

Recurso 360/2022
Resolución 479/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 30 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra el acuerdo, de 24 de agosto de 2022, de la mesa de contratación por el se propone la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación y la incoación de imposición de penalidad en el contrato denominado «Servicios de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Motril» (Expte. SERV/ABR/CONTRATACION202000037), convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de enero de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y el 4 de enero de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 3 de enero de 2022, se publicaron los pliegos de esta licitación. El valor estimado del contrato asciende a 1.086.250,85 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Mediante acuerdo, de 24 de agosto de 2022, de la mesa de contratación se propone la exclusión de la oferta de la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. del procedimiento de licitación y la incoación de imposición de penalidad en el contrato citado en el encabezamiento.

SEGUNDO. El 6 de septiembre de 2022, tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de propuesta de exclusión de su oferta y de incoación de imposición de penalidad.

Dicho escrito de recurso junto con determinada documentación necesaria para su tramitación y resolución fue recibida en este Tribunal, procedente del órgano de contratación, el 22 de septiembre de 2022.



Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se solicita al órgano de contratación cierta documentación no aportada anteriormente.

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 su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Motril (Granada) no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso, por sí o a través de la Diputación provincial, habiendo remitido a este Tribunal documentación necesaria para su resolución..

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios, con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, contra el citado contrato cabe recurso especial en materia de contratación, ex artículo 44.1.a) de la LCSP.

En cuanto al acto recurrido, mediante acuerdo de 24 de agosto de 2022 la mesa de contratación, según consta en acta al efecto, afirma en lo que aquí interesa lo siguiente: *«Visto el informe y los fundamentos jurídicos por los asistentes a la Mesa de Contratación, se comprueba que no se cumple con lo exigido en el artículo 140 de la LCSP, por remisión del art. 150 de la misma Ley, y Disposición Adicional Segunda de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre por la que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público.*

Los asistentes a la Mesa de contratación acuerda por unanimidad que se eleve al órgano de contratación que la empresa ORANGE ESPAGNE SAU quede excluida del procedimiento de contratación, se incoe procedimiento exigiéndole el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad (...).».

Asimismo, y a mayor abundamiento, dicha propuesta de exclusión y de incoación de procedimiento de imposición de penalidad es confirmada por la persona titular de la Concejalía de Economía y Hacienda, Obras Públicas, Presidencia y Patrimonio del Ayuntamiento de Motril, con fecha 2 de septiembre de 2022, que en lo que aquí concierne señala: *«Por todo ello, se eleva a La Alcaldía la siguiente propuesta de RESOLUCIÓN:*

PRIMERO. Declara excluido del procedimiento a ORANGE ESPAGNE SAU (...).

SEGUNDO. Se incoe procedimiento de acuerdo con el art. 150.2 LCSP, a ORANGE ESPAGNE SAU, exigiéndole el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad.

(...).».



Por su parte, la recurrente a lo largo de su escrito de recurso manifiesta su disconformidad con la propuesta realizada por la mesa y solicita a este Tribunal *«anular la propuesta de exclusión e imposición de penalidad a ORANGE, considerar que ORANGE se encuentra al corriente de sus obligaciones tributarias en el sentido del artículo 140.4 LCSP y, por lo tanto, que no está incurso en ningún supuesto de prohibición de contratar (...)»*.

Pues bien, procede determinar a continuación si la referida propuesta de exclusión es o no susceptible de recurso especial conforme a lo previsto en el artículo 44.2 de la LCSP, esto es si es posible o no considerarla como acto de trámite cualificado.

En relación a los actos de trámite no cualificados dictados en el procedimiento de adjudicación, y en consecuencia, no susceptibles de impugnación independiente a través del recurso especial en materia de contratación, este Tribunal ya se ha pronunciado en numerosas resoluciones, entre otras, en la Resolución 291/2020, de 27 de agosto, en la que cita la Resolución 112/2020, de 14 de mayo, que refiere que: *«A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, que éstos 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-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite.»*.

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal dispone que podrán ser objeto del recurso: *«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»*.

Pues bien, una vez concluido que los actos de trámite dictados durante la tramitación del procedimiento de adjudicación solo podrán ser impugnados de manera autónoma e independiente cuando concurren los requisitos previstos en el citado artículo 44.2 b) de la LCSP, hemos de determinar si la propuesta de exclusión de la mesa de contratación es susceptible de recurso especial conforme al precepto señalado.

En el supuesto examinado, las actuaciones objeto del recurso no producen indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de la recurrente, no le impiden continuar en el procedimiento, ni deciden directa o indirectamente sobre la adjudicación. En este sentido, se ha de tener en cuenta que como la propia recurrente pone de manifiesto el acto recurrido es una propuesta, que por su propia naturaleza no resulta un acto definitivo en tanto, que a la vista del procedimiento seguido -y sin prejuzgar su legalidad- será el órgano de contratación, a juicio de la mesa, el que tenga que acordar la exclusión e iniciación del procedimiento de imposición de penalidad siendo este, en su caso, el acto que puede ser objeto de impugnación.



Por tanto, aun cuando estamos en presencia de un contrato de servicios, con cuantía superior a cien mil euros, que pretende concertar una Administración Pública, la propuesta de exclusión no es un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente en los términos previstos en el artículo 44.2 b) de la LCSP.

En consecuencia, se aprecia causa de inadmisión del recurso, conforme a lo dispuesto en el apartado c) del artículo 55 de la LCSP, al haberse interpuesto el mismo contra un acto de trámite no susceptible de impugnación, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso así como el análisis de la cuestión de fondo objeto de controversia.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

ÚNICO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE, S.A.U.** contra el acuerdo, de 24 de agosto de 2022, de la mesa de contratación por el se propone la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación y la incoación de imposición de penalidad en el contrato denominado «Servicios de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Motril» (Expte. SERV/ABR/CONTRATACION202000037), convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada), al no ser dicho acto susceptible de recurso especial.

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.

