Recurso 144/2022
Resolución 247/2022

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 27 de abril de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCOR SEGURIDAD, S.L.**, contra la propuesta de acuerdo de la mesa de contratación, contenida en la acta de la 10ª sesión, de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de vigilancia, seguridad y mantenimiento y conservación de instalaciones, sistemas y tecnologías de seguridad de inmuebles de la Diputación Provincial de Málaga, así como eventos que se puedan desarrollar en los mismos ", (SERV.-005/2020), con relación al Lote 1, promovido por la Diputación Provincial de Málaga, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 13 de agosto de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 11 de agosto de 2021 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto del contrato indicado. El valor estimado del contrato asciende a 8.489.653,81 euros según el anuncio.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. En la quinta sesión de la mesa de contratación, de fecha 13 de diciembre de 2021, se procedió a la lectura y aprobación de los informes emitidos por el responsable del contrato de fecha 3 de diciembre de 2021, respecto a la documentación presentada por las empresas incursas en anormalidad en los dos lotes de los que consta la licitación, en base a los cuales, la mesa de contratación acuerda la exclusión de tres empresas en el lote 1 de vigilancia y seguridad, entre ellas la recurrente.

El 16 de diciembre de 2021 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta quinta de la mesa en la que se acordó la exclusión de la entidad recurrente.

El 8 de enero de 2022, la entidad recurrente presentó recurso especial en materia de contratación. Además, se presentó otro recurso por otra entidad licitadora (Grupo Control S. A.). Ambos recursos, fueron tramitados con los números 6 y 9 del año 2022, siendo ambos igualmente resueltos el 4 de febrero de 2022.

La décima sesión de la mesa no se celebró hasta el 10 de marzo de 2022, respecto del lote 1, procediendo a la lectura de las Resoluciones nº 87/2022 y nº 92/2022 emitidas por este Tribunal, respecto a los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por las empresas GRUPO CONTROL, S.A. y ALCOR SEGURIDAD, S.L. (actual recurrente), respectivamente, en relación a la exclusión de las proposiciones presentadas por ambas empresas en el lote 1 (vigilancia y seguridad) acordadas por la mesa de contratación en su sesión de fecha 13 de diciembre de 2021. Respecto a la resolución nº 87/2022 se acordó retrotraer las actuaciones al momento de la exclusión de la empresa GRUPO CONTROL, S.A., lote 1, en el acta quinta de la mesa celebrada el 13 de diciembre de 2021. Por otro lado, y respecto a la resolución nº 92/2022 la mesa procedió a retrotraer el procedimiento de nuevo al momento de la valoración por la mesa de contratación de la justificación presentada, a efectos de realizar informe motivado acerca de si la oferta presentada por la licitadora ALCOR SEGURIDAD, S.L. es viable, según indicaba la mencionada resolución del Tribunal.

A continuación, se procedió a la lectura del nuevo informe emitido por el responsable del contrato de fecha 10 de marzo y tras el estudio y análisis del mismo por la mesa, los miembros de ésta con derecho a voto acordaron aceptar el citado informe. En fecha 22 de marzo de 2022 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el acta de la décima sesión de la mesa de contratación, en la que se propone la exclusión de la oferta de la entidad ALCOR SEGURIDAD, S.L.

El 12 de abril de 2022 se presenta de nuevo recurso especial contra el citado acuerdo.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

En su escrito de recurso, la entidad recurrente solicita que se acuerde la suspensión del procedimiento de adjudicación del mencionado contrato, el dictado de la presente resolución hace innecesario el pronunciamiento sobre la adopción de la medida cautelar solicitada por la recurrente**.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, la Diputación Provincial de Málaga aun cuando no ha puesto de manifiesto que no dispone de órgano propio especializado, ha remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el plazo legal establecido en el artículo 50.1. apartado c) de la LCSP, es de 15 días desde su interposición, por lo que el mismo se ha interpuesto en plazo.

CUARTO. Acto no recurrible: inadmisión.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite, en concreto una propuesta de exclusión, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Es objeto del recurso la propuesta de exclusión de su oferta contenida en el acta 10ª de la mesa de contratación, de fecha 10 de marzo de 2022, publicada el día 22 de marzo en la que se propone igualmente la adjudicación del contrato a favor de otra empresa. El artículo 44.2 LCSP establece:

"Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) 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 que 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".

Los actos de inadmisión de candidatos, licitadores y exclusión de ofertas se configuran como actos de trámite cualificados, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, cuando determinan la imposibilidad de que la entidad interesada recurrente continúe en la licitación, de forma que se excluye de manera definitiva la posibilidad de que pueda resultar adjudicataria del contrato. Ahora bien, para que este efecto se produzca (imposibilidad material de ser adjudicatario del contrato) ha de existir un acto cierto en el que se acuerde la inadmisión o la exclusión. De otra forma, lo único que existiría sería una mera posibilidad de que tal efecto tuviera lugar lo que ocurre con el acto objeto de recurso el cual solo propone, no siendo definitivo, es decir, es susceptible aún de ser objeto de modificación por el órgano de contratación en una actuación posterior. A la vista del contenido del acta se observa que esta contiene el siguiente tenor:
"la Mesa acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de las siguientes empresas:
Lote 1: Vigilancia y seguridad.

- Alcor Seguridad, S.L.…".

No puede por tanto considerarse como acto de trámite cualificado en el sentido al que se refiere el artículo 50.1 c) de la LCSP.

Por todo ello, procede la inadmisión del recurso, por no ser el acto impugnado susceptible de recurso.

QUINTO. Sobre la causa de inadmisibilidad alegada por el órgano de contratación: cosa juzgada.

A mayor abundamiento, y respecto a la cosa juzgada administrativa, cuya aplicación resulta alegada por el órgano de contratación a los efectos de inadmisión del recurso, debe señalarse que este efecto jurídico procesal en el ámbito del Derecho administrativo consiste en el efecto producido cuando una determinada resolución administrativa entra a resolver el fondo de la controversia. Es decir, las resoluciones que concluyen los procedimientos de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo que ya resultó juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos).[1] Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal. Es un efecto, que se impone por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado en el artículo 59.1 de la LCSP).

La cuestión no es nueva y ha sido abordada en varias resoluciones de este Tribunal. Así, en las Resoluciones 197/2016, de 9 de septiembre, o la 141/2021, de 15 de abril, en las que manifestábamos:

«Como señaló la Circular 3/2010, de 19 de octubre, de la Abogacía del Estado -cuyo criterio comparte este Tribunal- dos son las posibilidades de recurso contra los actos de exclusión de licitadores acordados por las Mesas de contratación: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado consistente en la exclusión adoptada por la Mesa de contratación (artículo 40.2 b) del TRLCSP) y el recurso especial contra el acto de adjudicación donde se expongan las razones de aquella exclusión. Ahora bien, estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de modo que, una vez interpuesto recurso contra el acto de trámite cualificado de exclusión, no es posible recurrir posteriormente el acto de adjudicación para volver a discutir la exclusión.

Asimismo, este Tribunal ha resuelto ya varios supuestos como el ahora analizado. De este modo, en las Resoluciones 120/2014, de 15 de mayo y 92/2015, de 3 de marzo, se mantenía que "(...) si el recurrente interpuso recurso especial contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa como acto de trámite cualificado, no puede volver a reproducir su pretensión en un nuevo recurso contra la adjudicación pues, bajo la impugnación formal de un acto distinto -la adjudicación-, se está atacando nuevamente el mismo acto -el acuerdo de exclusión-.
Asimismo, este Tribunal ya dictó resolución desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe interponer un nuevo recurso -el ahora analizado- esgrimiendo los mismos motivos y argumentos jurídicos que ya fueron enjuiciados en aquella resolución, pues ésta tiene en relación con el recurso actual el efecto de cosa juzgada.

Los efectos de la cosa juzgada de una resolución anterior en un posterior procedimiento de recurso contra el mismo acto ya han sido analizados por este Tribunal en resoluciones anteriores, como las Resoluciones 10/2012, de 3 de febrero y 76/2012, de 1 de agosto.»

Este criterio también es asumido por otros Tribunales de Recursos Contractuales. Así, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid lo recoge en su Resolución 21/2013, de 6 de febrero, al señalar que *"Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa «que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda,*

1 Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1997.

deja definitivamente zanjada la cuestión». En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)».".

Por otro lado, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 110/2015, de 30 de enero, ante un supuesto como el ahora analizado en la presente resolución, viene a sostener que *"Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, como reconoce nuestra resolución 945/2014, generan nuestras resoluciones, que vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal".*

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, sin embargo, a pesar del reconocimiento de la cosa juzgada en este ámbito no es cierto que en este caso se dé como alega el órgano de contratación. El acta publicada el día 22 de marzo de 2022, que recoge la sesión 10ª de la mesa en la que se toma una nueva decisión de exclusión responde a un nuevo informe (comprobado por este Tribunal, documento con CSV 79b81cd2965265c77fd555e4bdd6e7932189364e), y como tal, el mismo tiene una nueva motivación que supone que esta nueva decisión de exclusión pueda ser fiscalizada en cuanto a su motivación. No es un acto reproducción de otro anterior, a los que sí se refiere la resolución a la que se remite el informe del órgano de contratación.

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 92/2022, de 4 de febrero, de este Tribunal, estimó un recurso previo contra la misma decisión, pero fundamentado en un informe que contenía una motivación distinta, es decir no produce efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ALCOR SEGURIDAD, S.L.,** contra la propuesta de acuerdo de la mesa de contratación, contenida en la acta de la 10ª sesión, de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de vigilancia, seguridad y mantenimiento y conservación de instalaciones, sistemas y tecnologías de seguridad de inmuebles de la Diputación Provincial de Málaga", SERV.-005/2020), con relación al Lote 1 promovido por la Diputación Provincial de Málaga, por no ser el acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.