



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA

RECURSO 21043/2024

RESOLUCIÓN 8/2024

*En Estepona, a 8 de julio de 2024*

Visto el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Costa Sound S.L, instado contra apartado segundo del Decreto núm. 2024-3845 de fecha 22 de mayo de 2024, por el que se acordó requerir el importe del 3% del presupuesto base de licitación en concepto de penalidad de conformidad con la cláusula 20 del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares, este Tribunal una vez recibido el informe del Órgano de Contratación, y habiéndose completado el trámite para formular alegaciones por los interesados, en el día de la fecha adopta la siguiente **RESOLUCIÓN:**

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el expediente de contratación 31777/2023, la Alcaldía-Presidencia mediante Decreto 2024-3845 de fecha 22 de mayo de 2024, adopto resolución por la que se acordó entre otros extremos:

*«Primero.- Excluir la oferta presentada por Espectáculos Costa Sound, S.L. al no acreditar la solvencia económica de conformidad con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en base a la Mesa de Contratación de fecha 20 de mayo de 2024.*

*Segundo.- Requerir a Espectáculos Costa Sound, S.L. con CIF n.º B\*\*\*\*\*8 el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido en concepto de penalidad (5.431,42 euros), de conformidad con la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, haciéndose efectivo contra la garantía definitiva depositada por Espectáculos Costa Sound, S.L.*

*Tercero.- Efectuar requerimiento a la empresa Xmusic Audiovisuales, S.L., con CIF n.º B\*\*\*\*\*9, al ser el siguiente en presentar la oferta económicamente más ventajosa, a fin de que en el plazo de 10 días hábiles a contar desde el siguiente día a aquél en que se hubiera recibido el presente requerimiento, presente la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia exigidas en el pliego de cláusulas administrativas, así como el certificado de hallarse al corriente con el Ayuntamiento de Estepona o autorización para su solicitud.»*

Según manifiesta la recurrente, el citado Decreto le fue notificado el 22 de mayo de 2024.

**SEGUNDO.-** Habiéndose publicado el anuncio de licitación del expediente el 13 de marzo de 2024, en la Plataforma de Contratación del Sector Público, conforme a la D.F.16 de la propia



Ley de Contratos, la licitación está sometida a 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 (LCSP en adelante), por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo que desarrolló parcialmente la Ley 30/2007, de 30-10-2007, de Contratos del Sector Público y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto no se opongan a la citada LCSP.

**TERCERO.-** El presente recurso se interpone el 7 de junio del corriente, con número de orden en el Registro General de Entrada del Excmo. Ayuntamiento de Estepona 2024-E-RE-17434.

Mediante resolución de 11 de junio siguiente, se abre pieza al amparo del artículo 51.2 de la LCSP. El 13 de junio siguiente se requiere nuevamente al recurrente para completar la documentación aportada. Una vez tramitada la pieza se levanta la suspensión y se continuó con la tramitación del presenta recurso, requiriendo el expediente y el informe del Órgano de Contratación .

Mediante Resolución de 19 de junio de 2024 se desestimó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación. Y, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 de La LCSP, y de conformidad con lo dispuesto en la D.A. decimoquinta del mismo texto legal, en esa misma fecha se procedió a dar traslado de dicho recurso a los restantes interesados, concediéndoles el plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no constando a este Tribunal la presentación de escrito de alegaciones alguno en atención a dicho trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la LCSP, el Órgano de Contratación ha evacuado el correspondiente informe, de fecha 21 de junio de 2024 con el número de referencia 2024-0064, remitido a este Tribunal en se mismo día, y que, tras el relato de antecedentes y diversas consideraciones sobre la representación, legitimación y admisibilidad del recurso, viene a concluir que la entidad Espectáculos Costa Sound S.L ha incurrido en un incumplimiento grave en tanto que conociendo su incumplimiento en cuanto a los requisitos de solvencia económica y financiera concurre a la licitación.

Textualmente considera el informe lo siguiente:

*<<Como solvencia económica el punto 6º del cuadro de características técnicas del PCA decía lo siguiente:*

*“SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA: Volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior a 1 vez el valor estimado del contrato.”*

*La entidad recurrente presentó un volumen anual de negocios del ejercicio 2023 (según cuentas depositadas en Registro Mercantil) por importe de 489.849,21 euros, y la solvencia económica se acreditaba por un volumen igual o superior a 1 vez el valor estimado del contrato, que asciende a 724.188,89 €, por tanto no cumple.*

*Respecto a la solvencia técnica el mismo punto anterior exigía lo siguiente:*

*“SOLVENCIA TÉCNICA (ART. 90 LCSP 2017): Para acreditar la solvencia profesional o técnica, se aportará : Descripción de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad en la prestación del servicio. Los empresarios deberá disponer de un sistema de gestión de calidad en la prestación del servicio. Los licitadores deberán demostrar que han implantado un sistema de gestión de calidad conforme con la norma ISO 9001. Para ello deberán aportar un certificado en vigor emitido por una entidad de certificación acreditada por el Organismo Nacional de Acreditación de cualquier estado*





*miembro (de acuerdo a lo establecido en el Reglamento CE nº765/2008 y en las condiciones establecidas en su artículo 11). El certificado deberá incluir la marca de la entidad de acreditación o referencia a la condición de acreditado y el número de acreditación. Además, de conformidad con el artículo 93.2 de la LCSP, se aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía gestión de la calidad que presenten los empresarios.”*

*La documentación que aportó la empresa recurrente fue un certificado emitido por la sociedad Adsolutio Ibética Consultores, S.L. de 13/05/2024 que literalmente decía:*

*“Por la presente comunico a quien pueda interesar que la organización ESPECTÁCULOS COSTA SOUND, S.L. con CIF B\*\*\*\*\*8, ha firmado oferta con ADSOLUTIO IBERICA CONSULTORES para la implantación, auditoría interna y apoyo en la certificación de la norma ISO 9001:2015, con previsión de cierre con auditoría de certificación a finales de 2024.”*

*De su literalidad se deduce sin dificultad que este requisito de capacidad, cual es la solvencia, no se cumplía en la fecha final de presentación de ofertas, es decir, que no cumple la solvencia técnica exigida en el Pliego, dado que -copio literal lo señalado en el Pliego- “ Los licitadores deberán demostrar que han implantado un sistema de gestión de calidad conforme con la norma ISO 9001.” Según certificado aportado, es con fecha 13/05/2024 cuando se concierta con una empresa la implantación del sistema de calidad, no antes, por lo que cabe concluir que tampoco cumple con la solvencia técnica.*

*Refiriéndonos tanto a la solvencia económica como técnica en el presente expediente, se puede afirmar que la recurrente no cumplía con la capacidad exigida en el Pliego, vulnerando lo dispuesto en el art. 140.4 LCSP cuando señala que las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones “deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato.”*

*En cuanto a la solvencia económica el art. 86.1 tercer párrafo de la LCSP es cierto que permite al órgano de contratación admitir otra documentación para acreditar la solvencia, como en este caso pudiera ser la póliza de seguro, pero no deja de ser una facultad del órgano que debe acreditar la concurrencia de un motivo válido. Respecto a la solvencia técnica, se presenta otra documentación como la relación de servicios prestados, un plan de prevención de riesgos laborales, modelo de declaración de operaciones 347 ejercicios 2022 y 2023, contratos de empleados, entre otras. Sin embargo ninguna de la documentación aportada cumplía con la solvencia técnica exigida en el Pliego.*

*Debe recordarse que el art. 139.1 LCSP establece la previsión de la aceptación incondicionada de los Pliegos con la presentación de las proposiciones por parte de los interesados, “sin salvedad o reserva alguna”. Es conocida por su reiterada exposición el carácter de “lex contractus” de los Pliegos de la licitación, de forma que el licitador no puede aportar la documentación que considere conveniente sino la exigida en los Pliegos, pues así lo tiene establecido el art. 92.1 de la LCSP al señalar que:*

*“La concreción de los requisitos mínimos de solvencia económica y financiera y de solvencia técnica o profesional exigidos para un contrato, así como de los medios admitidos para su acreditación, se determinará por el órgano de contratación y se indicará en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y se detallará en los pliegos ...”Por ello, es preciso señalar con firmeza que el licitador conocía cuando tuvo conocimiento de los Pliegos que no cumplía los requisitos de solvencia económica y solvencia técnica previstos por el órgano de contratación que son los que tenía que cumplir, esos y no otros, teniendo como*



*resultado el incumplimiento grave de dichos requisitos de capacidad, si fue consciente de que no cumplía no debió de concurrir a la licitación.*

*Al abordar la cuestión de la imposición de la penalidad del 3% el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales tiene elaborada una doctrina representada, entre otras, por la Resolución nº 1462/2023, de 08/11/2023 que, en lo que aquí importa, dice lo siguiente:*

*“... 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.” Doctrina seguida por las Resoluciones 321/2024, de 07/03/2024 y Resolución 165/2024, de 08/03/2024.*

*De acuerdo con ello, el incumplimiento total o grave del requerimiento fundaría la imposición de la penalidad en los términos del art. 150.2 LCSP. Si tomamos en consideración que el licitador no ostenta la capacidad necesaria para dar cumplimiento a los requisitos de solvencia económica y técnica previstos en el Pliego, conociendo además de su incapacidad para ello al carecer de dichos requisitos y concurrir a la licitación, el resultado debe ser su incumplimiento grave por su falta de capacidad, que constituye una causa de nulidad de pleno derecho conforme al art. 39.2/a LCSP.*

#### **CONCLUSIÓN**

*Atendiendo a las consideraciones anteriores, procedería desestimar el recurso especial formulado.>>*

**CUARTO.-** En cuanto al contenido del recurso no pretende la revocación el punto primero de la parte dispositiva de la resolución impugnada, relativo a la exclusión de la oferta de la entidad recurrente, dicho pronunciamiento se consiente de forma expresa.

Textualmente se expresa en el recurso en los siguientes términos: «.....se podría haber considerado como válida la interpretación de que el seguro aportada era suficiente para garantizar la viabilidad económica de la propuesta y ser adjudicatario, sin embargo tal hecho no ha ocurrido. Y en ningún momento hemos recurrido tal extremo, sino el hecho de que se haya abusado de la posición dominante de la Administración para imponer una penalidad, no debiendo ser objeto de la misma».

El recurso va dirigido al apartado segundo de la resolución referido a la imposición de la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación que prevé el artículo 150.2 de la LCSP y está igualmente prevista en la Cláusula 20 del PCAP de la licitación. Así se desprende textualmente del suplico del recurso que solicita que «...se resuelva condenando al Ayuntamiento de Estepona a dejar sin efecto la Resolución dictada en cuanto hace referencia al punto segundo, en el aspecto de exigencia de penalidad exigida a Espectáculos Costa Sound, S.L. con CIF nº B\*\*\*\*\*8 correspondiente al importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido».





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA

en concepto de penalidad (5.431,42 euros), de conformidad con la cláusula 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, haciéndose efectivo contra la garantía definitiva depositada».

En coherencia con ello se desarrolla la argumentación del recurso, que en apoyo de la pretensión anulatoria, se remite a doctrina del TS y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Argumenta que un incumplimiento defectuoso no puede equipararse a un incumplimiento total; alega que no incurrieron en incumplimiento y que no se les otorgó plazo de subsanación, que cumplió sus obligaciones en tanto que aportó un Seguro de Responsabilidad Civil, y que se ha producido una interpretación expansiva y extensiva de la norma sancionadora.

La cláusula 20 del PCAP dispone lo siguiente:

*«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 el artículo 150 de la LCSP 2017, 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 reflejadas en la declaración responsable a las que se refiere el artículo 141 de la LCSP 2017.*

*Si así se exige en el Cuadro de Características del Contrato deberá aportar el compromiso de dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello.*

*Los certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en el Cuadro de Características del Contrato.*

*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% 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 su consideración como causa de prohibición para contratar por no cumplimentar el requerimiento en plazo mediando dolo, culpa o negligencia.*

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

*El órgano de contratación adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación».*

En otro orden de cosas, el escrito del recurso incorpora solicitud (cuyo destinatario no se especifica) de documentación concreta, relativa a la empresa adjudicataria del contrato.

**CUARTO.-** Las cláusula 11 del PCAP, en cuanto a la solvencia, dispone que:

*«Los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica de conformidad con lo previsto en los artículos 86, 87 y 89 de la LCSP 2017, que se señalan en el Cuadro de Características del Contrato.*

*Tales condiciones mínimas de solvencia se acreditarán en la forma señalada en el anuncio y en el citado cuadro».*



El Cuadro de Características Anexionado al PCAP en su apartado 6 establece en cuanto a los requisitos mínimos de solvencia y documentación acreditativa lo siguiente:

**«SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA:** *Volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos disponibles en función de las fechas de constitución o de inicio de actividades del empresario y de presentación de las ofertas por importe igual o superior a 1 vez el valor estimado del contrato.*

*Se acreditará por medio de sus cuentas anuales aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil, si el empresario estuviera inscrito en dicho registro, y en caso contrario por las depositadas en el registro oficial en que deba estar inscrito. Los empresarios individuales no inscritos en el Registro Mercantil acreditarán su volumen anual de negocios mediante sus libros de inventarios y cuentas anuales legalizados por el Registro Mercantil.*

**SOLVENCIA TÉCNICA (ART. 90 LCSP 2017):** *Para acreditar la solvencia profesional o técnica, se aportará :*

*Descripción de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad en la prestación del servicio.*

*Los empresarios deberá disponer de un sistema de gestión de calidad en la prestación del servicio. Los licitadores deberán demostrar que han implantado un sistema de gestión de calidad conforme con la norma ISO 9001.*

*Para ello deberán aportar un certificado en vigor emitido por una entidad de certificación acreditada por el Organismo Nacional de Acreditación de cualquier estado miembro (de acuerdo a lo establecido en el Reglamento CE nº765/2008 y en las condiciones establecidas en su artículo 11).*

*El certificado deberá incluir la marca de la entidad de acreditación o referencia a la condición de acreditado y el número de acreditación.*

*Además, de conformidad con el artículo 93.2 de la LCSP, se aceptarán otras pruebas de medidas equivalentes de garantía gestión de la calidad que presenten los empresarios».*

Una vez concluido el plazo de presentación de ofertas, reunida la Mesa de Contratación en fecha 17 de abril de 2024, se constata la presentación de nueve proposiciones en el proceso de licitación. Abiertos los sobres A y B la entidad Espectáculos Costa Sound, S.L presenta la declaración responsable conforme al Documento Europeo Único de Contratación, y se compromete a llevar a cabo el objeto del contrato por el importe total de 151.813'52 euros.

Constatado que la entidad Espectáculos Costa Sound, S.L y otra habían realizado una oferta con valores anormales o desproporcionados se le requiere conforme al artículo 149 de la LCSP. Analizada la justificación presentada, la Mesa de Contratación, en sesión de 29 de abril siguiente acepta la oferta de dicha entidad y la propone como adjudicataria acordando requerirle conforme al artículo 150 de la LCSP.

Mediante Decreto de Alcaldía núm. 2024-3310 de 30 de abril, el Órgano de Contratación, formula dicho requerimiento reclamando de dicha entidad, entre otra documentación y trámites, la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia exigidas en el pliego de cláusulas administrativas.

La recurrente, atendiendo dicho requerimiento presenta una comunicación del Gerente de empresa auditora que textualmente refiere:

*«Málaga, a 10 de mayo de 2024*

*Por la presente comunico a quien pueda interesar que la organización ESPECTÁCULOS COSTA SOUND, S.L. con CIF B93741668, ha aceptado la oferta 53378 para realizar la auditoría*





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA

*INICIAL de la norma ISO 9001:2015 estando a fecha actual, pendiente de cerrar fechas de auditoría».*

Además, se presenta una comunicación de otra empresa consultora con el siguiente tenor literal:

*«Málaga, a 13 de mayo de 2024*

*Por la presente comunico a quien pueda interesar que la organización ESPECTÁCULOS COSTA SOUND, S.L. con CIF B93741668, ha firmado oferta con ADSOLUTIO IBERICA CONSULTORES para la implantación, auditoría interna y apoyo en la certificación de la norma ISO 9001:2015, con previsión de cierre con auditoría de certificación a finales de 2024».*

Presenta cuentas anuales correspondientes al año 2023, en las que se refiere un importe neto de la cifra de negocios de 489.849'21 €; las cuentas anuales correspondientes al año 2022, en las que se refiere un importe neto de la cifra de negocios de 458.944'52 €.

Por otro lado, presenta, póliza de seguro de responsabilidad civil con una cobertura máxima por siniestro de un millón doscientos un mil euros.

Reunida la Mesa de Contratación en sesión de 20 de mayo de 2024 se considera no acreditada la solvencia económica, por no alcanzar la cifra anual de negocios el valor estimado del contrato, por lo que se resuelve excluir la oferta. Mediante Decreto de Alcaldía, 2024-3845 de fecha 22 de mayo de 2024, el Órgano de Contratación acordó excluir la oferta del recurrente y imponer la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, siendo ese el acto objeto de este recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que, respecto a las Entidades Locales andaluzas, el artículo 10, atribuye la posibilidad de crear órganos propios, especializados e independientes.

Con base a la norma citada, el Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Estepona, en sesión celebrada el día 21 de marzo de 2013 aprobó la creación del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Ayuntamiento, siendo nombrada quien suscribe como Presidente de dicho Tribunal por Decreto de la Alcaldía de fecha 14 de junio de 2018.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo procede analizar la representación de don J.D.L.T y D. A. C.R y la legitimación de la entidad Costa Sound S.L, para la interposición del presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, a los efectos del artículo 55 del mismo cuerpo legal.

En el presente caso, suscribe la instancia de presentación del recurso ante el Registro General del Ayuntamiento don. A.C.R, aportando certificado de persona física en representación de persona jurídica; y quien suscribe el recurso que se adjunta y lo encabeza actuando en representación de la entidad, en calidad de Administrador, es don. J.D.L.T.



En el trámite inicial se requirió a ambos representantes para que aportaran documentación que acreditase la representación que decían ostentar y la cualidad en la que actúan, habiéndose aportado copia de escritura de nombramiento de ambos como Administradores solidarios de la sociedad, ostentando además entre ambos el 66'6 % de la titularidad real de la entidad. Requeridos que fueron por segunda vez, aportan escritura de constitución donde no existe estipulación expresa sobre las facultades de los administradores.

Atendiendo a la documentación aportada y lo dispuesto en el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, entendemos suficiente la representación. Estando igualmente legitimada la entidad recurrente, en tanto el licitador excluido a quién se le imponen la penalidad frente a la que se acciona.

**TERCERO.-** El recurso ha sido interpuesto contra el acuerdo por el que se imponen las penalidades que refiere el artículo 150.2 de la LCSP por incumplimiento de requerimiento que dicho artículo contiene, en un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada con un valor estimado de 724.188,89 € y correspondiente a los códigos CPV 51313000-9 Servicios de instalación de equipos de sonido, y 71318100-1 Servicios de luminoteca y de iluminación natural.

Se trata de un contrato cuyos actos y decisiones son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, sin embargo, es preciso que la actuación impugnada se encuadren de entre las que describe el artículo 44.2 de la LCSP. Por tanto, aun cuando el recurso se refiere a un contrato de los contemplados en el párrafo 1 del artículo 44 de la LCSP, siendo que se interpone frente a un acto de trámite, es preciso a los efectos de la admisión del recurso, analizar si el acto de trámite recurrido se comprende en el artículo 44.2 b) LCSP.

Tal y como se desprende del artículo 44.2 de la LCSP y el artículo 112.1 Ley 39/2015, de 1 de octubre de procedimiento administrativo común, con carácter general contra los actos de trámite no se admite la interposición de recursos, sin perjuicio de poder alegar lo que corresponda para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento. No obstante, conforme a dichos preceptos, y en el concreto ámbito de la contratación pública, los actos de trámite serán susceptibles de recurso cuando decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable, o cuando se trate de admisión o exclusión de ofertas.

Formalmente la resolución impugnada resuelve la exclusión de la oferta de los recurrentes, pero no es ese concreto pronunciamiento el que se impugna. Lo que se está recurriendo es el punto segundo de la resolución, que contiene una decisión accesoria a la anterior como es la imposición de la penalidad del artículo 150.2 LCSP.

Por tanto, siendo claro que no puede justificarse la admisión del presente recurso por la mera formalidad de estar contenido el acuerdo recurrido en el mismo Decreto en la que se contiene la exclusión de la oferta, pues no es esto último lo que se impugna, la admisión del presente recurso depende de que en el acuerdo impugnado, individualmente considerado, concorra alguno de los demás requisitos que exige el artículo 44.2 b), para que pueda calificarse como acto de trámite cualificado y, por tanto, susceptible de ser recurrido de forma autónoma.

Desde la resolución número 1121/2019, de 7 de octubre, en la que concluyó taxativamente que: *«...que el acto impugnado (imposición de la penalidad por incumplimiento del*





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPOÑA

*requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP) es uno de los previstos en el artículo 44.2 de la LCSP y, en consecuencia, impugnabile a través del recurso especial en materia de contratación», la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales ha ido modulándose en cuanto a la admisibilidad del recurso respecto a la decisión de imponer la penalidad.*

Así por ejemplo, en la Resolución 1662/2021, de 19 de noviembre el Tribunal entendió que no podía considerar de oficio cuestiones que no alegaba y justificaba el recurrente, y, por tanto, negó el carácter de trámite cualificado a la imposición de la penalidad en tanto que nada se había alegado por el recurrente al respecto a la concurrencia de los requisitos para considerarlo tal; También, la resolución 1474/2022, de 24 de noviembre concluyó que cuando el recurso se interponga exclusivamente contra la imposición de la penalidad, el recurrente habrá de alegar la existencia de perjuicios irreparables o en su caso indefensión.

En la misma línea se mantienen las más recientes Resoluciones, como la 1127/2023, de 14 de septiembre en la que se concluye: *«...la recurrente en su escrito de recurso se limita a justificar su renuncia en el procedimiento de licitación sin apuntar los perjuicios irreparables ni la indefensión que, caso de adoptarse, le provocaría el acuerdo de imposición de penalidad en los términos que señala nuestra Resolución de Pleno nº 1474/2022 y las que en ella se citan. Atendido lo anterior, procede inadmitir el recurso con base en lo señalado en el artículo 55 d) de la LCSP»*. O también la Resolución 327/2024, de 7 de marzo que ha concluido de forma contundente que la mera apelación al artículo 44.2 b) como justificación para la admisión del recurso interpuesto provoca su inadmisión; ahondando la más reciente aún núm. 631/2024, de 16 de mayo, en la que se concluye que la carga de la prueba sobre esos requisitos recae sobre el recurrente.

Atendiendo a dicha doctrina, es preciso, por tanto, analizar si el acuerdo de imposición de penalidades que nos ocupa, conforme se ha conformado el presente recurso, puede ser calificado como un acto de trámite cualificado o no. Todo ello sin entrar ahora en cuestiones de fondo, pues de lo que se trata es de concretar si el acto recurrido puede o no conceptuarse como acto de trámite cualificado, a los efectos de la competencia material de este Tribunal.

Es de significar con carácter previo que el recurso no ofrece argumento alguno expreso sobre la concurrencia en el acuerdo impugnado de ninguno de los requisitos del artículo 44.2 b) de la LCSP, más allá de alegar somera, escueta y escasamente y sin ninguna otra consideración que lo apoye, que no tuvieron plazo de subsanación, que la interpretación de la administración ha sido extensiva y exorbitante, y su actuación arbitraria.

Analicemos individualmente cada uno de los requisitos para que pudiéramos considerar el acuerdo de imposición de penalidades como acto de trámite cualificado.

**a) Que decida directa o indirectamente sobre la adjudicación.** Es indudable que el acuerdo de imposición de penalidades no decide ni directa ni indirectamente sobre la adjudicación.

**b) Que determine la imposibilidad de continuar con el procedimiento.** Tampoco determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento, máxime cuando el recurrente ha consentido con el acuerdo de exclusión de su oferta.



**c) Que produzca perjuicios irreparables a los derechos o intereses de los recurrentes.** En cuanto a la existencia de perjuicios, es de señalar que el artículo 44 de la LCSP no refiere cualquier tipo de perjuicio sino que exige que sea irreparables. Y la Jurisprudencia ha exigido reiteradamente que el carácter real e irreparable de los perjuicios requiere expresa invocación y acreditación. O como lo ha expresado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales “*Se trata de una cuestión que ha de invocarse y acreditarse en el propio recurso especial*” (Resolución 1550/2022, de 15 de diciembre F.D. Quinto),

El TC en su Auto 137/2016, de 16 de octubre concluyó que “*...la acreditación de los perjuicios es carga del recurrente, quien debe precisar de modo concreto los que de la ejecución se deriven, así como justificar o argumentar razonadamente la irreparabilidad de los mismos. Los perjuicios irreparables deben ser reales, sin que sea posible alegar los futuros o hipotéticos o un simple temor*”. Concretando, por ejemplo, en su Auto de 7 de mayo de 2012 núm. 81/2012 que un daño será irreparable cuando provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho sea tardío e impida definitivamente que tal restauración sea efectiva, es decir, cuando el restablecimiento ya no pueda ser efectivo sino “*meramente ilusorio y nominal*”.

Por tanto, para que el acto de trámite pudiera considerarse cualificado a los efectos de su recurribilidad habría sido necesario que el recurrente alegara y probara irreparabilidad en el daño que le irroga la penalidad pecuniaria. Sin embargo, ninguna referencia se hace en el recurso a dicho extremo. No es que no se pruebe, es que no se alega.

Es por ello, que tampoco procede considerar el acto como de trámite cualificado atendiendo a este requisito, más aún atendiendo a la presunción de que los perjuicios de carácter patrimonial o económico aunque puedan producir efectos desfavorables no son irreparables (AATC 93/2002, de 3 de junio, por todos).

**d) Que produzca indefensión.** Como ha entendido el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 1550/2022, de 15 de diciembre (citada en la núm. 631/2024 de 16 de mayo), el acto de imposición de penalidades conforme al artículo 150.2, en principio no causa indefensión al recurrente. La existencia de indefensión no se presume ni ha de ser contemplada salvo que sea alegada y probada por éste en su escrito de recurso especial, o al menos que haya causas o apariencias que pudieran conducir a apreciar la existencia de esta circunstancia (Resolución 1662/2021 de 19 de noviembre).

En el caso que nos ocupa no se alega expresamente indefensión. Como hemos expuesto anteriormente, el recurrente se limita a mencionar que no tuvieron plazo de subsanación, que la interpretación de la administración ha sido extensiva y exorbitante, y que su actuación ha sido arbitraria.

Aun cuando no ha existido en el recurso invocación expresa a una eventual indefensión, entiende este Tribunal que se deduce del conjunto de causas, hechos y fundamentos que sostienen el recurso y que se subsume en la argumentación. Es por ello, que, aun cuando con carácter general procedería inadmitir un recurso frente a la imposición de penalidad, en este acaso considerando lo alegado por el recurrente, con independencia de su procedencia o no en cuanto al fondo; considerando la tramitación seguida para la imposición de la penalidades; para mayor garantía del licitador; y, en beneficio del principio pro actione procede la admisión. Más aun, cuando el propio Órgano de Contratación ha entendido en este caso que nos encontramos ante un acto de trámite cualificado.

**CUARTO.-** En cuanto al plazo de interposición, considerando lo que manifiesta la propia recurrente en cuanto a que el acto objeto de recurso de fue notificado el 22 de mayo, o





atendiendo a la fecha que consta en el expediente de notificación en la Plataforma de Contratación del Estado (23/05/2024), habiéndose interpuesto el recurso el 7 de junio cabe afirmar que se ha interpuesto dentro del plazo legal indicado.

**QUINTO.-** Expuestas las consideraciones del recurso y del informe de la Sección de Contratación y Patrimonio, conforme al principio de congruencia, procede resolver según plantea el recurrente la controversia, esto es si es ajustado a derecho la resolución una vez que se había aportado un seguro de responsabilidad civil, y no se había otorgado plazo de subsanación.

1.- En cuanto a la necesidad de otorgar un plazo de subsanación previo a la imposición de penalidades es de señalar que aunque con carácter general la posibilidad teórica de otorgar trámite de subsanación en ese momento del procedimiento de licitación existe, no solo por la traslación lógica al momento efectivo de presentación de la documentación de lo dispuesto en el artículo 141.2 in fine, de la LCSP, y el artículo 81.2 del RD 1098/2001, sino por la aplicación subsidiaria del artículo 73.2 de la LPA conforme a la DF 3ª de la LCSP, sin embargo, dicho trámite de subsanación ni es obligatorio ni es necesario en todo caso.

Considera este Tribunal, que el trámite de subsanación de documentos, tal y como lo reclama el recurrente, era inútil e inapropiado en el supuesto que nos ocupa, en tanto que la posibilidad de subsanar lo era igualmente. El trámite de subsanación deviene inútil e improcedente cuando de la documentación aportada se deduce un palmario incumplimiento total, como es el caso que no ocupa.

La documentación aportada por la recurrente en el trámite del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP constataba dos circunstancias inequívocamente: Que el volumen anual de negocios referido al mejor ejercicio dentro de los tres últimos años era inferior al valor estimado del contrato, y que a la fecha de finalización de presentación de las ofertas no disponía de un sistema implantado de gestión de calidad conforme a las normas ISO.

El trámite de subsanación puede subsanar únicamente los defectos y omisiones en la propia documentación no el contenido material de la misma. Es doctrina consolidada de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que *“..puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”* (informe 18/2010, de 24 de noviembre).

En el caso que nos ocupa, este Tribunal considera que el trámite de subsanación de documentos, que ahora reclama el recurrente, no procedía, en tanto que de la documentación aportada se deducía claramente que el recurrente no cumplía los requisitos de solvencia al momento de la finalización del plazo de presentación de ofertas, pues, tal y como ha concluido la Junta Consultiva de Contratación en su informe 6/2021 (citada en la Resolución 947/2024, de 18 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales), *«...cuando de la misma [documentación] se deduzca con claridad que lo que ocurre es que el licitador no cumple algunas de las condiciones que, como requisitos previos, exige la LCSP para poder ser adjudicatario, la única solución es descartar su proposición excluyéndolo de la licitación, repetir el trámite del artículo 150.2 respecto de la siguiente de las proposiciones e imponer, en este caso de forma automática, las penalidades que marca la norma.»*



2.- Se alega en el recuso que se han impuesto las penalidades en tanto que no se han valorado adecuadamente la solvencia presentada, pero dicho argumento no puede admitirse, principalmente por cuanto el recurrente ha consentido el acuerdo de exclusión, por lo que no cabe aquí resolver ahora si la exclusión era o no ajustada a derecho.

3.- En cuanto a que el Órgano de Contratación ha hecho una interpretación extensiva y exorbitante de de las cláusulas fijadas en los Pliegos, habida cuenta que le presentó la cierta documentación y entre ella un seguro de responsabilidad civil, también ha de ser desestimado, por cuanto que la literalidad de la cláusula 11 del del PCAP y del apartado 6 del Cuadro de Características que se le anexa es claro, no presenta dudas en su contenido y ha sido aplicado conforme a su letra.

La exigencia de solvencia que impone el artículo 74 de la LCSP, en garantía del principio de igualdad en la licitación se traduce en que los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia que se determinen en los Pliegos por el órgano de contratación, y esa acreditación debe hacerse, igualmente, con la aportación de los documentos que determine el órgano de contratación en los Pliegos.

Solo, eventual y excepcionalmente, cuando exista una razón válida conforme lo prevé el artículo 86.1 in fine, o para el supuesto de que los Pliegos no establecieran medios para acreditar la solvencia podría acreditarse la solvencia económica por otros medios distintos de los previstos en los Pliegos o acudir al apartado 3 del artículo 87 de la LCSP. Pero fuera de esos supuestos, por imperativo de los principios “pacta sunt serventa” y de buena fe, hay que estar a lo establecido en los Pliegos, habida cuenta el valor vinculante de los mismos para las empresas licitadoras. Ello por imperativo, además, del artículo 139 de la LCSP y en salvaguarda del principio de seguridad jurídica y para evitar la ruptura del principio de igualdad con aquellos licitadores que si respetan el contenido del pliego (Resolución del TACRC 390/2015, de 24 de abril).

Que se presentará un seguro de responsabilidad civil no significa, como interpreta el recurrente, que se cumplieran las obligaciones como adjudicatario a los efectos de enervar la penalidad, ya que, ni estamos en un supuesto de indefinición en los Pliegos, que hubiese, en su caso, permitido la aplicación del artículo 87.3 de la LCSP; ni puede plantearse la concurrencia de una razón válida para que siquiera se hubiera eventualmente autorizado la acreditación por otros medios conforme al artículo 86.1 LCSP, pues efectivamente se presentaron las cuentas anuales en la forma que exigían los pliegos. Que dichas cuentas constatarán, como lo hacían, un valor anual de negocio por debajo del exigido en el PCAP, y, por tanto, la falta de la solvencia económica exigida, no permite a los licitadores modificar unilateralmente los medios de acreditación de dicha solvencia, que es lo que realmente subyace en la interpretación del recurrente.

Por todo ello procede desestimar el presente recurso.

**SEXTO.-** En cuanto a la documentación que reclama el recurrente sobre cierta documentación relativa al adjudicatario de la licitación, no procede solicitarlo a esta Tribunal en tanto no se trata de acceso al expediente conforme al artículo 52 de la LCSP, por lo que procede trasladar dicha solicitud al Órgano de Contratación.

Por todo lo expuesto, este Tribunal **RESUELVE:**





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA

---

**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad Costa Sound S.L contra la resolución 2024-3845 de 22 de mayo de 2024 dictada en el procedimiento de licitación 31777/2023 que acordó requerir la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación prevista en el artículo 150 de la LCSP.

**SEGUNDO.-** 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 de la LCSP.

**TERCERO.-** Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

**CUARTO.-** Notificar la presente resolución al Órgano de Contratación para constancia, remitiéndole copia del recurso a los efectos de la solicitud de documentación que contiene.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP, esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

**EL TRIBUNAL DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN  
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ESTEPONA  
Documento firmado electrónicamente al margen.**

