RE 008/2020

Acuerdo 19/2020, de 20 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil "SOCIAL CORE, S.L.", frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio municipal de transeúntes», promovido por el Ayuntamiento de Teruel.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al contrato indicado en el encabezamiento de este acuerdo se publicó el día 10 de noviembre de 2018 en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE) y en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP). Según se indicaba en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de proposiciones se fijaba el día 14 de diciembre de 2018, a las 15 horas.

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 938 224,56 euros, IVA excluido.

Segundo.- El día 3 de diciembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.S.B., en nombre y representación de la mercantil "SOCIAL CORE, S.L.", frente a los pliegos que regían la licitación del contrato referido.

El recurso aducía –en síntesis– lo siguiente:

1. Los pliegos vulneraban el principio de libre concurrencia debido a la inclusión en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), de una cláusula

por la cual el adjudicatario del servicio debería contar –previamente a la adjudicación– con un edificio en el que se puedan prestar los servicios objeto del contrato.

2. Por otra parte, manifestaba su disconformidad con el pliego al entender que para fijar el presupuesto de licitación, en el apartado A `Gastos de Personal´, se habían tenido en cuenta tablas salariales no actualizadas.

Por lo expuesto, interesaba que se declarara la nulidad de pleno derecho, o en su caso, la anulabilidad de los citados pliegos.

Tercero.- Dicho recurso fue resuelto, previos los trámites oportunos, por este Tribunal mediante su Acuerdo 28/2019, de 28 de febrero, en sentido estimatorio, anulando la licitación.

Cuarto.- En cumplimiento del acuerdo dictado, el órgano de contratación acordó anular las cláusulas impugnadas y se publicó nuevo anuncio de licitación en la PCSP y en el DOUE, el día 8 de julio de 2019. La nueva licitación sigue siendo un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 873 905,40 euros, IVA excluido. Según indican los anuncios, el plazo de presentación de proposiciones finalizaba el día 7 de agosto de 2019.

Quinto.- Tras efectuar propuesta de adjudicación en favor de la recurrente así como el requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, se le concedió plazo de subsanación de tres días, tras lo cual la Mesa de contratación en sesión de 12 de noviembre de 2019 tuvo por retirada la oferta de la recurrente por no haber cumplimentado adecuadamente la documentación requerida y formulaba nueva propuesta de adjudicación en favor del siguiente licitador en la clasificación.

Sexto.- Con fecha 27 de diciembre de 2019, el Ayuntamiento de Teruel publicó en la PCSP la resolución mediante la que se adjudica el contrato a la entidad “CÁRITAS DIOCESANA DE TERUEL Y ALBARRACÍN”. En dicha resolución,

asimismo, se acordó que se debía proceder a exigir a la entidad mercantil "SOCIAL CORE, S.L." el importe del 3% del presupuesto de licitación, en concepto de penalidad y en aplicación del artículo 150 de 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) y de la cláusula 22 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, por entender que la entidad mercantil compareciente no cumplimentó adecuadamente el requerimiento efectuado, infiriendo que había retirado su oferta.

Séptimo.- Con fecha 17 de enero de 2020, ha tenido entrada en este Tribunal, anuncio de la interposición de recurso especial en materia de contratación por doña L.V.M., en nombre y representación de la mercantil "SOCIAL CORE, S.L.", frente a la resolución de adjudicación únicamente en lo referente a la imposición de la penalidad a esa mercantil.

Octavo.- El día 20 de enero de 2020 desde este Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y se solicitó el expediente de contratación, así como el informe preceptivo acerca del recurso informe a los que alude el artículo 56.2 de la LCSP. La documentación solicitada es recibida el día 21 de enero de 2020.

Noveno.- De conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, se procedió por el Tribunal a evacuar trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento, sin que se haya presentado escrito alguno.

Décimo.- El día 4 de febrero de 2020, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal nueva documentación del expediente, entre la que figura copia del contrato formalizado con la entidad "CÁRITAS DIOCESANA DE TERUEL Y ALBARRACÍN", así como certificado del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Teruel de fecha 3 de febrero de 2020, por el que se

impone penalidad a la mercantil “SOCIAL CORE, S.L.”, a raíz de haber inferido retirada de su oferta.

Undécimo.- Con fecha 6 de febrero de 2020 fue otorgado a la recurrente, trámite de alegaciones sobre la posible existencia de una causa de inadmisión, prevista en el artículo 21.2.c) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA). La recurrente ha presentado el día 13 de febrero de 2020 escrito defendiendo la admisión del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de la mercantil “SOCIAL CORE, S.L.” para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que el contrato es susceptible de recurso especial.

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.-. El presente recurso se interpone frente a la resolución de adjudicación, pero únicamente en lo referente a la imposición de la penalidad a la recurrente por importe del 3% del presupuesto de licitación del contrato.

En el trámite de alegaciones sobre la posible causa de inadmisión del recurso por haberse interpuesto frente a un acto no susceptible del mismo, la actora

manifiesta que: «*Esta representación procesal no entiende porqué se le da traslado a la entidad mercantil compareciente de dicha resolución cuando es manifiesto que en la resolución objeto del presente procedimiento ya se acuerda la imposición de dicha penalidad. A tal efecto, en el acuerdo sexto de la resolución se recoge:*

Remitir copia del presente acuerdo a los Servicios Técnicos Municipales y a la Intervención Municipal, así como a la Tesorería Municipal, que deberá proceder a la solicitud a la mercantil SOCIALCORE, S.L., el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA.

Que, dado que la resolución recurrida tiene carácter ejecutivo en lo referente a la exigencia del abono de la penalidad por parte de mi mandante, entiende esta representación procesal que resulta procedente interponer el presente recurso en aras de defender sus legítimos intereses».

Asimismo, reseña que: «*En este sentido, lo primero que debe señalarse es que la imposición de la penalidad por incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público puede ser objeto del recurso especial en materia de contratación, y así se establece en el artículo 44.2 del citado texto legal, que viene a decir lo siguiente:*

Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Igualmente, sobre dicha cuestión se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución Número 1121/2019 de fecha 7 de octubre de 2019:

Por lo dicho, este Tribunal considera que el acto impugnado (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.

Asimismo, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el apartado 1 del meritado artículo 44 de la Ley de Contratos del Sector Público, que establece que, para que los actos dimanantes de un procedimiento de contratación sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación deben superar un umbral económico. En concreto, se refiere a los siguientes umbrales:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

Pues bien, en la cláusula número 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de continua mención, respecto al valor estimado del contrato, se manifiesta lo siguiente:

1. El valor estimado del contrato, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 101 de la LCSP (importe total, excluido el IVA, e incluido el precio de cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato), asciende a la cuantía de 873.905,40 euros.

A la vista de todo lo explicado, resulta evidente que contra imposición de la penalidad por incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la Ley de Contratos del Sector Público realizada en el seno del procedimiento de licitación del "Contrato del Servicio Municipal de Atención a Transeúntes" cabe interponer recurso especial en materia de contratación».

Pues bien, a la vista de la tramitación administrativa descrita en los Antecedentes de Hecho de este acuerdo, y pese a lo señalado por la recurrente en su escrito de alegaciones sobre la posible causa de inadmisión del recurso, la resolución de adjudicación impugnada no viene a establecer la penalidad sino que se limita a señalar que se debe proceder a exigir a la entidad mercantil "SOCIAL CORE, S.L." el importe del 3% del presupuesto de licitación del contrato, en concepto de penalidad. Por ello, tras dictarse esta resolución, se otorgó trámite de audiencia a la recurrente, ya en un procedimiento distinto iniciado a raíz del acto impugnado y tras ello, se dictó Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de febrero de 2020 –posterior a la

interposición del presente recurso– en cuya virtud se impuso una penalidad a la mercantil “SOCIAL CORE, S.L.” por el mencionado importe del 3% del presupuesto base de licitación. De tal manera que, a juicio de este Tribunal, por lo que a la penalidad respecta, el acto impugnado constituye un acto de trámite no cualificado que no puede ser objeto de recurso.

Y respecto del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 3 de febrero de 2020, dictado con posterioridad a la interposición del presente recurso, por el que se impone la penalidad a la recurrente y en el cual se señala que contra el mismo cabe recurso especial, este Tribunal debe poner de manifiesto que entiende que no procede dicho recurso frente a tal acto al no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 44.2 de la LCSP con arreglo al cual pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, en concreto:
«*a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*
b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.
c) Los acuerdos de adjudicación.
d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación».

En un supuesto similar, la Resolución 152/2019, de 10 de octubre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, con el que este Tribunal coincide, se razonó de la siguiente manera:

«*En cuanto al acto impugnado, debe señalarse que no se encuentra recogido en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 44.2.b) de la LCSP. El presente caso no se trata de un supuesto en que el recurrente pretenda sostener la suficiencia de la solvencia exigida o la viabilidad de la documentación presentada a los efectos de que le sea adjudicado el contrato, sino que el recurso se limita a impugnar la actuación llevada a cabo por el órgano de contratación en cuanto que impone una penalidad por retirada injustificada de la oferta. Debe recordarse que el recurso especial tiene un marco determinado de actuación y no puede conocerse por esta vía más allá de aquellos actos y en relación con los contratos señalados en los artículos 44 y siguientes de la LCSP. Por ello, este Tribunal no resulta competente para conocer de la impugnación exclusiva de la imposición de una penalidad (como en el presente asunto), sino que dicha actuación debería de seguir, en su caso, los cauces señalados en el artículo 44.6 de la LCSP; esto es, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En conclusión, este Tribunal no resulta competente para conocer de la legalidad de un acto como el recurrido, al no encontrarse éste entre los supuestos previstos en la LCSP, por lo que el recurso no puede ser admitido. En este sentido pueden citarse la Resoluciones 61/2019, de 20 de marzo, 189, 190 y 191/2019, de 14 de agosto, del Tribunal Administrativo de Contratación de la Comunidad Autónoma de Galicia, o las Resoluciones 149/2019, de 16 de septiembre, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Igualmente, la Resolución 97/2018, de 24 de julio, de este último órgano, en cuanto inadmitió un recurso dirigido contra la incautación de la garantía –en el que puede apreciarse identidad de razón–, fue confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 12 de junio de 2019, que señala: "Razones de conveniencia de la recurrente, económicas y procedimentales, convirtieron la interposición del recurso especial en un subterfugio para el*

planteamiento de pretensiones que por su causa, objeto y finalidad no podían ventilarse en ese recurso, sin dejar al albur del interesado pro doma sua la determinación del alcance de dicha acción; en lo que hace al caso, en clara contradicción con sus propios actos (aceptación de los Pliegos y del acuerdo de adjudicación del contrato y desatención voluntaria de los requerimientos para su formalización) y con sus propias pretensiones, a caballo entre una cosa (reconocimiento de su indebida exclusión de la contratación; esto es, por causas imputables a la contratante) y de la contraria (sin pretender la anulación de la segunda adjudicación y, en su lugar, el reconocimiento de su mejor derecho con dicho objeto e indemnización sustitutoria)"».

Es claro que no se trata de un acto relativo a la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato, de hecho es un acto dictado con posterioridad a la adjudicación y en un procedimiento distinto, instado tras la mencionada adjudicación, por ello en el presente caso atendiendo a las circunstancias concurrentes descritas, no puede sostenerse que el recurso especial en materia de contratación frente al acto de imposición de la penalidad pueda ser admitido «*por referirse a un acto relativo a la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato*», tal y como sostiene el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 9/2019, de 16 de enero, citada por la propia recurrente en su escrito de alegaciones.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), según el cual «*el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter*», procede remitir el recurso a la entidad contratante al objeto de que proceda, en su caso, a su tramitación como el recurso administrativo que

corresponda, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de esa Ley.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir el recurso especial presentado en nombre y representación de la mercantil “SOCIAL CORE, S.L.”, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio municipal de transeúntes», promovido por el Ayuntamiento de Teruel.

SEGUNDO.- Remitir el escrito de recurso a la Administración contratante al objeto de que proceda, en su caso y si procede, a su tramitación como recurso administrativo, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título V de la LPAC.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

El presente Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de dicha norma jurisdiccional, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en el artículo 59 de la LCSP.