

Recurso 67/2020

Resolución 126/2020

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

Sevilla, 26 de mayo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CABELLO SERVILIMPSA, S.L.** contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación, de 3 de febrero de 2020, relativa al procedimiento de contratación denominado “Servicio de limpieza del edificio administrativo Torretriana, calle Juan Antonio Vizarrón s/n, y del Edificio de Archivo de la calle Gramil 86, Sevilla” (Expte. 2019/200962), promovido por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de noviembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea nº2019/S 230-564458 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento.

El valor estimado del presente contrato asciende a la cantidad de 4.741.449,12 euros.



SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación 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 el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

TERCERO. Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, el órgano de contratación acordó adjudicar el presente contrato a la entidad OHL SERVICIOS INGESAN, S.A (en adelante OHL) mediante Resolución, de 3 de febrero de 2020.

CUARTO. El 19 de febrero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CABELLO SERVILIMPSA, S.L. (en adelante SERVILIMPSA) contra la resolución de adjudicación anteriormente mencionada.

QUINTO. La Secretaría de este Tribunal, el 19 de febrero de 2020, dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto y le solicitó el informe sobre el mismo, el expediente administrativo y el listado de las entidades licitadoras participantes en la licitación con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación solicitada fue remitida por el órgano de contratación teniendo entrada en el Registro de este Órgano el 26 de febrero de 2020.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. Mediante Resolución de 14 de mayo de 2020 se acuerda la continuación del procedimiento de contratación del mencionado contrato, al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

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 entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Procede analizar ahora si la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP que en su primer párrafo dispone que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En este sentido, este Tribunal en otras ocasiones (v.g. Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio y 17/2020, de 28 de enero) ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso, señalando con invocación de doctrina del Tribunal Supremo que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente como entidad licitadora con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio de algún tipo, resultando evidente que el beneficio perseguido no puede ser otro que obtener la adjudicación.

En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión de aquél por falta de legitimación de la empresa recurrente.

Pues bien, la entidad SERVILIMPSA en su escrito de recurso se alza contra la valoración recibida por su oferta respecto de uno de los criterios de adjudicación de aplicación automática. En este sentido, solicita obtener los 5 puntos con los que está ponderado el criterio denominado “Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el Trabajo” de forma que -al obtener los mencionados 5 puntos- la valoración de su



propuesta pase a ser de 94,45 a 99,45 puntos, siendo esta la única pretensión de su escrito de interposición.

Sin embargo, a la vista de las puntuaciones obtenidas por las propuestas y contenidas en la resolución de adjudicación su oferta quedaría clasificada en segundo lugar, por debajo de la propuesta de OHL que seguiría resultando la adjudicataria al obtener un total de 100 puntos.

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que el presupuesto indispensable de la legitimación de la recurrente es la posibilidad de acceder a la adjudicación del contrato; en este sentido, manifiesta que en el presente caso teniendo en cuenta que la puntuación de la oferta presentada por la entidad adjudicataria no es objeto de disputa y que aun estimando la pretensión de la recurrente esta no llegaría a rebasar la puntuación obtenida por la oferta de OHL -en los términos anteriormente expuestos- se debe concluir que la misma carece de legitimación, motivo por el que solicita a este Tribunal que inadmita el recurso.

Pues bien, llegados a este punto, se debe subrayar que efectivamente SERVILIMPSA no cuestiona en su recurso la puntuación obtenida por OHL y que de estimarse el motivo de impugnación y aun suponiendo que su oferta obtuviera los 5 puntos adicionales que solicita, los mismos no serían suficientes para resultar la mejor oferta clasificada.

En este sentido, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podría admitirse si una eventual estimación de sus pretensiones condujera, finalmente, a la adjudicación a su favor lo cual no acontece en el supuesto examinado.

En consecuencia, ningún beneficio inmediato obtiene SERVILIMPSA con la interposición del recurso, más allá de la pura satisfacción de ver estimada su pretensión. Es por ello que, conforme a la doctrina analizada, debe concluirse que carece de legitimación activa con arreglo a los términos previstos en el citado artículo 48 de la LCSP.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al constar de modo inequívoco y manifiesto la falta de legitimación de la recurrente, procede acordar la inadmisión del recurso por tal causa, lo que hace



innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que se ampara el recurso interpuesto.

TERCERO. Finalmente, procede analizar la solicitud del órgano de contratación relativa a la imposición de multa a la recurrente. En este sentido, manifiesta que SERVILIMPSA se ha servido de un medio como es la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP para un fin distinto al previsto, lo que supone un evidente abuso del derecho, provocando una situación que compromete la limpieza de un edificio y la salud de quienes los ocupan.

En este sentido, el órgano de contratación argumenta que la recurrente aportó el informe de auditoría al saber que su certificado no estaba vigente, en vez de recurrir el PCAP, dejando pasar dicha oportunidad, para ahora sí contar con un instrumento que ya sí le permite paralizar el procedimiento, bajo la premisa *“ningún beneficio para mi, perjuicios para los demás”*. Considera que ello supone una violación del principio de buena fe, subsumible como un verdadero abuso de derecho en el apartado 2 del artículo 7 del Código Civil: *“2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”*.

Sobre lo anterior, el órgano de contratación reproduce la doctrina existente sobre la temeridad y mala fe, llamando la atención sobre la consideración de temeraria de la interposición de un recurso carente de viabilidad jurídica y sobre la mala fe cuando se es consciente de la falta de razón procesal.

En este sentido, en orden a cuantificar el perjuicio causado el órgano de contratación indica que el gasto comprometido en la anualidad de 2020 -10 meses- asciende a un total de 839.257,90 euros; sobre esta cantidad argumenta que en el tiempo que el contrato se encuentre suspendido -como consecuencia del recurso interpuesto- el coste mensual se duplica, dado por ejemplo la tramitación de un contrato de emergencia para paliar la situación de grave peligro para la salud de las personas que acuden diariamente al edificio Torretriana que podrían verse contagiadas por un déficit de higiene en las instalaciones.



Además, el órgano de contratación manifiesta que debe valorarse la situación jurídica en la que se encontraría el personal que presta el contrato y que es objeto de subrogación según el convenio colectivo del sector y que asciende a 36 personas hasta la resolución del recurso o ante la imposibilidad de la tramitación de emergencia de un nuevo contrato. Motivos todos ellos por los que solicita la imposición de multa.

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP contempla la posibilidad de que este Tribunal pueda imponer multa en los siguientes términos:

2. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos”.

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre), 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”.*

Como señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional :

“Es criterio de esta Sala, que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación



suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial», en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas » (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

Pues bien, aplicando esta doctrina al presente supuesto resulta que hemos apreciado la falta de legitimación de la entidad recurrente para interponer el recurso, ya que de prosperar este en ningún caso podría resultar adjudicataria. Por otro lado, en el suplico de su recurso ni siquiera combate el acto de adjudicación solicitando su anulación, sino que lo interpone, según su literalidad: *“frente a la no otorgación de los 5 puntos correspondientes al criterio 5 del mencionado proceso de licitación, con objeto de alcanzar la puntuación definitiva de 99,45 puntos”*. Y en cuanto al fondo del asunto, se ha de considerar que SERVILIMPSA solicita en su recurso que se le otorgue la puntuación correspondiente al criterio de adjudicación de aplicación automática *“Sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo”* incluido en el anexo IX del PCAP en el que se valora la acreditación de estar en posesión de un certificado de cumplimiento OHSAS 18001-2007 -con 5 puntos- certificado que la misma recurrente reconoce que no disponía en el momento de presentar su oferta, pretendiendo que se le admita un certificado que estaba caducado con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones.



En este sentido se ha de tener en cuenta -como el órgano de contratación manifiesta- que SERVILIMPSA se sirve de un medio como es la suspensión automática del procedimiento de licitación prevista en el artículo 53 de la LCSP que implica en este supuesto un evidente abuso de derecho, al producir caprichosamente una situación que compromete la limpieza de un edificio y por ende la salud de quienes lo ocupan, y todo ello para atender la hipotética satisfacción de ver estimada una pretensión que es inviable jurídicamente sin que dicha suspensión garantice en lo más mínimo los fines a los que debería servir.

En conclusión, todos estos elementos son los que este Tribunal ha tenido en cuenta a la hora de considerar justificada la imposición de una multa a la entidad SERVILIMPSA.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de su cuantía, este Tribunal ha de estar a los parámetros legales que señala el artículo 58.2, párrafo segundo, de la LCSP en cuya virtud se determinará la 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.

Del precepto resulta que en la fijación del importe de la multa -entre 1.000 y 30.000 euros- ha de atenderse al grado de mala fe apreciada, al perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como al cálculo de los beneficios obtenidos. En el supuesto analizado, este Tribunal acuerda imponer a la recurrente multa en cuantía de 3.000 euros, atendiendo a la evidente mala fe en su interposición por lo que acabamos de exponer y a los perjuicios provocados como consecuencia de la suspensión automática de la adjudicación tanto a la Administración como al adjudicatario.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CABELLO SERVILIMPSA, S.L.** contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación, de 3 de febrero de 2020, relativa al procedimiento de contratación denominado “Servicio de limpieza del edificio administrativo Torretriana, calle Juan Antonio Vizarrón s/n, y del Edificio de Archivo de la calle Gramil 86,



Sevilla” (Expte. 2019/200962), promovido por la Consejería de Hacienda, Industria y Energía, por falta de interés legítimo para recurrir.

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. Imponer a CABELLO SERVILIMPSA, S.L. una multa de 3.000 euros en atención a la mala fe apreciada en la interposición del recurso y al perjuicio ocasionado al órgano de contratación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.

