

Recurso 50/2021

Resolución 257/2021

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

Sevilla, 24 de junio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DELFIN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U.** contra el acuerdo de exclusión, de 23 de diciembre de 2020, adoptado en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Reparación, mantenimiento y conservación de los vehículos de la Diputación Provincial de Jaén” (Expte. CO2020/1549), promovido por la Diputación Provincial de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 6 de noviembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Posteriormente, con fecha 9 de noviembre de 2020, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE). El valor estimado del referido contrato asciende a la cantidad de 313.388,42 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 citada Ley y por 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 citada LCSP.

TERCERO. Con fecha 23 de diciembre de 2020, y previa fase de subsanación de las deficiencias observadas, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT).

CUARTO. Con fecha 8 de febrero de 2021, tuvo entrada en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DELFÍN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U., (en adelante DSI), contra el mencionado acuerdo de exclusión.

QUINTO. Con fecha 9 de febrero de 2021, la Secretaría de este Tribunal da traslado del escrito de interposición del recurso al órgano de contratación y le requiere para que aporte el expediente de contratación, el informe sobre el mismo y el listado de licitadores. La documentación solicitada tiene entrada en este Tribunal con fecha 11 de febrero de 2021.

SEXTO. Posteriormente, la Secretaría del Tribunal da traslado del escrito de recurso a los interesados en el procedimiento concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose presentado ninguna en el plazo concedido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado por la Diputación Provincial de Jaén, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, ante la inexistencia de



órgano propio a tales efectos por parte de dicha Diputación, de lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su actual redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

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.

En este sentido, nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y el objeto del recurso es un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión de la oferta de la recurrente, 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.b) de la LCSP.

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

c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el supuesto analizado, el acuerdo de exclusión ha sido publicado en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 19 de enero de 2021 y el recurso ha sido presentado en el registro de este Tribunal con fecha 8 de febrero de 2021. En consecuencia, el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal establecido.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

Como se ha dicho con anterioridad, la mesa de contratación con fecha 23 de diciembre de 2020, y previa fase de subsanación de las deficiencias observadas, adopta, entre otros, el siguiente acuerdo:

“Excluir a las siguientes empresas al no acreditar tener un taller en la ciudad de Jaén, según exige el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) al adjudicatario,

- DELFIN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U.: Declara que tiene talleres asociados en Jaén Capital, identificando en su escrito estos talleres asociados en la ciudad de Jaén.

La mesa acuerda excluir a Talleres Delfin por no poseer en Jaén Capital un taller de su titularidad, solo talleres asociados. El PCAP solo permite la subcontratación de prestaciones accesorias. De admitir a esta empresa se vería obligada a subcontratar el cien por cien de la prestación, en ningún caso prestaciones accesorias, como recoge el PCAP. Las empresas asociadas tienen personalidad jurídica distinta del licitador, por tanto la relación con las mismas sería a través de la subcontratación.”.

Disconforme con el citado acuerdo de exclusión, DSI presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna dicho acto, solicitando en su escrito:

“(…) sea dictada resolución en la que se resuelva anulando dicho acto, por el que se excluye la oferta de DELFIN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U., con retroacción de las actuaciones al momento anterior a su dictado, teniendo por admitida a la empresa que recurre y por subsanada la documentación requerida y, en su virtud, se restablezca la tramitación conforme a Derecho.”.

En particular, centra sus argumentos en los siguientes alegatos:

1- Sostiene que su oferta sí cumple con los requisitos del PPT, pues en ningún momento los pliegos indican que el taller en Jaén capital haya de ser de titularidad de la adjudicataria.

2- Añade que *“no se está produciendo una subcontratación en los términos asumidos por la mesa”* y que no se pretende subcontratar la totalidad de la prestación.



Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe, en fecha 10 de febrero de 2021, en el que rebate la argumentación expuesta por la recurrente.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el anterior fundamento jurídico, procede su examen.

Con respecto al primer alegato, la recurrente argumenta lo siguiente:

“DSI cumple con el requerimiento mencionado en el Antecedente Segundo al disponer de 2 talleres en Jaén Capital, como así hace constar en su Declaración, y en todo caso, cumple con la capacidad exigida y con todos los requisitos establecidos en la Cláusula 13 del PPT

(...)

Así, en primer lugar se le requiere a DSI para que aporte declaración responsable de “disponer” de al menos un taller para cumplir con lo establecido en la cláusula 13 del PPT que obliga a “tener” al menos un taller. Como se ha indicado, DSI aporta Declaración Responsable indicando que en todo caso dispone para la prestación del servicio de 2 talleres asociados en Jaén capital, con capacidad para proceder a las reparaciones de los vehículos, aportando su dirección e identificación correspondiente. De tal modo que da una respuesta acorde y correcta al requerimiento de subsanación y al Pliego.

(...)

Sin embargo, posteriormente en el acta objeto de recurso DSI es excluido por razones ajenas a las que se había requerido subsanar. Y así las cosas, se le excluye “por no poseer en Jaén Capital un taller de su titularidad, solo talleres asociados”. En ningún momento anterior, ni en el requerimiento, ni en el propio Pliego, se hace referencia al término titularidad, ni siquiera al de propiedad.

Es necesario por esta Parte incidir en que no existe una determinación clara respecto a si prestar el servicio a través de un Centro de Gestión que derive el trabajo hacia los talleres acordados se trata o no de una subcontratación”.

Con respecto al segundo alegato, argumenta:

“Según se dispone en el artículo 215 de la LCSP (que es la Ley que rige el contrato, iura novit curia) subcontratar se define como “concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos”. Sin embargo, el problema de la indeterminación semántica de lo que se considera como subcontratación da lugar a que se pueda interpretar este término de manera contradictoria con la realidad de lo que está sucediendo.



DSI es una sociedad cuyo objeto social es la prestación de Servicios de gestión de reparaciones, incluyéndose en la actividad CNAE 4520 – Mantenimiento y reparación de vehículos de motor. En su virtud, el servicio objeto de este contrato es prestado en todo caso por DSI que a través de su propio Centro de Gestión deriva el trabajo a sus talleres.

DSI no concierta con terceros la realización parcial de un servicio, sino que dispone bajo su responsabilidad de talleres propios para su gestión que serán quienes presten el servicio dentro del marco y ámbito propio del DSI. Se está poniendo en tela de juicio la estructura organizativa de DSI, vaciándola de utilidad y viabilidad e impidiéndole en todo caso la posibilidad alguna de poder licitar a un concurso.

(...)

Así, DSI indica expresamente en el DEUC que tenía intención de subcontratar alguna parte del contrato y, tanto en su oferta económica, como en la solvencia técnica indicada, como en sus declaraciones responsables y compromiso de adscripción de medios personales y materiales se comprueba de manera palpable la voluntad de no subcontratar.”

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

“Pese a la reclamación efectuada a la recurrente por la Mesa de contratación de aportar declaración responsable de que cumple con lo dispuesto en el Pliego esto es “disponer de, al menos un taller en Jaén Capital, indicando la dirección, con capacidad para proceder a las reparaciones de los vehículos para dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula 13 del Pliego de Prescripciones Técnicas” la empresa presenta una declaración en la que solo alega disponer de dos talleres asociados, no admitiéndose dicha actuación al no ser conforme a pliego.

Así pues, la Mesa de contratación, al acordar la exclusión de la oferta de la recurrente, actuó de conformidad a las previsiones del PCAP.

(...)

Por lo tanto, en aplicación de los pliegos que rigen la presente contratación, que actúan como auténtica lex contractus, no puede haber otra conclusión que la exclusión de la oferta que no acreditó, en la forma y momento exigido por el PCAP, el cumplimiento de dichos requerimientos mínimos.

En consecuencia, siendo claro que en este caso el licitador no acreditó la tenencia de, al menos, un taller en la ciudad de Jaén, según lo previsto en el pliego, la decisión de exclusión debe considerarse ajustada a Derecho, debiendo desestimarse el recurso interpuesto.”.

Además de ello, indica el órgano de contratación en su informe al recurso lo siguiente:



“(…) la empresa presenta en su documentación anexa al recurso especial, copia de la oferta económica que presentó en el expediente de referencia.

Dicha oferta económica no fue abierta por la Mesa de contratación al haber sido excluida la empresa recurrente en la Mesa de contratación de 23 de diciembre de 2020 de apertura de criterios evaluables automáticamente por no haber acreditado los requisitos del Pliego de Prescripciones Técnicas.

(…)

Se puede deducir claramente que, para el hipotético caso de que se admitiera la alegación de la recurrente y se procediese a la apertura de la oferta económica de la empresa, en ningún caso DELFIN SERVICIO INTEGRAL SLU habría obtenido la adjudicación del contrato al haber ofertado su precio muy por encima del resto de licitadores, quedando en último lugar en la adscripción de puntos, por lo que este órgano de contratación puede concluir con la concurrencia de la mala fe de la empresa recurrente al observar la puesta en práctica de una conducta cuyo último fin no puede ser otro que el de alargar -más de lo estrictamente necesario- la presente licitación, lo cual pone de manifiesto que la recurrente ha obrado de manera temeraria.

(…)

Ello conduce a este órgano de contratación a solicitar del Tribunal la apreciación de mala fe en la conducta del recurrente y a imponerle una multa cuyo importe se fijará por dicho Tribunal en atención a las circunstancias concurrentes, por las razones recién apuntadas.”.

La controversia, por lo tanto, se centra en discernir si la oferta de la recurrente fundamentada en lo que llama “red de talleres asociados” cumple, o no, con los requisitos establecidos en los pliegos relativos a la necesidad de contar con, al menos, un taller de mecánica en la ciudad de Jaén o si, por el contrario, nos encontramos ante un supuesto de subcontratación del servicio -tal como sostiene el órgano de contratación- que no está previsto en los pliegos y, por ello, sería argumento suficiente para sustentar el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa.

Así, la mesa de contratación, en su sesión de fecha 9 de diciembre de 2020, tras la apertura y calificación de la documentación administrativa, concluye que la actual recurrente ha de subsanar en el siguiente sentido:

“DELFIN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U. Tendrá que aportar:

- Declaración responsable de que dispone de al menos un taller en Jaén Capital, indicando la dirección, con capacidad para proceder a las reparaciones de los vehículos para dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula 13 del pliego de prescripciones técnicas.”.



Posteriormente, con fecha 23 de diciembre de 2020, la mesa acordó la exclusión de DSI, justificando su decisión en que la empresa no posee en Jaén capital un taller de su titularidad, solo talleres asociados, interpretando que ello significa que va a subcontratar el cien por cien de la prestación con las empresas asociadas, que tienen personalidad jurídica distinta del licitador, y que los pliegos sólo prevén la subcontratación de actuaciones accesorias.

Como punto de partida, ha de indicarse que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que ni la recurrente ni ninguna del resto de licitadoras impugnaron en su día el contenido de los mismos, necesariamente han de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular a lo referido al requisito de contar, al menos, con un taller en Jaén capital.

En este momento, es oportuno, pues, analizar el contenido de los pliegos. Así, la cláusula 38 del pliego de cláusulas administrativas particulares, en adelante PCAP, establece que *“El contratista, según lo previsto en el apartado 26 del Anexo I al presente pliego, podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo (...)”*. Y el mencionado apartado 26 del anexo I indica que *“Se autoriza la subcontratación parcial de las prestaciones accesorias objeto del contrato en los términos y con las condiciones que establece el artículo 215 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.”*

Por otro lado, la cláusula 9 del PCAP indica que *“El contrato se ejecutará en el lugar que se indica en el apartado 8 del Anexo I de este pliego”* Y el apartado 8, del anexo I, relativo al plazo y lugar de ejecución, en cuanto al lugar remite a lo dispuesto en el PPT.

Por su parte, el PPT en su apartado 13 establece lo siguiente: *“El contratista deberá tener al menos un taller en Jaén Capital con capacidad para proceder a las reparaciones de los vehículos durante el tiempo que sea necesario sin que esto suponga concepto alguno de almacenaje y debiendo preavisar con la debida antelación para la retirada del vehículo”*.



Con respecto a este apartado 13 del PPT, dice la recurrente que en los pliegos no se especifica que el taller requerido en Jaén capital haya de ser de titularidad de la entidad licitadora, en relación con ello procede señalar que, efectivamente, no se exige que el taller disponible en la referida localidad haya de serlo por título de propiedad. Ahora bien, el debate no se sitúa en la circunstancia de que el taller sea, o no sea, de titularidad de la licitadora sino en que al ofertar un taller asociado y subcontratar la totalidad de la prestación se incumple otra previsión de los pliegos que sólo prevén la subcontratación de prestaciones accesorias.

Pues bien, la mesa de contratación requirió a DSI para que aportase declaración responsable sobre el cumplimiento del requisito de disponer, al menos, de un taller en Jaén capital. En respuesta al citado requerimiento, la recurrente presenta una declaración en la que indica que dispone de dos talleres asociados, por lo que la mesa concluye que no se cumple el requisito referido y acuerda la exclusión de ésta. La mesa sostiene que las empresas asociadas tienen personalidad jurídica distinta a la de la entidad licitadora, por lo que la relación con las mismas supone la subcontratación total del servicio, lo cual no está previsto en la cláusula 38 del PCAP. Por su parte, la recurrente combate la tesis de la mesa argumentando que sí cumple con el requisito y que los talleres asociados no prestarían el servicio de forma independiente, sino con sujeción plena de pertenencia, abono y asociación que ya tienen con DSI. Indica que en el Documento Europeo Único de Contratación manifiesta que tiene intención de subcontratar alguna parte del contrato. Asimismo, expone que es una sociedad cuyo objeto social es la prestación de servicios de gestión de reparaciones, incluyéndose en la actividad CNAE 4520- Mantenimiento y reparación de vehículos de motor y añade que, por ello, el servicio objeto de este contrato es prestado en todo caso por DSI que a través de su propio centro de gestión deriva el trabajo a sus talleres.

Con respecto al objeto social de la entidad DSI, es pertinente indicar que, de acuerdo con la documentación que consta en este Órgano, la entidad unipersonal DELFÍN SERVICIO INTEGRAL, SOCIEDAD LIMITADA -que es la que licita en el presente procedimiento de contratación- tiene por objeto social *"la reparación de vehículos, automóviles, bicicletas y otros vehículos, reparación revisión y mantenimiento de automóviles, camiones, autobuses, automóviles de usos especiales, remolques, chasis, carrocerías, motocicletas y bicicletas y servicios integrales del automóvil"*. No queda reflejado en dicha documentación que su objeto social sea la prestación de servicios de gestión de reparaciones, como afirma la recurrente en su escrito de recurso. Dice DSI que a través de su centro de gestión deriva el trabajo a los talleres asociados, sin embargo, de acuerdo con su objeto social, no nos encontramos ante un mediador de servicios -como



parece sostener ésta- sino ante una empresa que se dedica a la reparación, revisión y mantenimiento de vehículos en general, es decir, su objeto social sería coincidente con el de los talleres asociados a los que pretende desviar la prestación del servicio objeto del contrato. Asimismo, tampoco define la recurrente cuál es el instrumento jurídico a través del cual se relaciona con la red de talleres asociados, indicando en su compromiso de adscripción de medios materiales, de fecha 3 de diciembre de 2020, lo siguiente:

“Delfin Servicio Integral prestará el servicio a través de su Red de talleres asociada, de ámbito nacional, contando con talleres en las siguientes direcciones, que pueden ser ampliados en función de las necesidades (...)

En consecuencia, esta empresa se compromete, en caso de resultar adjudicataria, a mantenerlos durante el periodo de ejecución del servicio que constituye el objeto de este contrato y a comunicar al órgano de contratación cualquier variación que se produzca con respecto a ellos.”.

Además, en el documento denominado “Habilitación Empresarial”, de fecha 3 de diciembre de 2020, DSI afirma lo siguiente:

<<(…) en representación de la empresa Delfin Servicio Integral, S.L.U., con C.I.F B-53257879, inscrita en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público con el n.º de identificación NIF B53257879, al objeto de participar en la contratación con número de Expediente CO-2020/1549, denominada “Reparación, mantenimiento y conservación de los vehículos de la Diputación Provincial de Jaén”

Delfin Servicio Integral, S.L.U, es una empresa dedicada a la gestión de flotas.

Para la prestación del servicio cuenta:

- *Con un Centro de Gestión de Servicios, www.delfinnexum.com, especializado en gestión integral de flotas y en la gestión, derivación, valoración, revisión y seguimiento de reparaciones*
- *Un programa de gestión integral de flotas, para la gestión, seguimiento y control de todas las acciones realizadas sobre una flota.*
- *Una Red de talleres asociada de ámbito nacional y un taller propio.*

Para la prestación del servicio en Jaén Capital, Delfin Servicio Integral cuenta con el siguiente taller integral asociado:

- *TALLERES MARIANO EXPÓSITO, S.L.*

CIF B23759988

C/ CHICLANA DE SEGURA N°6. POLÍGONO INDUSTRIAL LOS



OLIVARES

23009 JAÉN

Nº DE REGISTRO INTEGRADO INDUSTRIAL DE ANDALUCÍA:

23017298.>>

Por otra parte, en el modelo de declaración responsable relativa a hallarse al corriente del cumplimiento de la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes y al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente en materia laboral, social y de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, el representante declara que DSI emplea a menos de 50 trabajadores; cumple con las disposiciones vigentes en materia laboral y social; y, en aplicación del apartado 5 del artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la empresa no está obligada a la elaboración e implantación de un plan de igualdad, por tener menos de 50 empleados.

Nos encontramos, por lo tanto, con una entidad que:

- 1- Licitó con la denominación DELFÍN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U. y con el C.I.F. B53257879 y cuyo objeto social es la reparación, revisión y mantenimiento de vehículos en general
- 2- Cuenta con un taller propio y emplea a menos de 50 trabajadores
- 3- Para la prestación del servicio objeto del contrato ofrece una red de talleres asociada de ámbito nacional.
- 4- Afirma que para atender al requisito exigido en el PPT de contar con, al menos, un taller en Jaén capital dispone de un taller asociado que se denomina TALLERES MARIANO EXPÓSITO, S.L., con un C.I.F. distinto del correspondiente a DSI.
- 5- No define cuál es el modelo jurídico a través del cuál se relaciona con la red de talleres asociada.

Sostiene, además, la recurrente que *“Sin embargo, el problema de la indeterminación semántica de lo que se considera como subcontratación da lugar a que se pueda interpretar este término de manera contradictoria con la realidad de lo que está sucediendo (...) DSI no concierne con terceros la realización parcial de un servicio, sino que dispone bajo su responsabilidad de talleres propios para su gestión que serán quienes presten el servicio dentro del*



marco y ámbito propio del DSI. Se está poniendo en tela de juicio la estructura organizativa de DSI, vaciándola de utilidad y viabilidad e impidiéndole en todo caso la posibilidad alguna de poder licitar a un concurso.”

Pues bien, este Tribunal concluye que de acuerdo con el principio jurídico de la irrelevancia del nomen iuris -o la primacía de la realidad- las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son. Es decir, en el presente supuesto la apariencia real nos sitúa en que la relación jurídica entre DSI y su red de talleres asociada está fundamentada en la subcontratación de los servicios objeto del presente contrato, pues nos encontramos con entidades con personalidad jurídica independiente que no se constituyen en Uniones Temporales de Empresas con ocasión de la licitación y donde DSI se quiere posicionar como un intermediario entre el órgano de contratación y la red de talleres asociada, más allá de lo dispuesto en su objeto social. En este sentido, procede traer a colación lo expresado en nuestra Resolución 61/2020, de 17 de febrero: *”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.”.*

Cabe concluir, pues, que:

1- La oferta realizada por DSI, en cuanto a los medios que posee para la prestación del servicio, nos sitúa en el modelo de la subcontratación total con la red de talleres asociada de las tareas objeto de este contrato que son el mantenimiento y la reparación de los vehículos, estando prevista en los pliegos sólo la subcontratación de actividades accesorias.

2. Aun cuando se interpretara, como sostiene la recurrente, que ha cumplido el requisito establecido en los pliegos de disponer de, al menos, un taller en Jaén capital -pues DSI oferta un taller asociado- ello desemboca en la infracción del límite establecido en el PCAP para la posibilidad de subcontratación, argumento en que, asimismo, la mesa de contratación fundamenta su decisión de exclusión.



Por todo ello, siendo de este modo que la oferta de DSI no cumple con la totalidad de los requisitos previstos en los pliegos, ha de aceptarse que la decisión de la mesa de contratación relativa a la exclusión de aquella ha sido ajustada a derecho, por lo que, procede desestimar el presente recurso.

SÉPTIMO. Por último, 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 solicitando a este Tribunal la imposición de multa.

Indica el órgano de contratación que la recurrente ha acompañado con el escrito de recurso su oferta económica y que, teniendo en cuenta que sólo están previstos en este procedimiento de licitación criterios de adjudicación valorados mediante fórmulas matemáticas, se puede deducir claramente que la oferta de DSI en ningún caso *“habría obtenido la adjudicación del contrato al haber ofertado su precio muy por encima del resto de licitadores, quedando en último lugar en la adscripción de puntos, por lo que este órgano de contratación puede concluir con la concurrencia de la mala fe de la empresa recurrente al observar la puesta en práctica de una conducta cuyo último fin no puede ser otro que el de alargar -más de lo estrictamente necesario- la presente licitación, lo cual pone de manifiesto que la recurrente ha obrado de manera temeraria.”*

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 no aprecia temeridad y mala fe en el recurso pues aún cuando la oferta de la recurrente, en el hipotético caso de que hubiera resultado admitida, fuera la peor posicionada, esto es la tercera de tres, lo que se está combatiendo es, exclusivamente, su exclusión del procedimiento.



En el momento en el que la recurrente es conocedora del acuerdo de exclusión adoptado por la mesa en su sesión de 23 de diciembre de 2020, también es conocedora de la oferta económica de las otras dos licitadoras, pues en la misma sesión se procedió a la apertura de las propuestas económicas, pero en ese momento tanto la recurrente como el órgano de contratación desconocen cuál será la empresa que finalmente resulte adjudicataria y formalice el correspondiente contrato. Desde que se produce la apertura de las ofertas económicas hasta la culminación del procedimiento, se suceden distintas fases como son la presentación de la documentación previa a la adjudicación y la valoración de la misma por la mesa para constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos, por lo que, en este momento del procedimiento se puede producir también la exclusión de la licitadora propuesta como adjudicataria si se observa alguna deficiencia que no puede ser subsanada. Con todo ello se quiere poner de relieve que, la recurrente impugna su exclusión y con ello lo que pretende es continuar en el procedimiento, independientemente del lugar que en la clasificación de las ofertas pudiera ocupar su propuesta, pues aún cuando pudiera parecer poco probable que resulte adjudicataria, lo cierto es que, en ese momento, se desconoce cuál será finalmente la entidad adjudicataria.

A mayor abundamiento, se ha de subrayar también que DSI no ha solicitado con la interposición del recurso la medida cautelar de suspensión del procedimiento, por lo que, no se puede afirmar -como hace el órgano de contratación en su informe al recurso- que la recurrente actúa de forma temeraria porque persigue alargar el desarrollo de la licitación.

De acuerdo con lo expuesto, este Tribunal considera que no se evidencia en el presente supuesto absoluta deslealtad o abuso del principio de buena fe que debe regir en todo procedimiento administrativo.

Por tanto, no procede la imposición de multa de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la LCSP.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto interpuesto por la entidad **DELFIN SERVICIO INTEGRAL, S.L.U.** contra el acuerdo de exclusión, de 23 de diciembre de



2020, adoptado en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Reparación, mantenimiento y conservación de los vehículos de la Diputación Provincial de Jaén” (Expte. CO2020/1549), promovido por la Diputación Provincial de Jaén.

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 58.2 de la LCSP.

TERCERO. 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.

