

Recurso nº 10/2018**Resolución nº 12/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 16 de maio de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por J.L.M.E. actuando en nome e representación de “SOIL RECOVERY S.L.- CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982” contra o acordo do 15.3.2018 da Xunta de Goberno Local do Concello de Ordes, que resolveu ter por retirada a oferta do adxudicatario ao non proceder á formalización do contrato no prazo concedido, na licitación do servizo de conserxería, mantemento e limpeza de edificios culturais e deportivos do Concello de Ordes, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGAL, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello de Ordes convocouse a licitación do contrato do servizo de conserxería, e limpeza de edificios culturais e deportivos, cun valor estimado declarado de 1.250.554,87 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no BOE e DOUE en data 18.04.2017, cunha corrección de erros en ambos xornais publicada o 6.05.2017. Igualmente publicouse a licitación no DOG do 4.05.2017.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSL, en adiante)

Terceiro.- Tras a tramitación do correspondente procedemento de adxudicación, o 11 de xaneiro de 2018 o Concello de Ordes por acordo da xunta de goberno local adxudicou o contrato á UTE SOIL RECOVERY S.L.-CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L (UTE SOIL-CYCLE, en adiante) .

Posteriormente, en data 15 de marzo o Concello adopta o acordo de entender por retirada a oferta presentada pola dita UTE e de requirir ao segundo clasificado no proceso de licitación a documentación esixida no PCAP, sendo comunicada á UTE SOIL-CYCLE por correo electrónico o 5.4.2018.

Cuarto.- En data 23.4.2018 a UTE SOIL-CYCLE interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o acordo de data 15 de marzo, perante o Concello de Ordes. En data 24 reiterouno ante o TACGAL, procedendo á súa emenda o día 25, previo requirimento deste Tribunal.

Quinto.- Con data 25 de abril reclamouse ao Concello de Ordes o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 27 de abril.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 3.5.2018, sendo recibidas alegacións da empresa SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A.

Sétimo.- Mediante resolución de 3.05.2018 o TACGAL acordou a suspensión da actuación impugnada e do procedemento de licitación citado no encabezamento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos

procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Ostenta o recorrente lexitimación para a interposición do recurso, ao ser o directamente afectado polo actuación do Concello aquí recorrida.

Alégase pola representante da entidade Servicios, Obras y Limpiezas S.A. a concreta “*ausencia de lexitimación activa*” da persoa física asinante do recurso por ser terceiro alleo á unión temporal de empresas, en base a posibles defectos na escritura pública da que nace a súa representación, a de constitución da UTE, en canto ao mandato verbal co que actuou un dos intervinientes.

Sobre isto, en primeiro lugar, constan no expediente administrativo da licitación comunicacións do Concello cara o asinante deste recurso, como representante na mesma da oferta presentada pola UTE, polo que o propio Concello asumiu tal condición de representación.

En todo caso, esta empresa alegante basea a súa consideración no tocante a que na escritura de constitución da UTE un dos comparecentes manifestara estar facultado a intervir por mandato verbal de CYCLE SERVICIOS INTEGRALES CENTRO DE EMPLEO S.L, sen prexuízo do cal a escritura foi realizada, poñendo o notario de manifesto esta circunstancia.

En relación a esta cuestión, este Tribunal administrativo debe acatar e seguir o criterio fixado na Sentencia da Sala Terceira do Tribunal Supremo de 25.09.2008 (recurso 7148/2005) na que, precisamente en relación a unha contratación pública, se explicita a validez do mandato verbal na sinatura da escritura pública de constitución dunha UTE sinalando:

la eficacia del mandato verbal y, consecuentemente, de la escritura de constitución de la UTE en que se invocó, no dependía de modo necesario o en todo caso de la ratificación del actor, dado lo que disponen los artículos 1710, párrafo segundo, y 1259 del Código Civil , y dada la reiterada jurisprudencia sobre el significado, "ad probationem" y no "ad solemnitatem", de las exigencias del artículo 1280 del mismo Texto legal. En otras palabras, sin necesidad de esa ratificación y en virtud de aquella lícita confianza, la Administración pudo tener por eficaz la repetida escritura de constitución.

Como naquel caso, a presente escritura de constitución desta UTE refire expresamente que é para esta licitación que nos ocupa. A maiores, no expediente tamén existe, asinado polos representantes de cada unha das empresas que logo constan na escritura como as integrantes da UTE, o compromiso de constitución da mesma. Finalmente existe igualmente unha tarxeta de identificación fiscal co número de identificación fiscal definitivo desta UTE.

Á mesma conclusión, e citando a anterior sentenza, chega o TACRC na súa recente resolución 489/2017, de 8 de xuño, na que especificamente concreta:

En el caso analizado tendríamos, por tanto, que la adjudicataria habría cumplido la estricta obligación formal que surgía de la cláusula 12.k) del Pliego con la indubitada aportación de la escritura de constitución de la UTE, siendo lo cierto que el mandato verbal con el que se dice otorgado debería presumirse válido incluso en el supuesto de que no hubiera sido ratificado.

Finalmente, e só aos efectos de esgotar este apartado, o comparecente na escritura de constitución da UTE consta con poder suficiente da empresa maioritaria na UTE (un 80%), sobre o que non hai que esquecer a doutrina consolidada dos Tribunais administrativos de recursos contractuais da admisión do exercicio de accións impugnatorias por un dos membros da UTE en beneficio do conxunto, de non existir oposición dos demais, o cal está normativamente recollido no artigo 24.2 do Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en material contractual.

Polo tanto, e en base ao sinalado, este TACGAL entende que non pode impedirse o dereito ao presente recurso.

Cuarto.- O acto impugnado de 15 de marzo foi notificado ao recorrente mediante correo electrónico en data 5 de abril, polo que o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- A licitación ten valor estimado declarado de 1.250.554,87 euros, verbo dunha contratación de servizos, polo que en acceso a este recurso.

Sexto.- O acto recorrido, posterior ao acto de adxudicación en si, é o acordo do órgano de contratación de data 15 de marzo de 2018, que entende por retirada á recorrente do proceso de licitación por non formalizar a UTE en prazo, polo que procede determinar se o mesmo é un acto susceptible de recurso ante este TACGAL.



Xa expresamos que non estamos perante o acto de adxudicación en si, polo que hai que ubicarse no artigo 44.2 b), que recolle como actos susceptibles de recurso especial:

Os actos de trámite adoptados no procedemento de adxudicación, sempre que estes decidan directa ou indirectamente sobre a adxudicación, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. En todo caso, considerárase que concorren as circunstancias anteriores nos actos da mesa ou do órgano de contratación polos cales se acorde a admisión ou inadmisión de candidatos ou licitadores, ou a admisión ou exclusión de ofertas, incluídas as ofertas que sexan excluídas por resultar anormalmente baixas como consecuencia da aplicación do artigo 149.

Tendo en conta que segundo o previsto no artigo 27 TRLCSP, norma á que estivo sometida a licitación, os contratos que celebren os poderes adxudicadores se perfeccionan coa súa formalización, cabe entender que o acordo da xunta de goberno local do Concello de Ordes, ditado con anterioridade á formalización do contrato e que impide a mesma, é un acto de trámite cualificado dos previstos no artigo 44 LCSP, contra o que procede este recurso especial.

Aínda que referido a unha actuación non exactamente idéntica, cremos exportable a reflexión recollida na Resolución 25/2012 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía, cando expresa:

“... la exclusión del licitador cuya oferta ha sido considerada la más ventajosa por no haber aportado la documentación requerida para la adjudicación, ha de ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, al tratarse de un acto de trámite cualificado, que dadas las graves consecuencias que comportan para el licitador, debe tener la posibilidad de recurrir. De no admitir dicha posibilidad, el licitador cuya oferta es la económicamente más ventajosa no podría hacer valer sus derechos por esta vía con la gravedad de las consecuencias que de la decisión del órgano de contratación, en este sentido, se derivan.

Así se pronunció el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 8/2011, de 27 de junio de 2011 y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su informe 8/2011, de 6 de julio...”

Ratifica a interpretación *pro actione* aquí asumida o criterio derivado da Sentenza TXUE de 5 de abril de 2017, C-391/15, asunto Marina del Mediterráneo S.L, cando considera que:

“Procede recordar que el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada).

Esta acepción amplia del concepto de «decisión» de un poder adjudicador viene confirmada por el hecho de que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 no establece ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere. Por lo demás, una interpretación restrictiva de este concepto sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra a), de la misma Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer procedimientos de medidas provisionales con respecto a cualquier decisión que adopten los poderes adjudicadores (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 30 y jurisprudencia citada)”

Sétimo.- O recorrente alega que o atraso na formalización da UTE foi un erro involuntario que, sobre todo, non causou prexuízo ao órgano de contratación, de maneira que a consecuencia decretada se entende excesiva.

Considera que o previsto no art. 151 TRLCSP invocado polo órgano de contratación non é aplicable e que, en todo caso, o dito artigo non exclúe a posibilidade de emenda dun trámite administrativo prevista na Lei 39/2015, de 1 de outubro, xa que ademais, a non formalización da UTE non é un incumprimento esencial que deba levar aparellada a resolución contractual.

Oitavo.- O órgano de contratación oponse ao recurso baseándose na obrigatoriedade do cumprimento dos pregos da licitación e dos prazos neles previstos, así como nega a posibilidade de emenda exposta polo recorrente.



Noveno.- A entidade Servicios, Obras y Limpiezas S.A reitera a obrigatoriedade do previsto nos pregos, entendendo que o incumprimento “impedía a posibilidade de sinatura do contrato”, rexeitando a posibilidade de emenda. Tamén se refire á cuestión da invalidez da escritura constitutiva da UTE, xa resolta no fundamento terceiro desta resolución.

Décimo.- A cuestión a dilucidar neste recurso é se é validable en dereito a decisión do Concello de Ordes de entender por retirada á recorrente do proceso de licitación, ante a non formalización da UTE dentro do prazo fixado ao efecto no PCAP. O acordo de exclusión impugnado recolle o seguinte:

PUNTO DÉCIMO SEGUNDO: EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN POR PROCEDEMENTO ABERTO, TRAMITACIÓN ORDINARIA, DO SERVIZO DE CONSERXERÍA, MANEAMENTO E LIMPEZA DE EDIFICIOS CULTURAIS E DEPORTIVOS DO CONCELLO DE ORDES.

Con data 05/03/2018 notificouse o acordo da Xunta de Goberno Local pola que se require ao adxudicatario: **UTE SOIL RECOVERY, S.L.-CYCLE SERVICIOS INTEGRALES, C.E.S.L.**, con CIF nº 00000000, para que proceda a formalizar o contrato en documento administrativo nun prazo non superior a cinco días a contar desde o seguinte a aquel en que teña recibido o presente requirimento.

De conformidade co establecido no art. 59.1 do R.D. Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro e na cláusula 7ª.2 do prego de cláusulas administrativas que rexe o contrato, no caso de resultar adxudicatario, con carácter previo á formalización do contrato deberá formalizarse a Unión de Empresarios en escritura pública dentro do prazo máximo de quince días a contar desde a notificación da adxudicación do contrato.

Con data 02/02/2018, rexistro de saída nº 297, na dirección de correo electrónico que se sinalou a efectos de notificacións procedeu á notificación da adxudicación do contrato.

Transcorreu o prazo de quince días a contar dende a notificación da adxudicación do contrato sen que se teña acreditado a constitución en escritura pública da UTE no prazo establecido na cláusula 7ª.2 do prego de cláusulas administrativas, requisito previo para a formalización do contrato no prazo sinalado pola Xunta de Goberno Local.

Abundante xurisprudencia ten sinalado que os Pregos de Cláusulas Administrativas Particulares constitúen a lei de contrato á que deben suxeitarse os licitadores, así como o propio órgano de contratación.

Tendo en conta o anterior e por aplicación do principio de non causar prexuízos a terceiros debe entenderse que o adxudicatario retirou a súa oferta, debendo procederse nese caso a solicitar a documentación establecida na cláusula 15ª.1 do prego de cláusulas administrativas particulares ao licitador seguinte, pola orde en que queden clasificadas as ofertas

Tras unha pequena deliberación, a Xunta de Goberno Local, no uso das atribucións delegadas polo Sr. Alcalde mediante Decreto de data 7 de xullo de 2015, por maioría de catro votos a favor, sendo cinco o número legal dos seus membros, adoptou o acordo seguinte:

1º. Entender que **UTE SOIL RECOVERY, S.L.-CYCLE SERVICIOS INTEGRALES, C.E.S.L.**, con CIF nº 00000000, retirou a súa oferta ao non proceder á formalización do contrato no prazo establecido no art. 156.3 do R.D. Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro.

O punto segundo dese acordo foi requirir á seguinte clasificada, SERVICIOS OBRAS e LIMPEZAS S.A, para que en dez días presentase a documentación da cláusula 15.1 do PCAP.

Como vemos, a parte expositiva da resolución refírese, en primeiro lugar, a dous acordos previos notificados á UTE recorrente: a) aquel polo se lle notificaba a súa condición de adxudicatario en data 2.2.2018 e b) o do día 5.3.2018, onde se lle instaba á formalización do contrato no prazo de cinco días desde a súa recepción. O primeiro apuntamento debe ir destinado a significar que no primeiro non hai referencia á necesidade de constitución da UTE e, no segundo, esa obriga se expresa, non no texto do requirimento, senón no correo electrónico, e que foi seguido polo remisión da escritura pola aquí recorrente, como se verá.

Se continuamos no texto da resolución impugnada, o órgano de contratación fundamenta a mesma no incumprimento da cláusula 7.2 PCAP, que fixa dito prazo para a constitución en 15 días. Indica tal acordo que este era un “*requisito previo para a formalización do contrato no prazo sinalado*”.

A cláusula 7.2 PCAP relativa á capacidade para contratar establece:

Para la presentación de ofertas por parte de la unión de empresarios no se exige la formalización de la unión en escritura pública. No obstante en el caso de resultar adjudicataria, deberá formalizarse la unión de empresarios en escritura pública dentro del plazo máximo de 15 días a contar desde la notificación de la adjudicación del contrato.

Como sabemos, o art. 59 TRLCSP permite ás unións temporais contratar co sector público, sen que sexa necesaria a formalización das mesmas en escritura pública ata que se teña efectuado a adxudicación do contrato ao seu favor.

Tamén é coñecida, e non necesita de máis desenvolvemento argumentativo, a doutrina dos Tribunais administrativos de contratación, así como da xurisprudencia, sobre o carácter vinculante dos pregos (por todos, Tribunal Superior de Xustiza de Madrid Sala do Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentenza 118/2016 de 5 Maio de 2016).

Agora ben, por esa mesma vinculación hai que salientar que o texto daquela cláusula non recolle un efecto ao seu incumprimento, e, concretamente, non dispón o que acolleu o Concello na decisión impugnada.

Efectivamente, ante o incumprimento do prazo fixado polo PCAP, o Concello, no texto da súa resolución, o que determina é que *“debe entenderse que o licitador retirou a súa oferta”*.

Polo tanto, da lectura do acordo do Concello de Ordes só podemos deducir, xa que non se cita expresamente o fundamento legal do acordo, que acudiu á regulación prevista no artigo 151.2 parágrafo terceiro TRLCSP, por ser o que establece tal efecto e a consecuencia tamén decretada polo ente local de acudir ao licitador seguinte:

De non cumprimentarse adecuadamente o requirimento no prazo, entenderase que o licitador retirou a súa oferta, procedéndose nese caso a solicitar a mesma documentación ao licitador seguinte, pola orde en que quedasen clasificadas as ofertas.

Unha vez situados aí, son varias as consideracións que caben ser trasladadas.

En primeiro lugar, que tal artigo, na súa aplicación ao suposto que textualmente menciona, foi obxecto de interpretación diversas tanto polos tribunais administrativos de contratación como por diversas xuntas consultivas nos seus informes, sexa respecto á posibilidade de ampliación dos prazos fixados (a favor, p.e, Xunta Consultiva Estado informe 32/2011, ou TACPA acordo 43/2015; en contra, TACRC resolución 153/2011 ou Xunta Consultiva Cataluña informe 2/2012) sexa sobre se é ou non posible a concesión polo órgano de contratación dun trámite de emenda, en caso de erros ou omisións na documentación presentada (a favor, p.e TACPA acordo 24/2014, informe 2/2012 Xunta Consultiva de Cataluña; en contra, TACRC 954/2015, pero atemperado na 58/2015).

A maiores, aínda situados no momento temporal ao que especificamente se refire o artigo 151.2 TRLCSP, antes da adxudicación, Tribunais como TACRC advirten que este debe estar circunscrito á documentación no mesmo expresamente citada (por exemplo, resolucións 281/2011, 422/2015 ou 356/2018).

Pero o importante aquí é salientar que nos atopamos nun momento distinto ao previsto no dito artigo: a UTE SOIL- CYCLE non é o licitador mellor valorado, suposto ao que se refire o art. 151 TRLCSP, senón que xa é formalmente o adxudicatario, se ben o contrato aínda non se formalizou.

Hai que ter en conta, a este respecto, que a modificación levada a cabo pola Lei 34/2010 na Lei 30/2007, de contratos do sector público, quebrou a tradicional

concepción na lexislación española do acto de adxudicación como perfeccionador do contrato administrativo, sendo a partir dese momento a formalización a que produce a perfección do contrato, segundo o art. 27 TRLCSP.

Isto xera un período, dende a adxudicación ate a formalización, que é obxecto de debate doutrinal a efectos da súa natureza e consecuencias.

Dado que a este Tribunal o que lle corresponde é resolver o caso concreto, baste con indicar a estes efectos que a posibilidade de aplicación analóxica do art. 151.2 aos casos de non formalización do contrato por causa imputable ao adxudicatario foi xa admitida pola Xunta consultiva de contratación pública do Estado no informe de 1 de marzo de 2012, número 51/2012 (tamén informe 2/2012 da Xunta Consultiva de Cataluña e o 2/2013 da de Canarias), que establece expresamente:

Esta Junta Consultiva entiende que procedería dicha aplicación analógica en el caso de incumplimiento del plazo de formalización por el adjudicatario, debiéndose entender en ese caso que éste último ha retirado su oferta. Esta conclusión se alcanza tras apreciarse identidad de razón entre el supuesto de hecho de no aportación de la documentación justificativa y de la garantía definitiva dentro del plazo por parte del licitador y el supuesto de hecho de no formalización del contrato en plazo por causa imputable al adjudicatario. Tras la solución que el legislador le da al primer supuesto late el derecho del licitador siguiente (en la lista de ofertas clasificadas) a convertirse en adjudicatario. El principio de no causar perjuicio a los derechos de terceros justifica la solución de entender que el licitador ha retirado su oferta. La regla que contempla dicho principio resulta aplicable al supuesto de hecho de no formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario, dado que el segundo licitador en la lista en este momento del iter procedimental continúa a la expectativa de resultar adjudicatario en defecto del primer adjudicatario.

Establecida, polo tanto, a posibilidade de entender por retirada a proposta do adxudicatario que infrinxe o seu deber de formalización do contrato no prazo previsto, procede determinar se neste caso concreto a recorrente está no suposto, como requisito necesario para a aplicación do réxime xurídico previsto no art. 151 TRLCSP. Lembramos que na propia motivación do acordo recorrido, o órgano de contratación fundamenta a súa decisión do incumprimento do prazo de constitución en UTE como “requisito previo para a formalización do contrato no prazo sinalado”.

Non podemos perder de vista que a traída do artigo 151.2 TRLCSP é, por *analogía*, como recolle aquel informe, pois non trata este especificamente disto, sen esquecer que ese precepto, incluso na aplicación do que expresamente trata, ten

interpretacións diferentes, como vimos. Polo tanto, isto unido á falta de mención expresa nos pregos á consecuencia decretada, e que estamos nun período onde xa houbo un acto a favor o adxudicatario, aquí a recorrente, debe facer que a análise pivote sobre o equilibrio entre os bens xurídicos en xogo, en base ao principio de proporcionalidade.

Efectivamente, o único que expresamente prevé o TRLCSP, art. 156.4, para cando por causas imputables ao adxudicatario non se formalizara o contrato no prazo indicado é que a Administración poderá acordar a incautación sobre a garantía definitiva do importe da garantía provisional que, no seu caso, se esixira, abstracción agora do referido á prohibición de contratar.

Neste sentido, o ulterior informe da Xunta consultiva do Estado de 7 de xuño de 2012, número 28/11, ten consideracións de interese para encadrar a aplicación analóxica que estamos a tratar.

Tal informe, antes de aceptar o criterio do informe antes transcrito e a aplicación, sempre por analoxía, do art. 151.2 TRLCSP, advirte das dificultades desa operación interpretativa:

“Como vemos, este precepto está originariamente pensado para los casos en que el licitador que ha presentado la oferta económicamente más ventajosa, no haya cumplido con la presentación de la documentación exigida por este precepto, dentro del plazo fijado para ello en el requerimiento que le ha sido dirigido. De no ser así, se entenderá que ha retirado su oferta, con el efecto de que el contrato se podrá adjudicar al licitador que se encuentre clasificado a continuación. Como vemos, la dificultad de aplicar esta norma al caso que nos ocupa, se encuentra en que se refiere a un momento anterior a la adjudicación del contrato, mientras que el problema planteado en la consulta afecta al empresario que ha resultado adjudicatario del mismo. Por tal motivo, aunque este artículo contempla una norma que puede ser la solución al caso, no obstante es necesario salvar la objeción que supone que se trate de un precepto que encuentra como ámbito de aplicación la fase previa a la adjudicación del contrato, a lo que debemos añadir como otra dificultad más, el hecho de que la adjudicación al contratista supone un acto declarativo de derechos, por lo que la Administración no puede adoptar medidas que lo restrinjan o impidan su ejercicio, sin sujetarse al procedimiento legalmente establecido al efecto.”

Pero o máis relevante é que tal informe liga á posibilidade desa aplicación analóxica a que o incumprimento denote unha vontade, expresa ou tácita, de retirada da oferta, ou, no caso que nos ocupa, de *“falta de intención de cumprir ese futuro*

contrato y de apartarse del mismo”, de forma que “se le puede atribuir el efecto que la ley prevé para el caso de retirada tácita de la oferta, con la consecuencia de que el contrato se podrá adjudicar nuevamente, conforme a lo dispuesto dentro del artículo 151. 2, TRLCSP”:

“Como actos reconocidos en la Ley que permiten a las partes de un contrato, apartarse del procedimiento, se recogen cuatro, a saber: la renuncia por parte de la Administración, el desistimiento de la Administración, -regulados ambos en el artículo 155 del TRLCSP-, la retirada expresa de la oferta por parte del licitador y la retirada tácita de la misma, que tiene lugar en el caso señalado antes, cuando el licitador clasificado en primer lugar y requerido para ello no presenta la documentación contenida en el artículo 151. 2, -regulados estos dos últimos en el artículo 151 TRLCSP-. No podemos olvidar que nos encontramos en el ámbito contractual, en el que lo relevante es la voluntad de las partes, por lo que cualquier acto realizado por ellas, puede ser interpretado en relación con el contrato realizado, lo que nos permite traer aquí a colación, siempre en defecto de la norma administrativa correspondiente y de conformidad a ella, el criterio interpretativo contenido en el artículo 1282 del CC, a cuyo tenor: “Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato”.

En el caso que nos ocupa, aun cuando nos encontramos ante un contrato ya perfeccionado, el artículo anterior puede aplicarse analógicamente. Así en este caso el adjudicatario del contrato, a pesar de serlo, no accede a su formalización, incluso habiendo sido requerido para ello, con lo que evidencia su falta de intención de cumplir ese futuro contrato y de apartarse del mismo, por lo que, a su conducta, se le puede atribuir el efecto que la ley prevé para el caso de retirada tácita de la oferta, con la consecuencia de que el contrato se podrá adjudicar nuevamente, conforme a lo dispuesto dentro del artículo 151. 2, TRLCSP”

Incluso fala de que se pode ampliar o prazo para a formalización, pero de máis interese ten se cabe para o noso caso que nese informe se aluda tamén a “*habiendo sido requerido para ello*” ou, como recolle tamén ese informe, “*por negarse el adjudicatario a la formalización del contrato*”, todo o cal denota a proporcionalidade esixible para poder chegar a entender que, cando xa se é adxudicatario, se poida aplicar analoxicamente a consecuencia de ter por retirada a oferta.

Nas conclusións de tal informe se volve a mencionar a posibilidade de traer a consecuencia do artigo 151.2 TRLCSP nos casos onde o adxudicatario non formalice o contrato “*no presentándose a formalizarlo*”, “*a pesar de haber sido requerido para ello*”, e engadindo que “*No obstante lo anterior, la Administración actuante podrá*

conceder una ampliación de plazo” e que “Si, después de la ampliación del plazo, el adjudicatario origina sigue sin formalizar el contrato, podrá proceder a adjudicarlo al empresario clasificado en el lugar siguiente”. En definitiva, valida o paso a dar por retirada a oferta ante unha persistencia na negativa a formalizar o contrato.

Polo tanto, o debate que nos ocupa é que unha vez constatado que non se presentou a escritura de constitución da UTE no prazo de 15 días fixado nos pregos, se cabe a consecuencia tan gravosa de ter por retirada a oferta, cando o prego nada recollía desta consecuencia, cando a lei non dispón expresamente este resultado, e cando a aplicación analóxica do artigo 151.2 TRLCSP o é, primariamente, para casos de *“negarse el adjudicatario a la formalización del contrato”* ou de *“evidencia su falta de intención de cumplir ese futuro contrato y de apartarse del mismo”*, todo o cal non o apreciamos no presente caso, como agora veremos, a pesar dese incumprimento non negado do prazo de constitución marcado no prego, pois o Concello, nin na resolución nin nas alegacións, traslada a este Tribunal un razoamento de que fora inviable entón a formalización do contrato, baseándose unicamente no requisito, entón formal, do cumprimento do prazo dos 15 días fixados no prego.

Efectivamente, se unha vez fixado este marco volvemos ao caso que nos ocupa, da análise dos distintos documentos do expediente administrativo remitido polo órgano de contratación resulta que en data 5.3.2018 e motivado en que *“transcorreu o prazo de quince días(...) sen que se tivese interposto recurso especial”*, se lle require ao adxudicatario *“para que proceda a formalizar o contrato en documento administrativo nun prazo non superior a cinco días a contar desde o seguinte a aquel en que teña recibido o presente requirimento”*.

Como resposta, consta correo electrónico da adxudicataria enviado ao concello de Ordes ás 11.12 horas do día 9 de marzo remitindo a escritura pública de constitución da UTE, é dicir, dentro do prazo outorgado para a formalización, do que podemos extraer dúas conclusións relevantes:

- Que o Concello de Ordes, traspasado o prazo fixado nos pregos de constitución da UTE, continúa co procedemento instando á adxudicataria á formalización do contrato, o que resulta contrario á relevancia outorgada ao dito incumprimento nun momento posterior, concretamente na decisión aquí impugnada.

- E, aínda máis importante, que non cabe entender que a adxudicataria se negase á formalización, expresa ou tacitamente. Máis aínda, comprobamos que nese mesmo correo mostra a súa disposición favorable ao sinalar que queda á *espera do seu aviso para a sinatura do contrato*. Non consta no expediente nin foi alegado polo órgano de contratación outra manifestación da adxudicataria contraria ao expresado nesa comunicación.

A isto, procede unir o xa dito da falta de mención ao paso da constitución da UTE na comunicación de 2.2.2018, á falta de referencia explícita nos pregos á consecuencia de entender por retirada a oferta no caso que nos ocupa, e que a aplicación do artigo 151.2 a estes efectos é por analoxía, non por referencia legal expresa.

Por isto, tendo en conta que a remisión da escritura se realizou antes da finalización do prazo de cinco días e que a adxudicataria manifestou a súa vontade de proceder á formalización do contrato, podemos considerar que non houbo unha negativa á proceder a tal paso.

Finalmente, se ben o órgano de contratación alude no seu acordo ao “*principio de non causar prexuízos a terceiros*”, cómpre sinalar que a exclusión das ofertas por cuestións formais debe ser obxecto dunha interpretación estrita, por ser un acto contrario aos principios de libre concorrência e antiformalidade que rexen na contratación pública, e vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidade. Máis nun suposto en que xa existe un adxudicatario, polo que os intereses de terceiros licitadores non poden prevalecer sobre o interese público que supón o cumprimento da oferta máis vantaxosa, aquí xa declarada no acordo de adxudicación.

Como sinala a resolución 78/2017 do Tribunal administrativo de recursos contractuais de Andalucía:

“en aplicación del principio de proporcionalidad propugnado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.”

Como conclusión do sinalado, e tal e como recolle o TACRC na súa resolución 1179/2015:

“en aplicación del principio de proporcionalidad, no cabe entender que la actuación de la empresa adjudicataria ... implique la retirada de su oferta y su necesaria e inevitable exclusión de la licitación, pues la exclusión de licitadores por defectos en la documentación administrativa es una medida excepcional que, por sus efectos restrictivos de la concurrencia, se ha de aplicar de forma estricta, máxime cuando dicha exclusión ha de afectar, como es el caso, al licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa.”

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por SOIL RECOVERY S.L.- CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 contra o acordo do 15.3.2018 da Xunta de Goberno Local do Concello de Ordes, que resolveu ter por retirada a oferta do adxudicatario ao non proceder á formalización do contrato no prazo concedido, na licitación do servizo de conserxería, mantemento e limpeza de edificios culturais e deportivos do Concello e, en consecuencia, anular o acto impugnado.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. O órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.