

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

En Madrid, a 6 de mayo de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las sociedades, comprometidas a constituirse en U.T.E, Volterra Ecosystems, S.L. y Lola Landscape Architects B.V., contra el decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano, de fecha 22 de marzo de 2021, por el que acordó su exclusión del procedimiento para la adjudicación del lote 1 del “Concurso de proyectos para la configuración del Bosque Metropolitano de Madrid”, dividido en cinco lotes, expediente n.º 711/2020/02264, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE, con fecha 6 de julio de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 3.583.576 euros.

Segundo.- Tras la apertura el 14 de diciembre de 2020, en sesión pública y telemática, de los sobres nº 1 de todas las propuestas ganadoras del primer y segundo premio de cada lote, el Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano, mediante decreto de 19 de enero de 2021, aceptó la propuesta del Jurado.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula 15 de las Bases Administrativas que rigen el concurso, y de conformidad con lo establecido en el artículo 150, en relación con el 140.1, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), el Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano requirió a todos los propuestos ganadores de los primeros y segundos premios para que, en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente al que recibieran el requerimiento, aportaran por el registro electrónico del Ayuntamiento de Madrid la documentación acreditativa de la capacidad de obrar, el bastanteo de poderes, los certificados de estar al corriente en el cumplimiento de las deudas tributarias y con la Seguridad Social y la acreditación del equipo mínimo exigido.

El representante de la UTE envió el 15 de febrero, un correo dirigido a la unidad promotora del expediente, la Dirección General de Planificación Estratégica, en el que manifestó, literalmente, lo siguiente: *“Estamos intentando subir la información administrativa de Volterra y Lola pero no encontramos todavía donde realizarlo. Estoy dentro de vuestra web con mi certificado digital, voy a Registro electrónico, pero luego no veo en ningún lado “Contratación”. Hay otra forma de enviaros toda la info? Por wetransfer?”*.

El correo del representante se remitió ese mismo día desde la unidad promotora al Servicio de Contratación, desde el que se informó inmediatamente, también vía correo electrónico, que toda la documentación requerida debía enviarse a través del registro electrónico.

El 15 de febrero a las 19:02, tuvo entrada en el Registro electrónico del Ayuntamiento de Madrid, la documentación de requerida a la UTE.

El 3 de marzo de 2021, el representante de la UTE presentó escrito dirigido a la Jefa del Servicio de Contratación en el que alegó que durante los días 10, 11 y 12 de febrero presentó un problema de salud que le impidió hacer una vida normal y acceder al ordenador en el que tenía archivada la firma electrónica. Asimismo, indicó que el día 15 de febrero de 2020, a las 0:15, envió un correo electrónico dirigido, entre otros, al Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano en el que expuso las dificultades que estaba teniendo, solicitando que se tuviera por subsanada la omisión de la documentación mediante la presentación realizada el 15 de febrero de 2021.

El 10 de marzo, en contestación al referido escrito, la Secretaria General Técnica de Desarrollo Urbano informó a UTE que admitir las alegaciones manifestadas por su representante y, por tanto, tener por presentada su documentación en plazo, menoscabaría gravemente el derecho de la segunda mejor clasificada, lo que supondría una evidente vulneración del principio de igualdad de trato entre los candidatos reconocido en el artículo 1 LCSP.

El Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano, en virtud de la propuesta elevada por la Subdirección General de Contratación y Asuntos Generales, acordó mediante decreto de 22 de marzo de 2021, excluir a la UTE del procedimiento de licitación y adjudicar el primer premio del lote 1.

Tercero.- El 5 de abril de 2021, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de la UTE, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión por no ser ajustado a derecho.

El 16 de abril de 2021, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los adjudicatarios de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 21 de abril de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, oponiéndose a la estimación del recurso, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

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, 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 persona jurídica licitadora excluida, *“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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 30 de marzo de 2021, e interpuesto el recurso en el órgano de contratación el 5 de abril de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación del contrato y la exclusión de una oferta en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de dilucidar si la exclusión de la recurrente fue ajustada a derecho.

A este respecto, conviene destacar que la cláusula 16 de las Bases Administrativas del concurso establece lo siguiente: *“El resultado del concurso se expondrá públicamente en la web de Gobierno Abierto y será objeto de análisis por los servicios del Ayuntamiento de Madrid, que podrá reproducir de modo total o parcial sus contenidos en sus publicaciones, garantizando el reconocimiento de sus autores.*

16.1. El órgano de contratación adjudicará cada lote del concurso conforme a la propuesta del Jurado. La concesión efectiva de los premios quedará condicionada a que se haya incluido la preceptiva documentación y que ésta sea correcta, conforme los requisitos señalados en estas Bases.

16.2. Si el órgano de contratación observara defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada por alguno de los equipos cuyas propuestas hayan sido premiadas, lo comunicará a los interesados para que en el plazo de tres días puedan subsanar dichos defectos, de acuerdo con el art. 141.2 LCSP.

16.3. En el supuesto de que el primer clasificado no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, se adjudicará el premio al segundo y si no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, el órgano de contratación dejará sin efecto el fallo del jurado y se declarará el Lote desierto”.

El recurrente alega en primer lugar, el carácter subsanable de la omisión de aportación de la documentación requerida. A este respecto, cita Informe núm. 18/2010, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, concluyendo que la omisión de aportación es un defecto subsanable, siempre que el documento exista dentro del plazo de presentación. A su juicio, todos los documentos subidos el 15 de febrero de 2021, acreditan requisitos que existían a la finalización del plazo, por lo que la omisión de aportación debe considerarse subsanable.

Por otro lado, alega jurisprudencia del Tribunal Supremo justificativa de la tendencia a evitar un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento evitando el rechazo de licitadores por defectos formales. Señala que debe prevalecer el derecho del concursante ganador a no ser descartado por un defecto formal subsanable, que se basa en el principio de libre concurrencia, sobre la expectativa de la segunda mejor clasificada y de los principios de no discriminación e igualdad de trato.

Así mismo alega que el procedimiento administrativo de contratación contempla dos fases: concurso de proyectos con intervención de jurado y procedimiento negociado con el ganador. En el presente caso, ya se ha seleccionado el ganador del lote 1, ya que la propuesta del Jurado de los ganadores de los distintos lotes del concurso acordada en su sesión de 11 de diciembre de 2020, ya fue aceptada por Decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano de 19 de enero de 2021, por lo que el resultado de la fase 1ª del proceso de selección, que determinó que la propuesta presentada era la ganadora, no se debe malograr por aplicación de un excesivo rigor ante un defecto formal de falta de acreditación documental que fue subsanado en el siguiente día hábil.

Por otro lado, alega que la administración debe buscar el interés público de seleccionar y adjudicar el contrato a la proposición más favorable. Considera aplicable el artículo 73.3 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Señala que, esta fase del procedimiento negociado de contratación tiene toda la naturaleza de un procedimiento administrativo, por lo que le son aplicables los artículos 68 y 73.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. A su juicio, el transcurso de un plazo no produce efectos automáticos, sino que la Administración o el Tribunal tiene que dictar una resolución expresa teniendo por decaído el derecho del interesado y la Ley permite realizar la actuación *“si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”*.

Por su parte, el órgano de contratación alega que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 16, resulta evidente que el segundo clasificado de cada lote tiene una clara expectativa de resultar ganador del primer premio, en caso de que el primero no acredite adecuadamente el cumplimiento de los requisitos previos. De estimarse el presente recurso, se vulneraría el principio de igualdad de trato entre los licitadores, reconocido en el artículo 1 LCSP y que ha de regir en la contratación administrativa. Se causaría un grave perjuicio en los intereses de la entidad que resultó propuesta segunda mejor clasificada en el lote 1, según criterio del Jurado, y que ha resultado finalmente adjudicataria del primer premio del citado lote del concurso, en aplicación de la cláusula 16.3 de las Bases Administrativas del presente concurso que prevé que, en el supuesto de que el primer clasificado no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, se adjudicará el premio al segundo y de lo dispuesto en el artículo 150 LCSP.

Así mismo, sostiene que, a su vez, el principio de igualdad de trato también resultaría vulnerado para todos los demás propuestos ganadores y segundos mejor clasificados de los restantes lotes, pues han dispuesto exactamente del mismo plazo de 10 días hábiles para presentar la documentación requerida. Los plazos de presentación de la documentación han de ser los mismos para todos los propuestos premiados del concurso, por evidentes razones de igualdad y no discriminación, además de por motivos de eficacia procedimental.

Añade que, del contenido del expediente se desprende que recurrente no puso en conocimiento ni del órgano de contratación, ni de la unidad promotora del concurso ni del Servicio de Contratación, antes de la finalización del plazo, que necesitara su ampliación ni que tuviera problemas técnicos o informáticos ni de salud que le impidieran atender al requerimiento en plazo. No fue hasta el día 15 de febrero, es decir, finalizado el plazo, cuando mediante un correo electrónico expresó que estaba teniendo en ese momento problemas para aportar la documentación a través del registro electrónico del Ayuntamiento. El recurrente ha reconocido abierta y libremente, tanto en su escrito de recurso como en el correo electrónico enviado el día 15 de febrero y en el escrito de alegaciones presentado el día 3 de marzo, que no puso en conocimiento de la Administración su imposibilidad para aportar la documentación antes del 12 de febrero.

Respecto a la alegación de que se le debería haber notificado la propuesta de exclusión y haberle concedido trámite de audiencia, señala que parece desconocer el rigor del procedimiento de adjudicación previsto en el artículo 150 LCSP, en virtud del cual de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta.

Finalmente, respecto a que la Administración debería haberle concedido un plazo de subsanación, considera que el recurrente no aportó absolutamente nada en el plazo concedido, esto es, desatendieron completamente el requerimiento. En caso de que hubieran aportado la documentación de manera incompleta o erróneamente, por supuesto que, al igual que sucedió con los propuestos premiados de los restantes lotes, se les hubiera concedido un plazo para subsanar. Pero ese no es el caso en que se halla el recurrente, sino que él hizo dejación de su obligación de aportar la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 LCSP.

Por su parte, el adjudicatario del primer premio alega que durante el proceso de preparación del proyecto, el equipo de Pino Forestal Ingeniería también sufrió graves problemas sanitarios, debidos a la COVID'19, que dificultaron la elaboración

del proyecto, pero llegaron a cumplir en tiempo y forma con los requisitos exigidos en los Pliegos del Concurso.

Finalmente señala que *“Interpretamos por tanto que, como compromiso de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y conocedores de la existencia de plazos definidos para la entrega de la documentación solicitada por la administración pública y que la Sociedad ha cumplido escrupulosamente, es PINO FORESTAL INGENIERÍA, S.L. la ganadora final del concurso, tal y como ha sido acordado por el órgano competente y no corresponde, por tanto, rectificación sobre el Decreto que acordó la exclusión de las empresas VOLTERRA ECOSYSTEMS S.L.+ LOLA Landscape Architects B.V., en el procedimiento para la adjudicación del “Concurso de Proyecto para la configuración del Bosque Metropolitano de Madrid”, LOTE 1, del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano. Expte. 711/2020/02264”*.

Vistas las alegaciones de las partes, procede determinar si la exclusión del recurrente fue ajustada a derecho.

Con carácter previo, procede destacar que el presente concurso, sujeto a regulación armonizada, se convoca conforme a las normas del procedimiento abierto, bajo la forma de Concurso de Proyectos, en los términos previstos en el artículo 183.2.b) de la LCSP, modalidad “concursos de proyectos con premios o pagos a los participantes” y posible adjudicación ulterior al ganador del contrato de servicios, conforme al supuesto contenido en la letra d) del artículo 168 del mismo texto legal.

Sentado lo anterior, en necesario comprobar las obligaciones establecidas en las Bases reguladores respecto a la documentación a presentar por los premiados del concurso de cada lote, independientemente de que el órgano de contratación lleve a cabo posteriormente un procedimiento negociado para la adjudicación de un proyecto, facultad potestativa que le otorga la cláusula 7ª de las Bases.

En este sentido, la cláusula 16ª de las Bases transcrita anteriormente, señala que la concesión efectiva de los premios quedará condicionada a que se haya incluido la preceptiva documentación y que ésta sea correcta, conforme los requisitos señalados en estas Bases. Así mismo, establece que si el órgano de contratación observara defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada por alguno de los equipos cuyas propuestas hayan sido premiadas, lo comunicará a los interesados para que en el plazo de tres días puedan subsanar dichos defectos, de acuerdo con el art. 141.2 LCSP. Finalmente señala que en el supuesto de que el primer clasificado no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, se adjudicará el premio al segundo y si no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, el órgano de contratación dejará sin efecto el fallo del jurado y se declarará el Lote desierto.

La cláusula 15 de las Bases establece: *“Documentación a presentar por los premiados.*

En caso de resultar premiado, la entidad concursante deberá aportar, previo requerimiento de la Administración de conformidad con el artículo 150 de la LCSP, la siguiente documentación que deberá acreditar circunstancias que concurren en fecha anterior a la del fin del plazo para la presentación de las propuestas en virtud del artículo 140 de la LCSP”. Dentro de esa documentación se exige la acreditación de la capacidad de obrar, bastanteo de poderes, certificados de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y acreditación del equipo mínimo.

Por consiguiente, queda acreditado, en primer lugar, que el órgano de contratación exigió la documentación conforme a las previsiones establecidas en las Bases.

Por otro lado, queda acreditado, pues así es reconocido por el propio recurrente, que dicha documentación fue presentada fuera del plazo de 10 días concedido al efecto, por lo que la resolución del recurso se centra en dilucidar las

consecuencias jurídicas de esa presentación extemporánea y de las circunstancias en que se produjo.

A este respecto el recurrente sostiene el carácter subsanable de la omisión de aportación de la documentación requerida, apoyándose en el Informe núm. 18/2010, de 24 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, concluyendo que la omisión de aportación es un defecto subsanable, siempre que el documento exista dentro del plazo de presentación.

El carácter antiformalista respecto a la subsanación de deficiencias u omisiones en los actos o documentación a presentar por los licitadores, unánimemente aceptada por la jurisprudencia y la doctrina, es plenamente compartida por este Tribunal y ha sido plasmada en un gran número de resoluciones.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el recurrente no presentó documentación alguna en el plazo concedido al efecto, por lo que pretender que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del interesado conceda un plazo de subsanación, supone a juicio de este Tribunal, llevar el criterio antiformalista a colisionar con el principio de igualdad de trato entre los licitadores. No estaríamos realmente ante un supuesto de subsanación, sino ante una ampliación oficiosa del plazo una vez este ha concluido.

El recurrente justifica la presentación extemporánea en razones médicas del representante de la UTE. Ahora bien, esta circunstancia se produjo, según manifiesta en sus alegaciones, ya transcurridos 7 días desde el inicio del plazo concedido. Por otro lado, esta circunstancia médica no es alegada por el representante en el primer escrito remitido al órgano de contratación ya finalizado el plazo, sino transcurridos varios días desde que presentó la documentación, cuando solicitó al órgano de contratación que diera por subsanada la documentación. Inicialmente, en la primera comunicación, lo único que alegó fue dificultades técnicas. En el caso de que existieran realmente las circunstancias que le impidieran

presentar la documentación en plazo, debió solicitar una ampliación del mismo antes de su finalización. Todas estas circunstancias ponen de manifiesto la falta de diligencia del recurrente en el cumplimiento de la obligación de presentar la documentación exigida en las Bases.

A juicio de este Tribunal, no procede aplicar los criterios antiformalistas planteados cuando se observa una clara falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones conforme a los pliegos.

Tampoco debe olvidarse la aplicación del principio de igualdad de los licitadores. Como alega el adjudicatario del primer premio, su empresa cumplió escrupulosamente los plazos de presentación de la documentación exigida, al igual que el resto de premiados, por lo que no resulta procedente la admisión extemporánea de la documentación exigida, máxime cuando no ha quedado acreditada la existencia de anomalía técnica que impidiera su presentación.

Respecto a la aplicación supletoria de los artículos 68 y 73.3 de la Ley 39/2015 alegada por la recurrente, procede traer a colación la Resolución 1073/20, de 9 de octubre, del TACRC, que señala:

“Sexto. Como bien señala el órgano de contratación, resulta del todo improcedente la alegación de la entidad recurrente relativa a la indebida aplicación del art. 68 de la Ley 39/2015, pues conforme a la DF Cuarta de la LCSP ‘Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias’.

Como hemos señalado de forma reiterada, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos que establece el art. 1 de la LCSP, obligan en primer lugar a sujetarse a las previsiones de los Pliegos que rigen la contratación, que se configuran como una verdadera lex contractus tanto para los licitadores como para el órgano de contratación.

Así, como recuerda nuestra resolución 1139/2019 de 14 de octubre ‘Séptimo. La adecuada decisión de los recursos analizados exige recordar, una vez más, que en nuestro Derecho, el principio general es que los Pliegos, tanto el de cláusulas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incurso en causas de nulidad de pleno derecho (cfr.: artículos 2.9, 40.2, 53.5, 60.1, 82.5, 87 y concordantes de la Directiva 2014/25/UE, 1091 del Código Civil, 19, 32, 34.1, 61.2 y concordantes de la LCSE y 116.3, 122.2, 122.4, 124, 139.1 y concordantes de la LCSP). Esta doctrina, más que centenaria (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, de 4 de julio de 1872 – Gaceta de 12 de agosto de 1872-), ha sido consagrada de manera reiterada tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de -, 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 – Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 –Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como por la doctrina legal del Consejo de Estado (Dictámenes de 16 de octubre de 1997 -expediente 85/1997-y 8 de octubre de 2009 –expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 844/2018, 400/2019, entre otras muchas). Por eso, una vez que se aceptan las bases de la convocatoria contenidas en los Pliegos, sólo es posible examinar si el acto de adjudicación se ha ajustado o no a éstos (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006 –Roj STS 4591/2006-).’

A este respecto, la cláusula 5.5 de las Bases señala “La no acreditación de los requisitos para concursar implicará la descalificación del Concurso, incluyendo, en su caso, la pérdida del derecho a percibir el premio”.

Así mismo, la cláusula 16 citada anteriormente regula el procedimiento de subsanación de defectos y establece que, en el supuesto de que el primer clasificado no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, se adjudicará el premio al segundo.

Por su parte, el artículo 150.2 de la LCSP establece *“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”.

Por tanto, en contra de lo pretendido por el recurrente, no procede la aplicación supletoria de la Ley 39/2015, en los términos planteados, en cuanto que en los pliegos y en la propia LCSP se establece un régimen jurídico aplicable al caso que nos ocupa, sin que sea necesario acudir a otras normas para su implementación.

Por todo lo anterior, debe considerarse ajustado a derecho el acuerdo de exclusión del recurrente, procediendo la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP 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 la representación de las sociedades, comprometidas a constituirse en U.T.E, Volterra Ecosystems, S.L. y Lola Landscape Architects B.V., contra el decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano, de fecha 22 de marzo de 2021, por el que acordó su exclusión del procedimiento para la adjudicación del lote 1 del “Concurso de proyectos para la configuración del Bosque Metropolitano de Madrid”, dividido en cinco lotes, expediente nº 711/2020/02264.

Segundo.- 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 sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- 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.

VOTO PARTICULAR A LA RESOLUCIÓN 197/2021 DE 6 DE MAYO DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN 160/2021, FORMULADO POR ROCÍO ALCOCEBA MORENO, VOCAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Voto en contra al acuerdo adoptado por mayoría del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 6 de mayo de 2021, desestimando el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de las sociedades, comprometidas a constituirse en U.T.E, Volterra Ecosystems, S.L. y Lola Landscape Architects B.V., contra el decreto del Delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 22 de marzo de 2021, por el que se acordó su exclusión del procedimiento y la adjudicación a Pino Forestal Ingeniería S.L. del lote 1 “Entre montes naturales” del “Concurso de proyectos para la configuración del Bosque Metropolitano de Madrid”, dividido en cinco lotes, expediente número 711/2020/02264.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 150.2 de la de la de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), “*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*”. De la regulación mencionada se desprende claramente que si el licitador, que ha presentado la mejor oferta, no acredita el cumplimiento de los requisitos previos para contratar previstos en el artículo 140 de la LCSP, dentro del plazo de diez días hábiles concedido, se entiende que ha retirado su oferta,

procediendo el órgano de contratación a requerir la documentación al siguiente clasificado, de manera que la omisión de la debida actuación del propuesto adjudicatario no pueda tener como consecuencia el perjuicio para el órgano de contratación, y en definitiva para el interés general que se persigue con la contratación del servicio, de no poder continuar con el procedimiento de adjudicación del contrato. Nos encontramos en consecuencia ante una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, quedando en el presente supuesto totalmente desvirtuada la citada presunción, toda vez que la recurrente presenta la documentación requerida por el órgano de contratación al día siguiente a que finalizase el plazo concedido, lo que hace imposible entender en este caso que la UTE ha retirado su oferta. En definitiva, nos encontramos con que la recurrente ha cumplimentado la documentación requerida, si bien de manera defectuosa al presentarla fuera de plazo, pero sin que pueda considerarse un incumplimiento total, dado que la UTE cumple con los requisitos exigidos para contratar, si bien los acredita fuera del plazo concedido, incurriendo en el incumplimiento formal de no solicitar la ampliación del plazo antes de su finalización.

A estos efectos conviene mencionar que, a algunas empresas seleccionadas en otros lotes del contrato, el Ayuntamiento ha concedido 5 días hábiles adicionales para la presentación de la documentación, atendiendo a la solicitud de ampliación de plazo realizada antes de su vencimiento, conforme a lo establecido en el artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP), e igualmente ha otorgado plazo de subsanación a las que han aportado la documentación de forma defectuosa, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 141 LCSP y en los artículos 80 y 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado mediante Real Decreto 1098/2001, de 12 de Octubre (RGLCAP).

De la literalidad del artículo 150.2 de la LCSP y de su finalidad se desprende claramente que la ley pretende impedir y resolver situaciones de evidente incumplimiento por parte del licitador mejor clasificado, y no de situaciones de

irregularidad formal del procedimiento, al regular para dicho supuesto consecuencias tan graves como la exigencia de penalidad (3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido) e incluso la prohibición de contratar si media dolo, culpa o negligencia (artículo 71.2.a) LCSP).

En el caso que nos ocupa es patente que nos encontramos ante una cumplimentación defectuosa de la documentación, al presentar las acreditaciones fuera de plazo, sin que quepa apreciar dolo, culpa, ni negligencia en grado suficiente como para causar la exclusión del procedimiento, ni menos aún la imposición de penalidad y prohibición de contratar, manifestando expresamente el interesado su voluntad de mantener su oferta subsanando los defectos y omisiones apreciadas, con la aportación de la documentación requerida, con la justificación del retraso, y con la presentación del presente recurso. Parafraseando la Resolución 604/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, hemos de indicar que en la retirada de la oferta deben concurrir dos requisitos: que el licitador retire su oferta, lo que exige voluntariedad, y que ello no esté justificado por alguna causa suficiente, y como hemos mencionado con anterioridad el ganador del premio no ha retirado voluntariamente su oferta sino que, valga la expresión, se la han retirado puesto que se le ha excluido del procedimiento.

Es innegable, admitido por ambas partes y constatado en el expediente, que la recurrente aportó la documentación fuera del plazo otorgado, por lo que lo procedente es analizar si de dicho incumplimiento se puede derivar la grave consecuencia jurídica que supone la exclusión de la oferta de la ganadora del concurso de proyectos del Lote 1; que en este caso no solo entraña la pérdida del premio obtenido sino la posibilidad recogida en la cláusula 2 del pliego de bases administrativas del concurso de proyectos para la configuración del bosque metropolitano de Madrid (en adelante PBCP) de poder llegar a ser adjudicatario de un ulterior contrato de servicios, mediante procedimiento negociado sin publicidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 183 2.b) de la LCSP en concordancia con el 168.d).

Además conviene señalar que nos encontramos ante un concurso de proyectos, procedimiento de adjudicación singular determinado en el artículo 131.5 de la LCSP y regulado en los artículos 183 a 187, en el que no interviene la Mesa de contratación, adoptando el jurado sus decisiones con total autonomía e independencia, sobre la base de proyectos que se presentan de forma anónima, decisiones que traslada al órgano de contratación para que éste proceda a la adjudicación del concurso de proyectos al participante/s que se le indica.

El PBCP determina en su cláusula 4 que los miembros del Jurado son 5 expertos de reconocido prestigio en el ámbito de los proyectos de diseño de espacios verdes públicos, y en su cláusula 15 que la entidad que resulte premiada deberá aportar, previo requerimiento, la documentación acreditativa de las circunstancias previstas en el artículo 140 de la LCSP, que concurren en fecha anterior al fin del plazo de presentación de las proposiciones. La cláusula 5.5 prevé que *“La no acreditación de los requisitos para concursar implicará la descalificación del Concurso, incluyendo, en su caso, la pérdida del derecho a percibir el premio”*; y la 16 que *“16.1. El órgano de contratación adjudicará cada lote del concurso conforme a la propuesta del Jurado. La concesión efectiva de los premios quedará condicionada a que se haya incluido la preceptiva documentación y que ésta sea correcta, conforme los requisitos señalados en estas Bases. 16.2. Si el órgano de contratación observara defectos u omisiones subsanables en la documentación administrativa presentada por alguno de los equipos cuyas propuestas hayan sido premiadas, lo comunicará a los interesados para que en el plazo de tres días puedan subsanar dichos defectos, de acuerdo con el art. 141.2 LCSP. 16.3. En el supuesto de que el primer clasificado no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, se adjudicará el premio al segundo y si no cumpliera con los requisitos exigidos o no subsanara los defectos, el órgano de contratación dejará sin efecto el fallo del jurado y se declarará el Lote desierto. 16.4. El órgano de contratación requerirá a los concursantes propuestos como ganadores de los distintos premios para que, dentro del plazo de diez (10) días hábiles desde el siguiente a aquel en que hayan recibido el requerimiento, presenten la documentación justificativa, de acuerdo con el art. 150.2 LCSP y del apartado 15 de estas Bases”*.

De lo dispuesto en el PBCP, cláusulas 5.5 y 16.1 y 3, al igual que de lo dispuesto en la LCSP, se desprende claramente la exclusión de los premiados del concurso que no acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos, no que del mero transcurso de los diez días hábiles concedidos para presentar la documentación acreditativa de los requisitos se produzca la exclusión automática del ganador del premio. Por otra parte, difícilmente se puede considerar que existe negligencia por parte de la recurrente si se tiene en cuenta que aporta la documentación requerida al día siguiente hábil al último día del plazo concedido, y justifica su retraso por escrito alegando problemas médicos. Asimismo, se ha de señalar que la UTE presenta la documentación antes de que finalice la ampliación de plazo concedida a otros premiados, y bastante antes de que el órgano de contratación revise la documentación presentada y requiera la subsanación de los defectos observados. A estos efectos es importante mencionar que la LPACAP en el citado artículo 32.1 no solo prevé la ampliación de plazo a instancia del interesado sino que también se puede conceder de oficio.

Este Tribunal ha manifestado en numerosas ocasiones que los principios de proporcionalidad y concurrencia impiden rechazar proposiciones por defectos fácilmente subsanables pues el plazo tiene por objeto evitar sorpresas para el resto de licitadores o estrategias poco limpias pero no la exclusión de licitadores con ofertas competitivas, con mayor motivo se ha de mantener dicho criterio en el presente caso puesto que no nos encontramos ante un plazo preclusivo, dado que de su incumplimiento solo se desprende la presunción de la retirada de la oferta no la exclusión del licitador, conforme a la literalidad del artículo 150.2 de la LCSP, y como correctamente ha interpretado el propio órgano de contratación al conceder la ampliación del plazo.

Por otra parte, el artículo 73 de la LPACAP al regular el cumplimiento de trámites prevé en su apartado 1 que los que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, indicando en su apartado 3 que a los

interesados que no cumplan lo dispuesto se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente, no obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo. El citado artículo de la LPACAP resulta de aplicación al procedimiento de contratación con carácter supletorio, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición final cuarta de la LCSP, y como expresamente prevé la cláusula 2 del PBCP, sin que quepa considerar que no aplica al presente caso, dado que ni la LCSP ni sus normas de desarrollo determinan expresamente los efectos y consecuencias de la presentación de la documentación transcurrido el plazo de diez días, y sin que además se pueda mantener que al plazo previsto en el artículo 150 de la LCSP cabe aplicarle supletoriamente el artículo 32.1 de la LPACAP pero no el 73.3.

Asimismo, se ha de mencionar que carece de sentido, tras una tramitación administrativa larga y costosa para seleccionar al licitador que ha realizado la mejor oferta, rechazar de plano al proyecto ganador por un defecto procedimental que no afecta al cumplimiento de los requisitos exigidos. Ello iría en contra del interés general, que debe guiar siempre la forma de actuar de la Administración y con arreglo al cual deben interpretarse las leyes (artículo 103.1 de la Constitución). Excluir al ganador del concurso de proyectos por un error no sustancial, por aportar la documentación requerida fuera del plazo concedido, de carácter no perentorio, y ampliado para otros concursantes, se entiende contrario a los principios de igualdad, no discriminación, proporcionalidad y selección de la oferta económicamente más ventajosa, consagrados por la LCSP en sus artículos 1.1 y 132.1.

Por todo lo expuesto, considero que procede la estimación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de la UTE, contra la exclusión y adjudicación del lote 1 del contrato de servicios de concurso de proyectos impugnado, dado que ni el clausulado del pliego ni la LCSP prevén la exclusión automática del licitador que ha ganado el concurso de proyectos por presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos una vez vencido el plazo. La recurrente no incumple los requisitos exigidos, sino el plazo

inicial para su presentación, supuesto no previsto en el pliego como motivador de la adjudicación del premio al segundo clasificado, según la cláusula 16.3 del PBCP, y teniendo en cuenta, además, que el vencimiento del citado plazo no produce per se la preclusión del trámite, requiriendo la LPACAP para que se produzca el decaimiento de su derecho que se le hubiera notificado la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo antes de aportar la documentación.