

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

En Madrid, a 19 de diciembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Salzillo Servicios Integrales S.L.U. contra la Resolución de la Presidencia del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Fuenlabrada de fecha 19 de noviembre de 2019, por la que se adjudica el contrato de “Servicios de asistencia a espectáculos, exposiciones y servicios varios del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, número de expediente 2018/002106PMC, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE el día 19 de marzo de 2019, y en la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 18 del mismo, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 1.150.413,22 euros y su plazo de duración es de dos años.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron dos licitadores.

Con fecha 31 de mayo de 2019, la Mesa de Contratación procede a la apertura del sobre que contiene la oferta económica, considerando como temeraria la propuesta por Montajes Escénicos Globales S.L., notificando a este licitador que en el plazo de dos días deberá presentar el informe que justifique la viabilidad de la oferta.

El licitador reclama ante la propia mesa de contratación la brevedad del plazo concedido siendo admitida su queja y tomando acuerdo de rectificación del plazo.

En plazo y forma es presentado el informe de justificación de la viabilidad de la oferta que es aceptado por la mesa de contratación, acordando en su sesión de 12 de julio de 2019 proponer al órgano de contratación la admisión de ambas ofertas y su clasificación.

El 25 de julio de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Salzillo Servicios Integrales S.L.U. en el que solicita se anule el acuerdo de la mesa de contratación por el que se admite la oferta de Montajes Escénicos Globales por no haber presentado el informe de viabilidad en plazo.

Con fecha 29 de agosto de 2019, este Tribunal inadmite el recurso mencionado en base a que no se funda en un acto susceptible de impugnación de conformidad con el artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP).

Con fecha 19 de diciembre de 2019, y mediante Resolución de la Gerencia del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Fuenlabrada se adjudica el contrato de Servicios de asistencia a espectáculos, exposiciones y servicios varios a la empresa Montajes Escénicos Globales S.L.

Tercero.- El 2 de diciembre de 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Salzillo Servicios Integrales S.L.U., solicita se anule la adjudicación del contrato a Montajes Escénicos Globales por haber presentado fuera de plazo el informe de viabilidad de su oferta considerada temeraria y en consecuencia se adjudique el contrato a su favor

El 10 de diciembre de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (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 (RPERMT), 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 al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Se ha recibido el día 17 de diciembre de 2019 escrito de alegaciones de la adjudicataria que vuelve a manifestar los mismos fundamentos que expresó en sede del órgano de contratación.

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 una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“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 el acuerdo impugnado fue adoptado el 19 de noviembre de 2019 y practicada la notificación al día siguiente, interponiéndose el recurso ante este Tribunal el 2 de diciembre de 2019 dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se dirige contra el acuerdo adjudicación en un contrato de servicios de valor estimado 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 recurso se limita a determinar la legalidad de la ampliación del inicial plazo de dos días que fue concedido por la Mesa de Contratación a la hoy adjudicataria para la presentación del informe de viabilidad de su oferta y que finalmente se rectificó y amplió a diez días hábiles.

Alega Salzillo Servicios Integrales que requerida la empresa Montajes Escénicos para la presentación del informe de viabilidad de su oferta de conformidad con el artículo 149.4, no presenta dicha información, ni solicita ampliación de plazo, de tal forma que la Mesa de Contratación acordó la exclusión de esta empresa a la

licitación.

Añade que el 31 de mayo de 2019, diez días después del requerimiento de justificación, Montajes Escénicos presenta el informe de viabilidad de la oferta requerido el día 21 de mayo, así como un escrito de reclamación contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación.

Indica que tras varios informes técnicos la Mesa de Contratación celebrada el día 12 de julio consideró que el plazo inicialmente otorgado para la presentación del informe de viabilidad de la oferta era excesivamente escaso, aceptando tanto la modificación del plazo para dicha presentación como el contenido de esta que justifica su oferta considerada desproporcionada.

Con fecha 12 de julio de 2019 la Mesa de Contratación eleva propuesta al Órgano de Contratación admitiendo la presentación y contenido del informe de viabilidad de la oferta presentada por Montajes Escénicos y clasificando las ofertas.

El órgano de contratación enumera los hechos de forma similar al recurrente salvo en el punto de exclusión de la oferta de Montajes Escénicos por no aportar la justificación requerida, ya que dicho acuerdo no fue adoptado nunca por la Mesa de Contratación, sino que fue un criterio emitido en el informe del técnico que asistía a la Mesa.

Reconoce que el plazo de dos días, que según su propia interpretación se redujo en la práctica solo a uno, no cumple con lo señalado en el artículo 149.4 de la LCSP que sin concretarlo, habla de plazo suficiente.

Adoptan el criterio de considerar plazo suficiente cinco días hábiles en analogía a lo establecido en el artículo 159.5 de la LCSP para los contratos tramitados bajo el procedimiento simplificado.

Informan de la pertinencia de la justificación presentada y en consecuencia de

la viabilidad de la oferta.

El órgano de contratación traslada la posición del que considera que en la notificación recibida, mediante oficio suscrito por el Director Técnico de Cultura y Festejos de fecha 21 de mayo, no consta el plazo de presentación del informe requerido, considerando como válido el plazo general de 10 días hábiles que marca la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Cierto es que el artículo 149.4 no establece un plazo para la presentación del informe de viabilidad de una oferta que incurra en baja temeraria, adoptando un concepto jurídico indeterminado como es “plazo suficiente”. Esta indeterminación responde a la distinta entidad y profundidad que pueda precisar la elaboración de un informe de estas características, pues bien puede ser requerida información sobre un solo punto de escasa complejidad técnica o bien, al contrario, un informe que requiera de una especial dificultad en su redacción.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en su Resolución 406/2018, de 23 de abril manifiesta que: *“En cuanto al trámite de audiencia de los licitadores para justificar la viabilidad de su oferta, el artículo 152.3 del TRLCSP se limita a señalar que “cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato”, sin fijar el plazo para la realización de dicho trámite. La nueva LCSP, aun no siendo aplicable al contrato que nos ocupa, pero que sirve como pauta interpretativa, establece en su artículo 149.4, siguiendo en ello la DN en su artículo 69.1, que “deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente” los extremos que más adelante señala, sin concretar no obstante su duración temporal.*

En fin, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), tampoco fija el plazo. Tratándose de un trámite que tiene por objeto el derecho de defensa de los licitadores, el plazo para su realización ha de ser suficiente, como dice el artículo 149.4 de la nueva LCSP, para permitir a los interesados la defensa de sus intereses mediante la formulación de una justificación razonada de la viabilidad de su oferta. El artículo 152.3 del TRLCSP, interpretado conforme a los artículos 69.1 de la DN y 149.4 de la LCSP, deja a la discrecionalidad del órgano de contratación fijar la duración de dicho plazo, teniendo en cuenta las variables circunstancias de cada caso, siendo el elemento reglado de esa facultad discrecional, que el plazo fijado sea suficiente para justificar razonada y detalladamente la oferta, con relación a los extremos establecidos por la ley. En cuanto al cómputo del plazo, la disposición adicional duodécima del TRLCSP establece que cuando los plazos se hubieran establecido por días se entenderá referidos a días naturales, salvo que se indique que solo deban computarse los días hábiles. Así las cosas, el plazo concedido para presentar la justificación debe ser suficiente para permitir al licitador cuya oferta esté incurso en la presunción de anormalidad justificar razonadamente su viabilidad, en los términos establecidos por el TRLCSP, plazo que se cuenta desde el día siguiente a aquel en que se efectúe la notificación en debida forma al interesado (artículo 30.3 de la LPACAP).

Podemos sin lugar a dudas concluir que el plazo inicialmente otorgado para la presentación de la justificación requerida fue total y absolutamente inapropiado. No obstante es necesario determinar la forma de notificación y su alcance al licitador. Según sus propias manifestaciones la notificación se efectuó mediante sistema electrónico del oficio emitido por el Director Técnico de Festejos del Patronato Municipal de Cultura, que efectivamente no indicaba el plazo máximo de presentación de la documentación requerida, pero ni el adjudicatario ni el órgano de contratación hacen alusión a la comunicación efectuada a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público de fecha 21 de mayo de 2019, donde se establece el plazo de presentación del informe de viabilidad objeto de controversia y que claramente indica el día 23 de mayo antes de las 11 de la mañana.

Es decir, nos encontramos con una notificación que alberga distinto contenido, en un punto de vital importancia como es el plazo de presentación de la documentación requerida.

Dicha importancia radica en que si asumimos los términos del oficio del Director Gerente y a falta de plazo específico la presentación del informe en fecha anterior a 10 días hábiles sería plenamente aceptable. Por el contrario si consideramos como válida la posterior comunicación efectuada a través de la PSCP, Montajes Escénicos, debería haberse dirigido a este Tribunal, tal y como consta en el pie de recursos de dicha comunicación a fin de anular el plazo dado por insuficiente y solicitar uno nuevo más acorde a la envergadura de la justificación.

Es evidente que el acto de requerimiento notificado por el Patronato Municipal de Cultura al licitador adolece de un error, pero es también doctrina unánimemente aceptada que los errores de la Administración no pueden perjudicar a terceros.

En este caso, además, no se discute sobre la viabilidad de la oferta presentada, sino sobre el plazo para aportar dicho informe, es decir, estamos ante un problema de forma y no de fondo.

Es cierto que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables. Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de incumplimiento de plazos sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación y en especial a la concurrencia y a la elección de la mejor oferta relación calidad precio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015 considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”*.

Por todo ello se considera que el oficio suscrito por el Director Técnico del Patronato Municipal de Cultura, al no marcar un plazo concreto de presentación del requerido informe de viabilidad de la oferta, deja abierta la interpretación, coherente y correcta del licitador de considerar que este plazo será el general de la ley, procediendo a presentar su documentación en fecha, por lo que se considera ajustada a Derecho la decisión adoptada por la Mesa de Contratación de no excluir dicha oferta y que ha sido acordada por el órgano de contratación y en consecuencia se desestima el recurso planteado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, 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 Salzillo Servicios Integrales S.L.U., contra la Resolución de la Gerencia del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Fuenlabrada de

fecha 19 de noviembre por la que se adjudica el contrato de “Servicios de asistencia a espectáculos, exposiciones y servicios varios del Patronato Municipal de Cultura del Ayuntamiento de Fuenlabrada”, número de expediente 2018/002106PMC.

Segundo.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Tercero.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 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.