



**Recurso nº 1345/2023**

**Resolución nº 1462/2023**

**Sección 1ª**

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

En Madrid, a 08 de noviembre de 2023.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. A.B.G., en representación de BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L., contra la resolución de 31 de agosto de 2023 por la que se acuerda imponerle una penalidad por importe de 11.926,75 euros en el seno del procedimiento “*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, adoptada 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). 22AAE475, por importe máximo de 481.045,62 €, IVA incluido, 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. 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 la 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 PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L. 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 PRODUCCIONES AUDIOVISUALES S.L., por no haber acreditado suficientemente la posesión de la solvencia requerida y no haber constituido la garantía en plazo.

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 se interpuso por BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES S.L. recurso especial en materia de



contratación. Dicho recurso fue desestimado por este Tribunal en Resolución 730/2023, de 9 de junio de 2023.

**Sexto.** Con fecha 18 de mayo de 2023 la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado acordó no adjudicar el contrato, al considerar que continuar con el procedimiento es contrario al interés público, ya que el contrato está vinculado a la consecución del objetivo 361 del Anexo de la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del plan de recuperación y resiliencia de España (COM(2021)322 final) (en adelante, Anexo CID) y debido a la demora producida durante la licitación el ámbito temporal del contrato excede el establecido en dicho objetivo, por lo que el contrato no es susceptible de ser financiado con fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia de la Unión Europea.

Contra dicha decisión de no adjudicación se interpuso de nuevo por BLACKOUT recurso especial en materia de contratación en el que, en síntesis, la recurrente invocaba la ausencia de causa de interés público que justifique la renuncia del contrato. Mediante Resolución 862/2023, de 28 de junio, el Tribunal desestimó el recurso interpuesto, si bien con respecto a la imposición de penalidad resolvió que imponiéndose ésta en su caso en una resolución independiente, dado el carácter revisor de este Tribunal, no procedía adoptar acuerdo alguno en relación con dicha penalidad.

**Séptimo.** Recibida la anterior Resolución, con fecha 13 de julio de 2023 se dictó la propuesta de penalización a BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L por retirar su oferta y haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, otorgando un plazo de 15 días para realizar alegaciones.

Con fecha 27 de julio de 2023, dentro del plazo establecido para ello, BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L presentó alegaciones a la propuesta de penalidad.

Con fecha 31 de agosto de 2023 se dictó acuerdo de penalización a BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L por retirar su oferta y haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor. El importe de dicha penalidad se fija en once mil novecientos veintiséis euros con setenta y cinco céntimos (11.926,75 €) correspondiente con el 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido. El acuerdo se comunicó el 6 de septiembre de 2023.



**Octavo.** Notificada dicha penalidad, se interpone de nuevo contra aquélla recurso especial en materia de contratación en fecha 27 de septiembre de 2023, con base en una serie de razonamientos que se resumen en los siguientes términos:

*“Blackout ha actuado con buena fe durante todo el procedimiento de contratación.*

*✓ Que la intención y voluntad de esta parte ha sido cumplimentar cada uno de los requerimientos realizados por la Administración, formalizar el contrato y ejecutarlo.*

*✓ Que ha puesto todos los medios posibles para llevar a cabo el contrato incluso interponiendo los dos recursos especiales en materia de contratación contra el acuerdo que entiende retirada la oferta y el acuerdo de renuncia.*

*✓ Que el incumplimiento no ha sido total y grave, en cuanto a la constitución de la garantía, al encontrarse en tramitación el depósito en efectivo en la Caja General de Depósitos formalizó un aval bancario, en cuanto a la solvencia, presento una amplia documentación para acreditar la misma que finalmente el órgano de contratación consideró insuficiente.*

*✓ Por lo tanto, en todo caso nos encontramos ante un cumplimiento defectuoso o imperfecto, pero no total y absoluto.”*

Recibido en este Tribunal el expediente, el órgano de contratación acompañó el informe a que se refiere el artículo 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, alegando que procede la imposición de la penalidad puesto que existe un incumplimiento grave e imputable a la recurrente del requerimiento previsto en la cláusula 14.4 del PCAP y en el artículo 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

**Noveno.** La Secretaría del Tribunal en fecha 4 de octubre de 2023 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.



**Décimo.** Por Acuerdo de este Tribunal de fecha 11 de octubre de 2023 dictado al amparo del artículo 58.2, letra b) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se declara que prima facie no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso y se concede la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo dispuesto 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.** 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 45 de la LCSP.

**Tercero.** Constituye el objeto de este recurso la decisión de imponer al recurrente penalidad ex artículo 150.2 de la LCSP, 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. Al no tener por objeto un acto de adjudicación, no se considera aplicable el plazo de diez días naturales que para dichos actos establece el artículo 58 del Real Decreto Ley 36/2020.

**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 adoptado, que le impone el pago de un importe concreto.

**Sexto.** En cuanto al fondo del asunto, la cuestión consiste en determinar si la penalidad impuesta por el órgano de contratación encuentra encaje y fundamento en la normativa y en la doctrina de aplicación.

La misma encuentra su fundamento jurídico en el artículo 150.2 LCSP, y en los pliegos que rigen la licitación, que al respecto rezan en la Cláusula 14.4 del PCAP:

*“Si el licitador no presenta la documentación requerida en el plazo señalado, si no la subsana, en su caso, o si del examen de la aportada se comprueba que no cumple los requisitos establecidos en este pliego, se entenderá que ha retirado su oferta y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, incurriendo, en su caso, en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 71.2 a) de la LCSP, asimismo, se le exigirá el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad. En ese caso se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.”*

En nuestra Resolución de Pleno número 1474/2022 dijimos (énfasis añadido):

*“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.”*

Procede analizar las razones por las que la oferta de la recurrente fue finalmente excluida en el trámite regulado por el artículo 150.2 de la LCSP, tras conceder la posibilidad de subsanación. Fueron dos los motivos para ello:

1.- Falta de acreditación de la solvencia técnica. El PCAP exigía acreditar experiencia en servicios de igual o similar naturaleza a los que constituyen el objeto del contrato, en el curso de, como máximo, los tres últimos años, por importe igual o superior a 278.290,85 €.

La empresa recurrente presentó una relación de servicios de los años 2020, 2021, y 2022, cuyo importe, en cada uno de los años, era superior a los 278.290,85 €, aportando facturas, justificantes bancarios y, en algunos casos, certificados de ejecución u órdenes de compra.



La resolución de exclusión se limita a indicar que, del análisis detallado de la documentación, no es posible concluir favorablemente sobre el cumplimiento de los requisitos de solvencia técnica, dado que aquella no ofrece evidencia suficiente y válida para tal fin.

El artículo 90 de la LCSP establece que cuando el destinatario de los servicios sea una entidad privada, éstos se acreditarán mediante certificados de buena ejecución y, a falta de ellos, mediante una declaración del empresario acompañada de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación. Y en los mismos términos se pronuncia la página 6 del PCAP.

Eso es lo que se ha hecho, y la resolución de exclusión no concreta las razones por las que no se admite toda o parte de la documentación presentada.

Por tanto, este motivo no puede fundar la imposición de la penalidad.

2.- Falta de constitución de la garantía definitiva en plazo. En el primer requerimiento de documentación la empresa recurrente presentó una captura de pantalla de la Caja General de Depósitos, con fecha de registro 28 de febrero de 2023 (el plazo de presentación de la documentación finalizaba el día 9 de marzo, a las 23:59 h), en el que se observa que el trámite está “pendiente de modificación”, alegando que *“la garantía definitiva está siendo gestionada con la Secretaría General del Tesoro Público, y están tardando más de lo que el plazo de entrega de documentación nos exige”*.

Posteriormente, en el trámite de subsanación, después de explicar lo sucedido con la tramitación de la garantía, aportó un aval de CaixaBank, por importe de 15.291 euros.

El órgano de contratación realizó una consulta a la Caja General de Depósitos para determinar lo sucedido en la tramitación de la garantía definitiva (documento 40 del expediente). Esta fue la respuesta de la CGD:

*“Perdonen por la tardanza, tuvimos que realizar una consulta al departamento informático para conocer realmente el proceso que hizo la empresa de la solicitud.*

*Les aparece como pendiente de modificación, porque al hacer la subsanación correctamente indicando la ley, volvieron a entrar a la solicitud y pulsaron en “modificar”.*



*Al darle, la solicitud pasó a ese estado de “Pte. Modificación”. Tras hacerlo, o cerraron el navegador, o la aplicación al preguntarle, Al cancelar la modificación se tendrá por presentado el formulario 060 ¿Desea continuar?, pulsaron que no y por eso se quedó en Pte. modificación.*

*Así que, lo que debe hacer (el garantizado) es acceder al detalle de la garantía que está en “Pte.Modificación” y (entendiendo que realmente no quería modificar nada) ya en la pantalla en la que puede modificar los datos, pulsar el botón “Cancelar modificación” y, ante la pregunta que les sale en el pop-up que indica “Al cancelar la modificación se tendrá por presentado el formulario 060 ¿Desea continuar?”, pulsar el botón “Aceptar”. Con esto ya quedará en un estado pendiente de validación por nuestra parte y nos permitirá ya validarla.*

*Tras su validación, tendrán que acceder de nuevo a SECAD (les llegará un correo de que se ha validado el modelo 060), buscar por garantías en tramitación, indicar el tipo de garantía, en este caso efectivo, pulsar en la solicitud y proceder a descargar el modelo 060.”*

Como vemos, la empresa recurrente subsanó correctamente lo solicitado (indicación de la ley aplicable), cometiendo el error de pulsar la tecla “modificar”. Como manifiesta la CGD, de haber realizado correctamente la presentación del formulario 060, se tenía que esperar a la “validación” por parte de la CGD, por lo que era razonable que el interesado supusiera que está validación se estaba produciendo, y que en algún momento tendría lugar. Lo que no dependía de él.

Posteriormente, en el trámite de subsanación, aporta un aval bancario.

Pues bien, el Tribunal considera que el error cometido por la recurrente, si bien razona su exclusión del procedimiento, no se considera de la suficiente gravedad como para justificar la imposición de la multa del 3% que establece el artículo 150.2 de la LCSP. Ha quedado patente su voluntad de constituir la garantía definitiva en plazo, así como la existencia de dudas razonables sobre el estado de tramitación de esta (el órgano de contratación decidió requerir de subsanación y no tener por no constituida la garantía y ello tras pedir informe a la CGD y ésta a sus informáticos) habiendo presentado en el trámite de subsanación un aval bancario, ante la falta de contestación de la CGD.



Se estima el recurso, y se anula la resolución por la que se impone a la recurrente una multa del 3% del presupuesto base de licitación.

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. A.B.G., en representación de BLACKOUT PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L., contra la resolución de 31 de agosto de 2023 por la que se acuerda imponerle una penalidad por importe de 11.926,75 euros en el seno del procedimiento "*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, adoptada por la Dirección del Museo Nacional del Prado, que se anula.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en el 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 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