

Recurso nº 10/2018**Resolución nº 12/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.L.M.E. actuando en nombre y representación de “SOIL RECOVERY S.L.- CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982” contra el acuerdo del 15.3.2018 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ordes, que resolvió tener por retirada la oferta del adjudicatario al no proceder a la formalización del contrato en el plazo concedido, en la licitación del servicio de conserjería, mantenimiento y limpieza de edificios culturales y deportivos del Ayuntamiento de Ordes, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGAL, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de Ordes se convocó la licitación del contrato del servicio de conserjería, y limpieza de edificios culturales y deportivos, con un valor estimado declarado de 1.250.554,87 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el BOE y DOUE en fecha 18.04.2017, con una corrección de errores en ambos periódicos publicada el 6.05.2017. Igualmente se publicó la licitación en el DOG del 4.05.2017.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante)

Tercero.- Tras la tramitación del correspondiente procedimiento de adjudicación, el 11 de enero de 2018 el Ayuntamiento de Ordes por acuerdo de la junta de gobierno local adjudicó el contrato a la UTE SOIL RECOVERY S.L.-CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L (UTE SOIL-CYCLE, en adelante) .

Posteriormente, en fecha 15 de marzo el Ayuntamiento adopta el acuerdo de entender por retirada la oferta presentada por dicha UTE y de requerir al segundo clasificado en el proceso de licitación la documentación exigida en el PCAP, siendo comunicada a la UTE SOIL-CYCLE por correo electrónico el 5.4.2018.

Cuarto.- En fecha 23.4.2018 la UTE SOIL-CYCLE interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de fecha 15 de marzo, en el Ayuntamiento de Ordes. En fecha 24 lo reiteró ante el TACGAL, procediendo a su enmienda el día 25, previo requerimiento de este Tribunal.

Quinto.- Con fecha 25 de abril se reclamó al Ayuntamiento de Ordes el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 27 de abril.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 3.5.2018, siendo recibidas alegaciones de la empresa SERVICIOS, OBRAS Y LIMPIEZAS S.A.

Séptimo.- Mediante resolución de 3.05.2018 el TACGAL acordó la suspensión de la actuación impugnada y del procedimiento de licitación citado en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Ostenta el recurrente legitimación para la interposición del recurso, al ser el directamente afectado por la actuación del Ayuntamiento aquí recurrida.

Se alega por la representante de la entidad Servicios, Obras y Limpiezas S.A. la concreta “ausencia de legitimación activa” de la persona física firmante del recurso por ser tercero ajeno a la unión temporal de empresas, en base a posibles defectos en la escritura pública de la que nace su representación, la de constitución de la UTE, en cuanto al mandato verbal con el que actuó uno de los intervinientes.

Sobre esto, en primer lugar, constan en el expediente administrativo de la licitación comunicaciones del Ayuntamiento hacia el firmante de este recurso, como representante en la misma de la oferta presentada por la UTE, por lo que el propio Ayuntamiento asumió tal condición de representación.

En todo caso, esta empresa alegante basa su consideración en lo tocante a que en la escritura de constitución de la UTE uno de los comparecientes había manifestado estar facultado a intervenir por mandato verbal de CYCLE SERVICIOS INTEGRALES CENTRO DE EMPLEO S.L., sin perjuicio de lo cual la escritura fue realizada, poniendo el notario de manifiesto esta circunstancia.

En relación a esta cuestión, este Tribunal administrativo debe acatar y seguir el criterio fijado en la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25.09.2008 (recurso 7148/2005) en la que, precisamente en relación a una contratación pública, se explicita la validez del mandato verbal en la firma de la escritura pública de constitución de una UTE señalando:

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 en aquel caso, la presente escritura de constitución de esta UTE refiere expresamente que es para esta licitación que nos ocupa. A mayores, en el expediente también existe, firmado por los representantes de cada una de las empresas que luego constan en la escritura como las integrantes de la UTE, el compromiso de constitución de la misma. Finalmente existe igualmente una tarjeta de identificación fiscal con el número de identificación fiscal definitivo de esta UTE.

A la misma conclusión, y citando la anterior sentencia, llega el TACRC en su reciente resolución 489/2017, de 8 de junio, en la que específicamente 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, y sólo a los efectos de agotar este apartado, el compareciente en la escritura de constitución de la UTE consta con poder suficiente de la empresa mayoritaria en la UTE (un 80%), sobre lo que no hay que olvidar la doctrina consolidada de los Tribunales administrativos de recursos contractuales de la admisión del ejercicio de acciones impugnatorias por uno de los miembros de la UTE en beneficio del conjunto, de no existir oposición de los demás, lo cual está normativamente recogido en el artículo 24.2 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por lo que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en material contractual.

Por lo tanto, y en base a lo señalado, este TACGAL entiende que no puede impedirse el derecho al presente recurso.

Cuarto.- El acto impugnado de 15 de marzo fue notificado al recurrente mediante correo electrónico en fecha 5 de abril, por lo que el recurso fue presentado en plazo.

Quinto.- La licitación tiene valor estimado declarado de 1.250.554,87 euros, para una contratación de servicios, por lo que tiene acceso a este recurso.

Sexto.- El acto recurrido, posterior al acto de adjudicación en sí, es el acuerdo del órgano de contratación de fecha 15 de marzo de 2018, que entiende por retirada a la recurrente del proceso de licitación por no formalizar la UTE en plazo, por lo que procede determinar si el mismo es un acto susceptible de recurso ante este TACGAL.

Ya expresamos que no estamos ante el acto de adjudicación en sí, por lo que hay que ubicarse en el artículo 44.2 b), que recoge como actos susceptibles de recurso especial:

Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso, se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los cuales se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

Teniendo en cuenta que segundo lo previsto en el artículo 27 TRLCSP, norma a la que estuvo sometida la licitación, los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, cabe entender que el acuerdo de la junta de gobierno local del Ayuntamiento de Ordes, dictado con anterioridad a la formalización del contrato y que impide la misma, es un acto de trámite cualificado de los previstos en el artículo 44 LCSP, contra el que procede este recurso especial.

Aunque referido a una actuación no exactamente idéntica, creemos exportable la reflexión recogida en la Resolución 25/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuando 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 la interpretación *pro actione* aquí asumida el criterio derivado de la Sentencia TJUE de 5 de abril de 2017, C-391/15, asunto Marina del Mediterráneo S.L, cuando 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)”

Séptimo.- El recurrente alega que el retraso en la formalización de la UTE fue un error involuntario que, sobre todo, no causó perjuicio al órgano de contratación, de manera que la consecuencia decretada se entiende excesiva.

Considera que lo previsto en el art. 151 TRLCSP invocado por el órgano de contratación no es aplicable y que, en todo caso, dicho artículo no excluye la posibilidad de enmienda de un trámite administrativo prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, ya que además, la no formalización de la UTE no es un incumplimiento esencial que deba llevar aparejada la resolución contractual.

Octavo.- El órgano de contratación se opone al recurso basándose en la obligatoriedad del cumplimiento de los pliegos de la licitación y de los plazos en ellos previstos, así como niega la posibilidad de enmienda expuesta por el recurrente.

Noveno.- La entidad Servicios, Obras y Limpiezas S.A. reitera la obligatoriedad de lo previsto en los pliegos, entendiendo que el incumplimiento “impedía la posibilidad de firma del contrato”, rechazando la posibilidad de enmienda. También se refiere a la cuestión de la invalidez de la escritura constitutiva de la UTE, ya resuelta en el fundamento tercero de esta resolución.

Décimo.- La cuestión a dilucidar en este recurso es si es validable en derecho la decisión del Ayuntamiento de Ordes de entender por retirada a la recurrente del proceso de licitación, ante la no formalización de la UTE dentro del plazo fijado al efecto en el PCAP. El acuerdo de exclusión impugnado recoge lo siguiente:

PUNTO DÉCIMO SEGUNDO: EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN POR PROCEDIMIENTO 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 procedeuse 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 entenderase 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 2.015, 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 no proceder á formalización do contrato no prazo establecido no art. 156.3 do R.D. Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro.

El punto segundo de ese acuerdo fue requerir a la siguiente clasificada, **SERVICIOS OBRAS y LIMPIEZAS S.A** para que en diez días presentara la documentación de la cláusula 15.1 del PCAP.

Como vemos, la parte expositiva de la resolución se refiere, en primer lugar, a dos acuerdos previos notificados a la UTE recurrente: a) aquel por el se le notificaba su condición de adjudicatario en fecha 2.2.2018 y b) el del día 5.3.2018, donde se le instaba a la formalización del contrato en el plazo de cinco días desde su recepción. El primer apunte debe ir destinado a significar que en el primero no hay referencia a la necesidad de constitución de la UTE y, en el segundo, esa obligación deber se expresa, no en el texto del requerimiento, sino en el correo electrónico, y que fue seguido por la remisión de la escritura por la aquí recurrente, como se verá.

Si continuamos en el texto de la resolución impugnada, el órgano de contratación fundamenta la misma en el incumplimiento de la cláusula 7.2 PCAP, que fija dicho plazo para la constitución en 15 días. Indica tal acuerdo que este era un “*requisito previo para la formalización del contrato en el plazo señalado*”.

La cláusula 7.2 PCAP relativa a la capacidad 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, el art. 59 TRLCSP permite a las uniones temporales contratar con el sector público, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

También es conocida, y no necesita de más desarrollo argumentativo, la doctrina de los Tribunales administrativos de contratación, así como de la jurisprudencia, sobre

el carácter vinculante de los pliegos (por todos, Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 118/2016 de 5 Mayo de 2016).

Ahora bien, por esa misma vinculación hay que destacar que el texto de aquella cláusula no recoge un efecto a su incumplimiento, y, concretamente, no dispone el que acogió el Ayuntamiento en la decisión impugnada.

Efectivamente, ante el incumplimiento del plazo fijado por el PCAP, el Ayuntamiento, en el texto de su resolución, lo que determina es que *“debe entenderse que el licitador retiró su oferta”*.

Por lo tanto, de la lectura del acuerdo del Ayuntamiento de Ordes sólo podemos deducir, ya que no se cita expresamente el fundamento legal del acuerdo, que acudió a la regulación prevista en el artículo 151.2 párrafo tercero TRLCSP, por ser el que establece tal efecto y por consecuencia también decretada por el ente local de acudir al licitador siguiente:

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo, se entenderá que el licitador retiró su oferta, procediéndose en cuyo caso a solicitar la misma documentación al licitador siguiente, por la orden en que quedaran clasificadas las ofertas.

Una vez situados ahí, son varias las consideraciones que caben ser trasladadas.

En primer lugar, que tal artículo, en su aplicación al supuesto que textualmente menciona, fue objeto de interpretaciones diversas tanto por los tribunales administrativos de contratación como por diversas juntas consultivas en sus informes, sea respeto a la posibilidad de ampliación de los plazos fijados (a favor, p.e, Junta Consultiva Estado informe 32/2011, o TACPA acuerdo 43/2015; en contra, TACRC resolución 153/2011 o Junta Consultiva Cataluña informe 2/2012) sea sobre si es o no posible la concesión por el órgano de contratación de un trámite de enmienda, en caso de errores u omisiones en la documentación presentada (a favor, p.e TACPA acuerdo 24/2014, informe 2/2012 Junta Consultiva de Cataluña; en contra, TACRC 954/2015, pero atemperado en la 58/2015).

A mayores, aún situados en el momento temporal a lo que específicamente se refiere el artículo 151.2 TRLCSP, antes de la adjudicación, Tribunales como TACRC

advierten que este debe estar circunscrito a la documentación en el mismo expresamente citada (por ejemplo, resoluciones 281/2011, 422/2015 o 356/2018).

Pero lo importante aquí es destacar que nos encontramos en un momento distinto al previsto en dicho artículo: la UTE SOIL- CYCLE no es el licitador mejor valorado, supuesto al que se refiere el art. 151 TRLCSP, sino que ya es formalmente el adjudicatario, si bien el contrato aún no se formalizó.

Hay que tener en cuenta, a este respecto, que la modificación llevada a cabo por la Ley 34/2010 en la Ley 30/2007, de contratos del sector público, quebró la tradicional concepción en la legislación española del acto de adjudicación como perfeccionador del contrato administrativo, siendo a partir de ese momento la formalización la que produce la perfección del contrato, segundo el art. 27 TRLCSP.

Esto genera un período, desde la adjudicación hasta la formalización, que es objeto de debate doctrinal a efectos de su naturaleza y consecuencias.

Dado que a este Tribunal lo que le corresponde es resolver el caso concreto, baste con indicar a estos efectos que la posibilidad de aplicación analógica del art. 151.2 a los casos de no formalización del contrato por causa imputable al adjudicatario fue ya admitida por la Junta consultiva de contratación pública del Estado en el informe de 1 de marzo de 2012, número 51/2012 (también informe 2/2012 de la Junta Consultiva de Cataluña y el 2/2013 de la 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, por lo tanto, la posibilidad de entender por retirada la propuesta del adjudicatario que infringe su deber de formalización del contrato en el plazo previsto, procede determinar si en este caso concreto la recurrente está en el supuesto, como requisito necesario para la aplicación del régimen jurídico previsto en el art. 151 TRLCSP. Recordamos que en la propia motivación del acuerdo recurrido, el órgano de contratación fundamenta su decisión del incumplimiento del plazo de constitución en UTE como requisito previo para la formalización del contrato en el plazo señalado”.

No podemos perder de vista que la traída del artículo 151.2 TRLCSP es, por *analogía*, como recoge aquel informe, pues no trata este específicamente de esto, sin olvidar que ese precepto, incluso en la aplicación del que expresamente trata, tiene interpretaciones diferentes, como vimos. Por lo tanto, esto unido a la falta de mención expresa en los pliegos a la consecuencia decretada, y que estamos en un período donde ya hubo un acto a favor el adjudicatario, aquí la recurrente, debe hacer que el análisis pivote sobre el equilibrio entre los bienes jurídicos en juego, en base al principio de proporcionalidad.

Efectivamente, lo único que expresamente prevé el TRLCSP, art. 156.4, para cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato en el plazo indicado es que la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso, se hubiese exigido, abstracción ahora de lo referido a la prohibición de contratar.

En este sentido, el ulterior informe de la Junta consultiva del Estado de 7 de junio de 2012, número 28/11, tiene consideraciones de interés para encuadrar la aplicación analógica que estamos tratando.

Tal informe, antes de aceptar el criterio del informe antes transcrito y la aplicación, siempre por analogía, del art. 151.2 TRLCSP, advierte de las dificultades de esa 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 lo más relevante es que tal informe liga a la posibilidad de esa aplicación analógica a que el incumplimiento denote una voluntad, expresa o tácita, de retirada de la oferta, o, en el caso que nos ocupa, de “*falta de intención de cumplir 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 habla de que se puede ampliar el plazo para la formalización, pero de más interés tiene si cabe para nuestro caso que en ese informe se aluda también a “*habiendo sido requerido para ello*” o, como recoge también ese informe, “*por negarse el adjudicatario a la formalización del contrato*”, todo lo cual denota la proporcionalidad exigible para poder llegar a entender que, cuando ya se es adjudicatario, se pueda aplicar analógicamente por consecuencia de tener por retirada a oferta.

En las conclusiones de tal informe se vuelve a mencionar la posibilidad de traer por consecuencia del artículo 151.2 TRLCSP en los casos donde el adjudicatario no formalice el contrato “*no presentándose a formalizarlo*”, “*a pesar de haber sido requerido para ello*”, y añadiendo que “*No obstante lo anterior, la Administración actuante podrá conceder una ampliación de plazo*” y 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 el paso a dar por retirada la oferta ante una persistencia en la negativa a formalizar el contrato.

Por lo tanto, el debate que nos ocupa es que una vez constatado que no se presentó la escritura de constitución de la UTE en el plazo de 15 días fijado en los pliegos, si cabe la consecuencia tan gravosa de tener por retirada la oferta, cuando el pliego nada recogía de esta consecuencia, cuando la ley no dispone expresamente este resultado, y cuando la aplicación analógica del artículo 151.2 TRLCSP lo es, primariamente, para casos de “*negarse él adjudicatario la la formalización del contrato*” o de “*evidencia su falta de intención de cumplir ese futuro contrato y de apartarse del mismo*”, todo lo cual no lo apreciamos en el presente caso, como ahora veremos, a pesar de ese incumplimiento no negado del plazo de constitución marcado en el pliego, pues el Ayuntamiento, ni en la resolución ni en las alegaciones, traslada a este Tribunal un razonamiento de que hubiera sido inviable entonces la formalización del contrato, basándose únicamente en el requisito, entonces formal, del cumplimiento del plazo de los 15 días fijados en el pliego.

Efectivamente, si una vez fijado este marco volvemos al caso que nos ocupa, del análisis de los distintos documentos del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación resulta que en fecha 5.3.2018 y motivado en que “*transcurrió el plazo de quince días(...) sin que se hubiera interpuesto recurso especial*”, se le requiere al adjudicatario “*para que proceda a formalizar el contrato en documento administrativo en un plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que haya recibido el presente requerimiento*”.

Como respuesta, consta correo electrónico de la adjudicataria enviado al ayuntamiento de Ordes a las 11.12 horas del día 9 de marzo remitiendo la escritura pública de constitución de la UTE, es decir, dentro del plazo otorgado para la formalización, del que podemos extraer dos conclusiones relevantes:

- Que el Ayuntamiento de Ordes, tras pasado el plazo fijado en los pliegos de constitución de la UTE, continúa con el procedimiento instando a la adjudicataria a la formalización del contrato, lo que resulta contrario a la relevancia otorgada a dicho incumplimiento en un momento posterior, concretamente en la decisión aquí impugnada.

- Y, aun más importante, que no cabe entender que la adjudicataria se negara a la formalización, expresa o tácitamente. Más aún, comprobamos que en ese mismo correo muestra su disposición favorable al señalar que queda a la espera *de su aviso para la firma del contrato*. No consta en el expediente ni fue alegado por el órgano de contratación otra manifestación de la adjudicataria contraria a lo expresado en esa comunicación.

A esto, procede unir lo ya dicho de la falta de mención al paso de la constitución de la UTE en la comunicación de 2.2.2018, a la falta de referencia explícita en los pliegos a consecuencia de entender por retirada la oferta en el caso que nos ocupa, y que la aplicación del artículo 151.2 a estos efectos es por analogía, no por referencia legal expresa.

Por esto, toda vez que la remisión de la escritura se realizó antes de la finalización del plazo de cinco días y que la adjudicataria manifestó su voluntad de proceder a la formalización del contrato, podemos considerar que no hubo una negativa a proceder a tal paso.

Finalmente, si bien el órgano de contratación alude en su acuerdo al "*principio de no causar perjuicios a terceros*", es necesario señalar que la exclusión de las ofertas por cuestiones formales debe ser objeto de una interpretación estricta, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalismo que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad. Más en un supuesto en que ya existe un adjudicatario, por lo que los intereses de terceros licitadores no pueden prevalecer sobre el interés público que supone el cumplimiento de la oferta más ventajosa, aquí ya declarada en el acuerdo de adjudicación.

Como señala la resolución 78/2017 del Tribunal administrativo de recursos contractuales 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 de lo señalado, y tal y como recoge el TACRC en su 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 lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por SOIL RECOVERY S.L.- CYCLE SERVICIOS INTEGRALES C.E.S.L. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, LEY 18/1982 contra el acuerdo del 15.3.2018 de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ordes, que resolvió tener por retirada la oferta del adjudicatario al no proceder a la formalización del contrato en el plazo concedido, en la licitación del servicio de conserjería, mantenimiento y limpieza de edificios culturales y deportivos del Ayuntamiento y, en consecuencia, anular el acto impugnado.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso en la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.