

Recurso 401/2020

Resolución 165/2021

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

Sevilla, 29 de abril de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACM 23 PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L.**, contra la resolución de 4 de noviembre de 2020 por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de asistencia y apoyo a la producción para la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A.” (Expte. EC/2-015/20), promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de junio de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicio indicado en el encabezamiento de esta resolución. Con fecha 12 de junio de 2020 el citado anuncio se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 300.000 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. Con fecha 4 de noviembre de 2020, el órgano de contratación dictó resolución en la que acuerda adjudicar el contrato a la entidad DIECISEIS ESCALONES PRODUCCIONES S.L. (en adelante DIECISEIS ESCALONES).

CUARTO. El 27 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad ACM 23 PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L. (en adelante ACM 23) contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 30 de noviembre de 2020, dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole el informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La citada documentación fue remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal con fecha 11 de diciembre.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado DIECISEIS ESCALONES.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.



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. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

El objeto de licitación es un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador y el objeto del recurso es la resolución de adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso contra la resolución de adjudicación dictada el 4 de noviembre de 2020, esta se notificó el 6 de noviembre y se publicó en el perfil de contratante el 8 de noviembre. Habiéndose interpuesto el escrito de recurso el 27 de noviembre de 2020 en el registro electrónico de este Tribunal se ha presentado en plazo, conforme a lo señalado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados en este y en los siguientes fundamentos de derecho. La recurrente impugna la adjudicación del contrato considerando que la entidad adjudicataria no ha acreditado disponer efectivamente de los medios a adscribir al contrato de conformidad con lo dispuesto en el PCAP. A este respecto, entiende que *“de la documentación presentada por la reseñada entidad, se deduce justo lo contrario, es decir, que no posee los medios técnicos materiales con los que debe prestar el servicio contratado, cuya disponibilidad era un requisito que tenía que resultar acreditado con carácter previo a la adjudicación.”*. A estos efectos, tras reproducir varios apartados del PCAP, considera que las fotos aportadas no acreditan la efectiva disposición de los medios técnicos, adjuntando un correo electrónico que a su juicio acredita la citada falta de disposición.

El órgano de contratación, en su informe al recurso se opone al mismo en los términos que constan en el expediente.



Igualmente se opone al recurso la entidad adjudicataria.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede entrar en su análisis.

El artículo 76 de la LCSP, en sus apartados 2 y 3 establece:

“Artículo 76. Concreción de las condiciones de solvencia.

(...)

2. Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, debiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211, o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.2 para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

En el caso de contratos que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos contratación exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.

3. La adscripción de los medios personales o materiales como requisitos de solvencia adicionales a la clasificación del contratista deberá ser razonable, justificada y proporcional a la entidad y características del contrato, de forma que no limite la participación de las empresas en la licitación.”

Por su parte, el artículo 150.2 de la LCSP establece:

“2. 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 lo dispuesto en el artículo 145 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 disponer



efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; (...)"

Es el pliego de cláusulas administrativas particulares el que ha de determinar qué documentación ha de presentarse para acreditar la efectiva disposición de los medios.

La cláusula 6.2 del PCAP , Solvencia, apartado b), establece:

“En el Anexo III podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.

Asimismo se indicará si las personas licitadoras, además de acreditar su solvencia deben comprometerse a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello, así como si estos compromisos, que se integrarán en el contrato, tienen el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 211.1 f) de la LCSP, o si se establecen penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 192.1 de la LCSP, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”

Por su parte la cláusula 10.7. Documentación acreditativa de los requisitos previos y documentación previa a la adjudicación, en su apartado VIII establece:

VIII. Documento de compromiso conforme a la cláusula 6.2.

En caso de que en el Anexo III se exija el compromiso de dedicación o adscripción de los medios personales o materiales suficientes para la ejecución del contrato, conforme a la cláusula 6.2, deberá aportarse documento acreditativo del compromiso por la persona licitadora de tal circunstancia que deberá adaptarse al contenido del Anexo IX-D.

El anexo III-A establece:

A N E X O III-A

REQUISITOS DE LOS LICITADORES: SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL

(Contenido del sobre 1)

La solvencia técnica o profesional se acreditará por los medios que se señalan a continuación:



Mediante declaración firmada por el representante de la empresa, de que la Empresa ofertante dispone, como mínimo, de los siguientes recursos:

- Material necesario para montar al menos 9 practicables de 2 metros de altura y al menos 2,25 m2 de plataforma, o tres practicables de 6 metros de altura y 2,25 m2 de plataforma, con las distintas combinaciones intermedias.*
- 2 Pesetas*
- 3 Puestos de Comentaristas*
- 4 Tarimas*
- 1 Vehículo de transporte de las siguientes características:*
 - Capacidad de carga mínima de 840 Kg.*
 - Capacidad volumétrica mínima de 6 m3.*
 - Cuenta de correo electrónico para el envío de las peticiones de servicio.*
 - Teléfonos móviles y/o dispositivos electrónicos para la localización del responsable del servicio.*
 - Medios de transporte necesarios para el desplazamiento de los trabajadores al lugar de prestación del servicio.*
 - Dotación de herramientas y elementos técnicos necesarios para el correcto desarrollo del servicio.*

El Anexo III-B, (aunque la cláusula 10.7 se refiere al modelo del Anexo IX-D), establece el siguiente modelo:

“ A N E X O III-B

MODELO DE DECLARACIÓN RELATIVA A LA ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA TÉCNICA

D., con D.N.I. n.º, en nombre propio o en representación de la Empresa, al objeto de participar en la licitación denominada “Servicio de Asistencia y Apoyo a la producción de programas” convocado por CANAL SUR RADIO Y TELEVISION S.A., declara bajo su responsabilidad:

De que dispone de los recursos materiales siguientes:

- Material necesario para montar al menos 9 practicables de 2 metros de altura y al menos 2,25 m2 de plataforma, o tres practicables de 6 metros de altura y 2,25 m2 de plataforma, con las distintas combinaciones intermedias.*
- 3 Pesetas*
- 4 Puestos de Comentaristas*



· 2 Tarimas de medidas 2x1 metro cada una

· 1 Vehículo de transporte de las siguientes características:

Capacidad de carga mínima de 840 Kg.

Capacidad volumétrica mínima de 6 m3.

· Cuenta de correo electrónico para el envío de las peticiones de servicio.

· Teléfonos móviles y/o dispositivos electrónicos para la localización del responsable del servicio.

· Medios de transporte necesarios para el desplazamiento de los trabajadores al lugar de prestación del servicio.

· Dotación de herramientas y elementos técnicos necesarios para el correcto desarrollo del servicio.

Y certifica que los elementos materiales ofertados cumplen con los requisitos de homologación exigidos por la normativa de aplicación y según lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

La empresa ofertante presentará como documentación justificativa, además de esta declaración, fotografía impresa en cualquier formato de todos los elementos materiales anteriormente enumerados, firmados por el representante de la empresa, así como indicación del lugar físico donde los mismos se encuentran disponibles para su comprobación.”.

Dejando al margen la falta de coincidencia entre ambos anexos en cuanto a algunos de los medios técnicos, cuestión que no es objeto de debate, de lo expuesto se desprende que conforme al PCAP para acreditar la efectiva disposición de los medios debía presentarse una declaración responsable acompañada de fotografía impresa en cualquier formato de todos los elementos materiales anteriormente enumerados, firmados por el representante de la empresa, así como indicación del lugar físico donde los mismos se encuentran disponibles para su comprobación.

Pues bien, tras el requerimiento de 14 de octubre de 2020, y como documentación previa a la adjudicación, la entidad adjudicataria presentó la declaración de fecha 26 de octubre, junto con las fotografías y el lugar de ubicación. La entidad recurrente cuestiona la efectiva disposición de algunos de los medios sobre la base de las fotografías aportadas y de un correo electrónico (correo electrónico cuya admisibilidad como medio de prueba, al margen de su contenido -entre otros aspectos, ser de fecha muy anterior a la fecha de la declaración presentada en esta fase del procedimiento-, y desde un punto de vista formal, resulta mas que cuestionable tanto por referirse a una conversación en la que la recurrente no fue parte como por no reunir los requisitos exigidos como garantía de su autenticidad).



Pues bien, gran parte de las alegaciones de la recurrente versa sobre que los medios materiales no pertenecen a la adjudicataria o no son suyos. Es decir se basan en la necesidad de acreditar la propiedad o al menos la posesión sobre dichos elementos materiales. Respecto de esta cuestión cabe señalar que en ningún caso el PCAP ha exigido la aportación o declaración sobre el título en virtud del cual se dispone de los elementos materiales. En efecto, el órgano de contratación a la hora de determinar la forma de acreditar la efectiva disposición de los elementos, ha dispuesto en el PCAP la presentación de una declaración responsable, considerando suficiente su presentación junto con las fotografías y el lugar de localización. La citada declaración responsable tiene un doble alcance: la disponibilidad de los recursos materiales que se enumeran; y la certificación de que los mismos cumplen con los requisitos de homologación exigidos por la normativa de aplicación y según lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas.

Las declaraciones responsables tienen como fin evitar la presentación de documentación facilitando la acreditación de determinados extremos. Por eso, la LCSP contempla una sanción específica como es la prohibición de contratar para el caso de falsedad en el contenido de la declaración, tal como dispone el artículo 71.1.e) de la LCSP, en cuya virtud:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, (...).”

El que la entidad adjudicataria disponga efectivamente de esos medios materiales es una circunstancia que será fácilmente comprobable en la fase de ejecución del contrato.

Por todo ello se desestiman estas alegaciones del recurso.

Por otro lado, tal como alega el órgano de contratación en su informe al recurso, la recurrente no ha solicitado la apertura de un periodo probatorio. Nos encontramos ante una discusión que versa sobre hechos: la acreditación de la efectiva disposición de los medios materiales. Versando sobre hechos



adquiere especial relevancia la prueba de las afirmaciones de la recurrente tendentes a desvirtuar la legalidad del acuerdo impugnado.

A este respecto el artículo 30 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre dispone:

“Artículo 30. Prueba.

1. La solicitud de la prueba deberá hacerse en el escrito de interposición del recurso, si la solicita el recurrente, y en el de alegaciones cuando la solicite cualquiera de los restantes interesados (...).”

A estos efectos, y pasando a la carga de la prueba, este Tribunal viene invocando en sus Resoluciones (82/2020, 2/2019, 425/2020, 424/2020, 411/2020, 405/2020, 334/2020, 300/2020, 180/2020 y 81/2018) la aplicación de lo dispuesto en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Como hemos sostenido en nuestra Resolución 180/2020, de 1 de junio:

“Pues bien, supuestos como este ya han tenido la ocasión de ser estudiados en este Tribunal, por ejemplo, en las Resoluciones 86/2015, de 2 de marzo, 81/2018, de 28 de marzo, y más recientemente en la 2/2019, de 10 de enero; en este sentido, se da la circunstancia de que las alegaciones de las partes resultan antagónicas, versando la controversia sobre una cuestión de prueba, cuya carga incumbe, en principio, a la recurrente, puesto que es ella quien sostiene que presentó adecuadamente su proposición. Así pues, el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil dispone que *“Corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (...).”*

En sentido similar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 607/2016, de 22 de julio:



“Para ello hemos partir de la doctrina de este Tribunal sobre la carga que cada una de las partes soporta de acreditar lo que a su derecho convenga, y que señalamos en nuestra Resolución número 168/2015, de 23 de marzo.

Es un principio consustancial al acervo jurídico de occidente que la carga de la prueba, el onus probando, incumbe a quien invoca algo que rompe el estado de normalidad, affirmanti incumbit probatio. Este principio jurídico se recogía en nuestro ordenamiento con carácter general en el originario artículo 1214 del Código Civil, cuando disponía que “incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”, y se recoge hoy en el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando establece que “corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

Ello supone, en el ámbito del procedimiento contradictorio, que quien tiene la titularidad de la carga de la prueba es la parte que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión, teniendo la carga de la prueba una dimensión formal, correspondiendo a las partes probar los hechos introducidos en sus alegaciones, y otra material, ofreciendo al órgano llamado a resolver un criterio para resolver dudas sobre medios probatorios desestimando las pretensiones según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos inciertos.

Así las cosas, corresponde a la recurrente probar lo que afirma e introducir los argumentos jurídicos que, a partir de los hechos probados, permitan a este Tribunal pronunciarse sobre su pretensión. Lo que no es admisible ni puede exigirse de este Tribunal es que actúe como una suerte de inquisidor general del procedimiento de adjudicación del contrato buscando las pruebas y aportado los argumentos que el recurrente no hacen, pues el recurso no es una mera denuncia sino una solicitud que inicia un procedimiento y obliga al recurrente a fundamentar su impugnación.”.

Pues bien la recurrente no ha solicitado la práctica de prueba, de manera que las alegaciones que vierte en su recurso a lo sumo podrían suponer meros indicios, pero sin entidad suficiente como para desvirtuar la presunción de legalidad del acto de adjudicación.



Es decir se realizan una serie de afirmaciones en el recurso cuya eficacia sobre la regularidad del acto hubiera requerido de práctica de prueba, máxime cuando el hecho en sí, la acreditación de la disposición de los medios materiales, es negado por el órgano de contratación en su informe al recurso, poniéndose en cuestión tanto los hechos como el posible valor probatorio de los documentos que acompañan al mismo.

El tener por acreditada la disponibilidad de los medios depende de un juicio valorativo por parte del órgano de contratación, juicio valorativo que se ha reafirmado mediante la aportación junto con el informe al recurso de un informe de fecha 9 de diciembre de 2020 en el que se concluye que *“la empresa cumpliría con las condiciones de solvencia técnica, dado que aporta la declaración firmada, las fotografías exigidas así como la indicación del lugar físico donde se encuentra el material”*.

En el recurso se cuestiona la veracidad de la declaración responsable, lo que hubiera exigido una prueba concluyente de la falta de exactitud de la misma.

En consecuencia, procede desestimar el recurso.

SÉPTIMO. Por último, debemos abordar si procede apreciar mala fe o temeridad en la interposición del recurso especial como solicita el órgano de contratación y en consecuencia la imposición de multa a la recurrente.

El órgano de contratación en su informe al recurso argumenta que *“En CONCLUSIÓN, consideramos que se efectúan una serie de alegaciones sin fundamento fáctico, algunas exigiendo a CANAL SUR que amplíe los requisitos exigidos en pliego (lo que iría en contra del principio de que los pliegos obligan incluso a la Mesa), vulneran el principio de presunción de inocencia de 16 ESCALONES PRODUCCIONES S.L. y todo ello sin tan siquiera solicitar la apertura de periodo probatorio alguno.*

Por todo lo anterior, consideramos que tras la tramitación procesal pertinente se ha de desestimar el recurso e imponer al recurrente la multa correspondiente en aplicación del artículo 58.2 de la LCSP dada la manifiesta temeridad en su interposición, y su presunta mala fe por poder ser una maniobra para poder seguir prestando un servicio que debería ser prestado por otro licitador.”



Pues bien, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 15/2019, de 22 de enero, 226/2019, de 9 de julio, 410/2019, de 3 de diciembre y 28/2020, de 4 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 presente supuesto, este Tribunal considera que, los argumentos expuestos en el escrito de recurso, y atendiendo a la redacción del PCAP, no son indicativos de temeridad manifiesta; es decir, el proceder de la recurrente tampoco evidencia ánimo torticero en la obtención de un resultado favorable, induciendo a error o equivocación al Tribunal con sus argumentos. En consecuencia, no cabe apreciar en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe, determinantes de la imposición de la multa solicitada.

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 **ACM 23 PRODUCCIONES AUDIOVISUALES, S.L.**, contra la resolución de 4 de noviembre de 2020 por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de asistencia y apoyo a la producción para la producción de programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A.” (Expte. EC/2-015/20), promovido por Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior

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. 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 58.2 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.

