



Recurso nº 1250/2022 Ciudad de Melilla 19/2022

Resolución nº 1474/2022

Pleno

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. S.D.M., en representación de MELISUR, S.L., contra la resolución de exclusión e imposición de penalidad de 18 de agosto de 2022 de la licitación del contrato de *“Servicio de viajes de ocio y tiempo libre organizado por la Viceconsejería del mayor año 2022, con la disposición de 1000 plazas dirigidas al colectivo de mayores, residentes de la CAM, a partir de 60 años, pensionistas y/o jubilados/as”*, con expediente referencia 95/2022/CMA, convocada por el Área de Contratación de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio de la Ciudad Autónoma de Melilla, el Pleno de este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 29 de abril 2022 la Excm. Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio mediante orden nº 2022001503 aprobó la licitación del contrato, mediante procedimiento abierto ordinario, denominado *“Servicio de viajes de ocio y tiempo libre organizado por la Viceconsejería del mayor año 2022, con la disposición de 1000 plazas dirigidas al colectivo de mayores, residentes de la CAM, a partir de 60 años, pensionistas y/o jubilados/as”*, con expediente referencia 95/2022/CMA, publicada el 8 de mayo de 2022 en el Perfil de Contratante de la Ciudad Autónoma de Melilla, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PLACSP), estableciendo un presupuesto base de licitación de 819.844,69 €, impuestos incluidos, un valor estimado de 788.312,20 €, y un plazo de presentación de proposiciones hasta el 6 de junio 2022.

Segundo. Tras la correspondiente tramitación del expediente de contratación, con fecha 20 de julio de 2022 la Excm. Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio mediante orden nº 2022002635, en aplicación del artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de



Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y previa propuesta de la mesa de contratación, acordó requerir conforme dispone el artículo 150.2 al licitador MELISUR, S.L. por ser el licitador no excluido, con mejor oferta en base a la mejor relación calidad-precio, para que en el plazo de 5 días hábiles presente a través de la PLACSP la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, con la Seguridad Social y con la Ciudad Autónoma de Melilla, Carta de Pago de haber depositado el importe correspondiente a la garantía definitiva, así como toda la documentación que se enumera en la cláusula 11 del pliego que rige en el expediente.

Tercero. Con fecha 28 de julio, dentro del plazo otorgado a tal fin, el licitador presenta a través de la PLACSP documentación en atención a dicho requerimiento.

Cuarto. Revisada la documentación presentada por el licitador, en sesión de la mesa de Contratación de fecha 3 de agosto de 2022 se observa que NO ha aportado la documentación acreditativa de poseer la solvencia técnica o profesional requerida, en los términos contemplados en el punto 12 del Anexo I del PCAP.

En particular, aporta un certificado de servicios de viajes prestado al INGESA que si bien, a priori, alcanzaría un importe suficiente para acreditar la solvencia técnica, no especifica si se trata de un contrato consistente en *“servicios de transporte y alojamiento del colectivo de mayores en número similar al objeto del contrato”*, tal y como establece dicho apartado para ser considerados de similar naturaleza a los efectos de acreditación de la solvencia.

A la vista de lo anterior, la mesa acuerda por unanimidad de sus miembros presentes con derecho a voto recabar del licitador MELISUR, S.L., aclaración de la documentación presentada, en el plazo de 3 días naturales.

Quinto. Con fecha 10 de agosto, dentro del plazo otorgado a tal fin, el licitador presenta a través de la PLACSP documentación en atención a dicha solicitud de aclaración. Revisada la documentación presentada por el licitador, en sesión de la mesa de contratación de fecha 11 de agosto de 2022, se concluye que el licitador no acredita en tiempo y forma el requisito de solvencia técnica o profesional de *“el 70% del presupuesto base de licitación”*.



En base a todo lo anterior y en virtud de la función que ostenta en base al art.326.2.a de la LCSP, la mesa acuerda por unanimidad de sus miembros presentes con derecho a voto considerar retirada la oferta del licitador MELISUR, S.L., en aplicación de lo contenido en el art.150.2 de la LCSP y, por tanto, proceder a su exclusión, al no haber subsanado los defectos apreciados en el plazo establecido a tal fin en el PCAP y en el art. 141.2 de la LCSP, no siendo posible conceder un nuevo trámite de subsanación, por no preverlo la normativa de aplicación y resultar contrario a la doctrina emanada del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, según considera el órgano de contratación.

Además, procede a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, impuestos excluidos, en concepto de penalidad (art.150.2), al entender retirada su oferta.

Mediante Resolución nº 2022002938 de fecha 18 de agosto de 2022 (resolución recurrida), de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio, en calidad de órgano de contratación del presente expediente y de acuerdo con la propuesta descrita en el párrafo anterior, se dispone la exclusión del licitador recurrente, la imposición de la penalidad prevista, así como la adjudicación del contrato al siguiente licitador con mejor oferta.

Sexto. Con fecha 9 de septiembre de 2022 MELISUR, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación frente a la Resolución nº 2022002938 de fecha 18 de agosto de 2022, de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio.

En su escrito de recurso, tras alegar que los requerimientos recibidos adolecían de falta de claridad e imprecisión y que, por ello, no los pudo cumplimentar debidamente, concreta su pretensión, manifestando que únicamente impugna la parte de la resolución relativa a la imposición de la penalidad del 3%, y liga a ello el hecho de no solicitar la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento.

Considera improcedente la imposición de la penalidad por cuanto en todo momento ha actuado con la diligencia debida, aportando en plazo toda la documentación de la que disponía y actuando siempre de buena fe; refiere una conversación, no negada por el órgano de contratación; en orden a cómo debía atender el requerimiento. Considera que el órgano de contratación ha actuado con un exceso de rigorismo en cuanto a la interpretación



del pliego, yendo más allá de lo que sería una interpretación razonable de las exigencias sobre la solvencia. Asimismo, alega defecto en la motivación de los requerimientos, pues la mera reiteración del texto del PCAP nunca permitió a la recurrente conocer con certeza cuáles eran sus carencias en cuanto a la documentación presentada.

Concluye que, habiendo actuado de buena fe, con la diligencia debida y sin que sea responsable de posibles retrasos en la licitación, no procede la imposición de la penalidad.

Séptimo. En fecha 18 de octubre, el recurrente presenta lo que denomina escrito de ampliación del recurso, el cual, a pesar de su denominación, se limita a incorporar determinada documentación que considera trascendente para la resolución del recurso.

Octavo. Como es preceptivo, junto con el expediente administrativo, el órgano de contratación remite informe en el que solicita la desestimación del recurso.

Considera que procede la imposición de la penalidad por cuanto se produce un efecto automático que lleva a la aplicación de la penalidad recurrida, y así el criterio mantenido por la mesa de contratación coincidiría con el criterio establecido por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su expediente nº 6/2021, que ha sido ratificado por el TACRC en varias resoluciones al respecto en expedientes de esta Administración (Véase por todas, la resolución del TACRC nº 497/2022).

Noveno. No se han presentado alegaciones por parte del otro interesado en el procedimiento, tras ser requerido para ello por la Secretaría del Tribunal en fecha 19 de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP y el Convenio celebrado al efecto entre el Ministerio de Hacienda y la Ciudad Autónoma de Melilla sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de octubre de 2020 (BOE de fecha 26/10/2020).



Segundo. Se han cumplido las prescripciones de lugar y forma de presentación del recurso especial previstas en los artículos 50 y 51 de la LCSP, atendido que este ha sido presentado el día 9 de septiembre de 2022 y que la resolución recurrida fue publicada en la PLACSP y notificada al recurrente el día 19 de septiembre.

Tercero. La recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, pues dirige este contra la resolución que acuerda su exclusión de la licitación e imponerle una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación.

Cuarto. Entrando en la cuestión del acto recurrido este se dicta en el marco de la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros, conforme exige el artículo 44.1 a) de la LCSP.

Mayor complejidad reviste analizar si el acto recurrido, la Resolución nº 2022002938 de fecha 18 de agosto de 2022, de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio es susceptible de recurso, por encontrarse dentro de las actuaciones, que a tal efecto enumera el artículo 44.2 de la LCSP.

Para resolver la cuestión es indispensable identificar correctamente el contenido del acto recurrido y del recurso interpuesto; solo así podrá interpretarse y aplicarse el precepto en cuestión (artículo 150.2 de la LCSP) y la doctrina establecida por este Tribunal sobre el mismo.

El acto recurrido es la Resolución de fecha 18 de agosto de 2022, de la Consejera de Hacienda, Empleo y Comercio que acuerda excluir al recurrente de la licitación e imponerle una penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. Las razones esgrimidas por el órgano de contratación para ello han sido: no cumplimentar adecuadamente el requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP, tras ser requerido de subsanación y la automática imposición *ex lege* de la citada penalidad.

El recurso como recoge con más detalle el antecedente de hecho sexto de esta Resolución, si bien dirige su Suplico exclusivamente contra la imposición de la penalidad, centra su



motivación en destacar la falta de claridad de los requerimientos realizados por el órgano de contratación y su intención de cumplir con ellos en todo momento.

Planteado el debate en estos términos, el recurso ha de ser admitido con base en el artículo 44.2 b) de la LCSP, ya que se dirige contra un acto de trámite cualificado, como es la exclusión del licitador (el cual pone fin al procedimiento para este) y se motiva, argumentando deficiencias en los requerimientos del art. 150.2 de la LCSP, las cuales provocaron que no fuesen atendidos debidamente por el licitador ahora recurrente, que este fuese excluido y la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. No obsta a la anterior conclusión que el alcance del suplico se limite a parte del contenido de la resolución recurrida, como es la anulación de la penalidad impuesta, pues esta se impone automáticamente por la exclusión (tener por retirada la oferta) y la motivación de la pretensión se vincula a aquella.

En ese sentido, este Tribunal ha admitido el recurso especial que impugna exclusivamente la imposición de penalidad, sin alcanzar al acuerdo de tener por retirada la oferta, con independencia de que formen parte del mismo acto administrativo o se trate de dos actos consecutivos.

En efecto, nuestras resoluciones 291/2022 y 1498/2022 admiten el recurso que impugna parcialmente el acto, que simultáneamente acuerda tener por retirada la oferta e imponer la penalidad, limitando a esta su alcance.

Asimismo, las resoluciones nº 864/2022, nº 107/2022, nº 539/2022 y las que en ellas se citan, admiten el recurso frente al acto de imposición de la penalidad sin que previamente lo haya sido el acto que acordaba tener por retirada la oferta, siempre y cuando se invoque —y acredite— por la parte actora que concurren los requisitos del artículo art.44.2 b) de la LCSP para considerarlo un acto de trámite cualificado.

Apurando el argumento y a futuro, este Tribunal ha de destacar cómo siendo ambos actos de trámite cualificados y recurribles ex artículo 44.2 b) de la LCSP, venimos diferenciando los requisitos que se deben reunir, en cada caso, para la admisión del recurso. Así, el dirigido contra el acto de tener por retirada la oferta es un acto de trámite cualificado *per se*, pues pone fin al procedimiento para el licitador afectado.



Por el contrario, cuando el recurso se interponga exclusivamente contra la imposición de la penalidad, sin siquiera motivarse en relación con el acuerdo de tener por retirada la oferta (a diferencia del supuesto de hecho que en esta Resolución se analiza), el recurrente habrá de alegar la existencia de perjuicios irreparables o, en su caso, indefensión.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto:

La recurrente cuestiona la automática imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación. Cuestiona la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación de tener por retirada su oferta tras no atender debidamente los requerimientos realizados con base en el artículo 150.2 de la LCSP y los pliegos. Razona que la imposición de la penalidad no puede ser automática derivada de la decisión de tener por retirada su oferta, sin atender a otras consideraciones. En particular, enfatiza su intención de atenderlos y que fue la falta de claridad de los mismos, el motivo de que se considerasen no atendidos en tiempo y forma, con la consecuencia de tener por retirada su oferta, su exclusión y la automática imposición de la penalidad.

El órgano de contratación defiende en su informe la automática imposición de la penalidad y cita nuestra Resolución 497/2022, que resolvía un supuesto de hecho en el que el recurrente no había atendido un requerimiento de subsanación, tras el cumplimiento defectuoso del trámite del art.150.2 de la LCSP. Supuesto de hecho diverso por tanto del que nos ocupa.

Planteado el debate en estos términos, debemos comenzar señalando que la imposición de la penalidad prevista en el artículo 150.2 de la LCSP, solo debe operar automáticamente, cuando traiga causa de una decisión de exclusión fundada en alguno de los siguientes supuestos: retirada voluntaria e injustificada de la oferta, los supuestos denominados de autoexclusión en terminología acuñada por este Tribunal (Resolución 15/2022) y sin que proceda aplicar el art. 158.4 de la LCSP (Resolución nº 159/2022), aportación de documentación falsa (Resolución nº 202/2022) e incumplimiento total del requerimiento del art.150.2 de la LCSP. Fuera de dichos supuestos, la imposición no puede ser automática.



En el resto de supuestos habrá de diferenciarse entre un incumplimiento grave del requerimiento imputable al licitador (vid Resolución nº 1043/2022 que analiza un incumplimiento por causa totalmente ajena al licitador) y su cumplimiento defectuoso o imperfecto, de forma que solo el primero activaría la doble consecuencia jurídica: retirada de la oferta e imposición de penalidad.

Atendido todo lo anterior, el recurso debe ser estimado y el acto impugnado debe ser parcialmente anulado, en concreto, exclusivamente en el punto relativo a la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, atendido el principio de congruencia aplicable ex artículo 57.2 de la LCSP (el recurrente solo pide y este Tribunal solo ha analizado esta parte del acto recurrido). La razón para ello se encuentra en que, como reconoce el órgano de contratación, la penalidad se ha impuesto de forma automática, como consecuencia de un cumplimiento defectuoso o imperfecto por el licitador, ahora recurrente, del requerimiento de subsanación realizado conforme al art.150.2 de la LCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Único. Estimar el recurso interpuesto por D. S.D.M., en representación de MELISUR, S.L., contra la resolución de exclusión e imposición de penalidad de 18 de agosto de 2022 de la licitación del contrato de *“Servicio de viajes de ocio y tiempo libre organizado por la Viceconsejería del mayor año 2022, con la disposición de 1000 plazas dirigidas al colectivo de mayores, residentes de la CAM, a partir de 60 años, pensionistas y/o jubilados/as”*, con expediente referencia 95/2022/CMA, convocada por el Área de Contratación de la Consejería de Hacienda, Empleo y Comercio de la Ciudad Autónoma de Melilla, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del fundamento de derecho quinto de esta resolución.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.