

**RECURSO 90/2022
RESOLUCIÓN 124/2022**

Resolución 124/2022, de 25 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se estima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Krea Gestión de la Cultura y el Ocio, S.L.U., contra el Acuerdo de 29 de junio de 2022 adoptado por el Consejo de Administración de la Sociedad Provincial de Desarrollo de Valladolid, S.A. ("SODEVA") por el que se considera retirada la oferta y se impone una penalidad a los licitadores propuestos como adjudicatarios del lote 1 del procedimiento de adjudicación del contrato del servicio de azafatas/os, guías y celador/a en el Museo Provincial del Vino, Museo del Pan y CIN Matallana, centros gestionados por SODEVA, de la Diputación Provincial de Valladolid, expediente nº ADMON. 07/2021, por incumplir el requerimiento de documentación en el procedimiento.

I**ANTECEDENTES DE HECHO**

Primero.- Mediante Acuerdo del Consejo de Administración de la Sociedad Provincial de Desarrollo de Valladolid, S.A., ("SODEVA"), de 8 de noviembre de 2021, se aprueba el expediente relativo a la contratación de Servicio de azafatas/os-guías y celador/a en el Museo Provincial del Vino, Museo del Pan y CIN Matallana, centros gestionados por SODEVA (Expediente ADMON 07/2021).

El anuncio de licitación y los pliegos, se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fechas 14 y 15 de noviembre de 2021, respectivamente. El valor estimado del contrato es de 542.577,44 euros.

El contrato se divide en los siguientes lotes: lote 1. Museo del Vino en Peñafiel, lote 2. Museo del Pan en Mayorga y lote 3. CIN de Matallana en Villalba de los Alcores.

Segundo.- Realizada la apertura y valoración de las ofertas correspondientes, el 21 de enero de 2022, la Mesa de contratación realiza propuesta de adjudicación de los diferentes lotes y requiere a los licitadores para la presentación de la documentación. Así, se realiza propuesta de adjudicación del lote 1 en favor de Externa, Servicios Generales de Empresa, S.L. (en adelante "Externa, S.L."), y de los lotes 2 y 3 en favor de Montajes Escénicos Globales, S.L.

En el requerimiento, se indica que, de no cumplimentarse adecuadamente los requerimientos en el plazo señalado, se entenderá que los licitadores han retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente según el orden en que han quedado clasificadas las ofertas para los distintos lotes.

Tercero.- El 7 de febrero de 2022, la empresa Externa, S.L., contesta al requerimiento de petición de documentación a través de la Plataforma de contratación del sector público.

Cuarto.- El 18 de febrero de 2022, se reúne de nuevo la Mesa de contratación y acuerda excluir a la empresa Externa, S.L., al no cumplir con los requisitos de participación.

Quinto.- El 23 de febrero 2022, el órgano de contratación, tras haber sido excluida la mercantil Externa, S.L. requiere a Krea Gestión de la Cultura y el Ocio. S.L.U., (en adelante, "Krea"), para que presente la documentación necesaria para la adjudicación. En concreto, se le solicita que presente la documentación acreditativa de la solvencia económica, -cuentas anuales que referidas al año de mayor volumen de negocio de ellos tres últimos concluidos-, cuyo importe deberá ser al menos de 325.888,48 euros.

Sexto.- El 7 de marzo de 2022, Krea presenta, ante el órgano de contratación, escrito en el que renuncia a continuar en el procedimiento al haber advertido un error en la interpretación del pliego que les llevó a considerar que sí disponían de la solvencia económica exigida, cuando en realidad no disponen de ella.

Séptimo.- El 29 de junio de 2022, el Consejo de Administración de SODEVA acuerda la adjudicación del lote 1 a la empresa Salzillo Servicios Integrales, S.L.U. Asimismo, se acuerda dar por retirada la oferta presentada por Krea, segundo licitador propuesto adjudicatario del lote 1.

Octavo.- El 12 de julio tiene entrada en el registro de este Tribunal, un recurso especial en materia de contratación interpuesto en nombre y representación de Krea, contra el Acuerdo el Consejo de Administración de SODEVA de 29 de junio de 2022 por el que se considera retirada la oferta y se impone la consiguiente penalidad a los licitadores propuestos como adjudicatarios del lote 1 del referido procedimiento de adjudicación.

El recurso se fundamenta en que la retirada de la oferta por parte de Krea se ha producido de conformidad con lo dispuesto en la LCSP, en concreto, señala que esta se ha producido en el intervalo temporal que la ley concede al licitador en el artículo 158.2.

Noveno.- El 13 de julio de 2022, es admitido a trámite el recurso con número de registro 90/2022, y se requiere al órgano de contratación para que remita al Tribunal el expediente, el correspondiente informe y relación de todos los licitadores, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia. Asimismo, se le informa de la posibilidad de formular alegaciones en relación con la medida cautelar suspensión solicitada por la empresa recurrente.

El órgano de contratación remite informe en el que solicita la desestimación del recurso interpuesto y manifiesta su voluntad de no pronunciarse respecto de la solicitud de suspensión solicitada.

Décimo.- Mediante Acuerdo 38/2022, de 21 de julio, de este Tribunal, se desestima la solicitud de suspensión del procedimiento.

Decimoprimer.- Concedido trámite de audiencia a los demás licitadores el 18 de julio, no consta que se hayan presentado alegaciones.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 46.1 de la LCSP, y 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- El procedimiento del recurso especial se ha tramitado conforme a lo previsto en el capítulo V, título I, libro primero (artículos 44 y siguientes) de la LCSP.

En cuanto a la competencia objetiva de este tribunal para conocer del recurso, debemos señalar que este se ha interpuesto contra la imposición de la penalidad que es una consecuencia jurídica automática legalmente vinculada a la retirada de la oferta, por incumplimiento del requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, por lo que están directamente enlazadas, no siendo la penalidad susceptible de recurso especial por separado.

Se trata de un acto que se produce en una fase previa a la formalización del contrato y que es decisiva para esta, por lo que es uno de los actos previstos en el artículo 44.2 de la LCSP y, en consecuencia, impugnabile a través del recurso especial en materia de contratación.

Dicho acto se produce en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 542.577,44 euros y, por tanto, superior a 100.000 euros, por lo que cumple con las exigencias del artículo 44 de la LCSP, apartados 1.a) y 2.b).

El recurso especial se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto con arreglo al artículo 50.1.b) de la LCSP.

Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, es preciso recordar que de conformidad con lo determinado en el artículo 57.2 LCSP, este Tribunal resuelve, bajo el principio de congruencia, sobre la petición concreta de la parte recurrente.

4º.- En su recurso, la mercantil Krea, manifiesta que el acto que se recurre acuerda reclamarle el importe del 3% del presupuesto base de licitación del lote 1, IVA excluido, en concepto de penalización, de conformidad con lo estipulado en el artículo 150.2 de la LCSP. Considera que ni en el cuerpo del acuerdo adoptado por el órgano de contratación, ni tampoco en el texto de la comunicación, se contiene ninguna motivación o análisis de la procedencia de dicha penalización, bastándole la remisión al tenor literal del citado artículo 150.2.

La recurrente entiende que sobre la base de lo determinado en los artículos 158.2 y 158.4 LCSP, el plazo máximo de 2 meses para efectuar la adjudicación, se cumplió el día 14 de febrero de 2022, lo que habilitaba a Krea a partir de ese día, para retirar su proposición, la cual se produce el 7 de marzo de 2022. Afirma que el artículo 158.4, no exige que se justifique la razón por la que se retire la oferta.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe señala que: "La Resolución 497/2022, de 27 de abril de 2022, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resuelve el recurso sobre la imposición de penalidad del 3% del presupuesto base de licitación por incumplimiento del artículo 150.2 LCSP, sobre clasificación de ofertas y adjudicación del contrato.

»El Tribunal resuelve que esta consecuencia de la imposición de penalidad del 3% del presupuesto de licitación es automática y no se puede desligar del incumplimiento. Incumplido lo prescrito en el citado artículo 150.2 LCSP, automáticamente se debe imponer la penalidad por el órgano de contratación como consecuencia legal del incumplimiento.

»La empresa KREA no retira la oferta porque la adjudicación no se produjera dentro de los plazos señalados en la LCSP y no pudiera asumir el coste de la prestación del servicio, sino porque no cumple el requisito exigido en la licitación sobre la solvencia económica a pesar de haber declarado

responsablemente cumplirlo. Y es consciente de ello, no en un momento dado como dice la contratista, sino cuando SODEVA le requiere que justifique los requisitos de participación y así lo reconoce en su escrito de fecha 7 de marzo de 2022.”

5º.- Expuestas las posiciones de las partes, procede examinar si la retirada de la oferta por parte de KREA se ajustó a lo determinado en la LCSP, y por tanto, se trató de una retirada justificada de la oferta no debiendo dar lugar a la imposición automática de penalidad alguna, o por el contrario, el Acuerdo adoptado por SODEVA, se ajustó a derecho y en consecuencia procedía la imposición automática de la penalidad como consecuencia del incumplimiento legal del requisito de solvencia y haberse producido una retirada injustificada de la oferta.

En relación con la retirada de la oferta y el plazo máximo para la adjudicación del contrato, el pliego rector del contrato en cuestión dispone, en su cláusula 25.7, lo siguiente: “25.7. El plazo máximo para efectuar la adjudicación será de 2 meses a contar desde la apertura de las proposiciones, conforme al art. 158.2 LCSP.

» No obstante, si concurrieran circunstancias excepcionales que impidieran cumplir este plazo, el Órgano de Contratación, mediante resolución motivada que se notificará a todos los licitadores cuyas proposiciones hayan sido admitidas, podrá ampliar este plazo hasta un máximo de otros 2 meses. De no adjudicarse el contrato en el plazo indicado o en el de su prórroga, los licitadores admitidos tendrán derecho a retirar su proposición.”

No consta que el órgano de contratación hiciera uso de la facultad recogida en el pliego en relación con la posibilidad de ampliación del plazo para la adjudicación del contrato, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo transcrito, de no adjudicarse el contrato en el plazo de dos meses desde la apertura de la proposición el licitador tendría derecho a retirar su proposición.

En relación con el derecho de los licitadores a la retirada de la oferta, el artículo 158.2 de la LCSP establece que el plazo máximo que tiene el órgano de contratación para efectuar la adjudicación es de dos meses a contar desde el

primer acto de apertura de sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición:

“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.”

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del citado artículo 158 de la LCSP, de no producirse la adjudicación dentro del plazo de dos meses, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición sin penalización alguna: “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.”

En el caso que nos ocupa, el propio pliego de cláusulas administrativas particulares, expresamente apoyaba con su redacción el contenido del artículo 158.2 al establecer que de no adjudicarse el contrato en el plazo indicado o en el de su prórroga, los licitadores admitidos tendrían derecho a retirar su proposición, independientemente de la motivación por la que esta se hace. Considerando que la retirada de la oferta se produjo el 7 de marzo de 2021, y por tanto una vez transcurrido el plazo de 2 meses señalado en el artículo 158.2 de la LCSP y que además, el órgano de contratación no hizo uso de la facultad de ampliación del plazo para la adjudicación que preveía el propio pliego de cláusulas administrativas, este Tribunal entiende, que la retirada de la oferta por parte de Krea estaba planamente justificada, procediendo por tanto, la estimación de las pretensiones de la recurrente.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León

III RESUELVE

PRIMERO.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Krea Gestión de la Cultura y el Ocio, S.L.U., contra el Acuerdo de 29 de junio de 2022 adoptado por el Consejo de Administración de SODEVA por el que se considera retirada la oferta y se impone la consiguiente penalidad a los licitadores propuestos como adjudicatarios del Lote 1 del procedimiento de adjudicación del contrato del servicio de azafatas/os, guías y celador/a en el Museo Provincial del Vino, Museo del Pan y CIN Matallana, centros gestionados por SODEVA, de la Diputación Provincial de Valladolid, expediente nº ADMON. 07/2021, por incumplir el requerimiento de documentación en el procedimiento.

SEGUNDO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).