Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 108/2023

Acuerdo 124/2023, de 14 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "ORBE TELECOMUNICACIONES, S.L." frente a la adjudicación del contrato denominado «Contrato mixto de suministro e instalación de un sistema de videovigilancia. Fase II.», promovido por el Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén.

Ponente: Esperanza Ríos Marín

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 2 de mayo de 2023 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), el anuncio y los pliegos que rigen el procedimiento de contratación a que alude el encabezamiento del presente Acuerdo. Según figura en los citados anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 17 de mayo de 2023.

Segundo.- El contrato objeto del recurso interpuesto ha sido calificado como un contrato mixto siendo la prestación principal la del suministro, con un valor estimado de 158 153,05 euros, IVA excluido. El expediente de contratación ha seguido la tramitación ordinaria, aplicando las reglas del procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, tal y como se contempla en los artículos 131, 156 y siguientes 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).

Tercero.- Una vez clasificadas las proposiciones, a la vista de la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación y tras la aportación de la

documentación de la mercantil propuesta como adjudicataria, mediante Resolución de Alcaldía número 2023-1086, de 19 de septiembre de 2023, se adjudicó el contrato de referencia a favor de la empresa "DEINTA SEGURIDAD, S.L.", quedando clasificada la mercantil ahora recurrente en segundo lugar.

El mismo día 19 de septiembre de 2023 fue insertado el anuncio de la adjudicación del contrato en la PCSP.

Cuarto.- Con fecha 6 de octubre de 2023, ante el Registro Electrónico General del Gobierno de Aragón, fue interpuesto recurso especial en materia de contratación por don F.O.B., en nombre y representación de la mercantil "ORBE TELECOMUNICACIONES, S.L.", frente a la propuesta de adjudicación del contrato de referencia.

La citada mercantil –sobre la base de que dicha adjudicación no es ajustada a Derecho– aduce en el escrito presentado, en síntesis, que la mercantil propuesta como adjudicataria está incursa en prohibición de contratar, razón por la cual considera debe ser anulada la adjudicación del contrato.

Quinto.- El día 10 de noviembre de 2023 y al amparo de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LCSP, se requirió de la recurrente la subsanación del escrito de recurso, con la advertencia expresa de que, transcurridos tres días hábiles a partir del siguiente a la recepción del requerimiento sin que subsanase los defectos indicados, se le tendría por desistida de su petición. En esa misma fecha, la recurrente aportó un nuevo escrito de recurso ampliado en el que combate la resolución de adjudicación mencionada en el antecedente de hecho tercero de este Acuerdo.

En este nuevo escrito interesa de este Tribunal la anulación de la adjudicación efectuada y solicita la adjudicación "provisional" a su favor. Asimismo, insta a que el órgano de contratación inicie el procedimiento administrativo que

conlleve la declaración de prohibición para contratar a la mercantil adjudicataria.

Asimismo, solicita la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de contratación en tanto se produzca la resolución del recurso interpuesto.

Sexto.- Los días 10 y 11 de octubre de 2023 este Tribunal dio traslado de los escritos de recurso recibidos al órgano de contratación, requiriendo del mismo la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP. El día 16 de octubre siguiente se recibió la documentación requerida.

Séptimo.- El día 17 de octubre de 2023 se dio traslado de ambos escritos a los interesados en el procedimiento, otorgándoles trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. Se han recibido alegaciones de la mercantil adjudicataria, oponiéndose al recurso y solicita multa por mala fe en su interposición.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón (en adelante, LUECPA), es preciso determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Para ello debe atenderse al régimen transitorio que se estable en su Disposición transitoria primera, que dispone lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Pues bien, la fecha de publicación de la convocatoria del procedimiento indicada en el Antecedente de hecho primero del presente acuerdo, es anterior a la entrada en vigor de la nueva ley, por lo que resulta de aplicación a la licitación la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA).

En cuanto al presente recurso especial, debido a que el acto impugnado se dictó con posterioridad a la entrada en vigor de la citada LUECPA, se regirá por ésta, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquélla.

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “ORBE TELECOMUNICACIONES, S.L.” para interponer el 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 licitación de un contrato mixto en el que la prestación principal es la de suministro cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118.1.a) de la LUECPA, y se dirige contra el acto de adjudicación del contrato, actuación específicamente

contemplada entre las susceptibles de impugnación *ex* artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Una vez verificada la concurrencia de los requisitos para la admisión del recurso, procede analizar el fondo del mismo, si bien se quiere matizar que la terminología que emplean tanto la recurrente como el órgano de contratación cuando se refieren a la adjudicación provisional y definitiva del contrato no es la correcta pues mediante la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, se refundió en uno solo los actos de adjudicación provisional y definitiva.

Cuestiona la recurrente que la adjudicación efectuada no es conforme a derecho en tanto que la mercantil adjudicataria se encuentra incursa en la prohibición de contratar regulada en el artículo 71.2.d) de la LCSP, y a tal efecto aduce lo siguiente:

«1. PRELIMINAR.

Este contrato nº 606/2023 surge como consecuencia de la rescisión de un contrato anterior denominado igual que este "CONTRATO MIXTO DE SUMINISTRO, OBRAS Y SERVICIOS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA BASADO EN VIDEOVIGILANCIA IP

EXPTE nº 1293/2021" que fue resuelto por parte del Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén por causas imputables al contratista siendo este DEINTA SEGURIDAD S.L como resulta de la Resolución Firme de Alcaldía fechada el 16/12/2022. Documento nº 4.

De igual forma se adjunta el anuncio de licitación, con el hiperenlace del mismo, Documento nº 5, del CONTRATO MIXTO DE SUMINISTRO, OBRAS Y SERVICIOS PARA LA AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA BASADO EN VIDEOVIGILANCIA IP EXISTENTE nº 1293/2021 con idéntico nombre al contrato que nos ocupa, desde el que se puede comprobar toda la documentación y la adjudicación y formalización definitiva a favor de DEINTA SEGURIDAD S.L. y Resolución Firme de Alcaldía por causas imputables al contratista DEINTA SEGURIDAD S.L .

Ambos contratos son exactamente iguales, siendo el proyecto de ejecución que los soporta el mismo, redactado por el mismo Ing. Técnico de Telecomunicaciones D. XXXXXXXX denominado PROYECTO TÉCNICO VIDEO VIGILANCIA FASE II DE LA PUEBLA DE ALFINDÉN, ZARAGOZA. La única diferencia entre ellos es la actualización de precios del mismo, pero el contenido y actuaciones a ejecutar son iguales como se puede comprobar de la comparación del resumen de presupuesto entre ambos, a excepción de la inclusión de una partida destinada a cartel de subvención. Documento nº 6.

Del mismo modo se adjuntan los proyectos completos de ambos expedientes, el primigenio con número de expediente nº 1293/2021 (Documento nº7 del cual se facilita el link a la plataforma de contratación del estado, al ser su tamaño mayor de 10MB y no poder ser subido al expediente: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/fe214768-3a29-454b- 8142-efdba2d09cc5/DOC20211222082751PROYECTO+CCTV+LA+PUEBLA+FASE +II.pdf?MOD=AJPER ES) y del contrato que nos ocupa con número de expediente nº 606/2023 (Documento nº8 del cual se facilita el link a la plataforma de contratación del estado, al ser su tamaño mayor de 10MB y no poder ser subido al expediente: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/2b7b3887-bc87-4279-afbe-0f745627738b/DOC20230425144759PROYECTO+VIDEOVIGILANCIA+FASE+ II+LA+PUEBLA+2023.pdf?MOD=AJPERES) donde se puede comprobar con

exactitud que se tratan del mismo proyecto y por ende del mismo objeto de contrato.

La empresa DEINTA SEGURIDAD S.L. fue el contratista del contrato nº 1293/2021, y ahora de nuevo es la empresa propuesta para adjudicación definitiva del expediente nº 606/2023 incumpliendo la LCSP en los artículos 71.2.d) y 211.1.f).

PRIMERO: LA ADJUDICACIÓN DEFINITIVA A DEINTA SEGURIDAD S.L CONTRAVIENE LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO EN LOS ARTÍCULOS ART. 71.2D) Y 211.1.F) Y ART. 17.2 DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

La adjudicación definitiva a DEINTA SEGURIDAD S.L contraviene la LCSP en los artículos art. 71.2d) y 211.1.f), como exponemos a continuación.

El artículo 71.2.d) de la LCSP indica como prohibiciones para contratar para una empresa:

"Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f).

El artículo 211.1.f) se indica:

"f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato

Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido

calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general."

Una vez expuesto los motivos, resulta meridianamente claro que la empresa DEINTA SEGURIDAD S.L fue declarada culpable de no ejecutar correctamente el contrato, por lo que incumplió la obligación principal contrato nº 1293/2021 por las causas expuestas en la Resolución Firme de Alcaldía fechada el 16/12/2022. Documento nº 4. De dicha situación el Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén no ha tenido más remedio que sacar una nueva licitación, siendo esta el contrato nº 606/2023 con mismo objeto de contrato y mismo proyecto técnico que el contrato nº 1293/2021.

DEINTA SEGURIDAD S.L se encuentra dentro de las causas de prohibición de contratar para el contrato nº 606/2023, al ser este contrato consecuencia de la resolución del contrato nº 1293/2021, independientemente de que está prohibición no aparezca reflejada en el ROLECE, ya que resulta probado que DEINTA SEGURIDAD SL tiene una Resolución en Firme Documento nº 4, de resolución del contrato nº 1293/2021 por causa imputables al contratista, y que por tanto no puede ser adjudicatario definitivo de otro contrato que emana de este, para corregir precisamente los incumplimientos que se produjeron en él.

Aunque la redacción del art. 71.2 de la LCSP, establece que deber ser por resolución en firme, esta no específica si se trata de una resolución firme vía administrativa o vía judicial. En este sentido, para despejar dudas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a petición del Director General

de Racionalización y Centralización de la Contratación según Expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018 (Documento nº 9), aclaró la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar determinó que:

"CONCLUSIONES.

El legislador no determina en la Ley 9/2017 si la firmeza de las resoluciones administrativas que dan lugar a prohibición de contratar debe ser en vía administrativa o jurisdiccional. Desde esta Junta Consultiva se considera que la firmeza de este tipo de resoluciones administrativas debe ser en vía administrativa en virtud de los siguientes argumentos:

- *El contenido de la Sentencia de Casación del Tribunal Supremo 8644/2006, de 13 de diciembre de 2006, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en el que se analiza esta misma cuestión y se decide a favor de la firmeza en vía administrativa.*
- *El principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en el artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que de por sí ya señala la eficacia plena de los actos administrativos desde el momento en que se dictan.*

De esta forma, consideramos que la firmeza que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público predica de las resoluciones administrativas que dan lugar a la imposición de una prohibición de contratar debe ser la firmeza administrativa, en los términos descritos en el cuerpo del presente informe, y no la jurisdiccional."

A colación de lo anterior, es meridianamente claro que en el caso que nos ocupa una Resolución Firme de contrato por causas imputables al contratista, es una resolución firme administrativa, ya que DEINTA SEGURIDAD S.L. no

recurrió dicha Resolución por lo que se considera firme. Dicha cuestión viene a reforzar y despejar dudas sobre la situación de la empresa DEINTA SEGURIDAD SL en cuanto a la prohibición a contratar en este expediente que estamos desarrollando en este REMC sin necesidad de que dicha prohibición deba ratificarse vía sede judicial.

Otra cuestión es sobre la competencia y procedimiento que deben regir las administraciones para declarar las prohibiciones a contratar con la administración pública. El art. 72.1 de LCSP establece que: "En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo."

Asimismo El art. 72.7 de la LCSP establece un tiempo máximo para iniciar el que el procedimiento para la declaración de prohibición a contratar debe ser como máximo tres años contados a partir de las siguientes fechas:

……

c) Desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato, en el caso previsto en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior;

En el caso que nos ocupa la resolución firme del contrato. Documento nº4, fue emitida el 16/12/2022 estando en plazo el Ayuntamiento de La Puebla de Alfidén para declarar la prohibición a contratar, ya que con arreglo a lo anterior esta se podría iniciar hasta el 16/12/2025.

Pues bien, no consta que el Ayuntamiento haya iniciado el procedimiento de declaración de prohibición a contratar, por lo que dicha cuestión confronta con el fondo del asunto ya que a priori es razonable pensar que no ha cumplido la

Ley de Contratos del Sector Público ya que debería haber iniciado el procedimiento de declaración de prohibición a contratar tal y como se expone en el art. 72 de la LCSP.

En esta situación nuestra mercantil ORBE TELECOMUNICACIONES SL está en plena indefensión ya que por un lado queda demostrado que la empresa DEINTA SEGURIDAD S.L. se encuentra en causa clara de prohibición para contratar pero el Ayuntamiento de Alfiden no ha iniciado el procedimiento de declaración de prohibición a contratar como le exige el art. 72 de la LCSP. Esta cuestión produce una irregularidad que afecta directamente a los intereses ORBE TELECOMUNICACIONES SL en sus pretensiones.

Ante tal situación de indefensión de nuestra mercantil y según art. 17.2 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se indica que: "2. Cuando las sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, ésta se apreciará de forma automática por los órganos de contratación, sin perjuicio de que su alcance y duración se determine mediante el procedimiento que se regula en el artículo 19 de este Reglamento."

Por lo que conforme al Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se debe apreciar la prohibición a contratar de forma automática aunque no se haya iniciado el procedimiento de declaración, y por tanto DEINTA SEGURIDAD SL no puede ser adjudicataria definitiva del contrato que nos ocupa por estar claramente en situación de prohibición a contratar, y según indica el Reglamento, este órgano de contratación (Ayuntamiento de La Puebla de Alfinde) debe apreciar de forma automática dicha prohibición.

En resumen, independientemente de que el órgano de contratación no haya iniciado aún el procedimiento de declaración de prohibición de contratar según

se indica en el art. 72 de la LCSP, en base al art. 17.2 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debería haber apreciado la situación e inadmitido la propuesta de DEINTA SEGURIDAD SL por estar manifiestamente en causa de prohibición de contratar, con mayor vigor incluso cuando es el mismo órgano de contratación el que propició una resolución firme en contra de DEINTA SEGURIDAD SL en el contrato primigenio que emana del que nos ocupa.

SEGUNDO. LA EMPRESA DEINTA SL CONTRAVIENE EL PLIEGO DE PRESCRIPCIONES ADMINISTRATIVAS PARTICULARES DE LA LICITACIÓN AL FIRMAR LA DECLARACIÓN RESPONSABLE.

El PCAP de la licitación establece (Documento nº 10) en el art. 19 "Forma y contenido de las proposiciones" establece que las proposiciones se presentarán en un único archivo electrónico según el siguiente literal:

"DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN CUANTIFICABLE DE FORMA MATEMÁTICA

Dentro de este archivo los licitadores deberán incluir:

A) Declaración responsable del licitador indicativa del cumplimiento de las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración.

La declaración responsable se presentará conforme al modelo incluido en el Anexo II del presente pliego "

Dicha declaración (Documento nº11) que fue firmada por DEINTA SEGURIDAD S.L., como por el resto de los licitadores admitidos a la licitación, indica en otras cuestiones que:

"Asimismo, DECLARA bajo su responsabilidad:

Que cumple con todos los requisitos previos exigidos por el apartado primero del artículo 140 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 201/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para ser adjudicatario del contrato, en concreto:

Que la entidad se halla inscrita en el Registro de Licitadores de. y que las circunstancias que en él figuran respecto de los requisitos exigidos para la admisión en el procedimiento de contratación indicado son exactas y no han experimentado variación.

Que el firmante posee personalidad jurídica o en su caso, ostenta la representación de la sociedad que presenta la oferta, que cuenta con la adecuada solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso, la clasificación correspondiente, que cuenta con las autorizaciones necesarias para ejercer la actividad y que no está incurso en prohibición de contratar alguna.

……..”

DEINTA SEGURIDAD S.L. cuando declara responsablemente que no está incurso en prohibición de contratar alguna está incumpliendo el PCAP y el art. 71.e) de la LCSP , ya que es plenamente consciente de que si lo está conforme a la Resolución Firme de Alcaldía Documento nº 4, independientemente de que se haya iniciado y culminado la declaración de prohibición a contratar por parte del órgano de contratación conforme al art. 17.2 Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En este caso concreto está claramente justificado que no puede ser adjudicatario definitivo de un contrato que previamente fue resuelto en su contra por causas imputables a DEINTA SEGURIDAD S.L al existir una resolución firme vía administrativa contra esta mercantil en el contrato primigenio.

Del mismo modo según el art. 20 del PCAP se indica que: "la mesa comprobará en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que la empresa está debidamente constituida, el firmante de la proposición tiene poder bastante para formular la oferta, ostenta la solvencia económica, financiera y técnica o, en su caso la clasificación correspondiente y no está incursa en ninguna prohibición para contratar".

En este sentido la empresa ORBE TELECOMUNICACIONES cuando se produjo la adjudicación provisional advirtió a la mesa de que la empresa DEINTA SEGURIDAD SL estaba incursa en causa de prohibición de contratar (Documento nº11), por lo que la mesa de contratación, tras comprobar la cuestión que se planteaba en tal escrito, y conforme al art. 17.2 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debería haber apreciado la situación e inadmitido la propuesta de DEINTA SEGURIDAD SL por estar manifiestamente en causa de prohibición de contratar, independientemente de que se hubiera iniciado el procedimiento de declaración de prohibición a contratar.»

De contrario, el órgano de contratación defiende su actuación del siguiente modo:

«(..)

3.- Justificación de la actuación del órgano de contratación.

El artículo 65 de la LCSP relativo a las condiciones de aptitud para contratar con el sector público, dispone con carácter general, que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y

técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas

Mediante Resolución de Alcaldía 2022-1286, de fecha 16 de diciembre (documento nº 1) se resolvió el contrato mixto de suministro e instalación de un sistema de videovigilancia, Fase II, por incumplimiento culpable del contratista, DEINTA Seguridad, S.L al no haber finalizado el contrato en el plazo establecido.

Dicha resolución se fundamenta en el artículo 71.2 d) de la LCSP:

(…)

No contiene la resolución pronunciamiento alguno sobre prohibición de contratar para DEINTA Seguridad, S.L

El art. 71.2 LCSP tipifica como causas de prohibición para contratar diversos supuestos de incumplimiento grave de obligaciones contractuales por parte del contratista. Transpone, de este modo, la causa de exclusión potestativa prevista en el art. 57.4.g) DCP (Referido a las «deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables») que, con anterioridad, el TJUE había considerado como subsumible dentro de la noción de «falta en materia profesional» (La STJUE de 13 de diciembre de 2012 (C-465/11) examina una normativa polaca que prevé la exclusión automática de las empresas que hayan sido responsables de la resolución de contratos celebrados en los tres años anteriores. Lo que se declara incompatible con el Derecho comunitario no es el motivo en sí sino su carácter automático)

Una reiterada jurisprudencia española recalca que esta prohibición es un plus respecto de la mera resolución de un contrato, pues se requiere una declaración expresa de culpabilidad mediante un procedimiento específico. "… de la resolución de contrato no se deriva de forma automática la prohibición de contratar al ser necesario que se tramite un procedimiento independiente que tenga esa finalidad, en el que se atienda para hacer tal declaración a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Tal procedimiento ha sido seguido en este caso por el Ayuntamiento de Mula. Sin embargo dicha prohibición exige un plus en el incumplimiento, ya que para declararla se impone por la Ley que el contratista haya incurrido en una manifiesta mala fe contractual y además que los daños causados al interés público sean cierta entidad" (STSJ Murcia 747/2014, de 10 de octubre)

La apreciación de la concurrencia de esta causa corresponde al propio órgano de contratación si bien a través de un procedimiento diferente al de resolución del contrato, tal y como recuerda la STSJ de Madrid 432/2006, de 5 de mayo: "la mencionada prohibición de contratar no es una consecuencia necesaria, accesoria e inseparable de tal causa de resolución sino que tiene sus propios requisitos específicos y, además, que en todo caso esa prohibición exige un procedimiento específico al efecto"

La resolución contractual firme por culpa del contratista por no haber cumplido el plazo para la realización del contrato (art. 211.1 f) LCSP) puede constituir causa de prohibición de contratar con la Administración, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 d) LCSP.

La competencia y el procedimiento para la apreciación de las prohibiciones de contratar se regulan en el artículo 72 LCSP, disponiendo su apartado 5 " Cuando conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se

determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca".

El artículo 73 LCSP regula los efectos de la declaración de la prohibición de contratar.

No es en el expediente de resolución contractual que debe tramitarse por el órgano de contratación, evaluando los posibles daños y perjuicios, sino que la apreciación de la prohibición de contratar por tal causa debe tener lugar en un procedimiento posterior (es por ello que la resolución del contrato por causa de la que se declare la culpabilidad deba ser firme) en la que se aprecien dichas circunstancias, que corresponde resolver también al órgano de contratación.

Si no es posible excluir de la licitación a una empresa con la que se ha resuelto el contrato anterior por causa imputable a la misma (DEINTA Seguridad, S.L en este caso) salvo que se hubiera declarado la prohibición de contratar, no será posible que no resulte adjudicataria del nuevo contrato si cumple las prescripciones legales y condiciones del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. La limitación solo es ejecutiva desde el momento en que se concretan el alcance y duración de la prohibición bien la propia resolución sancionadora bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro (STS 1115/2021, de 14 de septiembre)

En cuanto a la petición del recurrente al órgano de contratación para que inicie la declaración de prohibición de contratar a DEINTA Seguridad, S.L, si bien la doctrina se halla dividida, se estima que solo cabe su inicio de oficio por la Administración.

Respecto a la solicitud de inadmisibilidad de DEINTA Seguridad, S.L y la adjudicación provisional a favor de ORBE TELECOMUNICACIONES, S.L el artículo 44.2 b) LCSP incluye como actuaciones recurribles:" 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."

Solo reseñar que no es cuestión pacífica retrotraer las actuaciones cuando ya se conocen los efectos de las ofertas una vez valoradas y clasificadas. Sin perjuicio de ello en caso de entender el recurrente como manifiesta en su escrito que "está en plena indefensión ya que por un lado queda demostrado que la empresa DEINTA SEGURIDAD, S.L se encuentra en causa clara de prohibición de contratar pero el Ayuntamiento de Alfindén no ha iniciado el procedimiento de declaración de prohibición de contratar como le exige el art. 72 LCSP. Esta cuestión produce una irregularidad que afecta directamente a los intereses de ORBE TELECOMUNICACIONES SL en sus pretensiones" el momento procesal para hacer valer su indefensión hubiera sido en el plazo concedido en el artículo 50.1 c) LCSP, reforzándose así los mecanismos destinados a garantizar su derecho en una fase en la que la corrección de las posibles infracciones pudieran dotar de mayor eficacia al recurso especial en materia de contratación, y en su caso, a los órganos de contratación para enmendar errores en una fase inicial de la licitación.

El argumento del recurrente de que la declaración responsable presentada por DEINTA Seguridad, S.L contraviene el Pliego de Cláusulas Administrativas al

declarar que no se halla incursa en prohibición de contratar, debe rechazarse por los motivos expuestos respecto a la falta de prohibición de contratar con esta Administración.

Por último respecto a solicitud de suspensión del procedimiento de licitación como medida cautelar, no procedería su estimación puesto que una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación (artículo 53 LCSP)

Por lo expuesto, se solicita la desestimación del recurso interpuesto por entender ajustada a Derecho la admisión a la licitación y la adjudicación del contrato mixto de suministro e instalación de un sistema de videovigilancia, Fase II a favor de DEINTA SEGURIDAD, S.L por no existir previa declaración de prohibición de contratar.»

La adjudicataria, en sus alegaciones, también se opone a la estimación del recurso y solicita la imposición de multa a la recurrente según el detalle que obra en el actuado.

Expuestas las posiciones de las partes, la resolución del presente recurso requiere examinar si la actuación del órgano de contratación se ajustó al régimen jurídico de la contratación del sector público (LCSP y normativa de desarrollo) y, en especial, al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que, constituye la *lex contractus* como viene afirmando, reiteradamente, la jurisprudencia.

Los preceptos legales a los que hay que atender en este caso son el artículo 71.2.d), y el artículo 73 de la LCSP, transcritos con ocasión de la exposición del escrito de recurso, por lo que en aras a la brevedad y para evitar reiteraciones inútiles se dan aquí por reproducidos.

En el presente caso la recurrente aduce la falta de conformidad a Derecho de la adjudicación efectuada por el órgano de contratación, alegando que la

adjudicataria debe ser excluida de la licitación al estar incursa en una prohibición para contratar, en concreto, la que contempla el artículo 71.2.d) de la LCSP, aduciendo a este respecto que la adjudicataria ha incumplido el PCAP, que rige la contratación, al haber aportado una declaración responsable que en la que afirma que no se encuentra incursa en prohibición para contratar, cuando – insiste la actora- concurre la prohibición antedicha.

A dicho alegato se oponen tanto el órgano de contratación como la adjudicataria, pues consideran que esta última no se encuentra incursa en prohibición para contratar y por tanto no puede ser excluida de la licitación, aunque coincida que dicha mercantil fuera la contratista de un contrato anterior y que se resolvió por causa imputable a la misma, y ello por cuanto no ha recaído declaración por parte del órgano de contratación de prohibición de contratar, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo incoado al efecto, como la propia actora reconoce en su escrito de recurso y constata tanto el órgano de contratación en su informe al recurso como la adjudicataria en sus alegaciones.

Así las cosas resulta trasladable a este supuesto el Acuerdo 94/20218, de 28 de septiembre, de este Tribunal administrativo en el que concluíamos lo siguiente:

«Pues bien, lo cierto es que este Tribunal administrativo no resulta competente para declarar ni, mucho menos, apreciar de oficio, que ningún licitador que ha concurrido a la licitación se halla incurso en prohibición de contratar a fin de apartarlo de la misma. La regulación contenida en los artículos 71 a 73 de la LCSP establece el marco actual y los cauces legalmente previstos para ello, que en ningún caso suponen la actuación del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.»

También procede traer a colación la Resolución 116/2022, de 27 de enero del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la que

precisamente, se estimó el recurso interpuesto y que versaba sobre la prohibición para contratar regulada en el artículo 71.2.d) de la LCSP- que es el que invoca la actora para excluir la oferta de la adjudicataria- y en la que viene señalar nuestro homólogo la necesidad de que la declaración de prohibición de contratar deba ser acordada por el órgano de contratación, previa tramitación del expediente oportuno.

A tal efecto la referida Resolución señala que:

«(n)o cabe la apreciación directa y automática de la causa de prohibición por el órgano de contratación, sino que es necesaria la previa instrucción de un procedimiento que declare la prohibición, fijando su alcance y duración, siendo la competencia, en ambos casos, para la declaración de la prohibición de contratar del órgano de contratación, conforme al artículo 72.3, último párrafo, de la LCSP.

(…)

En cuanto al procedimiento al que se refiere la LCSP para determinar la prohibición, su alcance y contenido, aparece regulado en el artículo 19 del RGLCAP, que establece: "1. Corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los restantes supuestos corresponde la iniciación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas.

Las autoridades y órganos competentes que las acuerden comunicarán las sentencias, sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos correspondientes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

En los supuestos del párrafo d) del artículo 20 de la Ley las autoridades y órganos competentes que acuerden sanciones o resoluciones firmes remitirán a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa las actuaciones seguidas mediante la tramitación del correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes, a efectos de que por aquélla se pueda apreciar el alcance y la duración de la prohibición de contratar que ha de proponer al Ministro de Hacienda.

El trámite de audiencia deberá reiterarse por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa antes de elevar propuesta de resolución.

2. Cuando el expediente se inicie por el órgano de contratación se incorporarán al mismo los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose posteriormente el trámite de audiencia, remitiéndose el expediente al órgano competente para su resolución o a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando a ésta le corresponda formular la propuesta.

3. En los supuestos en que la iniciación y tramitación del expediente corresponda a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, se cumplirá el trámite de audiencia antes de presentar al órgano competente la correspondiente propuesta de resolución.

4. El alcance y duración de la prohibición se determinará atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos."

Es pues un elemento esencial del procedimiento de declaración de la prohibición, el trámite de audiencia del interesado, como exigencia que viene determinada por el artículo 105.c) de nuestra Constitución, siendo el modo en

que se hace efectivo en dicho procedimiento, que es restrictivo de derechos, el derecho de defensa consagrado en el artículo 24 del texto constitucional.

Era pues preciso, para que la mesa pueda excluir a la recurrente por la existencia de las causas de prohibición para contratar que hemos visto que, previamente, exista un acto administrativo que así la declare, y que se haya inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o equivalente de la Comunidad Autónoma (artículo 72.3 párrafo 2º de la LCSP). Así lo ha determinado la STS de 14 de septiembre de 2021 (Roj STS 3366/2021) que, en relación con esta cuestión, ha establecido que, "Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro."

Lejos de ello, en el caso que nos ocupa, la calificación por la mesa de la existencia de causa de prohibición para contratar por la resolución firme del contrato anterior por causa imputable al licitador, no resultó de un acto, anterior y previo, a la licitación en curso, adoptado por el órgano de contratación, en un procedimiento instruido a tal fin con audiencia del contratista, en que se hubiera declarado la prohibición, como resulta del expediente y del informe del órgano de contratación.

Así la decisión de la mesa, apreciando ex novo, sin declaración previa, la citada causa de prohibición, debe reputarse nula de pleno derecho, pues la mesa la adoptó careciendo de competencia material para ello, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, y omitiendo el trámite de audiencia de la recurrente, con vulneración de su derecho de defensa, todo ello conforme a los artículos 47.1.a), b) y e) de la LPACAP y 39.1 de la LCSP.»

Por tanto con base en la doctrina recién expuesta este Tribunal administrativo debe rechazar la pretensión de la actora, concluyendo que la actuación del órgano de contratación fue conforme a Derecho, en tanto que no ha quedado acreditado que la adjudicataria del contrato se encuentre incursa en la causa de prohibición del artículo 71.2.d) de la LCSP, al no haber la declaración de prohibición por parte del el órgano de contratación, previa tramitación del oportuno expediente administrativo, en que se hubiera declarado dicha prohibición, lo que determina que tampoco pueda concluirse que la declaración aportada por la adjudicataria de no estar incursa en causa de prohibición para contratar, incumpla el PCAP.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto.

TERCERO.- En cuanto a la suspensión del procedimiento de adjudicación la misma opera ex lege a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

CUARTO.- En lo que atañe a la solicitud de imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP, formulada por la alegante, es necesario acudir a lo dispuesto en el mencionado precepto legal que establece lo siguiente: «(e)*n caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. (…) Las cuantías indicadas en este apartado podrán ser actualizadas por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública*».

Este Tribunal tiene establecido (valga por todos, su Acuerdo 60/2017, de 8 de mayo, junto con los que en él se citan) que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y actúa de mala

fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso. Paralelamente, aunque la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría per se la imposición de la multa, su concurrencia debe apreciarse de modo patente y manifiesto, de tal manera que no exista duda alguna sobre que el ejercicio de su derecho por parte de la recurrente no se ha llevado a cabo legítimamente.

Pues bien, a juicio de este Tribunal, en el presente recurso no cabe considerar que concurra temeridad en la interposición del recurso ni tampoco mala fe, pues se argumenta por la recurrente en el escrito de recurso su posición y no se aprecia mala fe en su formulación por lo que no procede la imposición de la multa solicitada.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 117 y siguientes de la LUECPA previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial presentado por la mercantil ORBE TELECOMUNICACIONES, S.L.” frente a la adjudicación del contrato denominado «Contrato mixto de suministro e instalación de un sistema de videovigilancia. Fase II.», promovido por el Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

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

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, 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 la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.