100
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO DESDE MADRID (ida y vuelta)	4	4	-	4	2	4
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO DESDE SEVILLA (ida y vuelta)	4	4	-	4	2	4
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO EN MÉRIDA (ida y vuelta)	4	4	-	4	4	4



Sexto. En la sesión de la Junta de Contratación de 18 de mayo de 2023, tras el estudio y evaluación de las ofertas presentadas, se aprueban las siguientes puntuaciones:

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	EMPRESAS LICITADORAS				
	AGORA FRANCHISE CONSULTING SC	GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL	VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A.	UTE DION EVENTOS S.L./ CERONET TELEMÁTICA, S.L./ COME Y CALLA SERVICIOS HOSTELEROS S.L.	NEWLINK CONSULTING AND COMMUNICATIONS SPAIN S.A.
OFERTA ECONÓMICA	49,00	46,21	34,84	28,78	31,53
SERVICIOS DE STREAMING	15	15	15	15	0
LANYARD Y CREDENCIALES	2	2	2	2	2
DÍPTICOS	2	2	2	2	2
AGENDAS	2	2	2	2	2
BOLSAS DE ALGODÓN	2	2	2	2	2
SERVICIOS DE CAFÉ (CATERING)	7	7	7	7	7
SERVICIOS DE COMIDA (CATERING)	7	7	7	7	7
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO DESDE MADRID (ida y vuelta)	5	5	5	5	2,5
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO DESDE SEVILLA (ida y vuelta)	5	5	5	5	2,5
AUTOBUSES PARA DESPLAZAMIENTO EN MÉRIDA (ida y vuelta)	4	4	4	4	4
TOTAL	100	97,21	85,34	79,78	62,53



En consecuencia, los miembros de la Junta de Contratación acuerdan clasificar en primer lugar la oferta de la empresa AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C., por haber presentado la oferta con mejor relación calidad precio, así como requerirle la documentación establecida en el artículo 150.2 de la LCSP, previa a la adjudicación del contrato.

Séptimo. En la sesión de 31 de mayo de 2023 la Junta de Contratación procede al bastanteo de la documentación presentada por AGORA FRANCHISE CONSULTING, S.C., y se acuerda requerir subsanación a la misma respecto de la acreditación del objeto social de la empresa y de la solvencia económica y técnica.

Convocada de nuevo la Junta de Contratación el pasado 14 de junio, con el fin de proceder al estudio de la documentación presentada por AGORA en la fase de subsanación de la documentación exigida en virtud del artículo 150.2 de la LCSP, se acuerda:

“A la vista de la documentación aportada por la empresa, y del informe de solvencia elaborada por la unidad tramitadora del contrato, los miembros de la Junta acuerdan lo siguiente:

- Considerar retirada la oferta de la sociedad AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C., por no haber acreditado su solvencia económica ni técnica tras el requerimiento efectuado en aplicación del art. 150.2 LCSP, y recabar la documentación señalada en dicho artículo al licitador siguiente, por el orden en que quedaron clasificadas las ofertas tras su valoración, es decir, a GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL, S.L.

- Cancelar la garantía definitiva por importe de 14.575,00, constituida por AGORA FRANCHISE CONSULTING S.C.

- Considerando las circunstancias del caso, apreciando un posible incumplimiento grave del licitador de su obligación de atender el requerimiento previsto en el art. 150.2 LCSP, y de acuerdo con el criterio marcado por el TACRC en su resolución 1474/2022, de 24 de noviembre, iniciar un expediente de imposición de penalidad, por importe de 11.647,66 €, correspondientes al 3% del presupuesto base de licitación, a la sociedad AGORA



FRANCHISE CONSULTING S.C, concediendo trámite de audiencia a la citada sociedad para que efectúe las alegaciones que estime oportunas”.

El acuerdo de exclusión fue adoptado por Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional el 21 de junio de 2023, ofreciendo como medio de impugnación el recurso especial en materia de contratación en el plazo de quince días hábiles, a partir del día siguiente al de su notificación.

Octavo. Contra dicho acuerdo se formalizó en este Tribunal el recurso nº 996/2023 y se dictó la Resolución nº 1063/2023, de 3 de agosto, con un fallo de inadmisión en lo tocante al acuerdo de iniciación para la imposición de la penalidad y de desestimación en el fondo del asunto sobre el acuerdo de tener por retirada la oferta.

Seguidos los trámites de la licitación, fue llamada la siguiente licitadora en el orden de prelación de las ofertas, esto es, GESTION Y ORGANIZACIÓN GLOBAL, S.L

En la sesión de la Junta de Contratación celebrada el 19 de julio de 2023, una vez analizadas las contestaciones de la empresa y del Servicio de Acción Exterior de la Dirección General de Acción Exterior de la Junta de Extremadura, y a la vista de los hechos y la documentación existente, se acordó –entre otras medidas– excluir la oferta presentada por la empresa GESTIÓN Y ORGANIZACIÓN GLOBAL, S.L., de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Ejecución UE) 2016/7 de la Comisión de 5 de enero de 2016 y recabar la documentación señalada en el artículo 150.2 de la LCSP al licitador siguiente, por el orden en que quedaron clasificadas las ofertas tras su valoración, es decir, a VIAJES EL CORTE INGLES, S.A.

Noveno. En aplicación del anterior acuerdo, con fecha 19 de julio de 2023 se requirió la documentación necesaria para la adjudicación a la empresa VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A. En dicho requerimiento, se incluía el siguiente párrafo: *“De no cumplimentarse este requerimiento con la documentación solicitada, serán de aplicación las consecuencias previstas en el art. 150.2 de la LCSP”.*

Transcurrido el plazo señalado en el requerimiento, se constató que la empresa VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A. no había respondido al mismo (Se adjunta como documento



número 21 una captura de pantalla de la PCSP para atestiguar la ausencia de respuesta a dicho requerimiento por parte de la recurrente).

Décimo. En consecuencia, en la sesión de la Junta de Contratación celebrada el 2 de agosto de 2023 se acordó tener por retirada la oferta presentada por VIAJES EL CORTE INGLES, S.A. e imponerle una penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, al constatar un incumplimiento total por parte de dicha empresa del requerimiento de aportar la documentación prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, de acuerdo con el criterio marcado en la Resolución de este Tribunal nº 1474/2022, de 22 de noviembre.

Undécimo. Disconforme la representación de la mercantil VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A., con el acuerdo de la Junta de Contratación por el que se tiene por retirada la oferta con imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, con fecha 25 de agosto del presente, formaliza este recurso especial en materia de contratación suplicando la anulación de la penalidad.

Duodécimo. La tramitación de este recurso se ha regido por lo prescrito en la LCSP así como 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 especial, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia otorgando un plazo común de cinco días a las licitadoras para presentar alegaciones. No se han presentado alegaciones por ninguna de ellas.

Decimotercero. Por Resolución de la Secretaria General del Tribunal dictada por delegación de este con fecha 6 de septiembre de 2023 se acuerda la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento para la imposición de penalidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma 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.

Decimocuarto. El día 26 de septiembre de 2023, a requerimiento de este Tribunal, se ha completado el expediente administrativo por parte del órgano de contratación a través de



la aportación de los justificantes del envío y recepción del requerimiento a que se alude en el Antecedente noveno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente, en principio, ha presentado su oferta en la licitación seguida por el procedimiento abierto, por lo que puede acogerse al concepto de legitimada ex artículo 48 de la LCSP, pues ostenta evidente interés en que sea anulada la penalidad que le ha sido impuesta.

Tercero. La resolución impugnada es susceptible de recurso especial en materia de contratación, pues el contrato supera el valor estimado de 100.000 euros ex artículo 44.1.a) de la LCSP y, se contraen a un acto de tener por retirada su oferta en la fase del artículo 150.2 del citado texto legal, por lo que se trata de un acto de trámite cualificado ex artículo 44.2.b) de la LCSP, en tanto que aparta a la mercantil actora del procedimiento licitatorio.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. La representación de la recurrente, considera que la Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional, por la que se entiende retirada su oferta y se le impone una penalidad del 3% conforme al artículo 150.2 de la LCSP, es contraria a Derecho y esgrime que:

“Mi representada consideró que la oferta ya no estaba vigente, dado que había transcurrido el plazo de quince días establecido en el Pliego y la falta de información publicada en el perfil del contratante del expediente sobre las adjudicaciones y retiradas previas de los dos licitadores con mejor puntuación que mi representada. Solo tuvo conocimiento de la interposición de recurso especial por la empresa AGORA FRNACHISE CONSULTING S.C. por comunicación de este Tribunal.



Avala la valoración de mi representada el art. 158 de la LCSP que establece límites a la vigencia de las ofertas presentadas por los licitadores.

Así la Oficina de Contratación Pública del Gobierno de Aragón (Consulta 2/2022) expone claramente consideraciones sobre el art. 158 de la LCSP aplicables a mi representada, en relación precisamente con la penalidad impuesta al amparo del art. 150.2 de la LCSP:

(...).

Transcurrido el plazo indicado en los Pliegos (incluso si se computara el de dos meses y no el de 15 días, también estaría sobrepasado en el expediente que nos ocupa), los licitadores pueden retirar la oferta, o lo que es lo mismo ya no es vinculante, y por ende no se les podría penalizar por el art. 150.2 de la LCSP, redactado y pensado para una conducta que retrase sin causa el procedimiento de licitación, y no como es el caso, la legitimidad de mi representada para considerar que la oferta estaba retirada por el transcurso del plazo para la adjudicación y la falta de información en el Portal de Contratación sobre el periplo de las adjudicaciones y retiradas previas.

La aplicación del art. 158 de la LCSP no implica que exista un límite temporal para retirar las ofertas, si se cumple con la premisa de que el organismo ha sobrepasado el límite de la adjudicación. Esta retirada se configura como un derecho sin “dies ad quem”, como indica el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA en su Resolución 380/2022:

(...).

En definitiva, en el presente expediente concurren los requisitos exigidos por el precepto 158.4 para considerar justificada la retirada de la oferta de mi representada: ha transcurrido el plazo establecido en los Pliegos y no se había producido todavía la adjudicación del contrato sino tan solo una comunicación del órgano de contratación de fecha 19 de julio de 2023 requiriendo a Viajes el Corte Inglés, S. A. diversa documentación”.



Por consiguiente, al amparo del artículo 158.4 de la LCSP, la representación de la licitadora recurrente entiende que su oferta “ya no estaba vigente” y que, por ello, no procede la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación que es objeto de la presente revisión; así, expone:

“Que siendo aplicable el art 158.4 y no vinculante la oferta de mi representada al haber transcurrido el plazo legal y el indicado el PCAP, no procede la penalización por el art. 150.2 de la LCSP.

La finalidad de la penalidad ex art. 150.2 es en mantenimiento de las proposiciones realizadas por los licitadores evitando la retirada injustificada de las mismas, y mi representada Si tiene causa justificada: El transcurso del plazo para la adjudicación, como ya ha quedado acreditado”.

Además de la falta de transparencia en el procedimiento de licitación, la recurrente, afirma que se ha de estimar el recurso y, por ende, se ha de anular la penalidad impuesta por importe de 11.647,66 euros, estando retirada la oferta de forma justificada.

Sexto. Por su parte, el informe del órgano de contratación firmado por el Presidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional, con fecha 29 de agosto de 2023, se opone a las pretensiones anulatorias instrumentadas por VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. y solicita la desestimación del presente recurso.

1. Sobre la aplicación del artículo 158.4 de la LCSP y la caducidad de la oferta de la recurrente, por incumplimiento del plazo de adjudicación.

En contra de lo expresado por la impugnante, el informe del órgano de contratación entiende que no ha ejercido dicho derecho, esto es, “derecho a retirar su proposición” y que, por ende, es de aplicación el artículo 150.2 de la LCSP; así, expone que:

“Efectivamente, en el caso de este expediente de contratación, tal y como indica la recurrente, no ha sido posible efectuar la adjudicación dentro del plazo que se recoge en el artículo 158 de la LCSP, y ello debido a las numerosas incidencias acaecidas durante su tramitación, tal y como se ha detallado pormenorizadamente en el apartado primero de



este informe, entre las que es necesario destacar la circunstancia inusual de la retirada y la exclusión de la oferta correspondiente al primer y al segundo licitador clasificados, respectivamente. No obstante, este órgano de contratación no comparte la valoración que efectúa la recurrente, en el sentido de que el incumplimiento de dicho plazo determinaría de forma automática, el cese de la vigencia de su oferta. Esa interpretación no es acorde a lo que estipula el artículo 158.4 de la LCSP, que prevé para estos casos lo siguiente: ‘De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta’.

En consecuencia, dicho artículo habilita a las empresas a que puedan retirar su oferta en el caso de que no se cumpla el plazo señalado, pero se trata este de un derecho que puede o no ejercerse por parte de cada empresa, y que, en el caso que nos ocupa, Viajes El Corte Inglés no ha ejercido en ningún momento previo a que se dictase la resolución por la que se tiene por retirada su oferta y que ahora se recurre. Por el contrario, nada habría que objetar si la empresa hubiese ejercitado ese derecho, dirigiéndose al órgano de contratación en cualquier momento posterior a la finalización del plazo máximo de adjudicación, para comunicar su decisión de retirar la oferta. Pero no habiendo procedido de ese modo en el momento adecuado para ello y, al mismo tiempo, omitiendo la respuesta al requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCS, lo que constituye un incumplimiento total y absoluto de su obligación de atender al mismo, procede aplicar con carácter automático las consecuencias previstas en dicho artículo, de acuerdo con la resolución nº 1474/2022 de ese Tribunal de fecha 24 de noviembre de 2022 que establece al respecto lo siguiente:

(...)”.

2. Sobre la improcedencia de la penalidad impuesta, en contra de lo expresado por la recurrente y de las resoluciones traídas a colación por la misma, aclara que:

“Con respecto al primer punto, es necesario señalar que las tres resoluciones a las que alude la recurrente (número 380/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, número 165/2019 del Tribunal Administrativo de



Contratación Pública de la Comunidad De Madrid, y número 1531/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), se refieren en todos los casos a un supuesto fáctico distinto del caso concreto que nos ocupa, puesto que en los tres casos analizados, las empresas se dirigieron al órgano de contratación para comunicar la retirada de su oferta, mientras que la recurrente, como ya se indicó anteriormente, en ningún momento comunicó dicha decisión, no siendo hasta el mismo momento de la presentación del recurso cuando manifiesta su pretensión de ejercitar ese derecho.

En cuanto a la cuestión del plazo indicado en el requerimiento, es cierto que el PCAP establece un plazo de diez días hábiles en su apartado 13.1, reproduciendo así literalmente el plazo dispuesto al efecto en el artículo 150.2 de la LCSP. No obstante, no es menos cierto que en el Anexo I al PCAP se indica que se trata de un contrato de tramitación urgente, respecto a los cuales el artículo 119 de la LCSP estipula que los plazos establecidos en dicha ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se verán reducidos a la mitad, contemplando una serie de excepciones, entre las que no se encuentra el plazo fijado en dicho artículo 150.2. En consecuencia, el plazo de cinco días hábiles fijado en el requerimiento de documentación era correcto y acorde con el artículo 119 de la LCSP.

Independientemente de lo anterior, se desconoce el motivo por el que ese plazo de cinco días hábiles haya podido ocasionar indefensión a la recurrente, tal y como alega en su escrito, ya que dicho plazo se refiere única y exclusivamente a la presentación de la documentación exigida para la adjudicación, y en ningún caso a la retirada de la oferta, que, según sus propias manifestaciones, es lo que deseaba realizar la empresa. Tal es así, que hubiera bastado con responder al requerimiento manifestando la decisión de retirada de la oferta, pero no consta que se haya producido dicha comunicación ni el plazo de cinco días hábiles, ni tampoco en el de diez días que, según la recurrente, se deberían haber concedido. En definitiva, la posibilidad de retirar la oferta, contemplada en el artículo 158.4 de la LCSP, pretende proteger los intereses de las empresas ante posibles retrasos y demoras en la adjudicación, pero de ningún modo puede invocarse para amparar una actuación gravemente negligente como la que constituye dejar sin respuesta el requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, aunque se pretenda justificar a



posteriori con argumentos técnico-económicos sobre una supuesta inviabilidad sobrevenida de la oferta”.

También niega la Junta de Contratación del Ministerio que la licitación adolezca de transparencia y, para ello, se remite a la publicidad de todas las actas y de los distintos informes y actos de trámite publicados a través de la PCSP.

En conclusión, el órgano de contratación considera que no procede acceder a las pretensiones anulatorias instrumentadas por VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A., y por consiguiente defiende la legalidad de la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación y que constituye el objeto de revisión en el presente recurso especial.

Séptimo. Procede examinar, a continuación, la legalidad de la imposición de la penalidad impuesta a la recurrente partiendo de que, tal y como se deduce de los escritos presentados por los intervinientes, la cuestión pivota alrededor de determinar si el artículo 158 de la LCSP fija únicamente un *dies a quo*, o si por el contrario dicho precepto debe interpretarse en sintonía con el artículo 150.2 del citado texto legal (fundamento jurídico de la penalidad impuesta y aquí controvertido), en el sentido de entender que, una vez propuesta la adjudicación por parte del órgano de contratación, no procede hacer uso del derecho que recoge el mencionado precepto.

Invoca, para ello, el órgano de contratación el principio de vinculación por los actos propios entendiendo que, si la recurrente ha mantenido su oferta, actuaría en contra de sus propios actos al retirarla, a su juicio, intempestivamente. La resolución de la cuestión exige pues analizar el tenor literal de las normas examinadas. Por una parte, el artículo 150.2 de la LCSP dispone que:

“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”.

Por otra parte, el artículo 158 de la LCSP preceptúa que:

“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.



3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.

4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.

Tal y como ha precisado este Tribunal, entre otras, en la Resolución nº 159/2022, de 3 de febrero, habida en el procedimiento de recurso especial nº 1921/2021: donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir pues, en efecto, no cabe duda y es incontrovertido que el artículo 158 de la LCSP expresa un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio de dos meses desde la apertura de las proposiciones, y con ello un día inicial o “*dies a quo*” para la retirada de las proposiciones, esto es, a partir del transcurso de los dos meses. Sin embargo, no se aprecia en la redacción dada por el Legislador en el artículo 158 de la LCSP, un límite temporal para poder retirar las proposiciones, esto es, un día final o “*dies ad quem*”, que tampoco se somete a condición alguno.

De esta forma, la citada Resolución nº 159/2022 matiza que:

“Nos explicamos:

Por una parte, resulta evidente que la configuración que realiza el artículo 150.2 LCSP resulta necesaria con el fin de garantizar la seriedad en el mantenimiento de la proposición presentada evitando que, de manera injustificada y atentando contra la buena fe y la confianza legítima de las partes intervinientes en la adjudicación de un contrato, el que ha sido propuesto como adjudicatario, incumpliendo el deber impuesto en el citado precepto, retire su oferta, con los consiguientes daños o perjuicios que se causan tanto al órgano de contratación como al interés público derivados de dicha retirada que, además, supone el consiguiente retraso en la adjudicación o a veces, determina, incluso, que siendo la única oferta presentada la suya, provoque el desistimiento del contrato por parte del órgano de contratación.



Ahora bien, habrá de analizarse en este caso, si concurre alguna causa que puede justificar que no se “cumplimente adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado”, como dispone el artículo 150.2 LCSP”.

Y prosigue afirmando dicha Resolución:

“El apartado 4 del artículo 158, es muy claro en su interpretación y concluyente en sus efectos, no condicionando, además, la posibilidad de retirada de la oferta a circunstancia alguna, siempre que se transgreda el plazo para la adjudicación del contrato:

‘4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir ésta’.

Es más, el propio precepto establece el ‘dies a quo’ para poder presentar la solicitud de retirada de la proposición, pero no establece el ‘dies ad quem’ o momento a partir del cual el licitador no tendría ya derecho a dicha retirada. El órgano de contratación en el acuerdo impugnado manifiesta que el ahora recurrente pudo haber retirado su oferta desde transcurridos dos meses desde la apertura del primer sobre de la licitación, pero no a partir de que se le cursara el requerimiento del 150.2, fijando ese momento como el ‘dies ad quem’, pero esa conclusión no encuentra apoyo legal en la LCSP y, además, en una interpretación teleológica del artículo 158 LCSP, no encuentra acomodo la tesis del ayuntamiento, pues tampoco el momento del requerimiento o la propuesta de adjudicación suponen unos hitos contractuales trascendentales en el procedimiento de contratación, como lo puede ser la adjudicación del contrato o la formalización del mismo, que indujeran a pensar que es el momento que ha querido la Ley fijar como tope para ejercitar el derecho que le asiste. De hecho, como señala el artículo 157.6 LCSP, la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración.

Tampoco es de recibo la argumentación del órgano de contratación en el sentido que al haber transcurrido más de dos años desde que pudo retirar la oferta, ello implicaría una especie de renuncia (tácita) a la posibilidad de ejercitar su derecho, pues es bien conocido que, como ha proclamado la Jurisprudencia, numerosas resoluciones judiciales



y este propio Tribunal, la renuncia de derechos no se presume y tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación.

En otro orden de cosas, como antes se ha expuesto, la retirada de la oferta no necesita de justificación alguna puesto que está ligada al cumplimiento de una circunstancia objetiva, por ello y sin entrar a valorar la alegación del recurrente al respecto del incremento que han sufrido los costes que intervienen en la ejecución del contrato que no tendrían incidencia influyente en el sentido de la resolución, lo cierto es que una de las justificaciones de que el artículo 158 LCSP otorgue un plazo breve para la adjudicación del contrato y habilite en caso de incumplimiento la posibilidad de retirar la proposición, radica, a nuestro modo de ver, en que el licitador realiza su oferta en función de unos costes que conoce o debe conocer y puede, en cierto modo, predecir su evolución en un tiempo razonable desde que presenta su proposición, pero si la adjudicación, por las razones que sean, se dilata en el tiempo y máxime si se trata de un período tan prolongado, como el aquí ocurrido, es indudable que el escenario puede cambiar trascendentalmente y en ese caso, sería, cuando menos, desproporcionado, obligar a ejecutar el contrato en esas condiciones y no dar la opción de poder retirar la oferta, antes, al menos, de adjudicarse el contrato.

En resumidas cuentas, el elemento esencial en el presente asunto es la demora excesiva del Ayuntamiento contratante, que ha tardado más de dos años (26 meses, en concreto) en proponer la adjudicación del contrato, con las consecuencias que ello implica.

En el marco de la buena fe contractual que debe presidir la relación entre los licitadores y el órgano de contratación, no resulta adecuado que incumpliendo la Administración notoriamente su deber legal de adjudicar los contratos en los tiempos máximos que fija la LCSP, pretenda exigir con el máximo rigor la obligación de atender el requerimiento establecido en el artículo 150.2 LCSP, cuando ya el licitador le ha comunicado que ejercita su derecho a retirar la proposición, al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 de la misma Ley”.

Sentado lo anterior, en el presente caso concurren dos circunstancias que no acaecían en el supuesto analizado en la Resolución recién extractada y que conducen a que la



conclusión aquí no pueda ser la misma: el plazo transcurrido entre la apertura de las ofertas y la clasificación de las mismas –junto con la propuesta de adjudicación del contrato–, de un lado, y la conducta de la licitadora una vez recibido el requerimiento cursado ex artículo 150.2 de la LCSP, de otro.

Como ha quedado reseñado y se desprende del relato fáctico a partir de los Antecedentes de hecho, en el presente supuesto no ha habido una demora excesiva por parte del órgano de contratación en clasificar las ofertas y proponer la adjudicación del contrato, sino que esta actuación se ha demorado a causa de que ninguno de los tres primeros clasificados ha atendido debidamente el requerimiento a que se alude en el párrafo anterior, siendo la mercantil aquí actora precisamente la tercera clasificada.

Pese a ello, se constata que efectivamente que en el procedimiento de contratación se ha vulnerado el plazo máximo para adjudicar el contrato que, según la cláusula 14.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares era “(...) *de quince días naturales a contar desde la apertura pública señalada en la anterior cláusula 12.3*”, la cual –a su vez– alude a la apertura del sobre electrónico nº 2.

Asimismo, se comprueba que la recurrente ante el requerimiento recibido ex artículo 150.2 de la LCSP omitió dar respuesta alguna al órgano de contratación; ni para atenderlo ni para comunicarle –como sí hizo la parte actora en el procedimiento de recurso especial nº 1921/2021– que ejercía el derecho a retirar su oferta, habida cuenta de que se había rebasado el plazo para adjudicar.

Pues bien, así las cosas, no son acogibles los argumentos de la aquí actora por cuanto que, en primer lugar, en el citado requerimiento ya se le advertía de las consecuencias en caso de no ser cumplimentado, y pese lo cual, decidió desatenderlo sin aportar documentación alguna al respecto.

Pero es que, además, tampoco optó –en respuesta al mismo– a comunicar al órgano de contratación su voluntad de retirar su oferta en ejercicio del derecho que le reconoce el artículo 158.4 de la LCSP; de este modo, la recurrente no puede pretender que tal derecho nazca en su esfera jurídica sin ninguna actuación positiva por su parte o, lo que es lo mismo, que una vez vencido el plazo para adjudicar el contrato se entiendan



automáticamente retiradas las proposiciones cuando, *ope legis*, esa consecuencia sólo se produce por mor del artículo 150.2 de la LCSP, ante el incumplimiento del requerimiento previsto en dicho precepto, y sobre el que el Pleno de este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse en su Resolución nº 1474/2022, de 24 de noviembre, en la que se viene a distinguir una serie de supuestos en que cabe imponer la penalidad regulada en dicho artículo 150.2 y en los que no; precisando, para estos últimos y de cara a tal imposición, que el incumplimiento del requerimiento ha de ser grave e imputable al licitador, que es lo que aquí –precisamente– ha acontecido en el supuesto analizado siendo concedora la recurrente de las posibles consecuencias de su inacción, mientras que no puede imponerse ante su cumplimiento defectuoso o imperfecto.

Como se apunta en la extractada Resolución nº 159/2022, el requerimiento dirigido al licitador ex artículo 150.2 de la LCSP no marca el *dies ad quem* para el ejercicio del eventual derecho para retirar su oferta, en caso de que concurran los presupuestos regulados en el artículo 158.4 del citado texto legal, pero sí exige de aquél que haga saber al órgano de contratación su inequívoca voluntad de ejercer tal derecho; lo mismo que se afirmaba en dicha Resolución acerca de la renuncia, es predicable de su ejercicio: así, no cabe presumir que un licitador retira su oferta por mor del último precepto aludido, y la manifestación de esa voluntad tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación.

Y no es óbice a tal conclusión la pretendida falta de transparencia que postula la parte actora –tercera clasificada, cabe insistir– para acreditar el supuesto desconocimiento del devenir del procedimiento de contratación, una vez que se produjo la clasificación de ofertas. Y es que, por la Secretaría de este Tribunal, con fecha 18 de julio de 2023 se le dio traslado del recurso especial –el 996/2023– en su condición de interesada, que interpuso la primera clasificada frente a la decisión de tener por retirada su oferta, idéntica actuación a la aquí impugnada; y al día siguiente, 19 de julio pasado, recibió el requerimiento del órgano de contratación, de cuya desatención trae causa el presente recurso. Por ello, no son de recibo sus argumentos de que ignorase o pudiera ignorar el estado de tramitación del procedimiento.



En suma, pese a que el requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP no supone el *dies ad quem* para el ejercicio del eventual derecho para retirar su oferta, ello no obsta que el licitador haya de contestar al órgano de contratación –bien atendiendo aquél, bien indicando que retira su oferta, cuando se den los presupuestos regulados en el artículo 158.4 del citado texto legal–; lo que no es admisible es que eluda toda respuesta porque ello contraviene la buena fe contractual que debe presidir la relación entre los licitadores y el órgano de contratación.

En conclusión, el recurso debe ser desestimado, debiendo confirmarse la actuación impugnada.

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 especial en materia de contratación interpuesto por D. M.A.M.P. en representación de VIAJES EL CORTE INGLES, S.A., contra el acuerdo por el que se impone una penalidad por entender retirada su oferta del procedimiento de contratación para los “*Servicios necesarios para la celebración del encuentro nacional de Aulas Mentor y unidades de orientación profesional del programa de formación abierta Aula Mentor*”, con expediente J2330008A, convocado por la Junta de Contratación del Ministerio de Educación y Formación Profesional.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo previsto 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 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 dicho orden jurisdiccional de la



Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, conforme a 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