Recurso 66/2022
Resolución 190/2022

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

Sevilla, 18 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra la resolución del órgano de contratación, de 3 de febrero de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía" (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera, convocado por la Consejería de Salud y Familias, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato administrativo especial indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 182.482.944 euros. En dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 7 de abril de 2021, el órgano de contratación dictó resolución por la que se adjudica el lote 2.B.1. a favor de la FUNDACIÓN UPACESUR ATIENDE. Dicha resolución fue impugnada mediante la interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE dando lugar al expediente RCT181/2021, que fue estimado por este Tribunal mediante Resolución 400/2021, de 21 de octubre.

Un vez reanudado el procedimiento de licitación, el órgano de contratación dictó resolución, el 3 de febrero de 2022, en el que vuelve a adjudicar el contrato respecto de lote impugnado, a la FUNDACIÓN UPACESUR ATIENDE. Dicha resolución fue publicada en el perfil de contratante, el mismo día 3 de febrero de 2022.

SEGUNDO. El 24 de febrero de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE contra la citada resolución, de 3 de febrero de 2022, por la que el órgano de contratación adjudica el contrato respecto del lote 2.B.1.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente recibido.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la FUNDACIÓN UPACESUR ATIENDE, el 14 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación (respecto del lote 2.B.1.) de un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que los actos recurridos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Pretensión principal. Sobre la aplicación de los criterios de desempate establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP).

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

En este motivo de recurso afirma que tras la estimación del anterior recurso especial presentado y tras la reparación del error cometido por la mesa de contratación en la valoración de su oferta, esta obtiene la misma puntuación que la de la oferta de la entidad previamente adjudicataria la FUNDACIÓN UPACESUR ATIENDE (en adelante UPACESUR), por lo que se han de aplicar los criterios de desempate.

Argumenta que la mesa de contratación no aplicó de forma correcta los criterios fijados en el apartado 10.6 del PCAP que resultan de aplicación en aquellos casos en los que dos o más proposiciones se encuentren igualadas tras aplicar los criterios de valoración.

En este sentido, manifiesta que la mencionada cláusula 10.6. del PCAP establece que *«tendrá prioridad la proposición que reúna un mayor número de características señaladas en el resto de apartados, y en caso de continuar el empate se aplicarán los criterios sociales de desempate establecidos en el apartado 2 del artículo 147 de la LCSP».* Sobre lo anterior, denuncia que la resolución de adjudicación impugnada no ha respetado lo establecido en la mencionada cláusula, dado que no se ha entrado a analizar todos los criterios de desempate al no haber avanzado más allá del segundo de ellos -letra b)- de los seis criterios de desempate establecidos.

La recurrente sobre esta cuestión manifiesta: *«De haberse hecho correctamente, debió haberse continuado con el resto de los criterios de desempate, como el regulado en el apartado c) relacionado con el cumplimiento por la entidad de medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, criterio que también cumplía esta entidad, y al respecto del cual también se aportó documentación acreditativa junto con el escrito de 1 de diciembre de 2021, sin embargo, nada de ello se menciona en la Resolución, ni de este criterio ni del resto».*

Por lo anterior, solicita que se anule la resolución impugnada para que se retrotraigan las actuaciones a los efectos de que el órgano de contratación evalúe, aplique y clasifique correctamente los criterios de desempate.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Manifiesta que ambas entidades alegaron los mismos criterios de desempate, a saber:
«• Ambas acreditaron encontrarse dentro de la cláusula 10.6. a), al tratarse de una fundación sin ánimo de lucro, promovida por personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales, y una entidad sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, cuya finalidad o actividad tiene relación directa con el objeto del contrato, según resulta de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuran inscritas en el correspondiente registro oficial (doc. 023).
• En relación al resto de criterios de desempate, ambas alegaron y justificaron estar en posesión del mismo número de estos, dos, que son el b) y c) de la cláusula 10.6, siendo el criterio b) el que finalmente lleva al desempate tras el análisis de todos los criterios alegados».

Asimismo, alega que en el acta de la cuadragésimo sexta sesión, así como en el antecedente quinto de la resolución de adjudicación, se indica que tras la revisión de la documentación aportada se constata que ambas entidades han alegado los mismos criterios de desempate, y que a continuación se extrae y expone, en ambos documentos, aquello que de su examen es distinto en ambas entidades, esto es el criterio de desempate b).

Respecto de la alegación de la recurrente sobre el cumplimiento de medidas de igualdad -apartado c) de los criterios de desempate-, manifiesta lo siguiente: *«En la declaración responsable en caso de supuesto de empate, en relación a este apartado, ambas entidades declararon lo mismo:*
• HOSPITAL SAN JUAN GRANDE: "Dispone desde el ejercicio 2018 de un Plan de Igualdad, vigente en su totalidad" (doc. 016)
• UPACESUR: "La Fundación UPACESUR Atiende, tiene implantado un plan de igualdad" (doc. 006)».

En conclusión, solicita la desestimación de este motivo de recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, las entidad interesada UPACESUR se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

4. Consideraciones del Tribunal.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo de este motivo de recurso, que se centra en la aplicación de la cláusula 10.6 del PCAP denominada *«clasificación de las proposiciones»* y en la que se establecen los criterios de preferencia en caso de que dos o mas proposiciones se encuentren igualadas. En este sentido, se configuran seis criterios de desempate ordenados alfabéticamente -de las letras a) a f)-. Finalmente, en la mencionada cláusula se indica que: *«En la aplicación de las preferencias tendrá prioridad la proposición de la entidad que resulte de la aplicación del apartado a) de los descritos anteriormente. Si continuase el empate tras la aplicación del mismo, tendrá prioridad la proposición que reúna un mayor número de las características señaladas en el resto de apartados, y en caso de continuar el empate se aplicarán los criterios sociales de desempate establecidos en el apartado 2 del artículo 147 de la LCSP».*

El artículo 147.2 de la LCSP citado, establece que: *«En defecto de la previsión en los pliegos a la que se refiere el apartado anterior, el empate entre varias ofertas tras la aplicación de los criterios de adjudicación del contrato se resolverá mediante la aplicación por orden de los siguientes criterios sociales, referidos al momento de finalizar el plazo de presentación de ofertas:*
a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.
b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.
c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.
d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate».

Consta en el expediente administrativo remitido, acta de la cuadragésimo sexta sesión, celebrada el 24 de enero de 2022, en la que se indica que la entidad recurrente había indicado en el sobre 3 de su proposición estar en disposición de la siguiente documentación acreditativa respecto de los criterios de desempate, en síntesis, se señala lo siguiente: (I) que es una institución sin ánimo de lucro, (II) Cumple con el porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad superior a lo legalmente exigido y (III) que dispone de un plan de igualdad, vigente en su totalidad.

Asimismo, en la mencionada acta, de 24 de enero de 2022, se indica que, tras requerir a la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE la documentación acreditativa respecto de los mencionados criterios de desempate, y tras analizar la aportada por la entidad, se realizan las siguientes manifestaciones:
«En el apartado 10.6 del PCAP sobre clasificación de proposiciones, se establecen aquellos criterios que tendrán preferencia para la adjudicación, y se indica que, en la aplicación de las preferencias tendrá prioridad la proposición de la entidad que resulte de la aplicación del apartado a) sobre entidades sin ánimo de lucro, y si continuase el empate tras su aplicación, tendrá prioridad la proposición que reúna un mayor número de las características señaladas en el resto de los apartados, y en caso de continuar el empate se aplicarán los criterios sociales de desempate establecidos en el apartado 2 del artículo 147 de la LCSP.
Tras la revisión de la documentación aportada ahora por esta entidad, HOSPITAL SAN JUAN, y la que aportó la entidad UPACESUR, se constata que ambas entidades han alegado los mismos criterios de desempate».

Dicha motivación se reproduce de forma literal en la resolución de adjudicación impugnada, de 3 de febrero de 2022, por tanto no resulta cierto -como indica la recurrente- que la mesa de contratación no tuviera en cuenta todos los criterios de desempate aportados por cada una de las entidades, dado que se recoge con claridad en estos documentos que ambas entidades han alegado los mismos criterios de desempate. Cuestión distinta será que la recurrente no esté de acuerdo con la actuación de la mesa respecto a la forma de aplicación de los criterios de desempate, pero no es la cuestión que se impugna en este motivo de recurso.

En este sentido, reiteramos, del contenido del acta, de 24 de enero de 2022, así como de la resolución de adjudicación, se deduce que HOSPITAL SAN JUAN y UPACESUR cumplen con el criterio de desempate del apartado a) ya que son entidades sin ánimo de lucro, que también empatan en el segundo criterio, *«mayor número de las características señaladas»* dado que se indica que *«ambas entidades han alegado los mismos criterios de desempate»* y que por tanto la mesa de contratación tuvo que acudir al criterio establecido en el artículo 147.2 de la LCSP en los términos establecidos en la cláusula 10.6 del PCAP, «*Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla»,* que fue finalmente el que provoca que la adjudicación recaiga a favor de UPACESUR. Por tanto, siendo esta cuestión el objeto del presente motivo recurso procede su desestimación.

SEXTO. Fondo del asunto. Pretensión subsidiaria. Sobre la aplicación del criterio de desempate establecido en la cláusula 10.6.b) del PCAP, relativo al porcentaje de trabajadores con discapacidad.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente con carácter subsidiario combate la aplicación por parte de la mesa de contratación del criterio de desempate relativo al *«porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad superior a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y en el artículo 76.4 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía».*

En este sentido manifiesta que el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad (en adelante, RD 364/2005) regula una exención a las empresas del cumplimiento del porcentaje de contratación de personas con discapacidad, si concurren algunas de las circunstancias que se regulan en dicha norma y siempre que cumplan con las medidas alternativas.

Que la recurrente obtuvo la declaración de excepcionalidad, concedida mediante Resolución de 6 de agosto de 2021 de la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo en Cádiz, que tiene una validez de 3 años, por lo que se encuentra vigente en la actualidad y durante la tramitación del expediente de contratación. En cumplimiento de dicha autorización, argumenta, y conforme se comprometió la entidad HOSPITAL SAN JUAN GRANDE en fecha 1 de septiembre de 2021 firmó un contrato de prestación de servicios con el centro especial de Empleo LA PAZ, S.L (en adelante LA PAZ) y que su importe permite la contratación de al menos 5 trabajadores, que sumado al trabajador discapacitado que tiene en su propia plantilla suman 6 trabajadores.

A su juicio, a la vista de lo anteriormente manifestado la mesa de contratación debió valorar en este criterio de desempate que la recurrente cuenta con un total de 6 trabajadores discapacitados del total de 271 de su plantilla, por lo que el porcentaje de personal fijo con discapacidad representan un 2,22%. Sin embargo, denuncia, la mesa de contratación solo tuvo en cuenta un trabajador discapacitado que supone un 0,37% de su plantilla.

Por este motivo, concluye que procede declarar la nulidad de la resolución de adjudicación, con retroacción de las actuaciones para que se proceda a valorar de forma correcta el mencionado criterio de desempate.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone argumentando que efectivamente la entidad HOSPITAL SAN JUAN es excepcionada de la obligación de contratar al menos a un 2% de trabajadores con discapacidad en cumplimiento de medidas alternativas -en los términos reproducidos-. Por tanto, considera que la recurrente ha celebrado el contrato autorizado como medida alternativa para no hallarse en la obligación de contratar a personas trabajadoras con discapacidad y que, por tanto, si la entidad LA PAZ contrata o no a personas con discapacidad ello no afecta en modo alguno al cumplimiento de obligaciones y medidas correspondientes a HOSPITAL SAN JUAN.

Afirma, que en atención a la declaración sobre trabajadores con discapacidad contenida en la oferta de HOSPITAL SAN JUAN únicamente dispone de un trabajador en plantilla con discapacidad, entendiendo, por equivalencia, que sí cumple con el 2% exigido bajo la fórmula de medidas alternativas pero concluyendo a efectos del criterio de desempate que el número de trabajadores fijos con discapacidad -un trabajador- asciende a un 0,37% de la plantilla, que es la información que queda reflejada en propio anexo XVII del PCAP cumplimentado por la entidad recurrente.

Por el contrario, manifiesta, UPACESUR en su oferta declara tener un número global de personas trabajadoras de plantilla de 71, un número particular de personas trabajadoras con discapacidad de 1,78 y un porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad de 2,51%, cumpliendo también con el porcentaje del 2%.

En conclusión, conforme a lo indicado en la cláusula 10.6 del PCAP, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla, y en atención a ello, se adjudicó el contrato a UPACESUR. Por tanto, solicita que se desestime este motivo de recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Argumenta, que aunque este motivo de recurso se plantea subsidiariamente al anterior, se ha de tener en cuenta que éste es el único motivo real por el que se presenta el recurso, siendo los otros dos, el anterior y el posterior, un *«relleno».*

Considera que el órgano de contratación actuó correctamente no teniendo en cuenta los trabajadores a los que hace referencia la recurrente dado que en el momento de finalización de la licitación, el 14 de septiembre de 2020, dicha entidad no cumplía con los requisitos necesarios para este criterio de desempate y además, tampoco estaba cumpliendo con la legalidad vigente, en concreto, el Real decreto legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General De Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, dado que en el momento del vencimiento del plazo de presentación de ofertas el HOSPITAL SAN JUAN GRANDE solamente tenía contratado en plantilla un trabajador con discapacidad.

Afirma, que de las propias alegaciones de la recurrente se desprende que no es hasta un momento posterior cuando solicitan la mencionada declaración de excepcionalidad y que no es hasta final de agosto de 2.021, el momento en el que obtienen el certificado.

Sobre el personal al que alude la recurrente UPACESUR afirma que los trabajadores del centro especial de empleo LA PAZ no pueden computar a los efectos pretendidos por la misma dado que no son personal del HOSPITAL SAN JUAN GRANDE, sino del centro de empleo.

4. Consideraciones del Tribunal.

La recurrente combate en este motivo la aplicación por parte de la mesa de contratación de uno de los criterios de desempate establecido en la cláusula 10.6 del PCAP para el supuesto de que el empate persista, tras la aplicación del apartado a) de la misma y al reunir ambas proposiciones el mismo número de características señaladas en la mencionada cláusula como ha sido objeto en el anterior fundamento de derecho. En este sentido, y como siguiente criterio de desempate, en aplicación del artículo 147.2. de la LCSP, se ha de analizar la empresa que disponga de mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad, en los términos establecidos en el apartado b) de la mencionada cláusula 10.6 del PCAP, que establece:
«Las empresas que, al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, tengan en su plantilla un porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad superior a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y en el artículo 76.4 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía. En caso de empate entre aquéllas, tendrá preferencia la persona licitadora que disponga del mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla. A tal efecto deberá aportar debidamente cumplimentado y firmado el anexo XVII».

En síntesis, como se ha indicado, la recurrente argumenta que la mesa de contratación no tuvo en cuenta los trabajadores con discapacidad a computar como consecuencia del contrato que formalizó el 1 de septiembre de 2021 con el centro especial de empleo LA PAZ que dispone que *«se establece que la cantidad mínima anual a satisfacer por el Hospital San Juan Grande, al CEEE la PAZ, por el servicio de lavandería será de 118.754,00 euros anuales, lo que permite la contratación de al menos 5 trabajadores discapacitados»* de lo que deduce que debían haber sido tenidos en cuenta 5 trabajadores adicionales al que forma parte de su plantilla por lo que superaría en este aspecto a UPACESUR.

La tesis defendida por la recurrente en ningún caso puede ser acogida por este Tribunal, por los siguientes argumentos: (I) principalmente tal y como indica el órgano de contratación, porque el criterio de desempate hace referencia claramente a los trabajadores de la plantilla de la entidad licitadora -y no de terceros- y la recurrente tenía en su plantilla a un trabajador como queda reflejado en la certificación (anexo XVII del PCAP) que consta en su oferta, (II) además, porque aunque se admitiera a meros efectos dialécticos la posibilidad de contar con los trabajadores del centro de empleo, el contrato se formalizó -el 1 de septiembre de 2021- con posterioridad al final del plazo de presentación de solicitudes -el 14 de septiembre de 2020- debiéndose tener a estos efectos en cuenta la situación del licitador al vencimiento del plazo de presentación de ofertas, por lo que el contenido de este contrato no se pudo tener en consideración y porque (III) aunque se admitiera el contenido del contrato, el mismo no prueba la contratación de trabajadores con discapacidad sino que la entidad licitadora ha abonado una determinada cantidad al centro de empleo con esta finalidad sin que se sepa si la misma se ha llevado a cabo.

Por todo lo anterior procede la desestimación de este motivo de recurso.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Pretensión subsidiaria. Sobre la motivación de la resolución de adjudicación impugnada.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Finalmente, la recurrente como motivo recurso subsidiario a los anteriormente analizados argumenta que la resolución de adjudicación incumple con la obligación de encontrarse motivada según se establece en el artículo 19 del Decreto 57/2020, de 22 de abril, por el que se regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en concordancia con el artículo 151.1 de la LCSP.

En este sentido argumenta que: *«esta falta de motivación en la que incurre la resolución impugnada crea una grave indefensión a esta parte, pues resulta imposible conocer cuáles han sido los argumentos empleados para concluir que, pese haber aportado al presente expediente toda la documentación acreditativa que confirma que el CAIT SAN JUAN GRANDE cuenta con el porcentaje de personas trabajadoras con discapacidad superior a los establecido en el RD 1/2013 mediante Declaración de excepcionalidad y autorización de cumplimiento de medidas alternativas conforme RD 364/2005, no se ha tenido ello en cuenta al momento de calcular el porcentaje de trabajadores discapacitados, lo que ha supuesto que no se haya dado la valoración adecuada en este criterio de desempate»*. Motivo por el que solicita que se anule el acto impugnado.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Manifiesta que en atención a la exposición y fundamentación del recurso, la entidad ha comprendido que el criterio de desempate que ha determinado la adjudicación ha sido el mayor porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla. Asimismo, argumenta que, tanto en el acta como en la resolución de adjudicación se recoge que HOSPITAL SAN JUAN ha declarado contar con un porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad de 0,37%, un porcentaje menor que el declarado por UPACESUR.

Por otro lado, alega, que HOSPITAL SAN JUAN declara tener únicamente una persona trabajadora con discapacidad en plantilla, dando cumplimiento a la cuota de reserva de trabajadores con discapacidad mediante la aplicación de medidas alternativas autorizadas, lo que en ningún caso implica que «*los supuestos trabajadores con discapacidad contratados*» puedan adjudicarse a su plantilla. Este es el único aspecto que podría haberse recogido, tanto en el acta como en la resolución de adjudicación, pese a su deducción, en atención a la declaración efectuada en su oferta y el propio conocimiento de los trabajadores con discapacidad con que cuenta en su plantilla. Por lo que solicita la desestimación de este motivo de recurso.

3. Alegaciones de la entidad interesada en el procedimiento.

Con relación a la falta de motivación, considera que este motivo se configura en un *«cajón de sastre»* de quien no tiene nada que decir, por cuanto la resolución que pretenden combatir la recurrente, está plena y perfectamente motivada. En definitiva solicita la desestimación de este motivo de recurso.

4. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha indicado, la recurrente combate en esta alegación la motivación de la resolución de adjudicación. En este sentido, denuncia que no se encuentra suficientemente explicada la razón por la que no se han considerado los cinco trabajadores correspondientes al cumplimiento de las medidas alternativas que tiene autorizadas en el sentido anteriormente manifestado.

Pues bien, este Tribunal dispone de una sentada doctrina sobre la cuestión suscitada así, por ejemplo, en las Resoluciones 65/2019, de 14 de marzo y más recientemente 26/2022, de 21 de enero, se indica sobre esta cuestión que:

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que la motivación no precisa ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas, bastando con que sea racional y suficiente. En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».

En el presente supuesto, y como anteriormente ha sido objeto de análisis, la resolución de adjudicación indica cada uno de los motivos que han conllevado a que el contrato se haya adjudicado a UPACESUR.

En este sentido, en la Resolución de adjudicación, de 3 febrero de 2022, se indica:

«Quinto.- En la cuadragésimo sexta sesión de la mesa de contratación celebrada el día 24 de enero de 2022, se revisó la documentación aportada por HOSPITAL SAN JUAN, y la que aportó la entidad UPACESUR, y se constató que ambas entidades habían alegado los mismos criterios de desempate, extrayendo de su examen lo siguiente:

• La entidad UPACESUR declara "tener un número de 50 o más personas trabajadoras en su plantilla, siendo el número global de personas trabajadoras de plantilla de 71, el número particular persona-trabajadoras con discapacidad de 1,78 y el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad de 2,51%, contando con, al menos un 2% de personas trabajadoras con discapacidad."

- *La entidad HOSPITAL SAN JUAN declara "tener un número de 50 o más personas trabajadoras en su plantilla, siendo el número global de personas trabajadoras de plantilla de 271, el número particular personas trabajadoras con discapacidad de 1 y el porcentaje de personas trabajadoras fijas con discapacidad de 0.37%; por tanto ha optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, a cuyo efecto presenta una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas".».*

Concluyendo que: *«Por tanto, en virtud de lo indicado y conforme a los anexos XVII aportados por cada una de las entidades empatadas, la oferta presentada por UPACESUR goza de preferencia, quedando en primera posición, frente a la presentada por HOSPITAL SAN JUAN por contar con un porcentaje mayor de personas trabajadoras fijas con discapacidad en su plantilla».*

En definitiva, a juicio de este Tribunal la resolución impugnada contiene una motivación suficiente, de la que se desprenden los motivos por los que el órgano de contratación procede a adjudicar el contrato, que en ningún caso ha privado del derecho de defensa a la recurrente, como prueba el prolijo recurso que ha sido presentado contra la misma. Por tanto procede también la desestimación de este motivo y con él la desestimación del recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

En el presente supuesto el órgano de contratación en su informe manifiesta que:

«Este órgano de contratación considera que en el presente caso los motivos del recurso carecen de fundamento y dado el desarrollo de los acontecimientos hay una notoria falta de seriedad e inconsciencia que ha avocado a este órgano de contratación a realizar una prórroga forzada el último día hábil de la finalización del contrato a fin de garantizar la prestación del servicio. En consecuencia, se solicita a ese

Tribunal, en virtud de lo indicado en el artículo 58.2 de la LCSP, que aprecie mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso por los siguientes motivos:

1. La entidad, al no resultar adjudicataria, se alza de nuevo contra el acuerdo de adjudicación, esta vez con distintos argumentos, pues ya no reclama puntos en la baremación sino una adecuada valoración de los criterios de desempate, aunque repitiendo los mismos fundamentos de derecho (nulidad o anulabilidad de la adjudicación por haber prescindido del procedimiento legal establecido y falta de motivación).

2. En el presente informe ha quedado expuesto el desarrollo del procedimiento de adjudicación, así como el cumplimiento de lo preceptuado en el PCAP y el resto de las norma de aplicación.

3. La entidad alega indefensión ante la falta de motivación, sin embargo, en atención a la fundamentación del recurso, la resolución de adjudicación ha contenido la información necesaria que le ha permitido la interposición de un recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

4. La entidad, en sus alegaciones, elude su propia declaración en relación a los trabajadores con discapacidad y hace una interpretación muy particular y personal sobre cómo tendrían que haberse aplicado los criterios de desempate, atribuyéndose trabajadores que no están en su plantilla.

5. Como se ha adelantado, este órgano de contratación se ha visto abocado al inicio y resolución en el mismo día 25/02/2022, de la declaración de continuidad, por razones de interés público de los contratos derivados de los Acuerdos Marco que establecen las condiciones a las que se ajustan los contratos de gestión de servicios públicos del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía. Esta situación de declaración está tildada de particularidades, como son:

◦ La declaración de continuidad por razones de interés publico de 25/02/2022 (doc. 037) se ha hecho a la entidad UPACESUR, entidad adjudicataria del lote 2.B.1 del concierto social y que venía prestando el servicio, al amparo de los Acuerdos Marco, a un precio de 22 € la sesión, bastante inferior que el fijado para el presente concierto social de 28 € la sesión, con el consiguiente perjuicio que ello supone para esta entidad y para la propia administración, pues las condiciones técnicas bajo las cuales se realiza el servicio dentro del concierto social también difieren.

◦ Este lote 2.B.1 Jerez de la Frontera del concierto social, adjudicado en su totalidad a la entidad UPACESUR, ha sido nuevamente incluido en el segundo concierto social que con el mismo objeto ya inició este órgano de contratación con la finalidad de adjudicar los lotes declarados desiertos o parcialmente desiertos del primer concierto tramitado, sin embargo, en esta zona geográfica, se ha requerido de la oferta de un nuevo lote en el segundo concierto debido a la alta demanda del servicio de atención temprana en ese territorio, motivo por el cuál, y hasta la resolución de este segundo concierto, ha sido necesaria la continuidad de la prestación, a fin de que pueda darse en ese territorio la capacidad asistencial demanda. Para ello, se ha prorrogado el contrato, entre otras entidades, a la propia entidad recurrente HOSPITAL SAN JUAN (doc. 038).

6. La interposición del recurso, entendiendo que el mismo carece de fundamento, dilata en el tiempo el procedimiento de adjudicación y formalización causando un claro perjuicio tanto a la entidad adjudicataria del concierto social, como a la propia Administración en relación a las condiciones técnicas bajo las cuáles ha de darse el servicio».

Por su parte, la entidad interesada en el procedimiento argumenta en su escrito de alegaciones lo siguiente:

«Por último hacer hincapié en el abuso de derecho que se está cometiendo por la parte recurrente, por cuanto hay más de 100 niños que deberían de haber estado ya siendo atendidos tempranamente, y con recursos como el presente, tan vacíos y absurdos, ya no tienen ni siquiera la posibilidad de recibir la atención, al haber cumplido seis o más años.

Y no es una cuestión baladí, por cuanto hablamos de niños de menos de seis años, que ya no podrán recuperar ese tiempo perdido, ni esos tratamientos tan necesarios.

Esto puede suponer una serie de ilícitos y daños causados tanto a los menores como a esta entidad, cuya reclamación queda absolutamente reservada».

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«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», en este sentido 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)"».

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica, en los términos analizados, desde el momento en que los argumentos aducidos adolecen de falta de fundamentación y porque su argumentación se vertebra, principalmente, sobre el contenido de un contrato cuya formalización, el 1 de septiembre de 2021, es de fecha posterior al final del plazo de presentación de solicitudes en contra de lo previsto de forma expresa en el PCAP, que además ha tenido como efecto la suspensión del procedimiento de licitación al haber sido recurrida la adjudicación del contrato. Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería desestimado.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone 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».*

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero por las circunstancias expuestas de temeridad agravada determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 3.000 euros – cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad manifiesta y ante la evidente inconsistencia del fondo del recurso, como anteriormente se ha fundamentado.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **HOSPITAL SAN JUAN GRANDE**, contra la resolución del órgano de contratación, de 3 de febrero de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía” (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera, convocado por la Consejería de Salud y Familias.

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, respecto del lote 2.B.1 Jerez de la Frontera.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.