Recurso 89/2023
Resolución 152/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 3 de marzo de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** contra la exclusión de su oferta, contra el inicio de un procedimiento para la imposición de penalidades y contra la indebida admisión de la proposición de la entidad propuesta como adjudicataria del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Motril» (Expediente SERV/ABR/CONTRATACION2020000037), 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 31 de diciembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 2 de enero de 2022 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El 3 de enero de 2022, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. 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.

La mesa de contratación mediante acuerdo adoptado el 24 de agosto de 2022, según consta en acta al efecto, propone la exclusión de la oferta de la entidad ORANGE ESPAGNE, S.A.U. del procedimiento de licitación. Contra dicho acuerdo la mencionada entidad interpuso recurso especial en materia de contratación que fue tramitado con el número 360/2022. El mencionado recurso fue inadmitido por este Tribunal mediante Resolución 479/2022, de 30 de septiembre, al no ser dicho acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Posteriormente, mediante resolución del órgano de contratación, de 3 de septiembre de 2022, se acordó la exclusión de la citada empresa y la incoación del procedimiento para la imposición de una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. Contra el mencionado acuerdo la citada entidad interpuso un nuevo recurso especial en materia de contratación que fue tramitado con el número 395/2022. El citado recurso fue estimado

íntegramente mediante Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, que acordó anular el acuerdo de exclusión impugnado al no hallarse la recurrente en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP y retrotraer las actuaciones al momento previo a su adopción.

Por último, el órgano de contratación por resolución de 19 de enero de 2023 acuerda declarar de nuevo la exclusión de la mencionada entidad licitadora y ordenar la incoación del procedimiento necesario para exigir a dicha entidad el importe del 3% del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, así como declarar como mejor oferta la presentada por las entidades TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U. y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA S.A.U. que licitaron con el compromiso de constituir una unión temporal de empresas (en adelante la licitadora propuesta como adjudicataria).

SEGUNDO. El 14 de febrero de 2023, tuvo entrada en el Registro Electrónico Estatal dirigido a este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U. (en adelante la recurrente), contra la citada resolución de 19 de enero de 2023. Dicho escrito de recurso fue remitido por el Sistema de Integración de Registros donde tuvo entrada en su registro electrónico el mismo 14 de febrero de 2023.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 15 de febrero de 2023, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Por la Secretaría del Tribunal, con fecha 20 de febrero de 2023 se le reitera al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

El 21 de febrero de 2023, este Tribunal mediante Resolución M.C. 25/2023 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

El 22 de febrero de 2023 se recibe en este Órgano la documentación solicitada al órgano de contratación.

El mismo 22 de febrero de 2023, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la licitadora propuesta como adjudicataria.

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, 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 entidad 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.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en 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.c) de la LCSP.

Asimismo, en cuanto a la incoación del procedimiento necesario para exigir a dicha entidad el importe del 3% del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, dicho acto es también susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En efecto, dicho acto se produce indudablemente 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. 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, ostentando este Tribunal competencia objetiva para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha actuación administrativa, esto es, el inicio del procedimiento para la consideración hecha por el órgano de contratación de tener por retirada la oferta y la imposición de penalidad por el importe del 3% del presupuesto base de licitación, cuya adjudicación se había propuesto a favor de la entidad ahora recurrente.

Por lo dicho, este Tribunal considera que el acto impugnado (inicio del procedimiento para la 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.

Por último, respecto a la indebida admisión de la proposición de la entidad propuesta como adjudicataria, como acto de trámite cualificado, es en principio susceptible de recurso especial en materia de contratación con independencia de lo que se expondrá más adelante.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el acuerdo impugnado fue adoptado por el órgano de contratación mediante resolución de 19 de enero de 2023, habiéndose notificado a la entidad ahora recurrente mediante escrito formalizado el 24 de enero de 2023, por lo que aun computando desde esta última fecha el recurso

presentado el 14 de febrero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento relativas a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, acaecidas con posterioridad a la Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, de este Tribunal.

1. De las consideraciones puestas de manifiesto por este Tribunal en su Resolución 563/2022, de 18 de noviembre.

Como se ha expuesto, mediante Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, este Tribunal estimó íntegramente el recurso 395/2022 acordando anular el acuerdo de exclusión impugnado al no hallarse la recurrente en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP y retrotraer las actuaciones al momento previo a su adopción.

En lo que aquí interesa, en el fundamento de derecho sexto de la citada resolución este Tribunal indicaba lo siguiente:

«Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. ORANGE impugna su exclusión y la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido.

Como hemos expuesto en el anterior fundamento de derecho, su exclusión de la licitación obedeció a la consideración de la mesa -confirmada posteriormente por el órgano de contratación- de no hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias por existencia de deudas en período ejecutivo, (concretamente, tasas por aprovechamiento especial del dominio público, Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras, y tasa por licencias urbanísticas, correspondientes a los ejercicios 2018, 2019, 2020 y 2021); circunstancia que, a juicio de la mesa, determinó la incursión de la recurrente en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, al incumplirse lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP en cuanto señala que la ausencia de prohibiciones de contratar deberá concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato -perfección que se produce con la formalización del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.3 de la LCSP-.

Pues bien, para resolver la controversia hemos de partir de los siguientes datos de interés que se desprenden del expediente de contratación:

- *La fecha final de presentación de ofertas fue el 31 de enero de 2022, según el anuncio de licitación publicado en el perfil de contratante.*
- *Mediante resolución, de 5 de agosto de 2022, se requirió a ORANGE ESPAGNE, S.A.U., como licitador que presentó la mejor oferta, para que aportara la documentación exigida en el artículo 150 de la LCSP.*
- *El 11 de agosto de 2022 se emite informe por la Unidad de Contratación en el que se indica que "consultados los datos obrantes en el sistema de Gestión de Ingresos de este Ayuntamiento al día de la fecha, consta en esta Tesorería, a nombre de ORANGE ESPAGNE S.A (...), deudas pendientes de pago en periodo ejecutivo por impuestos y tasas municipales". A continuación, obra en el expediente un informe de deuda actualizada del Ayuntamiento de Motril en el que consta que la recurrente tiene en periodo ejecutivo deudas pendientes de pago (i) en concepto de tasa de aprovechamiento especial de dominio público correspondiente a los ejercicios 2018, 2019, 2020 y 2021 y (ii) en concepto de ICIO y tasa de licencias urbanísticas.*

Asimismo, a requerimiento de este Tribunal, como documentación complementaria del expediente, se solicitó al órgano de contratación:

- *Respecto a la deuda en concepto de tasa por aprovechamiento especial del dominio público local (58.671,38 euros) a nombre de ORANGE ESPAGNE, S.A.: certificado emitido por la persona responsable de la Tesorería Municipal acerca de (i) si existía deuda por tal concepto en periodo ejecutivo a fecha 31 de enero de 2022, e (ii) indicación de la fecha en que se inició el periodo ejecutivo para el cobro de la citada deuda, así como la fecha de pago de la misma por ORANGE ESPAGNE, S.A.*

- *Respecto a la deuda en concepto de ICIO y tasa de licencias urbanísticas: notificación efectuada a ORANGE ESPAGNE S.A. del requerimiento de pago de dicha deuda, el 13 de marzo de 2018.*

En respuesta al citado requerimiento, el órgano de contratación ha remitido al Tribunal:

- *Informe de la Tesorería municipal en el que se indica que, a 31 de enero de 2022, ORANGE SPAGNE, S.A. tenía deuda ejecutiva con el Ayuntamiento de Motril en concepto de ICIO y licencia urbanística, cuyo periodo voluntario de pago se inició el 26 de enero de 2017, el periodo ejecutivo se inició el 7 de marzo de 2017 y la fecha de cobro tuvo lugar el 22 de agosto de 2022.*

- *Aviso de recibo de Correos donde consta la notificación de los recibos correspondientes a la deuda en concepto de ICIO y licencia urbanística, mediante entrega domiciliaria el 8 de junio de 2017.*

No existe, pues, constancia de deuda en periodo ejecutivo al tiempo de finalizar el plazo de presentación de ofertas en concepto de tasa por aprovechamiento especial del dominio público local, ni consta acreditado tampoco que la deuda en periodo ejecutivo en concepto de ICIO y licencias urbanísticas se hubiese reclamado y notificado a la recurrente el 13 de marzo de 2018.
(…)
El examen de la controversia exige distinguir los conceptos adeudados:
(…)
***2.** En lo que se refiere a la deuda en concepto de ICIO y tasas por licencias urbanísticas, ORANGE esgrime dos motivos de impugnación: (i) que no tiene el carácter de obligado tributario al haberse producido la escisión parcial por segregación de la rama independiente de actividad de comunicaciones fijas mayoristas que la recurrente (sociedad segregada) transmitió en bloque y por sucesión universal a ORANGE ESPAÑA COMUNICACIONES FIJAS S.L. (sociedad beneficiaria) y (ii) que la deuda se ha extinguido porque ha prescrito el plazo para reclamar su pago.*

Comenzamos por este segundo motivo pues su eventual estimación haría innecesario abordar el primero. Consta en las actuaciones que la deuda por ICIO y tasas urbanísticas existía al tiempo de finalizar el plazo de presentación de ofertas. El periodo voluntario de pago se inició el 26 de enero de 2017 y el periodo ejecutivo el 7 de marzo de 2017.

No obstante, hemos de analizar si, como señala la recurrente, la deuda se ha extinguido por prescripción. El artículo 66 b) de la LGT dispone que «Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: (...) b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas». Asimismo, el artículo 67.1 del citado texto legal establece que «El plazo de prescripción comenzará a contarse en los distintos casos a los que se refiere el artículo 66 de esta Ley conforme a las siguientes reglas:
(...)En el caso b), desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo de pago en período voluntario, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.»

Por último, el artículo 59 de la misma norma prevé que «Las deudas tributarias podrán extinguirse por pago, prescripción, compensación o condonación, por los medios previstos en la normativa aduanera y por los demás medios previstos en las leyes».

Aplicando esta regulación legal al supuesto analizado, hemos de concluir que la deuda por los conceptos de ICIO y tasas por licencias urbanísticas se extinguió por prescripción antes de que finalizara el plazo de presentación de ofertas, incluso antes de que se iniciara el mismo. Así las cosas, el plazo de pago en periodo voluntario finalizó en marzo de 2017 cuando se inició el periodo ejecutivo -véase Informe de la Tesorería municipal aportado a estas actuaciones-, por lo que el derecho del Ayuntamiento de Motril a exigir el pago de la deuda prescribió en marzo de 2021. No se acredita por el órgano de contratación que haya habido interrupción de la prescripción conforme a lo estipulado en el artículo 68 de la LGT, puesto que no ha probado, tras el requerimiento al efecto efectuado por este Tribunal, la reclamación que afirmaba haberse realizado a ORANGE el 13 de marzo de 2018.

En consecuencia, si la deuda se había extinguido por prescripción antes del 31 de enero de 2022 (fin del plazo de presentación de ofertas), no existía respecto a la misma circunstancia de prohibición de contratar. La apreciación de la prescripción y extinción de la deuda tributaria determina que no resulte necesario abordar si concurría o no en la recurrente la condición de obligado tributario respecto a la misma.

Procede, pues, estimar íntegramente el recurso interpuesto por ORANGE y anular el acuerdo de exclusión impugnado al no hallarse la recurrente, conforme a lo expuesto, en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a su adopción.».

2. De las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 563/2022, de 18 de noviembre.

En lo que aquí concierne, constan en el expediente de contratación remitido las siguientes actuaciones:

a) Por la Alcaldesa Presidenta, como órgano contratación, el 20 de diciembre de 2022 se resuelve la continuación del procedimiento de adjudicación en los términos establecidos en la Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, de este Tribunal.

b) La mesa de contratación en sesión celebrada el mismo 20 de diciembre de 2022 acuerda que:

«Vista la resolución 395/2022 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía de fecha 18 de noviembre de 2022, y la providencia de Alcaldía resolviendo la continuación del procedimiento, se reúnen los integrantes de la mesa de contratación para proceder a la calificación de la documentación de requerimiento presentada con fecha 22 de agosto de 2022:
(…) [ser reproduce la documentación aportada por la entidad ahora recurrente]
Vista la documentación presentada por la empresa ORANGE ESPAGNE SAU por los asistentes a la mesa de contratación, se comprueba que no es adecuada y que debe subsanar la documentación a continuación reseñada en el plazo de tres días naturales:
Acreditar estar inscrito en:
-Registro de operadores de servicios de telecomunicaciones.
-Registro de Empresas Instaladoras de Telecomunicación, ya que incluido en la documentación de requerimiento no corresponde a ORANGE ESPAGNE SAU, aportan como titular INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR SL».

c) Conforme se recoge en acta al efecto, la mesa de contratación en sesión celebrada el 29 de diciembre de 2022 adopta en lo que aquí interesa el siguiente acuerdo:

«Con fecha 22 de diciembre de 2022 ORANGE ESPAGNE SAU aporta:

- Registro de Empresas Instaladoras de Telecomunicación cuyo titular es INNOVACIONES TECNOLOGICAS DEL SUR SL.
- Escrito de INNOVACIONES TECNOLOGICAS DEL SUR SL declarando que es empresa instaladora de telecomunicaciones, y proveedor de ORANGE ESPAGNE SAU, prestando regularmente servicios de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de comunicación.
- Certificado de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia haciendo constar que ORANGE ESPAGNA SAU esta inscrita en el Registro de Operadores para explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas.
- Escrito de ORANGE ESPAGNE SAU haciendo constar que tiene externalizadas las tareas de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones en la entidad INNOVACIONES TECNOLOGICAS DEL SUR SL, para la prestación de trabajos objeto de la contratación.

Los asistentes a la Mesa de Contratación al retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la exclusión y comprobar los requisitos de capacidad y solvencia de ORANGE ESPAGNE SAU, vista la documentación y la subsanación acuerdan por unanimidad:

Primero. Ha quedado acreditado en el expediente con el documento aportado por la Tesorera, consistente en el acuse de recibo y requerimiento de fecha 8 de marzo de 2018 que no se ha producido la prescripción de la deuda tributaria y, en cumplimiento del criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, existe causa que impide ORANGE ESPAGNE SAU contratar con la Administración.

Segundo. Respecto a la habilitación profesional. El anexo I, cláusula 13 del pliego de cláusulas administrativas establece que el contratista deberá estar inscrito en:
- Registro de operadores de servicios de telecomunicaciones.
- Registro de Empresas Instaladoras de Telecomunicación.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su art.65.2, condiciones de aptitud: "2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.".

Por ello, la norma al referirse al termino contratista determina que no nos encontramos ante una exigencia de solvencia o condición previa sin cuyo cumplimiento no puede concurrirse a la licitación, tal como se indica en el art.140.4 LCSP. Por el contrario, se trata de una condición que ha de cumplirse para ejercer la prestación, exigible al contratista. Es una aptitud personalísima.

Las habilitaciones empresariales son requisitos de capacidad de contratar y no de solvencia técnica o profesional. Este requisito de capacidad exigible al contratista de ostentar personalidad y reunir la capacitación legal específica para poder realizar prestaciones de la naturaleza de las que constituyen el objeto del contrato, se refieren en el mencionado art.65.2 LCSP., y además lo dispuesto en el art. 66.1 LCSP, en el cual se dispone que las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales les sean propios.

Por tanto, establece la LCSP la concreción dentro de su capacidad de obrar, de los requisitos que permitan considerar al empresario legalmente capacitado para la ejecución del objeto del contrato, configurándose la capacidad como un requisito de legalidad, diferente del requisito de solvencia.

Este requisito de habilitación como requisito de aptitud para contratar, en cuanto a requisito mínimo de capacidad técnica exigido por una norma para la realización de la actividad objeto del contrato, junto con el resto de condiciones de aptitud para contratar, debe concurrir, como señala el art. 140.4 LCSP, en el momento de la licitación y subsistir en la formalización del contrato.

Visto lo expuesto, la subsanación no puede referirse a las cualidades de aptitud para contratar de la empresa licitadora es condición previa y necesaria a la licitación, de tal forma que es insubsanable por su propia existencia. En consecuencia una empresa que no disponga de la aptitud requerida no podrá ni siquiera participar en el procedimiento de licitación, pero además, las habilitaciones profesionales requeridas deberán ser propias.

Estas consideraciones se recogen ampliamente en distintos informes Juntas Consultivas, destacando, Informe 1/2009 Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 6/2010 Comunidad de Madrid, Resoluciones 116/2015, 140/2011, 79/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resoluciones 37/2012 y 31/2013 Tribunal Castilla y León, 40/2013 y 281/2019 Tribunal Recursos Contractuales de Madrid, Resoluciones 105/2015 y 419/2015 del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía, y Resolución 5/2021 del Tribunal de Recursos Contractuales del Ayuntamiento de Sevilla.

Se hace constar, que el adjudicatario declaró que el DEUC, y declaración responsable anexo II, que cumplía todos los requisitos exigidos, sin efectuar mención al cumplimiento de habilitación exigida por terceros, aunque reiteramos que es exigible exclusivamente al contratista.

Visto informe Tesorera 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 acuerdan 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, y se notifique requerimiento de documentación a la siguiente oferta más favorable a la UTE TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU con CIF (...) y TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA SAU con CIF (...)».

d) Por la persona titular de la Concejalía de Economía y Hacienda, Obras Públicas, Presidencia y Patrimonio, con fecha 19 de enero de 2023 tras reproducir en esencia lo indicado en las actuaciones anteriores, propone al órgano de contratación que acuerde la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente y que ordene la incoación del procedimiento necesario para exigir a dicha entidad el importe del 3% del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, así como declarar como mejor oferta la presentada por la licitadora propuesta como adjudicataria.

e) El mismo 19 de enero de 2023, el órgano de contratación asume y aprueba la propuesta citada en el párrafo anterior.

f) Dicho acuerdo de 19 de enero de 2023 del órgano de contratación es notificado a la entidad ahora recurrente mediante escrito formalizado el 24 de enero de 2023.

g) Por último, el 9 de febrero de 2023 el órgano de contratación adjudica el contrato a la licitadora propuesta como adjudicataria, publicando dicho acto al día siguiente en el perfil de contratante, sin que conste en el expediente remitido por el Ayuntamiento que el mismo haya sido notificado a la entidad ahora recurrente con anterioridad a la interposición del presente recurso que se analiza.

SEXTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 19 de enero de 2023 del órgano de contratación en la que se contiene la exclusión de su oferta, la orden para la incoación del procedimiento necesario para exigir a dicha entidad recurrente el importe del 3% del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad, así como declarar como mejor oferta la presentada por la licitadora propuesta como adjudicataria, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo declare la *«nulidad del referido acto, retrotrayendo el procedimiento de contratación al momento de requerir la documentación del artículo 150.2 LCSP.»*.

1.1. Sobre la exclusión de su oferta.

En primer lugar, afirma la recurrente que el Ayuntamiento de Motril incumple su obligación de aplicar la Resolución 563/2022 de este Tribunal en sus propios términos, ex artículo 59.2 de la LCSP, por lo que vulnera la seguridad jurídica y el derecho a la defensa, lo que supone a su entender que la exclusión de su oferta debe ser revocada. En este sentido, indica que dicho Ayuntamiento realiza un nuevo análisis con la sola finalidad de tratar de confirmar lo acordado inicialmente (esto es, la exclusión); es más, encuentra defectos donde antes no los había, acordando la exclusión por dos motivos, esto es el mismo que ya fue reprochado por ese Tribunal y un segundo motivo, que se aplica ex novo. Es precisamente tal proceder el que critica su empresa, y ello por cuanto vulnera de forma flagrante nuestro ordenamiento. A su parecer, la citada Resolución 563/2022 acordó la retroacción de actuaciones, pero no con la finalidad de llevar a cabo un nuevo análisis de la situación, sino con la de que el Ayuntamiento de Motril corrigiera un proceder contrario al ordenamiento jurídico y dictara la única resolución posible, conforme a la decisión adoptada en vía de recurso, esto es la adjudicación a favor de su empresa. En definitiva, indica la recurrente que por ello, y aún desde un punto de vista puramente formal, ha de ser revocada la resolución del Ayuntamiento de Motril, por vulneración de la citada resolución del Tribunal y de los preceptos y principios recogidos en el presente motivo de recurso, además de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del que reproduce parcialmente dos sentencias.

En segundo lugar, señala la recurrente que se encontraba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la formalización del contrato, por lo que la exclusión de su oferta es contraria a derecho de acuerdo con los artículos 140.4 y 150.2 ambos de la LCSP. En este sentido, afirma que tras la estimación íntegra del recurso anterior acordada por ese Tribunal por la citada Resolución 563/2022, resulta bastante llamativo que el Ayuntamiento de Motril siga afirmando en el acuerdo de su exclusión que deuda relativa al ICIO y a la tasa de licencias urbanísticas no ha prescrito sin aportar el documento (requerimiento de bienes y derechos de 13 de marzo de 2018) que, en su opinión, justifica la interrupción de dicha prescripción; dicho documento fue requerido por su empresa al órgano

de contratación al solicitar el acceso al expediente correspondiente al recurso que dio lugar a la mencionada Resolución y cuando solicitó el acceso al expediente correspondiente al presente recurso; asimismo, ese documento fue también requerido por ese Tribunal sin que el Ayuntamiento de Motril se lo entregase, según consta en el fundamento de derecho sexto de la tantas veces citada Resolución 563/2022. En definitiva, a su entender ese Tribunal solo puede resolver el presente recurso reproduciendo las conclusiones que alcanzó dicha Resolución 563/2022, esto es que el órgano de contratación tampoco ha acreditado esta vez haber interrumpido la prescripción puesto que no se pueden comprobar sus afirmaciones sobre el supuesto requerimiento de pago realizado a su empresa el 13 de marzo de 2018.

Y en tercer lugar, indica la recurrente que su empresa puede basarse en la capacidad de otras entidades inscritas en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación sin vulnerar los artículos 65 y 66 de la LCSP, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En este sentido, se afirma en el recurso que un operador de telecomunicaciones, debidamente autorizado e inscrito en el registro de operadores puede comprometerse ante una entidad pública, por un lado, a la prestación principal del servicio de telecomunicaciones licitado y, por otro lado, a través de un tercero inscrito en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación, a la prestación accesoria del servicio de instalación y mantenimiento de equipos.

Para reforzar su alegato trae a colación la Resolución 1792/2021 de 10 de diciembre Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que al analizarla indica entre otras consideraciones que aunque esta resolución se refiere a la subcontratación, resulta plenamente aplicable al caso que nos ocupa pues la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa. Acto seguido, señala la recurrente que la aplicación de la anterior resolución al caso objeto de este recurso pone de manifiesto que, reuniendo su empresa los requisitos de capacidad y solvencia previstos en los pliegos para prestar el servicio de telecomunicaciones licitado, puede perfectamente realizar ciertas tareas de modo indirecto siempre que estas se desarrollen por una empresa que sí cuenta con la autorización necesaria, como es el caso de INNOVACIONES TECNOLÓGICAS DEL SUR, S.L. (en adelante ITS), que como consta en el expediente, está debidamente inscrita en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación.

Asimismo, afirma la recurrente que en cuanto al argumento del órgano de contratación de que su empresa no hizo mención alguna al cumplimiento de habilitación exigida por terceros en la documentación administrativa, debe ser rechazado toda vez que su empresa no “subcontrata·” los servicios de ITS, sino que “externaliza” de manera habitual hacia dicha empresa las tareas de instalación y mantenimiento, esto es su empresa adquiere a ITS servicios de instalación y mantenimiento para integrarlos en su proceso productivo, es decir, en el conjunto de tareas necesarias para prestar in fine servicios de telecomunicaciones, por lo que al no estar ante una subcontratación, no es preciso ponerlo de manifiesto en el momento de cumplimentar la documentación administrativa; además, la obligación de indicar qué prestaciones se pretenden subcontratar, en caso de establecerse en el pliego de acuerdo con el artículo 215.2 a) LCSP, solo afecta a la prestación principal.

En definitiva, señala la recurrente que en el caso que nos ocupa, las relaciones que su empresa mantiene con ITS para que se realicen de manera habitual las tareas de mantenimiento e instalación son preexistentes a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Motril, siendo por tanto evidente que no existe relación de dependencia alguna del contrato entre su empresa e ITS con el futuro contrato entre su entidad y el Ayuntamiento de Motril. En este sentido, afirma que ello es una prueba más de que no se está ante un supuesto de subcontratación. Para reforzar su alegato reproduce en parte la Resolución 92/2016, de 26 de julio, del Órgano

Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y el Acuerdo 133/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

1.2. Sobre la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

Señala la recurrente que la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP es absolutamente desproporcionada, toda vez que su empresa atendió el requerimiento en tiempo y forma, cumpliendo con lo previsto en la citada ley, no pudiendo el Ayuntamiento de Motril beneficiarse de sus propias torpezas o incumplimientos, por lo que debe de dejarse sin efecto la penalidad acordada. En este sentido, afirma que habiendo demostrado su empresa que se encontraba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el Ayuntamiento de Motril a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la formalización del contrato, y que el motivo basado en la falta de habilitación para realizar tareas de instalación y mantenimiento es del todo improcedente, la imposición de una penalidad prevista para los casos en los que no se cumplimenta adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado debe quedar sin efecto.

A su juicio, dicha penalidad tiene, además, un carácter totalmente desproporcionado porque supondría un desembolso de 27.954,18 euros (el 3% del presupuesto base sin IVA que asciende a 931.805,85 euros) mientras que el importe total de la deuda ha sido abonado y los justificantes de pago han sido remitidos en plazo al Ayuntamiento de Motril, al tiempo de responder al requerimiento. A este respecto, señala que no cabe ignorar en absoluto la aplicabilidad del principio de proporcionalidad reconocido en el artículo 132.1 de la LCSP, sobre el que se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), de 14 de diciembre de 2004, en el asunto C-210/03, Swedish Match AB, que reproduce parcialmente.

1.3 Sobre los incumplimientos en los que incurre la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria.

Se afirma en el recurso que la entidad propuesta como adjudicataria ha incurrido en determinados incumplimientos en la formulación de su oferta. En concreto en los siguientes: i) por falta de aportación del catálogo de servicios en el sobre 3; ii) del plan de ejecución en relación con el coste asociado a la implantación de los servicios contratados; iii) del requisito de cobertura; iv) de la oferta por incluir en el sobre 2 (técnico) información económica sobre precios; v) del requisito sobre líneas destinadas a comunicaciones de datos; y vi) de la obligación de mantener los números asociados a las 60 las líneas STB (líneas analógicas).

2. Alegaciones del órgano de contratación.

2.1. Sobre la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

En primer lugar, respecto a la afirmación de la recurrente de que el Ayuntamiento de Motril incumple su obligación de aplicar la Resolución 563/2022 de este Tribunal en sus propios términos, ex artículo 59.2 de la LCSP, indica el informe al recurso, por un lado, que respecto al requerimiento que le efectuó este Tribunal con motivo del anterior recurso 395/2022, que dio lugar a la citada Resolución 563/2022, *«para incorporar al expediente el requerimiento y el acuse de la notificación practicada de 13 de marzo de 2018; si bien por error se envió el acuse de notificación de la providencia de apremio de 5 de junio de 2017 (ICIO recibo 1076338), 8 de junio de 2017 (ICIO recibo 1076342), 8 de junio de 2018 (LIC URB. Recibo 1076336) y 8 de junio de 2017 (LIC URB Recibo 1076340); en lugar de la notificación del requerimiento de bienes de 13 de marzo de 2028 (sic)»*, y por otro lado, que la retroacción del procedimiento al momento previo a la adopción del acto de exclusión lleva, necesariamente, a la obligación de la

mesa de contratación de calificar la documentación a que se refiere el artículo 140 de la LCSP para, a continuación, formular la nueva propuesta de adjudicación al órgano de contratación en los términos del artículo 150 de la LCSP, por lo que el Ayuntamiento no ha procedido a una nueva revisión de la documentación presentada por la entidad ahora recurrente, sino que *«ha retrotraído el procedimiento en los términos de la Resolución 563/2022, subsanado el error formal, incorporando al expediente el acuse de recibo del requerimiento de bienes de 13 de marzo de 2018, y otorgado un plazo de subsanación de la habilitación empresarial. Y pese a ello, la recurrente no ha acreditado documentalmente su habilitación empresarial y sigue subsistiendo la prohibición de contratar. Razón por la cual, la mesa, calificada toda la documentación, propone al órgano de contratación la exclusión de (…) [la entidad ahora recurrente] y la formulación de requerimiento previo a la siguiente mejor oferta.».*

En segundo lugar, sobre la indicación de la recurrente de que se encontraba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la formalización del contrato, el informe al recurso indica que como se ha dicho el Ayuntamiento ha subsanado el error cometido en su día con la incorporación al expediente del acuse de recibo del requerimiento de bienes de 13 de marzo de 2018, al que la ahora recurrente tuvo acceso el 1 de febrero de 2023, fecha en la que se le dio traslado del expediente íntegro, concretamente en la relación de documentos que conforman el expediente remitido a dicha entidad, los documentos *«ORANGE_acusenotificación_estima.pdf, con CSV 14614650157527775321, y ORANGE_detallenotificación_estima.pdf, con CSV 146146503120123l7435»*.

Y en tercer lugar, en relación con la manifestación de la recurrente de que su empresa puede basarse en la capacidad de otras entidades inscritas en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación sin vulnerar los artículos 65 y 66 de la LCSP, el informe al recurso indica que la habilitación empresarial es un requisito de aptitud legal de las personas contratistas relacionado con el objeto del contrato y su funcionalidad deriva de que las entidades del sector público no contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar una actividad empresarial, siendo por tanto un requisito de aptitud distinto a la solvencia y que, al contrario que ésta, no cabe integrarlo con medios externos, al ser un requisito personalísimo. Para reforzar su alegato reproduce parte de una resolución de 15 de junio de 2018 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y la Resolución 419/2015, de este Tribunal, para sostener su argumento de que la habilitación empresarial es un requisito de aptitud distinto de la solvencia.

2.2. Sobre la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

El informe al recurso afirma que la resolución de exclusión de 19 de enero de 2023 del órgano de contratación no impone penalidad alguna, simplemente se limita a ordenar que se inicie el procedimiento correspondiente de acuerdo con el artículo 150.2 de la LCSP, que tras reproducirlo indica que los términos del precepto son claros y no dejan lugar a dudas sobre la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto de licitación, que es una consecuencia legal que la entidad licitadora está obligada a admitir, habida cuenta de su previsión tanto en la Ley como en los pliegos que no fueron impugnados.

2.3. Sobre los incumplimientos en los que incurre la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria.

El informe del órgano de contratación sobre esta alegación de la recurrente está suscrito por la persona titular de la Jefatura del Servicio de Informática del Ayuntamiento de Motril, que tras exponer una serie de argumentos en contestación a lo afirmado en el recurso, entiende que la oferta de la licitadora propuesta como adjudicataria debe continuar en la licitación.

3. Alegaciones de la licitadora propuesta como adjudicataria.

La licitadora propuesta como adjudicataria se opone asimismo a la pretensión de la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del presente procedimiento, y debido a su extensión, aquí se dan por reproducidos. En síntesis basa su oposición al recurso en los siguientes aspectos: i) el Ayuntamiento sí ha dado cumplimiento a la resolución del Tribunal; ii) lo que pretende la recurrente es que el Ayuntamiento de Motril tenga como única opción adjudicarle el contrato, no siendo ésto lo que se estableció por el Tribunal en su resolución; y iii) no se dan los incumplimientos en su oferta alegados en el recurso.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal sobre las alegaciones relativas a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

Primera. Sobre la ejecución por el órgano de contratación de la Resolución 563/2022 de este Tribunal.

En síntesis cuestiona la recurrente que el órgano de contratación no ha cumplido en sus propios términos la citada Resolución 563/2022, pues a su entender la misma acordó la retroacción de actuaciones, no con la finalidad de llevar a cabo un nuevo análisis de la situación, sino con la de que el Ayuntamiento de Motril corrigiera un proceder contrario al ordenamiento jurídico y dictara la única resolución posible, conforme a la decisión adoptada en vía de recurso, esto es la adjudicación a favor de su empresa.

Al respecto, procede reproducir los términos en que se pronunció dicha resolución. Dice el último párrafo del fundamento de derecho sexto de la misma lo siguiente:

«Procede, pues, estimar íntegramente el recurso interpuesto por ORANGE y anular el acuerdo de exclusión impugnado al no hallarse la recurrente, conforme a lo expuesto, en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 d) de la LCSP, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a su adopción.».

Así las cosas, la indicación de este Tribunal es la de que el órgano de contratación hubo de retrotraer las actuaciones al momento previo a la adopción de la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente, lógicamente para que se continuara con el procedimiento de adjudicación hasta su finalización, sin embargo ello no supone necesariamente que el mismo haya de culminar con la adjudicación a favor de dicha entidad, como ha ocurrido en el supuesto que se examina.

En efecto, según se desprende del acta de la mesa de contratación de la sesión celebrada el 20 de diciembre de 2022, reproducida en lo que aquí interesa en el apartado dos del fundamento derecho quinto, la mesa detecta que la entidad ahora recurrente no acreditaba a su entender la inscripción en determinados registros tal y como se exige el apartado 13 *«Habilitación empresarial»* del anexo I *«Características del contrato»* del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), que dispone que el contratista deberá estar inscrito en el registro de operadores de servicios de telecomunicaciones y en el de empresas instaladoras de telecomunicación, por lo que no cabe duda de la exigencia del citado pliego y por tanto de la necesidad de acreditación de dichos extremos.

Cierto es que la mesa de contratación hubo de haber detectado la mencionada falta de acreditación cuando calificó la documentación aportada por la ahora adjudicataria el 22 de agosto de 2022. Sin embargo, tal falta de diligencia por parte de la mesa de contratación, no impide que en cualquier momento del procedimiento de licitación puedan detectarse potenciales incumplimientos de los pliegos, como ocurre en el supuesto que se

examina, de confirmarse que la entidad ahora recurrente carece de la habilitación empresarial exigida, en caso contrario se estaría adjudicando un contrato a quien carece de habilitación para ello.

En definitiva, cualquier incumplimiento de los pliegos puede provocar en principio la exclusión de una oferta, y ello con independencia de en qué momento del procedimiento de licitación pueda producirse, pues de lo contrario se estaría adjudicando un contrato que no se ajusta a la licitación efectuada por el órgano de contratación.

En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 171/2021, de 6 de mayo, en la que se indicaba en lo que aquí concierne lo siguiente: *«Pues bien, dicho alegato de la recurrente no puede admitirse, dado que cualquier incumplimiento de los pliegos puede provocar en principio la exclusión de una oferta, y ello con independencia de en qué momento del procedimiento de licitación pueda producirse, pues de lo contrario se estaría adjudicando un contrato que no se ajusta a la licitación efectuada por el órgano de contratación. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 417/2020, 26 de noviembre, en la que se exponía que "Pues bien aplicando esta doctrina al presente supuesto resulta que la entidad licitadora señala para justificar su oferta incursa en presunción de anormalidad que va a realizar menos actuaciones que las previstas en el PPT, lo que supone un incumplimiento claro y objetivo de éste, constituyendo pues causa de exclusión, por lo que procede desestimar este alegato."»*.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos la primera alegación de la recurrente sobre la exclusión de su oferta.

Segunda. Sobre la afirmación de la recurrente de que se encontraba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la formalización del contrato.

En esencia, alega la recurrente que dado que la citada Resolución 563/2022 al estimar íntegramente el recurso especial 395/2022 resolvió tal cuestión, solo cabe que en el recurso que se analiza el Tribunal reproduzca la conclusiones que alcanzó en el fundamento de derecho sexto de la citada Resolución 563/2022.

Al respecto, ha de indicarse, que aun cuando es la mesa de contratación, según consta en el acta de la sesión de 29 de diciembre de 2022, la que afirma -como se ha expuesto- que *«Ha quedado acreditado en el expediente con el documento aportado por la Tesorera, consistente en el acuse de recibo y requerimiento de fecha 8 de marzo de 2018 que no se ha producido la prescripción de la deuda tributaria y, en cumplimiento del criterio puesto de manifiesto por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, existe causa que impide ORANGE ESPAGNE SAU contratar con la Administración»*, dicha afirmación ha sido asumida en su integridad primero por la la persona titular de la Concejalía de Economía y Hacienda, Obras Públicas, Presidencia y Patrimonio, al proponer la exclusión de la entidad ahora recurrente, entre otros, por el citado motivo y después por el órgano de contratación, al aceptar el acuerdo de la mesa de contratación y la mencionada propuesta, por lo que es el propio órgano de contratación quien cuestiona el contenido de la citada Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, de este Tribunal, sin seguir el procedimiento legalmente establecido, dado que en la citada resolución quedó meridianamente claro que al haberse extinguido la deuda por prescripción antes del 31 de enero de 2022 (fin del plazo de presentación de ofertas), no existía respecto a la misma circunstancia de prohibición de contratar.

En efecto, dispone el artículo 59 de la LCSP relativo a los efectos de la resolución del recurso especial que:

«1. Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, la resolución será directamente ejecutiva.

3. No procederá la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso. (...)».

Al respecto, con independencia de que dicha Resolución 563/2022, de 18 de noviembre, de este Tribunal pueda ser o no firme o haya sido recurrida o no ante la jurisdicción contencioso-administrativa, o pudiese o no haberse cometido por el órgano de contratación algún error en la remisión de determinada documentación, lo cierto es que la afirmación de la mesa de contratación de que existe causa que impide a la entidad ahora recurrente contratar con la Administración al no hallarse al corriente de su obligaciones tributarias, asumida íntegramente por el órgano de contratación, sustantivamente combate la mencionada Resolución 563/2022, como ha quedado claro en el contenido del acuerdo de exclusión reproducido anteriormente.

Así pues, resulta claro como se ha expuesto que el primer motivo de exclusión se efectúa formalmente para evaluar la concurrencia de causa de prohibición de contratar, pero en el mismo se discuten argumentos esgrimidos por este Tribunal en su Resolución 563/2022. Sobre tal proceder, se ha de señalar la imposibilidad legal de reabrir la cuestión litigiosa, relativa a determinadas cuestiones sobre la existencia o no de prohibición de contratar respecto de determinada deuda, ante este mismo Órgano con motivo de otro acuerdo de la mesa y el órgano de contratación, porque dicha cuestión quedó ya zanjada en la mencionada Resolución 563/2022, y lo que ahora pretende el órgano de contratación no es sino forzar un cambio o modificación de criterio por parte del Tribunal que, legalmente, no es posible, puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que dispone dicho órgano de contratación para combatir los argumentos de este Tribunal sobre lo expuesto es la impugnación de la citada Resolución 563/2022 en la vía jurisdiccional contencioso administrativa.

En tal sentido, el artículo 59 de la LCSP viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma. Como ya se señalaba en nuestra Resolución 73/2013, de 3 de junio, y hemos reiterado en otras muchas posteriores, entre otras, en las 15/2019, de 22 de enero, 454/2021, de 11 de noviembre y 353/2022, 30 de junio; el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *«que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión»*.

En el mismo sentido, como expusimos en las citadas resoluciones, se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al señalar 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 o 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)»*.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar en los términos expuestos la segunda alegación del recurso relativa a la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

Tercera. Sobre la alegación de la recurrente de que su empresa puede basarse en la capacidad de otras entidades inscritas en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación sin vulnerar los artículos 65 y 66 de la LCSP, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas.

En síntesis, como se ha expuesto en el fundamento sexto, la recurrente viene a afirmar que el servicio de instalación y mantenimiento de equipos es una prestación accesoria y que puede realizarla a través de un tercero inscrito en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación; asimismo señala que su empresa tiene externalizado dicho servicio y que lo realiza a través de otra empresa, no pudiéndose considerar en este caso como subcontratación por los motivos que expone en su escrito de recurso. Y ello, a pesar de como denomina el presente motivo del recurso que se presta a confusión pues parece relacionar la habilitación empresarial con la solvencia, hasta tal punto que incluso el informe al recurso solo aborda esa cuestión, sin mencionar nada respecto a la existencia o no en este caso de subcontratación, que es el germen del argumento del recurso.

Pues bien, no le cabe duda a este Tribunal que si los pliegos lo permiten o no lo prohíben es posible subcontratar, en este caso, la prestación de instalación y mantenimiento de equipos, y de ser así, tampoco le cabe duda a este Órgano que ha de ser la entidad subcontratista la que, en este caso, ha de estar inscrita en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación.

Sobre ello, los apartados 26 y 27 del anexo I del PCAP señalan lo siguiente:

«26.- Ejecución del contrato. (Cláusula 15)
Posibilidad de ejecutar determinadas partes o trabajos, en atención a su especial naturaleza, directamente por el propio licitador o, por un participante en la UTE: NO

27.- Subcontratación. (Cláusula 38)
Subcontratación: No se establecen normas especiales de subcontratación de conformidad con el artículo 215.1 de la LCSP.
No obstante, la celebración de subcontratos estará sometida a lo establecido en el artículo 215.2 de la LCSP.
Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su importe, y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas: NO.
Pago directo a los subcontratistas: NO.».

De lo expuesto se deduce, sin género de dudas en lo que aquí interesa, que no existe obligación de que la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el contratista, que las únicas limitaciones a la subcontratación son las previstas en el artículo 215.2 de la LCSP y que las entidades licitadoras no están obligadas a indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su importe, y el nombre o el perfil empresarial de las personas subcontratistas.

En definitiva, en el supuesto que se analiza no existe limitación a que la prestación de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas pueda ser objeto de subcontratación.

Resta por tanto por dirimir, si en el supuesto que se analiza estamos o no -como afirma la recurrente- en presencia de una subcontratación. En este sentido, la recurrente tras reproducir parte de la citada Resolución 92/2016, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, señala que su empresa presta directamente el servicio de telecomunicaciones licitado por el Ayuntamiento de Motril, le suministra los equipos y sistemas requeridos en los pliegos y cuenta habitualmente con ITS para realizar las

tareas concretas de instalación y mantenimiento, que son auxiliares respecto de la prestación principal, aunque son parte del proceso necesario para realizar dicha prestación, por lo que las conclusiones alcanzadas por dicha Resolución 92/2016 son perfectamente trasladables al presente recurso.

En la mencionada Resolución 92/2016, como la propia recurrente indica, *«Uno de los argumentos utilizados por las recurrentes consistía en denunciar la subcontratación de determinadas prestaciones por parte de la adjudicataria (entrega de los productos dietéticos adquiridos) mientras que los pliegos no permitían la subcontratación»*. En concreto, en dicha resolución el contrato objeto de análisis era de suministro, y en aquella ella se indica, entre otras consideraciones y en lo que aquí interesa, que no se da la subcontratación cuando la persona contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación, por lo que acudir a terceras empresas para la materialización de la entrega a través de una empresa de transportes de los productos dietéticos adquiridos no debe ser considerado subcontratación, y ello aun cuando pueda suponer una realización parcial del objeto del contrato, dado que nos encontramos ante una actividad externalizada por la persona contratista que no puede incluirse en la figura de la subcontratación por carecer de la nota de especificidad que la caracteriza.

En este sentido, matiza la citada Resolución 92/2016 que en el contrato que nos ocupa la prestación sobre la que pesa la prohibición de subcontratar es la del suministro y la entrega de unos productos dietéticos concretos; ahora bien, dicha entrega es algo consustancial al contrato de suministro, hasta el punto de que resulta imposible concebir un contrato de suministro de un bien material en el que no figure la entrega física del producto adquirido como un aspecto de la prestación.

Pues bien, este Tribunal está de acuerdo con la mencionada Resolución 92/2016, dado que en un contrato de suministro la entrega física de los productos que se adquieren es consustancial a dicho tipo de contratos, lo mismo que ocurre por ejemplo en los contratos de limpieza en los que la compra y en su caso entrega de los productos de limpieza es inherente a dicho tipo de contratos, incluso en el supuesto que se examina la compra de los distintos equipos y suministros necesarios, así como en su caso la entrega de los mismos, tales como, entre otros, los de electrónica de red, renovación de terminales de telefonía fija y móvil y de cableado estructurado de datos y los de suministro de rango de direcciones IP, es inherente a los servicios de comunicaciones fijas, móviles y de datos que se licitan.

Sin embargo, a juicio de este Órgano, otra cosa muy distinta es la instalación y el mantenimiento de los equipos y sistemas. En efecto, como la propia recurrente afirma en su escrito de recurso, dentro de su modelo de provisión de servicios, tiene externalizadas las tareas de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas, a través de su proveedor habitual de los mencionados servicios. En este sentido, la recurrente señala que dichas tareas son auxiliares, afirmación que no puede compartirse por este Tribunal en el supuesto que se examina.

En efecto, en el PPT de la presente licitación, los servicios de instalación suponen una parte importante de la prestación, pues ha de realizarse la instalación de cableado estructurado y elementos integradores, entre otros, armarios, elementos de superficie, paneles y conectores, de la electrónica de red, de terminales de telefonía fija, de la infraestructura necesaria para conectar a la red municipal los sedes del Ayuntamiento de Motril, de la infraestructura de acceso a internet y de los terminales en el puesto de trabajo en las oficinas municipales, entre otros.

Asimismo, los servicios de mantenimiento de equipos y sistemas también se configuran como una prestación

nada desdeñable, que ha de satisfacer las necesidades de mantenimiento de todos los servicios relacionados con las comunicaciones corporativas del citado Ayuntamiento, debiendo abarcar el contrato la prestación de los servicios de mantenimiento sobre gran parte de la infraestructura objeto del pliego de prescripciones técnicas, descargando al personal municipal de las cuestiones operativas relacionadas con la resolución técnica directa de las incidencias de sustitución de material, reconfiguración (si fuera necesaria) de dicho material sustituido y de reparaciones in situ, entre otras.

En este sentido, en el apartado de alcance general de las propuestas del mencionado PPT, se indica que el proyecto objeto de este pliego, que deberá ser satisfecho por las entidades licitadoras comprende el suministro, instalación, configuración, puesta en marcha y mantenimiento de todos los elementos ofertados (tanto hardware como software), para dar solución a los ámbitos que se exponen en el citado pliego.

Asimismo, es necesario señalar lo expuesto en el apartado 5 del anexo I del PCAP, denominado presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara, en el que se indica para el suministro un importe a tanto alzado de 159.580,88 euros y para la prestación de los servicios un importe anual de 171.605,55 euros (771.398,54 euros durante la duración del contrato), de tal forma que la parte de los servicios se configura como la prestación principal con un porcentaje cercano al 83% del total de la ejecución del contrato, en donde tienen como se ha expuesto un enorme peso los servicios de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas.

En definitiva, a juicio de este Tribunal, por lo expuesto, no es posible entender que dichos servicios de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas se configuran en los pliegos como servicios o tareas auxiliares en el sentido expuesto en la mencionada Resolución 92/2016, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

La recurrente además de dicha resolución trae a colación el Acuerdo 133/2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que reproduce parcialmente, tras lo cual señala como se ha reproducido anteriormente que en el caso que nos ocupa, las relaciones que su empresa mantiene con ITS para que se realicen de manera habitual las tareas de mantenimiento e instalación son preexistentes a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Motril, siendo por tanto evidente que no existe relación de dependencia alguna del contrato entre su empresa e ITS con el futuro contrato entre su entidad y el Ayuntamiento de Motril.

En este sentido, el recurso expone la parte del mencionado Acuerdo 133/2018 siguiente (se transcribe el resaltado recogido en el recurso):

«El subcontrato no está definido en el Derecho Positivo. El diccionario de la RAE define la subcontratación como "contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera". Es decir, que para que exista un subcontrato se requiere la existencia de un contrato previo mediante el cual, una concreta prestación, se asigna para su ejecución por quien luego se subcontrata. En coherencia con lo anterior, una definición jurídica del concepto de subcontratación debe suponer una relación de dependencia con el contrato que puede llamarse principal, como señalábamos en nuestra Resolución 243/2017. De esta forma podría definirse el subcontrato como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero.».

Pues bien, lo primero que ha de ponerse de manifiesto que de lo reproducido del Acuerdo 133/2018 no es posible extraer la conclusión que afirma la recurrente, esto es que al ser la relación de su empresa con ITS preexistente a la licitación convocada por el Ayuntamiento de Motril, no existe relación de dependencia alguna de ese contrato

con la futura contratación entre su entidad y dicho Ayuntamiento. En efecto, dicho Acuerdo 133/2018 indica que podría definirse el subcontrato como el *«contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación encarga, a su vez, la realización de parte de la misma a un tercero»*, afirmación de la que a juicio de este Tribunal no puede extraerse en modo alguno que la definición de subcontrato dependa del momento temporal en el que se establece la relación jurídica, como pretende la recurrente.

Efecto, entiende este Tribunal que habrá subcontratación conforme a lo previsto en el artículo 215 de la LCSP, con independencia del *nomen iuris* con el que se denomine a cualquier instrumento jurídico amparado en el principio de libertad de forma, que sustantivamente suponga la celebración un subcontrato (v.g., entre otras, Resolución 61/2020, de 17 de febrero), así como en aquellos supuestos en que la persona contratista concierta con terceros la realización parcial de la prestación, indistintamente de que la relación con la persona potencial subcontratista sea preexistente a la licitación convocada, coetánea a la misma o se convenga durante la ejecución de la prestación que se licita.

En definitiva, al haber la entidad ahora recurrente afirmado de manera rotunda que no va a acudir a la subcontratación, hubo de aportar la inscripción de su empresa en el registro de empresas instaladoras de telecomunicación, sin que puedan admitirse sus alegaciones relativas a que su relación con la entidad ITS, en el supuesto examinado, no suponen una subcontratación en los términos recogidos en el artículo 215 de la LCSP.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos la tercera alegación de la recurrente sobre la exclusión de su oferta.

Como se recoge en el acuerdo de exclusión, la recurrente fue apartada de la licitación por dos motivos, uno de los cuales -el relativo a no hallarse al corriente en su obligaciones tributarias-, tras lo alegado en el recurso ha sido estimado por este Tribunal; sin embargo, el otro motivo de exclusión -el no acreditar la habilitación empresarial exigida- una vez analizados y examinadas las alegaciones de la recurrente ha sido desestimado, y por tanto se ha confirmado su exclusión.

Al respecto, el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del pliego es motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero, 23/2020, de 30 de enero, 424/2021, de 28 de octubre, 577/2021, de 23 de diciembre y 411/2022 de 4 de agosto.

Procede, pues, confirmar la exclusión de la entidad ahora recurrente.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre las alegaciones relativas a la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP.

Se afirma en el recurso en síntesis que la imposición de la penalidad es absolutamente desproporcionada, toda vez que su empresa atendió el requerimiento en tiempo y forma, cumpliendo con lo previsto en la citada ley, no pudiendo el Ayuntamiento de Motril beneficiarse de sus propias torpezas o incumplimientos, por lo que debe de dejarse sin efecto la penalidad acordada.

Al respecto, la resolución de la cuestión exige analizar el artículo 150.2 de la LCSP el cual señala que:

«Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.

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 por ciento 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 lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71.

En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.».

Por su parte, la citada letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP dispone que:

«Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.».

Por último, en lo que aquí concierne el artículo 109.1 de la LCSP aun cuando se refiere a la garantía definitiva indica que:

«El licitador que hubiera presentado la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 deberá acreditar en el plazo señalado en el apartado 2 del artículo 150, la constitución de la garantía definitiva. De no cumplir este requisito por causas a él imputables, la Administración no efectuará la adjudicación a su favor, siendo de aplicación lo dispuesto en el penúltimo párrafo del apartado 2 del artículo150.».

En definitiva, el citado artículo 150.2 LCSP prevé, con el fin de garantizar la seriedad en el mantenimiento de la proposición presentada evitando que -de manera injustificada y atentando contra la buena fe y la confianza legítima de las partes intervinientes en la adjudicación de un contrato- la que ha sido propuesta como adjudicataria, incumpliendo el deber impuesto en el citado precepto, retire su oferta, con los consiguientes daños o perjuicios que se causan tanto al órgano de contratación como al interés público derivados de dicha retirada que, además, supone el consiguiente retraso en la adjudicación o a veces, determina, incluso, que siendo la única oferta presentada la suya, provoque la declaración de desierto del contrato por parte del órgano de contratación.
Ahora bien, habrá de analizarse en este caso, si concurre alguna causa que pueda justificar que no se *«cumplimente adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado»*, como dispone el artículo 150.2 LCSP, esto

es «*por causas a él [al licitador] imputables*» como dispone el artículo 109.1 de la LCSP aunque referido a la garantía definitiva.

La entidad recurrente alega como causa justificativa para no cumplimentar el requerimiento de forma injustificada, que atendió el mismo en tiempo y forma, que se hallaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el Ayuntamiento de Motril a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la formalización del contrato, y que el motivo basado en la falta de habilitación para realizar tareas de instalación y mantenimiento es del todo improcedente.

Pues bien, analizadas las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación, lo alegado por las partes y lo analizado y resuelto por este Tribunal en esta resolución, no es posible entender que la entidad ahora recurrente haya retirado su oferta injustificadamente, y por tanto haya de serle iniciado un procedimiento de imposición de penalidades en los términos del artículo 150.2 de la LCSP, y ello con base en las siguientes consideraciones:

- En todo momento la entidad ahora recurrente ha mostrado una actitud tendente a que se le adjudicara el contrato, habiendo aportado en plazo toda aquella documentación que entendía suficiente para acreditar los extremos que se le exigían.

- En cuanto al hecho de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con el Ayuntamiento de Motril, ha quedado acreditado a lo largo de la presente resolución y de la 563/2022, que dicha entidad se hallaba al corriente a la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y en el momento previo a la adjudicación del contrato, incluso respecto a la deuda en concepto de tasa por aprovechamiento especial del dominio público, resulta que, habiendo surgido la misma con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, fue abonada en el plazo concedido a la ahora recurrente para presentar la documentación previa a la adjudicación, como quedó resuelto en la citada Resolución 563/2022, lo que evidencia sin duda alguna la voluntad de la citada entidad de ser adjudicataria del contrato.

- Por último, respecto al motivo exclusión basado en la falta de habilitación para realizar tareas de instalación y mantenimiento de equipos y sistemas, aun cuando este Tribunal ha desestimado dicha causa de exclusión habiendo confirmado por tanto la exclusión, ello no significa que la entidad haya retirado injustificadamente su oferta, dado que ha esgrimido argumentos convincentes por los que entiende que su oferta no debió ser excluida. Todo lo expuesto supone que a juicio de este Órgano en el supuesto que ese examina no se dan las circunstancias previstas en el citado artículo 150.2 de la LCSP para entender que la ahora recurrente ha retirado su oferta.

Por lo expuesto, no es posible entender como pretende el informe al recurso que la imposición de penalidad es una exigencia que ha de aplicarse en todos los casos en los que la entidad propuesta como adjudicataria no cumplimente las exigencias previstas en el citado artículo 150.2 de la LCSP.

Procede, pues, estimar en los términos expuestos las alegaciones relativas a la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, no procediendo iniciar procedimiento para su imposición.

NOVENO. Consideraciones del Tribunal sobre las alegaciones relativas a determinados incumplimientos de la entidad propuesta como adjudicataria.

Como se ha expuesto, en el apartado 2.3 de fundamento sexto de la presente resolución, se afirma en el recurso que la entidad propuesta como adjudicataria ha incurrido en determinados incumplimientos en la formulación de su oferta. En concreto en los siguientes: i) falta de aportación del catálogo de servicios en el sobre 3; ii) del plan

de ejecución en relación con el coste asociado a la implantación de los servicios contratados; iii) del requisito de cobertura; iv) de la oferta por incluir en el sobre 2 (técnico) información económica sobre precios; v) del requisito sobre líneas destinadas a comunicaciones de datos; y vi) de la obligación de mantener los números asociados a las 60 las líneas STB (líneas analógicas).

Pues bien, a la luz de lo acordado por este Tribunal en la consideración tercera del fundamento de derecho séptimo, en el que se ha desestimado la pretensión del recurso interpuesto por la recurrente contra la exclusión de su oferta, habiéndose confirmado tal rechazo, procede analizar si una eventual estimación de la presente alegación, esto es, que se acuerde la exclusión de la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria por determinados incumplimientos de los pliegos, supondría que la recurrente pueda resultar adjudicataria.

En este sentido, aun estimando el presente alegato del recurso, lo que conllevaría que la oferta de la entidad propuesta como adjudicataria fuese excluida de la licitación, ello nunca le podría provocar un beneficio a la ahora recurrente, pues en la mencionada alegación anterior este Tribunal confirmó la exclusión de su oferta, no pudiendo nunca ser adjudicataria del presente contrato.

Al respecto, se ha manifestado este Tribunal, entre otras muchas, en sus Resoluciones 98/2017, de 12 de mayo, 215/2018, de 6 de julio, 79/2019, de 21 de marzo, 140/2019, de 3 de mayo, 90/2020, de 13 de marzo y 488/2022, de 25 de noviembre, en las que se ponía de manifiesto que una hipotética estimación del recurso y consecuentemente la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la entidad ahora recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio.

En definitiva, la pérdida sobrevenida de interés legítimo, por cuanto la estimación de este motivo no permitiría que la ahora recurrente pudiera acceder a la adjudicación en la presente licitación que se examina, conlleva que el mismo haya de ser inadmitido.

Procede, pues, inadmitir las alegaciones relativas a determinados incumplimientos de la entidad propuesta como adjudicataria, por pérdida sobrevenida de interés legítimo.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ORANGE ESPAGNE S.A.U.** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación denominado «Servicios de telecomunicaciones del Ayuntamiento de Motril» (Expediente SERV/ABR/CONTRATACION2020000037), convocado por el Ayuntamiento de Motril (Granada).

Estimarlo contra el acuerdo de iniciar un procedimiento de imposición de penalidades en los términos del artículo 150.2 de la LCSP y, en consecuencia, anular dicho acto impugnado para que por el órgano de contratación se procede en los términos expuestos en el fundamento de derecho octavo de la presente resolución.

Inadmitirlo contra la indebida admisión de la proposición de la licitadora propuesta como adjudicataria, por pérdida sobrevenida de interés legítimo.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de licitación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 25/2023, de 21 de febrero.

TERCERO. 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.

CUARTO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, respecto del procedimiento de imposición de penalidades, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.