

RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN.

Expediente: 31777/2023. Contrato de servicio de producciones técnicas de los distintos eventos promovidos por la delegación de cultura y fiestas, a adjudicar por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada.

A LA ATT. DEL SEÑOR ALCALDE PRESIDENTE DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA PARA SU POSTERIOR ELEVACIÓN AL ÓRGANO COMPETENTE DE RESOLUCIÓN DEL RECURSO ESPECIAL DE CONTRATACIÓN.

D. José David Ledesma Tineo, con domicilio en la calle Antonio Gala 3 Bl:A Pl:Atico Pt:Q, Sabinillas- Manilva 29692 y provisto de D.N.I. 09059278S, actuando en su condición de Administrador de la empresa Espectáculos Costa Sound, S.L. con CIF n.º B93741668, con domicilio a su vez en la calle Panaderos nave 12 Poligono Industrial La Dehesilla, Manilva 29691.

EXPONE:

1.- Con fecha 22 de mayo de 2024 le fue notificada la Resolución 2024-3845 que figura a continuación de forma literal (en lo que afecta a la empresa que represento).

«Primero.- Excluir la oferta presentada por Espectáculos Costa Sound, S.L. al no acreditar la solvencia económica de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en base a la Mesa de Contratación de fecha 20 de mayo de 2024.

Segundo.- Requerir a Espectáculos Costa Sound, S.L. con CIF n.º B93741668 el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido en concepto de penalidad (5.431,42 euros), de conformidad con la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, haciéndose efectivo contra la garantía definitiva depositada por Espectáculos Costa Sound, S.L.

Tercero.- Efectuar requerimiento a la empresa Xmusic Audiovisuales, S.L., con CIF n.º B09778309, al ser el siguiente en presentar la oferta económicamente más ventajosa, a fin de que en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente día a aquél en que se hubiera recibido el presente requerimiento, presente la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia exigidas en el pliego de cláusulas administrativas, así como el certificado de hallarse al corriente con el Ayuntamiento de Estepona o autorización para su solicitud».

2.- No estando conforme con la Resolución dictada y dentro del plazo legalmente previsto, interpongo recurso especial de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP 2017, **solicitando la suspensión del procedimiento** al considerar la existencia de arbitrariedad en cuanto al punto segundo de la citada Resolución que hace referencia a la exigencia del 3% en concepto de penalidad y, conforme a los motivos que figuran a continuación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

1.- *La cláusula 20 del PCAP dispone de forma literal que «de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3% 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 su consideración como causa de prohibición para contratar por no cumplimentar el requerimiento en plazo mediando dolo, culpa o negligencia».

Por parte de la sociedad que represento Espectáculos Costa Sound, S.L. se ha cumplimentado toda la documentación exigida por la Mesa de contratación, incluido un seguro de responsabilidad civil que supera con creces la solvencia económica exigida en Pliegos y que a pesar de no haber sido admitido como prueba, indica que he cumplido mis obligaciones como adjudicatario, no debiendo ser por tanto, objeto de expediente de penalidades.

La cláusula fijada en Pliegos, como tal, debe estar prevista para el caso de que la Sociedad no hubiese atendido el requerimiento de la Administración e incluso para cuando no se hubiese incorporado alguno de los documentos exigidos. Sin embargo, en esta ocasión se hace una interpretación extensiva y exorbitante por parte de la Administración, ampliando sus efectos al hecho de que no se considere como suficiente la documentación aportada.

En este sentido, por parte de la Administración, se podría haber considerado como válida la interpretación de que el seguro aportada era suficiente para garantizar la viabilidad económica de la propuesta y ser adjudicatario, sin embargo tal hecho no ha ocurrido. Y en ningún momento hemos recurrido tal extremo, sino el hecho de que se haya abusado de la posición dominante de la Administración para imponer una penalidad, no debiendo ser objeto de la misma.

Así, la Sentencia del TS de 27 de junio de 2012 (EDJ 2012/154854) (EDJ 2012/154854), en referencia a la sanción consistente en la **incautación de la garantía provisional**, indicaba que:

“...La **garantía provisional** es la otorgada por el licitador para participar en el procedimiento de contratación y tiene por finalidad asegurar la seriedad y viabilidad de las ofertas y su mantenimiento hasta la formalización del contrato, así como el cumplimiento de las obligaciones exigibles al adjudicatario antes de dicha formalización, entre ellas, obviamente, la constitución de la fianza definitiva. Esta última asegura el cumplimiento de las obligaciones que resultan de la concesión, y responde de las penalidades impuestas al contratista y de los daños y perjuicios irrogados a la Administración por su incumplimiento.

La función de la **garantía provisional** es semejante a la de las arras penitenciales del Derecho privado (...). Por tanto, su incautación constituye una sanción por la falta de formalización del contrato.

El fracaso del procedimiento de adjudicación por la falta de formalización del contrato también provoca daños a la Administración, como los producidos por el examen, aprobación y modificación del proyecto del adjudicatario y los que supone una nueva adjudicación. Asimismo, da lugar a la frustración, al menos temporal, del interés público perseguido por la concesión. Así pues, la **garantía provisional** cumple las típicas funciones asignadas a las cláusulas penales de los contratos: de mera garantía o coercitiva, sancionadora y resarcitoria (artículo 1152 del Código Civil). La condición de penalidad que ostenta la fianza o **garantía provisional** permite moderarla en aplicación de lo previsto en el artículo 1154 del Código Civil, como ocurre con la fianza definitiva en seno de la contratación administrativa.

(...) **De esta regulación puede deducirse que la incautación de la fianza provisional exige que la falta de formalización del contrato se deba a causas imputables al contratista.** Así pues, la concurrencia de culpa de la Administración o la existencia de fuerza mayor podría originar la moderación de la penalidad y, por tanto, la incautación de solo una parte de la fianza o su íntegra cancelación.”

Igualmente El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido entendiendo que no todo incumplimiento del requerimiento debe dar lugar a la imposición de penalidades, y considera que **el cumplimiento defectuoso del requerimiento por el licitador no puede equipararse al incumplimiento total** a efectos de ser considerado como una retirada de la oferta sancionable con una penalidad del 3% del presupuesto de licitación.

En la resolución 747/2018 argumentaba:

«Tal consecuencia es indudablemente una sanción civil solo admisible en caso de incumplimientos graves, no en caso de cumplimientos defectuosos que no pueden ser considerados expresivos de una retirada de la oferta, sino al contrario, de una voluntad de cumplimiento, que admite subsanación.»

La misma conclusión se alcanza en la Resolución 897/2020 que, como la anterior, distingue claramente dos supuestos: a) Cuando no se cumple en absoluto el requerimiento del art. 150.2, supuesto en el que debe hacerse una interpretación restrictiva y estricta y dar por incumplida totalmente la obligación. Tal circunstancia ocurre en el caso de completa falta de cumplimentación del requerimiento y ha de aparejar las consecuencias legalmente establecidas. b) Cuando se cumple el requerimiento de manera incompleta, de modo que existe un incumplimiento parcial, sin que afecte a la existencia previa del requisito, en cuyo caso procede requerir la subsanación de tal documentación en el plazo de tres días, con el fin de reparar los defectos u omisiones en que se hubiera incurrido.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal en las resoluciones 532/2020, de 8 de abril, 590/2020, de 14 de mayo y 779/2020, de 3 de julio.

En el presente caso, es obvio que no estamos ante ninguno de esos casos, ni siquiera es incumplimiento, y ni siquiera se nos dio plazo de subsanación, del propio expediente se deduce que nos excluyen porque no valoran adecuadamente la solvencia presentada. Y todo ello ya es suficiente “sanción” , todo ello, de forma previa a casi cualquier actuación administrativa derivada del expediente.

Por todo ello entendemos que no procede la imposición de la penalidad en una interpretación expansiva y extensiva de una norma sancionadora, y en la que siquiera el hecho constitutivo de la sanción, el grave incumplimiento, se haya producido.

2.- En otro orden de asuntos, no existe constancia de que la empresa propuesta como adjudicataria cumpla con la solvencia técnica.

Y por tanto, en el mismo acto se solicita que se nos entregue copia compulsada de su certificado en vigor emitido por una entidad de certificación acreditada por el Organismo Nacional de Acreditación de sistema de gestión de calidad conforme con la norma ISO 9001 incluyendo la

marca de la entidad de acreditación o referencia a la condición de acreditado y el número de acreditación, tal y como exige el PCAP.

Por todo lo expuesto

SOLICITA

Que se tenga por presentado el presente escrito y dentro del plazo legalmente previsto, se admita a trámite el recurso especial de contratación conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la LCSP 2017, y se resuelva condenando al Ayuntamiento de Estepona a dejar sin efecto la Resolución dictada en cuanto hace referencia al punto segundo, en el aspecto de exigencia de penalidad exigida a Espectáculos Costa Sound, S.L. con CIF n.º B93741668 correspondiente al importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido en concepto de penalidad (5.431,42 euros), de conformidad con la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, haciéndose efectivo contra la garantía definitiva depositada.

Asimismo solicita que se le dé traslado de la solvencia técnica del adjudicatario dado que no nos consta que cumpla con el criterio de solvencia técnica tal y como lo exigen los Pliegos.

Por ser de justicia. En Manilva, a 7 de junio de 2024

Fdo. José David Ledesma Tineo.

