

Recurso 516/2019

Resolución 61/2020

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

Sevilla, 17 de febrero de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSANT VIGILANCIA, S.L.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2019, de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad del edificio administrativo de la calle Pablo Picasso 6, Sevilla”, convocado por la citada Consejería (Expte: CONTR 2018/26451), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de septiembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio se publicó el 24 de septiembre de 2018 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, siendo el valor estimado del contrato 1.076.427,04 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento



Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 6 de mayo de 2019, el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad MERSANT VIGILANCIA, S.L. (MERSANT, en adelante)

El 28 de mayo de 2019, la entidad GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A. (en adelante, GRUPO CONTROL) presentó recurso especial en materia de contratación, que fue desestimado por este Tribunal en la Resolución 360/2019, de 31 de octubre, cuyo fundamento de derecho quinto concluía que *“(...) el recurso debe desestimarse, sin que proceda anular la adjudicación del contrato para que se proceda a la exclusión de MERSANT por los motivos esgrimidos en el citado escrito de impugnación; todo ello, sin perjuicio de que la adjudicataria deba acreditar estar en posesión de la autorización para explotación de la CRA antes de formalizar el contrato, sin cuyo requisito el contrato no podrá suscribirse, debiendo, en su caso, adjudicarse al siguiente licitador clasificado de conformidad con lo estipulado en el artículo 153.4 de la LCSP”*.

CUARTO. El 20 de noviembre de 2019, el órgano de contratación dictó resolución por la que se acuerda dar cumplimiento a la Resolución 360/2019 de este Tribunal y dejar sin efecto la resolución de adjudicación a favor de MERSANT, *“al no haber acreditado estar en posesión de la autorización para la explotación de la CRA antes de formalizar el contrato y, en consecuencia, retrotraer el procedimiento de contratación al momento de la clasificación de ofertas realizada por la mesa de contratación en su sesión de 18 de febrero de 2019 con objeto de requerir la documentación previa a la adjudicación al siguiente licitador clasificado”*.

QUINTO. El 5 de diciembre de 2019, el órgano de contratación dictó nueva resolución de adjudicación del contrato a GRUPO CONTROL que fue publicada en el perfil de contratante el 13 de diciembre y remitida a la ahora recurrente mediante escrito de 12 de diciembre.



SEXTO. El 31 de diciembre de 2019, MERSANT presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación citada en el antecedente previo.

SÉPTIMO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 2 de enero de 2020, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió el expediente junto con el informe al recurso, documentación que fue recibida en el Registro de este Órgano el 8 de enero.

OCTAVO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 17 de enero de 2020, se dio traslado a los interesados del recurso interpuesto, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad GRUPO CONTROL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

Sin perjuicio de lo que más adelante se indicará, el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.076.427,04 euros y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

La resolución impugnada fue publicada el 13 de diciembre de 2019 en el perfil de contratante, constando en el expediente escrito fechado el 12 de diciembre por el que aquella se notifica a la entidad ahora recurrente. No obstante, en el expediente no se refleja la fecha efectiva de remisión ni de recepción del acto impugnado. En cualquier caso, aun computando el plazo para la interposición desde la fecha del dictado de la propia resolución impugnada, el recurso se ha presentado en plazo.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo, hemos de señalar que MERSANT solicita la anulación de la adjudicación a GRUPO CONTROL, pero no ataca sustantivamente este acto sino la decisión previa del órgano de contratación, materializada en la resolución de 20 de noviembre de 2019, por la que se acuerda dar cumplimiento a nuestra Resolución 360/2019 y dejar sin efecto la adjudicación a favor de la recurrente, al no haber acreditado estar en posesión de la autorización para la explotación de la Central Receptora de Alarmas (CRA).



En consecuencia, es la resolución de 20 de noviembre de 2019 la que aparta definitivamente a MERSANT del proceso selectivo y la que, conforme al artículo 44.2 b) de la LCSP, constituye un acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial independiente, pues, aun habiéndose dictado tras la adjudicación inicial del contrato, la licitación no había concluido aún, siendo precisamente aquella resolución la que aboca a la ulterior adjudicación impugnada en esta sede.

No obstante, como quiera que en la notificación de la resolución de 20 de noviembre de 2019 se dio pie de recurso de reposición, siendo este interpuesto por MERSANT el 26 de noviembre de 2019 y resuelto en sentido desestimatorio por el órgano de contratación, el 20 de diciembre, sin advertir la verdadera naturaleza del recurso, no procede ahora dejar a la entidad recurrente sin esta vía especial de impugnación; de este modo, por aplicación del principio *pro actione* y en garantía de la tutela judicial efectiva, hemos de entrar a conocer del recurso interpuesto contra la resolución de adjudicación del contrato de 5 de diciembre de 2019, donde la recurrente vuelve a reproducir los alegatos ya esgrimidos en su previo recurso de reposición ante el órgano de contratación.

En un primer alegato, MERSANT esgrime que se vislumbran determinadas infracciones del ordenamiento jurídico-administrativo y en particular, denuncia que la resolución de adjudicación ha infringido el procedimiento regulado en la LCSP incurriendo en causa de anulabilidad. No obstante, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, la recurrente no describe a continuación cuáles son esas infracciones, si bien hemos de entender que se está refiriendo a las que enuncia en el siguiente apartado de su escrito de recurso, donde señala lo siguiente:

1. Que la resolución recurrida está viciada y debe ser anulada porque se ha dictado sin atender a los requisitos formales previos, y en concreto, no se ha pronunciado sobre la suspensión del procedimiento en consonancia con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.
2. Que la mesa de contratación no ha solicitado requerimiento para que MERSANT justifique su oferta, desatendiendo el artículo 141.2 de la LCSP.

En su informe al recurso, el órgano de contratación aduce, respecto a la primera cuestión, que la recurrente se equivoca pues la resolución impugnada se ha dictado siguiendo los cauces legales y lo



indicado en la Resolución 360/2019 de este Tribunal. Además, sostiene que la resolución recurrida no debía pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento y que MERSANT presentó con anterioridad un recurso de reposición contra la resolución de 20 de noviembre de 2019 que dio cumplimiento a la Resolución 360/2019 del Tribunal, en el que solicitó la suspensión del acto recurrido, y dado que la interposición del recurso de reposición no provoca automáticamente la suspensión de dicho acto, se dictó resolución resolviendo el recurso y se notificó sin dar lugar a la suspensión prevista en el artículo 117.3 de la Ley 39/2015.

Respecto a la segunda cuestión, el órgano de contratación alega que el artículo 141.2 de la LCSP se refiere a la subsanación de defectos que la mesa de contratación observe en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, mientras que el plan de servicio a aportar por la recurrente es un documento que debía presentarse antes de la formalización del contrato.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Así, respecto al extremo en el que se denuncia que la resolución recurrida no se ha pronunciado sobre la suspensión del procedimiento en consonancia con lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Ley 39/2015, asiste la razón al órgano de contratación cuando señala que la resolución de adjudicación no tenía que efectuar ningún pronunciamiento sobre la suspensión.

El artículo 117.3 de la Ley 39/2015 dispone que *“La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos, no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4 segundo párrafo, de esta Ley”*. En el supuesto analizado, MERSANT solicitó la suspensión del procedimiento en el recurso de reposición que interpuso contra la resolución del órgano de contratación de 20 de noviembre de 2019, que fue resuelto antes del transcurso de un mes en sentido desestimatorio con rechazo de la suspensión solicitada. Por tanto, ni la ejecución del acto impugnado quedó suspendida por aplicación del precepto legal invocado en el recurso, ni mucho menos la resolución de adjudicación aquí recurrida tenía que pronunciarse sobre aquella suspensión.



La otra infracción denunciada tampoco puede prosperar. La recurrente alega que se ha vulnerado el artículo 141.2 de la LCSP al no haberle solicitado la mesa que justifique su oferta. No obstante, el precepto legal se refiere a la posibilidad de subsanar defectos apreciados en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, que nada tiene que ver con la situación en que se encontraba la recurrente a quien se le requirió el plan del servicio como exigencia establecida en los pliegos para el contratista con carácter previo a la formalización del contrato.

Procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso.

SEXTO. En un segundo motivo, MERSANT aduce que el órgano de contratación no ha interpretado correctamente nuestra Resolución 360/2019. En tal sentido, manifiesta:

1. Que, a solicitud del órgano de contratación, aportó el plan del servicio o plan de vigilancia y seguridad donde se incluía la descripción del servicio de respuesta ante señales de alarma recibidas en la CRA.
2. Que la Resolución 360/2019 de este Tribunal señala que, descartada la posibilidad de subcontratar, MERSANT debía acreditar estar en disposición de la autorización preceptiva para la explotación de la CRA, sin exigir que sea la propia adjudicataria la que cuente, por ella misma, con la citada autorización. Esta exigencia no se contempla en los pliegos, ni la menciona el Tribunal y supone una modificación de los requisitos de la contratación que no responde a una justificación objetiva.
3. Que si bien indicó en el DEUC que no tenía intención de subcontratar la explotación de la CRA, en la actualidad mantiene un convenio de colaboración con la entidad SERVICIOS TECNOLÓGICOS IBERCRA, S.L. por el que tiene concertado el servicio de CRA sin necesidad de subcontratarlo, siendo así que frente a la Administración contratante la responsabilidad es siempre directa de la empresa MERSANT. Alega que en el mercado actual las fórmulas de alianza empresarial son varias y que, con absoluto respeto a la legislación sectorial y a la específica de contratación pública, no existe ninguna limitación a la relación de colaboración en la que una empresa pone sus medios y recursos a disposición de otra a través de marcos regulados de “outsourcing” y convenios, sin tener que recurrir a las figuras de subcontratación y/o uniones temporales.



Así, concluye que cuenta con todos los medios, elementos y autorizaciones necesarias para la ejecución del contrato, pues está habilitada directamente para la prestación del objeto principal del contrato y se encuentra en disposición de prestar el servicio de explotación de CRA por medio de un concierto colaborativo con otra entidad que cuenta con la autorización preceptiva. Sostiene que este Tribunal declaró en su resolución que la adjudicataria debía estar en disposición de la autorización de explotación de la CRA antes de formalizar el contrato y que el convenio que ha suscrito con la empresa SERVICIOS TECNOLÓGICOS IBERCRA, S.L. permite asegurar dicha disposición, siendo incorrecto que la Administración contratante le haya exigido que cuente ella misma con la mencionada habilitación. En apoyo de su argumentación, cita preceptos del Código de Comercio relativos a la validez de los contratos mercantiles y a sus efectos.

Frente a este alegato se alza el órgano de contratación en su informe al recurso y en términos parecidos GRUPO CONTROL en su escrito de alegaciones. En síntesis, el primero opone que la explotación de la CRA es una prestación contractual que debe realizar la propia empresa contratista o bien subcontratarla con un tercero de acuerdo con lo establecido en el artículo 215 de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto, no posee transcendencia el nombre o la forma (convenio) que otorgue la recurrente al negocio jurídico en virtud del cual la empresa SERVICIOS TECNOLÓGICOS IBERCRA, S.L. explotaría la Central Receptora de Alarmas pues, a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de una ejecución parcial de la prestación por un tercero, no cabe más alternativa que calificarla como subcontratación.

Concluye, pues, que los acuerdos entre particulares en modo alguno pueden convertirse en instrumentos para eludir la normativa contractual referida a la subcontratación y que, de admitirse la tesis invocada por la recurrente, se generaría un agravio para el resto de licitadores que declararon en el DEUC que pretendían subcontratar cumplimentando debidamente los datos del subcontratista.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen y para ello hemos de traer a colación la fundamentación jurídica de nuestra Resolución 360/2019, dictada en el recurso interpuesto por GRUPO CONTROL contra la resolución de adjudicación del contrato a MERSANT, y donde se señalaba lo siguiente:

“(...)son hechos admitidos que MERSANT, en el momento de licitar, carecía de la autorización del Ministerio del Interior para la explotación de la CRA y que dicha autorización es necesaria para la



ejecución del contrato. La controversia surge porque, a juicio de la recurrente, tal autorización supone un requisito de habilitación empresarial del que carece la entidad adjudicataria y no es posible la subcontratación de la actividad en cuestión, mientras que el órgano de contratación y la interesada sostienen la posibilidad de subcontratar la actividad para la que no se dispone de autorización con una empresa que sí tenga la pertinente habilitación, si bien el órgano de contratación añade que, en el supuesto enjuiciado, al haber manifestado la adjudicataria que no va a subcontratar esa actividad, la autorización pertinente se le ha exigido con carácter previo a la formalización del contrato.

(...) Al respecto, el artículo 38.3 de la LSP permite la subcontratación de servicios de seguridad privada al disponer que “Reglamentariamente se establecerán las condiciones y requisitos para la subcontratación de servicios de seguridad privada”. El Reglamento de desarrollo de la citada norma legal aún no se ha aprobado, hallándose vigente en lo que no la contradiga el RSP, cuyo artículo 14.3 establece que “Los servicios y actividades de seguridad deberán ser realizados directamente por el personal de la empresa contratada para su prestación, no pudiendo ésta subcontratarlos con terceros, salvo que lo haga con empresas inscritas en los correspondientes Registros y autorizadas para la prestación de los servicios o actividades objeto de subcontratación, y se cumplan los mismos requisitos y procedimientos prevenidos en este Reglamento para la contratación. La subcontratación no producirá exoneración de responsabilidad de la empresa contratante”.

La regulación expuesta nos permite concluir, como ya hiciera el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 507/2019, de 9 de mayo, que “(...) ni la Ley ni el Reglamento prohíben la contratación de actividades que no se pueden prestar por no contar con autorización para ello, sino más exactamente prestar la actividad en sí, razón por la cual debemos concluir que es acorde a la normativa en vigor la contratación con empresas solo parcialmente autorizadas siempre que conste el compromiso de subcontratar la prestación de la actividad no autorizada con una empresa que posea la pertinente habilitación.”

En el supuesto analizado, a la luz de la normativa expuesta, hemos de concluir que siendo la adjudicataria una empresa autorizada para la realización de actividades de seguridad privada -extremo que no se discute- podría subcontratar la actividad relativa a la explotación de la CRA con una empresa debidamente autorizada para ello e inscrita en el correspondiente Registro (...)

Asimismo, los pliegos de la contratación confirman lo que estamos exponiendo, puesto que no prevén expresamente la autorización administrativa en discusión como un requisito de capacidad y/o solvencia empresarial y, cuando el apartado 10 del Anexo I del PCAP se refiere a la subcontratación, la única exigencia de ejecución directa por la persona contratista es la relativa a los trabajos de



“vigilancia y seguridad prestada por vigilantes”(…).

(…) Así las cosas, aun cuando desde una perspectiva teórica la subcontratación de la explotación de la CRA era posible al amparo de la normativa sectorial y de los pliegos de esta contratación, la entidad adjudicataria se autolimitó cuando afirmó y declaró en el DEUC que no iba a subcontratar, dejando de aportar la información requerida al respecto. Tal declaración es tan clara y rotunda que no admite modulación ni aclaración alguna (...).

(…) Procede, pues, analizar si es posible mantener en este momento la validez del acto de adjudicación impugnado, sobre la base de considerar que la autorización administrativa objeto de la controversia puede aportarse en un momento posterior y en todo caso, antes de la formalización del contrato, como así sostiene el órgano de contratación.

(…) Del contenido expuesto del PCAP, se colige que, si bien el pliego no contempla la presentación de la autorización para explotación de la CRA como obligación previa a la formalización del contrato, el Plan de Vigilancia y Seguridad a aportar por la adjudicataria en ese momento previo a la firma del contrato sí debe contener una descripción de dicha actividad, para la cual se presupone bien la habilitación necesaria del contratista, bien su subcontratación. En el supuesto analizado, descartada esta última opción, ha de admitirse la posibilidad de que la entidad adjudicataria acredite estar en disposición de la autorización preceptiva de explotación de la CRA antes de formalizar el contrato, que es el momento al que el pliego refiere la descripción del servicio autorizado(...)

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe desestimarse, sin que proceda anular la adjudicación del contrato para que se proceda a la exclusión de MERSANT por los motivos esgrimidos en el citado escrito de impugnación; todo ello, sin perjuicio de que la adjudicataria deba acreditar estar en posesión de la autorización para explotación de la CRA antes de formalizar el contrato, sin cuyo requisito el contrato no podrá suscribirse, debiendo, en su caso, adjudicarse al siguiente licitador clasificado de conformidad con lo estipulado en el artículo 153.4 de la LCSP”.

La transcripción parcial de nuestra Resolución 360/2019 deja zanjada la controversia planteada en este nuevo recurso. En la misma indicábamos que la actividad consistente en la explotación del servicio de CRA, de conformidad con lo previsto en la normativa de seguridad privada y en el artículo 215 de la LCSP referido a la subcontratación como concertación con terceros de la realización parcial de la prestación, podía, bien ser ejecutada directamente por la entidad adjudicataria en caso de contar con la autorización pertinente para ello, bien ser subcontratada por esta con otra empresa debidamente autorizada. Estas eran



las dos únicas opciones viables, siendo así que la ahora recurrente (inicial adjudicataria del contrato y parte interesada en el primer recurso interpuesto por GRUPO CONTROL) mantuvo en sus alegaciones, como argumento de defensa a su favor, la posibilidad de subcontratar la actividad con entidad autorizada.

Es ahora, tras conocer el sentido de nuestra resolución en la que se descartaba la posibilidad de que MERSANT pudiera subcontratar la prestación en liza porque ella misma se había autolimitado en el DEUC declarando que no iba a subcontratar, cuando dicha entidad pretende forzar el sentido de la Resolución 360/2019, en contra de sus propias alegaciones frente al anterior recurso, para intentar llegar a la conclusión de que el criterio de este Tribunal acogía la tesis de que bastaba con que la adjudicataria dispusiera de una autorización para la explotación de la CRA aunque no fuese propia. Tal argumento supone tergiversar el sentido de nuestro criterio anterior, en un intento por forzar otras vías que permitan la explotación de la CRA por un tercero autorizado, ante la carencia de autorización propia y la imposibilidad ya declarada por el Tribunal de subcontratar la citada actividad.

Así pues, como primera conclusión hemos de señalar que la Resolución 360/2019, al señalar que *“la adjudicataria deba acreditar estar en posesión de la autorización para explotación de la CRA antes de formalizar el contrato, sin cuyo requisito el contrato no podrá suscribirse (...)”*, solo contempla la posibilidad de que la empresa adjudicataria se encuentre autorizada para esa actividad, de modo que al no contar MERSANT con dicha autorización una vez requerida oportunamente para ello, fue correcto el proceder del órgano de contratación al dejar sin efecto la inicial adjudicación del contrato a su favor.

La anterior conclusión haría innecesario abordar la segunda cuestión planteada por MERSANT referida a la posibilidad de disponer de la autorización de un tercero para la explotación de la CRA por otras vías diferentes a la subcontratación. No obstante y para dejar resuelta íntegramente la controversia, hemos de reiterar que la ahora recurrente sostuvo en sus alegaciones al primer recurso la subcontratación como solución a la falta de autorización propia para la explotación de la CRA y que, solo al conocer que la Resolución 360/2019 de este Tribunal descartaba aquella posibilidad por las razones ya expuestas, MERSANT explora después otras vías o mecanismos diferentes a la subcontratación para hacer posible la realización parcial por un tercero de la actividad para la que carece de autorización.

Ahora bien, ya razonábamos en nuestra Resolución 360/2019 que es la subcontratación el mecanismo



legal habilitado en la legislación contractual y sectorial y en los propios pliegos para la realización por el contratista de la prestación controvertida, en caso de no hallarse debidamente autorizado para su realización.

Así pues, nos encontramos con que cualquier instrumento jurídico amparado en el principio de libertad de forma y sin perjuicio de su *nomen iuris* habría de respetar las reglas y requisitos que para la subcontratación establece la LCSP, por lo que, sustantivamente, no dejaría de suponer la celebración de un subcontrato al que la recurrente no puede ya acudir. Y si, como la misma sostiene, el convenio de colaboración con entidad mercantil autorizada supone la concertación del servicio de explotación de la CRA sin necesidad de subcontratar, ello supone admitir que está pretendiendo eludir la aplicación de la legislación contractual sobre la materia. En cualquier caso, hemos de señalar que la recurrente no ha aportado el convenio de colaboración -que afirma haber celebrado con entidad autorizada- ni ante el órgano de contratación, según este manifiesta en su informe, ni en el recurso interpuesto ante este Tribunal, construyendo toda su tesis sobre una hipótesis que tampoco acredita.

A mayor abundamiento, tanto si el pretendido convenio responde a la esencia del subcontrato como si no, su admisión en una fase del procedimiento en la que el contrato ya había sido adjudicado a la recurrente no es posible, pues supondría una vulneración clara del principio de igualdad de trato al otorgar a MERSANT una clara posición de ventaja respecto al resto de licitadores en su misma situación, que ya en el momento de presentación de las ofertas tuvieron que manifestar en el DEUC su voluntad de subcontratar y hubieron de cumplimentar los datos exigidos en los pliegos de la licitación.

Procede, pues, desestimar el motivo analizado y con él, el recurso interpuesto.

SÉPTIMO. El órgano de contratación efectúa una serie de alegaciones en orden a la posible apreciación de temeridad o mala fe en la interposición del recurso. En tal sentido, manifiesta que la pretensión deducida en el recurso ya se articuló por la recurrente a través de un recurso de reposición previo y que el ahora interpuesto ante este Tribunal carece de viabilidad puesto que *“la Resolución n.º 360/2019 ya vislumbró el futuro, en el sentido de que si la empresa MERSANT VIGILANCIA, S.L. no poseyera la autorización para la explotación de la central receptora de alarmas, y ante la imposibilidad ya de subcontratar, la adjudicación del contrato debería hacerse al siguiente licitador clasificado”*.



Respecto a la cuantificación económica del perjuicio, el órgano de contratación señala su dificultad dado que, ante la ausencia de contrato, sería necesario cuantificar el daño que se cause a personas y bienes por el riesgo de intrusión al que podrían quedar sometidos. De todas formas, manifiesta que sí podrían evaluarse los posibles perjuicios económicos que conllevaría el hecho de establecer una alternativa a la carencia de contrato para prestar la vigilancia y seguridad del edificio administrativo. En tal sentido, indica que *“(...) el gasto autorizado para la anualidad 2020 (10 meses) del contrato que se pretende celebrar asciende a la cantidad de 271.349,32 euros. En consecuencia, habría que duplicar el gasto en aquellos meses en los que el procedimiento de contratación quedaría en suspenso, dado que la prestación de la vigilancia o seguridad debería prestarse igualmente por los intereses públicos que están en juego; piénsese, por ejemplo en la posible tramitación de emergencia de un nuevo contrato para paliar la situación de grave peligro en la que pudieran encontrarse las personas y bienes que se encuentren en el edificio ante un riesgo de intrusión”*.

Pues bien, entrando en el examen de la cuestión, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo, 7/2019, de 17 de enero, 346/2019, de 24 de octubre, o la más reciente 34/2020, de 6 de febrero), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”*.

En el supuesto analizado, el Tribunal aprecia temeridad y mala fe en el recurso. El escrito de impugnación supone un intento forzado por interpretar la Resolución 360/2019 de este Órgano en un sentido favorable a los propios intereses de la recurrente, cuando ni la letra ni el espíritu de la resolución permitían albergar la tesis sostenida en el recurso, tesis que además se aparta de la inicial pretensión sostenida por MERSANT en sus alegaciones al primer recurso interpuesto por GRUPO CONTROL. En definitiva, si la recurrente discrepaba del sentido de nuestra resolución, pudo y debió impugnarla en lugar de pretender convencer a este Órgano de que dicha resolución albergaba opciones legales que no contempló.



Respecto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP establece que 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. En el supuesto examinado, el órgano de contratación se refiere a una duplicación del gasto en los meses en que el procedimiento de adjudicación se encuentre suspendido y ello ante la necesidad de seguir prestando el servicio.

Al respecto, si bien consideramos que la cuantificación del perjuicio, a los efectos de su repercusión directa en el importe de la multa, exige mayor precisión, las circunstancias concurrentes de falta de fundamentación del recurso e intento de llevar a este Tribunal al convencimiento de que en su anterior resolución quiso declarar lo que no se desprende en modo alguno de la misma, unidas a la falta de rigor y de acreditación de los extremos en que la recurrente funda su pretensión, son muestra de deslealtad y abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo y resultan suficientes para imponerle multa en cuantía de 2.000 euros.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERSANT VIGILANCIA, S.L.** contra la resolución, de 5 de diciembre de 2019, de la Consejería de Hacienda, Industria y Energía por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de vigilancia y seguridad del edificio administrativo de la calle Pablo Picasso 6, Sevilla”, convocado por la citada Consejería (Expte: CONTR 2018/26451).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP, se acuerda imponer a la entidad recurrente una multa por temeridad y mala fe en cuantía de 2.000 euros



CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

