Recurso 496/2022
Resolución 618/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EQUINSA PARKING, S.L.U.** contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de noviembre de 2022, por el que se entiende retirada su oferta y se le impone una penalidad del tres por ciento en el procedimiento de licitación del "Suministro para la renovación de la maquinaria del sistema de acceso y control del aparcamiento municipal Balcón de Europa, en la localidad de Nerja", con número de expediente (2022/7/S252), promovido por el citado Ayuntamiento de Nerja (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de agosto de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 136.363,64 euros.

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

La mesa de contratación en sesión celebrada en fecha 11 de noviembre de 2022 elevó al órgano de contratación la propuesta de entender retirada la oferta realizada por EQUINSA PARKING, S.L.U (en adelante EQUINSA o la recurrente) al no haber atendido en el plazo establecido al efecto el requerimiento de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para participar en la convocatoria, exigirle el tres por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad y recabar la misma documentación al licitador siguiente según el orden de clasificación de las ofertas.

La Junta de Gobierno Local, en su sesión de fecha 14 de noviembre de 2022, vista la propuesta elevada por la mesa de contratación, adoptó al respecto los siguientes acuerdos: *«PRIMERO. Entender retirada la oferta realizada por el licitador EQUINSA PARKING, S.L.U, y declarar su exclusión del procedimiento, al no haber atendido en el plazo establecido al efecto el requerimiento de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para participar en la convocatoria y constitución de la garantía definitiva, de conformidad con lo establecido en el artículo 150.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en la cláusula 23.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.*

SEGUNDO. Incoar expediente para la imposición a EQUINSA PARKING, S.L.U. de una penalidad por importe de cuatro mil noventa euros con noventa céntimos (4.090,90), correspondiente al tres por ciento del presupuesto base de licitación IVA excluido (136.363,64 euros) del contrato. A estos efectos se habilita un trámite de audiencia a dicha mercantil por plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente al de recepción de la notificación de la presente resolución, para que efectúe las alegaciones que considere en su derecho.

TERCERO. Requerir a SIEPARK MÁLAGA, S.L., por ser el siguiente licitador clasificado según el orden de clasificación de las ofertas establecido en el acta de la Mesa de contratación de fecha 18 de octubre de 2022, la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, relacionada en la cláusula 23.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y la constitución de la garantía definitiva, por importe del 5% del precio final ofertado IVA excluido que asciende en su caso a la cuantía de 6.449,95 euros, concediéndole un plazo de 10 días hábiles para su cumplimiento, a contar desde la notificación de tal requerimiento a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

CUARTO. Notificar la presente resolución a EQUINSA PARKING, S.L.U y a SIEPARK MÁLAGA, S.L, y publicarla en el Perfil del Contratante de este Ayuntamiento».

SEGUNDO. El 21 de noviembre de 2022, la entidad recurrente presentó ante el registro del Ayuntamiento, escrito calificado como de alegaciones al Acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 14 de noviembre de 2022.

El citado escrito fue remitido a este Tribunal el 2 de diciembre de 2022, por el órgano de contratación, junto al Decreto de Alcaldía de 30 de noviembre de 2022 por el que se resuelve inadmitir el recurso interpuesto por EQUINSA contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local en su sesión de 14 de noviembre de 2022, "*por resultar este órgano incompetente para su resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 44.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público*".

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se solicitó al órgano de contratación que aportase el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, sin que a la fecha de la presente resolución la misma haya sido recibida en este Órgano.

El 14 de diciembre de 2022 ha tenido entrada en este Tribunal oficio del Ayuntamiento de Nerja al que se adjunta escrito presentado en el registro por la mercantil EQUINSA, con fecha 1 de diciembre, mediante el que la referida entidad, en lo que aquí interesa, insiste en que con la presentación del escrito de alegaciones en ningún caso tuvo la voluntad de interponer recurso especial en materia de contratación, y en el que expresamente solicita: *«Sea informado oportunamente (por parte del Ilmo. Ayto. de Nerja, dado que este remite las acciones), el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que Equinsa Parking SLU, en ningún momento ni expresa ni tácitamente ha interpuesto Recurso Especial en Materia de Contratación frente a su exclusión en el proceso, toda vez que ha sido el Ilmo. Ayto. de Nerja quien de forma unilateral y no acorde a derecho, en base a interpretaciones y suposiciones de parte (que afectan a las garantías jurídicas de mi representada en el proceso) ha informado y elevado el mismo, cuando este no ha acontecido.*
Se tenga por tanto no presentado el mismo y el Ilmo. Ayuntamiento de Nerja desista de dicha acción que ha derivado y que compromete las acciones presentes y futuras de Equinsa Parking como legitimado activamente en el proceso».

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, todo ello bajo la premisa de considerarse correcta la calificación como recurso especial en materia de contratación dada por el órgano de contratación

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento Nerja (Málaga), ha puesto de manifiesto que carece de órgano propio especializado 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 licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

Con carácter previo procede señalar que la recurrente interpone su escrito ante el órgano de contratación, calificándolo de alegaciones y no de recurso especial en materia de contratación. Es el órgano de contratación, como antes se indicó, el que mediante Decreto de Alcaldía de 30 de noviembre de 2022 resuelve inadmitir el recurso por considerar que carece de competencia para su resolución, así como remitir el citado escrito junto al Decreto de Alcaldía a este Tribunal. Para resolver la cuestión es indispensable identificar correctamente el contenido del acto recurrido y del recurso interpuesto.

Pues bien analizado el contenido del escrito y las pretensiones que en el se contienen se ha podido comprobar que en efecto, y como manifiesta el órgano de contratación, los hechos que motivan la impugnación traen causa en la exclusión de la oferta y por tanto en su continuidad en el procedimiento. Cabe señalar que el órgano de contratación, pese a la petición realizada por este Tribunal, no ha remitido a este Órgano el expediente por lo que no se ha podido conocer el concreto contenido del pie de recurso dado en la notificación del acuerdo de exclusión, si bien y de las manifestaciones efectuadas por la recurrente parece deducirse que el órgano de contratación incurrió en error en cuanto al mismo y no informó de la procedencia del recurso especial en materia de contratación. En cualquier caso el acuerdo de exclusión de la oferta, es un acto susceptible de recurso especial, y por tanto esa es la calificación jurídica adecuada del escrito presentado y como tal debe tramitarse, y ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que*: "El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter"*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica de alegaciones que utiliza la recurrente.

Como venimos exponiendo el escrito se interpone contra dos de los actos adoptados mediante el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de noviembre de 2022; así por un lado el recurso se dirige contra el acuerdo del

órgano de contratación por el que se declara la exclusión, de la oferta presentada por la recurrente, del procedimiento de licitación de un contrato de suministro 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.

Ahora bien el recurso también se dirige contra la imposición a la recurrente de una penalidad por importe del tres por ciento del presupuesto base de licitación, por lo que debe analizarse si dicha actuación se encuentra entre las enumeradas en el artículo 44.2 de la LCSP.

El citado precepto no contempla específicamente en ninguno de sus apartados la imposición de la penalidad como acto recurrible de forma específica. Siendo claro que no puede incardinarse ni en los supuestos de su apartado a) "pliegos y demás documentos contractuales" o c) *"adjudicación",* cabría plantear si se trata de un acto de trámite de los recogidos en su letra b) *"los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores".*

En este caso nos hallamos ante un acto que indudablemente se produce dentro del procedimiento de adjudicación, como se infiere con toda claridad de la ubicación sistemática del artículo 150.2 de la LCSP, base jurídica última para la imposición de la penalidad. Este precepto se encuentra dentro de la Subsección 1ª ("Normas generales"), de la Sección 2ª ("De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas"), del Capítulo I ("De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas"), del Título I ("Disposiciones generales", del Libro Segundo ("De los contratos de las Administraciones Públicas") de la LCSP. Esto es, forma parte de la regulación del procedimiento de adjudicación.

De hecho, la imposición de la penalidad es, junto con la retirada de la oferta o exclusión del licitador, una consecuencia jurídica legalmente vinculada al incumplimiento del requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, que se produce necesariamente en una fase previa a la adjudicación del contrato y que, en casos como el que nos ocupa, es decisiva para el resultado final de la misma.

De otro lado, este acto producido en el seno del procedimiento de adjudicación es cualificado, en el sentido de que, si bien no produce la adjudicación en sí del contrato, sí afecta irreparablemente a derechos e intereses legítimos.

Además y dado que la imposición de la penalidad adoptada por el acuerdo recurrido deriva de la autoexclusión de la oferta del artículo 150 de la LCSP, y no de la falta de formalización ex artículo 153 del mismo cuerpo legal, este Tribunal ostenta competencia objetiva para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha actuación administrativa, esto es, la consideración hecha por el órgano de contratación de tener por retirada la oferta y la imposición de penalidad por el importe del tres por ciento del presupuesto base de licitación cuya adjudicación se había propuesto a favor de la recurrente. Por lo dicho, este Tribunal considera que el acto impugnado, de imposición de la penalidad por incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, es uno de los previstos en el artículo 44.2 de la LCSP y, en consecuencia, impugnable a través del recurso especial en materia de contratación.

Dicha conclusión es coherente con el criterio del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recogido en sus resoluciones nº 1121/2019, de 7 de octubre y n.º 1662/2021, de 19 de noviembre. Asimismo este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad sobre la presente cuestión, entre otras, en su Resolución 380/2022, de 13 de julio.

CUARTO. Desistimiento del recurso.

La recurrente, como se indicó en los antecedentes de hecho de esta resolución, ha presentado escrito por el que solicita expresamente que se tenga por no presentado recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de noviembre de 2022, por el que se entiende retirada su oferta y se le impone una penalidad del tres por ciento en el procedimiento de licitación.

Pues bien, en cuanto a las consecuencias jurídicas del escrito de desistimiento del recurso sobre el procedimiento iniciado en virtud del mismo ha de tenerse en cuenta que la LCSP no prevé de modo expreso el desistimiento de la recurrente como medio de terminación del procedimiento del recurso especial, por lo que ha de estarse a la regulación que sobre tal materia contiene la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), toda vez que el artículo 56.1 de aquel texto legal dispone que: *"El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes".*

En este sentido, el artículo 84.1 de la LPACAP establece que *"Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad".*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 84.1 de la citada LPACAP, el desistimiento pone fin al procedimiento, por lo que procede admitirlo y declarar concluso el procedimiento.

Por todo lo expuesto, no procede entrar a analizar el resto de los requisitos de admisión del recurso, ni el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

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

ACUERDA

ÚNICO. Aceptar el desistimiento del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EQUINSA PARKING, S.L.U.** contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 14 de noviembre de 2022, por el que se entiende retirada su oferta y se le impone una penalidad del tres por ciento en el procedimiento de licitación del "Suministro para la renovación de la maquinaria del sistema de acceso y control del aparcamiento municipal Balcón de Europa, en la localidad de Nerja", con número de expediente (2022/7/S252), promovido por el citado Ayuntamiento de Nerja (Málaga) y, en consecuencia, declarar concluso el procedimiento.

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.