

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Botella Rodríguez, en nombre propio, contra los Decretos de la Delegada del Área de Gobierno de Cultura, Turismo y Deporte del Ayuntamiento de Madrid, de imposición de penalidad por retirada de su oferta en los Lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco de Servicios de Producción y Montaje de Exposiciones Temporales y de Recursos Expositivos de la Red de Museos y Exposiciones de la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 191/2021/00447, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncios publicados los días 11 y 14 de marzo de 2024, respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, se convocó licitación del acuerdo marco de referencia mediante procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con pluralidad de criterios de valoración y dividido en dos lotes.

El valor estimado del acuerdo marco es de 2.120.400 euros y el plazo de duración de 24 meses.

A la licitación del Lote 1 se presentó un único licitador, el recurrente. A la licitación del Lote 2 concurrieron dos licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo. - Celebrados por la Mesa de contratación sucesivos actos de apertura de los distintos archivos, calificación de la documentación relativa a requisitos previos y valoración de los criterios de adjudicación, en sesión de fecha 24 de mayo de 2023 se propone la adjudicación del Lote 1 al recurrente y la adjudicación del Lote 2 al recurrente y a INTERVENTO 2, S.L., a quienes se requiere la documentación correspondiente al trámite del artículo 150.2 LCSP.

En nueva sesión celebrada por la Mesa el 10 de julio de 2023 se acuerda entender retirada la oferta presentada por el recurrente a ambos lotes, al no haber presentado la documentación previa a la adjudicación en el plazo establecido, que concluía el 22 de junio de 2023, procediendo la imposición de penalidad por retirada de oferta. En el mismo acto se califica como completa la documentación presentada por INTERVENTO 2, S.L. para el Lote 2.

Mediante Decreto de la Delegada del Área de Gobierno de Cultura, Turismo y Deporte de fecha 7 de agosto de 2023 se declara desierto el Lote 1, al no existir ninguna proposición admisible, una vez retirada la oferta de D. Carlos Botella Rodríguez.

Por el mismo órgano, mediante Decreto de 31 de agosto de 2023 se resuelve la adjudicación del Lote 2 en favor de INTERVENTO 2, S.L.

En fecha 23 de enero de 2024 se emite informe para la imposición de penalidad en el Lote 1, concediéndose trámite de audiencia al ahora recurrente, quien en el plazo concedido al efecto no presenta alegaciones.

De forma extemporánea, se recibe escrito de alegaciones del recurrente en el buzón de correo electrónico del órgano de contratación, alegando importantes contratiempos económicos, organizativos y estructurales que le impidieron, a fecha del requerimiento de documentación previa a la adjudicación, cumplir con las condiciones de solvencia.

Dicho escrito no es tenido en cuenta en las resoluciones de fechas 20 de febrero de 2024, de imposición de penalidades por importe, respectivamente, de 13.392,00 euros, equivalente al 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en el Lote 1; y de 8.370,00 euros, importe equivalente al 3% del presupuesto base de licitación del Lote 2.

En el pie de recurso de la notificación de las resoluciones anteriores se hacía constar que contra la misma cabía interponer recurso contencioso-administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid y, potestativamente, recurso de reposición ante el mismo órgano.

Tercero. - El 20 de marzo de 2024, D. Carlos Botella Rodríguez interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, contra sendos Decretos de 20 de febrero de 2024, de imposición de penalidades por retirada de oferta en los lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco.

El 26 de marzo de 2024, el órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y su informe tal como dispone el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), 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 (en adelante, LCSP), solicitando la inadmisión del recurso.

Cuarto. - No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, de considerarse correcta su calificación como recurso especial en materia de contratación, lo cual se analizará en el Fundamento Cuarto, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso,

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona licitadora en el presente procedimiento de contratación, a quien se ha impuesto penalidades y, por tanto, “cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los Decretos impugnados, de fecha 20 de febrero de 2024 fueron notificados a la recurrente el 10

de marzo de 2024, siendo interpuesto el recurso el día 20 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - Especial análisis merece el acto impugnado, pues si bien ha sido dictado en el marco de la adjudicación de un acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, conforme a lo establecido en el artículo 44.1.b) de la LCSP, solicita el órgano de contratación la inadmisión del recurso por entender que el acto de imposición de penalidades no está recogido entre los actos susceptibles de impugnación a través de recurso especial del artículo 44.2 de la LCSP.

Alega el recurrente las resoluciones del TACRC 1121/2019 y 1662/2021, que consideran los actos de imposición de penalidades como actos de trámite cualificados.

El órgano de contratación considera en su informe que el Decreto objeto de impugnación concluye el procedimiento de imposición de penalidad, decidiendo el procedimiento, por lo que no es un acto de trámite.

Procede por tanto analizar si los Decretos de imposición de penalidades objeto del recurso, pueden encuadrarse en alguna de las actuaciones que se especifican en el artículo 44.2 de la misma Ley.

Resulta evidente que los actos impugnados no tienen cabida en los apartados a), c), d), e) y f), del referido precepto. La imposición de penalidades por retirada de oferta ha sido calificada por este Tribunal en diversas resoluciones como acto de trámite cualificado, pues el apartado b) establece: *“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones: (...) b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan*

indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Así se ha hecho en resoluciones de este Tribunal números 98/2020, 21 mayo, en que se impugnaba la exclusión, penalización y declaración de desierto del procedimiento de contratación; número 64/2020, 6 de febrero en que se ataca la resolución por la que se acuerda la retirada injustificada de la oferta presentada y se procede a la adjudicación; o resoluciones 151/22, de 21 abril y 229/2022, de 16 de junio, que resuelven impugnaciones de retiradas de oferta e imposición de penalidades. En estos casos, se impugnaba conjuntamente la imposición de penalidades y la retirada de la oferta, siendo la retirada de oferta un acto de trámite cualificado per se, dado que pone fin al procedimiento para el licitador afectado.

En otros casos, como en la Resolución 6/2015, de 14 de enero, en que se impugnaba la incautación de garantía por demora en la firma del contrato, también se ha considerado que se trataba de un acto de trámite que producía indefensión; y en Resolución 286/2017, de 11 de octubre, se ha considerado la incautación de garantía como acto de trámite que produce un perjuicio irreparable.

El caso que nos ocupa reviste especial complejidad, pues si bien la imposición por parte del órgano de contratación de penalidades automáticas por retirada de oferta, en virtud del artículo 150 LCSP puede considerarse acto de trámite cualificado al amparo de lo dispuesto en el artículo 44.2 b), y por tanto recurrible ante este Tribunal, el órgano de contratación no procedió a la imposición de la penalidad al recurrente en el Decreto de fecha 7 de agosto de 2023, por el que se declara desierto el Lote 1 al no existir ninguna proposición admisible, una vez

considerado por el órgano de contratación que el recurrente había retirado su oferta; ni en el Decreto de fecha 31 de agosto de 2023 por el que se adjudica el Lote 2 a otro licitador.

Lo acaecido, es que el órgano de contratación, amparándose en lo dispuesto en la Disposición Final Cuarta de la LCSP, acude a la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y tramita pieza separada de imposición de penalidades dando audiencia al licitador en virtud del artículo 82 de dicho texto legal, dando por este motivo pie de recurso ordinario en la notificación de los decretos de imposición.

La tramitación de este procedimiento que ha diferido la imposición de una penalidad automática, no obsta para que este Tribunal, al objeto de evitar la indefensión del recurrente, pueda entender que los actos impugnados, que imponen penalidades al recurrente por importe del 3% del presupuesto base de licitación en cada lote, derivan del acto previo de entender retiradas sus ofertas a ambos lotes, al no haberse cumplimentado adecuadamente los requerimientos en plazo, por lo que pueden calificarse como actos de trámite cualificados en el procedimiento de adjudicación del contrato que ocasionan un perjuicio irreparable al recurrente, pudiendo incardinarse en el apartado 2 letra b) del artículo 44 LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto, considera el recurrente que la imposición de la penalidad es improcedente por cuanto que la falta de presentación de la documentación previa a la adjudicación de ambos lotes no trae causa de su mala fe, sino que deriva de errores involuntarios y de circunstancias sobrevenidas.

De una redacción algo ambigua de su recurso parece inferirse que el error involuntario al que alude el recurrente es el padecido en su participación en el proceso, pues el DEUC indicaba que el licitador era persona física, cuando parece indicar que se presentaba como administrador único de Sol´Art, distintivo comercial

de la empresa TC PROFESIONAL, S.L. Destaca para apoyar la apreciación del error la imposibilidad de cumplir las condiciones de solvencia económica y técnicas exigidas por parte de un particular.

En lo concerniente a las circunstancias sobrevenidas, sostiene que su sociedad, al tiempo del requerimiento (practicado a la persona física) había perdido las condiciones de solvencia exigidas, sin que pudiera encontrar una solución al objeto de atender el requerimiento y que con el fin provocar el menor desajuste posible al órgano de contratación, en fecha 12 de septiembre de 2023 dirigió correo electrónico al órgano de contratación trasladando la imposibilidad de cumplir por los motivos expuestos.

Alude asimismo a otro error involuntario en el procedimiento de imposición de penalidades, pues no se accedió al correo electrónico de notificación del trámite de audiencia previo a la imposición de la penalidad, hasta muchos días después, enviando correo electrónico al órgano de contratación explicando lo sucedido.

Nada alega el órgano de contratación en su informe sobre la procedencia de la penalidad, pues se limita a fundamentar en su informe la improcedencia del recurso especial, solicitando su inadmisión.

Constata este Tribunal que en los DEUC presentados a la licitación, en el apartado “Información sobre el operador económico” figura “Nombre: CARLOS BOTELLA RODRIGUEZ”, con NIF, y que, pese a indicar en el apartado “Información sobre los representantes del operador económico” que actúa como Administrador Único, vuelve a indicar los datos de persona física, sin que la persona jurídica a la que alude en su recurso aparezca en ningún lugar del DEUC.

Siendo la admisión del licitador, persona física, una cuestión que resulta extemporánea en el acto que se impugna, habiéndose presentado recurso por la

misma persona física que se identifica como licitadora a lo largo de todos los actos del procedimiento, procede el análisis de los documentos obrantes en el expediente a efectos de resolver el ajuste a Derecho de la imposición de la penalidad.

Del Acta de la Mesa 25 de mayo de 2024 resulta una propuesta de adjudicación a CARLOS BOTELLA RODRÍGUEZ de los lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco, indicándose que, una vez aceptada la propuesta de adjudicación de la Mesa por el órgano de contratación, se efectuará requerimiento para la presentación de la documentación justificativa de las circunstancias a que hacen referencia los párrafos a) a c) del apartado 1 del artículo 140 y la cláusula 22 del pliego de cláusulas administrativas particulares, acreditativa de las circunstancias referidas en el DEUC, así como el resto de documentación establecida en el artículo 150.2 de la LCSP y, una vez aportada, el órgano de contratación, en su caso, adjudique el contrato, según lo dispuesto en el art. 150.3 LCSP.

Y, efectuado el requerimiento, el recurrente no presentó ninguna documentación en el plazo otorgado a tal fin.

Señala el artículo 150.2 de la LCSP que *“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.”*

Del tenor literal de este párrafo del artículo 150.2, se deduce que se trata de una penalidad de imposición automática para el caso de que no se hubiera cumplimentado “adecuadamente” el requerimiento en el plazo señalado.

Así se recoge igualmente en el PCAP de la licitación del Acuerdo Marco, pliego que tiene la consideración de Ley del contrato, asumiendo su contenido el recurrente al presentar su proposición, que dispone textualmente en su Cláusula 25 que, de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle una penalidad del 3%.

A este respecto, señala el TACRC en diversas resoluciones que dicha penalidad sólo debe operar automáticamente cuando traiga causa en alguno de los siguientes supuestos:

- Retirada voluntaria e injustificada de la oferta, los supuestos denominados de autoexclusión en terminología acuñada por ese Tribunal (Resolución nº 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)
- Incumplimiento total del requerimiento del art.150.2 de la LCSP.

Fuera de dichos supuestos, ha ido suavizando el rigorismo el TACRC, la imposición no puede ser automática.

En el caso objeto de análisis, nos encontramos ante un incumplimiento total del requerimiento, reconocido por el propio recurrente, por lo que se encuentra incluido en la aplicación automática de la penalidad por retirada injustificada de oferta, procediendo aplicar las consecuencias previstas en el artículo 150.2 LCSP, esto es, la aplicación de una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, de cada lote, tal como se recoge en los Decretos de imposición de las respectivas penalidades.

En consecuencia con lo anterior, no puede considerarse una voluntad de cumplimiento del licitador, pues como él mismo señala, el incumplimiento deriva de circunstancias administrativas, empresariales y personales.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad de sus miembros, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Carlos Botella Rodríguez, en nombre propio, contra los Decretos de la Delegada del Área de Gobierno de Cultura, Turismo y Deporte del Ayuntamiento de Madrid, de imposición de penalidad por retirada de su oferta en los lotes 1 y 2 del Acuerdo Marco de Servicios de Producción y Montaje de Exposiciones Temporales y de Recursos Expositivos de la Red de Museos y Exposiciones de la Dirección General de Bibliotecas, Archivos y Museos del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 191/2021/00447.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.