Recurso 64/2022
Resolución 205/2022

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

Sevilla, 25 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO ADL, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA**, contra el anuncio de licitación, los pliegos y los documentos contractuales del contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio en las modalidades de dependencia y libre concurrencia en la ciudad de Ayamonte" (Expte. 9464/2021), convocado por el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 5 y el 8 de febrero de 2022, se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 13.174.750,51 euros. Posteriormente, se introdujeron modificaciones en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y en el pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) que fueron publicadas junto con otra información complementaria sobre la licitación en el perfil de contratante. Finalmente, se amplía el plazo de presentación de proposiciones mediante anuncio publicado en el citado perfil de contratante, el 7 de marzo de 2022.

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.

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 GRUPO ADL, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA (en adelante ADL), contra el anuncio de licitación, los pliegos y los documentos contractuales del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. La recurrente en su recurso solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, requiriéndole el informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. A la vista de que el órgano de contratación solicita en su informe la imposición de multa a la recurrente, se le reiteró

que cuantificara el perjuicio ocasionado, así como del cálculo de los beneficios obtenidos por la recurrente. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 22 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva) no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. **Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra el anuncio de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que rigen un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

TERCERO. 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 b) de la LCSP.

CUARTO. Legitimación.

Debe analizarse si ADL ostenta legitimación para la interposición del recurso conforme al artículo 48 de la LCSP, cuyo tenor en lo que aquí interesa es el siguiente: «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso».*

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación argumenta que la entidad recurrente no puede presentar oferta en la presente licitación por lo que no puede resultar adjudicataria del presente contrato. En este sentido, el órgano de contratación en su informe al recurso afirma lo siguiente:

- Que se ha de tener en cuenta que ADL es la adjudicataria del contrato que en la actualidad se está ejecutando y que la misma se encuentra en concurso de acreedores.
- Que dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 130 de la LCSP, le requirió por tres veces (en fechas: 26/11/2021, 21/12/2021 y 21/01/2022) que aportase la documentación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones, entre ellas las relativas al pago de cotizaciones de la Seguridad Social. Sin embargo, afirma, que la recurrente espera a que estuviera aprobado el expediente de contratación y publicado el anuncio para reconocer, el 16 de febrero de 2022, la existencia de una deuda con la Seguridad Social

por importe de 502.741,15 euros. Manifiesta, que dicha información se publica en el perfil de contratante el 25 de febrero de 2022, faltando tan solo 10 días para la finalización del plazo presentación de proposiciones.
- Que debido a que tuvo que realizar diversas modificaciones en los pliegos publicó el 7 de marzo de 2022 anuncio por el que amplía el plazo de presentación de proposiciones.
- Que la recurrente reconoce su condición de deudora con la Seguridad Social y que según el artículo 71.1.d) de la LCSP dicha situación supone una prohibición de contratar, siempre que las deudas no estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de las mismas. Asimismo, argumenta que el mencionado art. 71.1 de la LCSP indica que las empresas en que concurra tal circunstancia no podrán contratar con la Administración, lo que reafirma el artículo 61.1 de la LCSP que establece, entre otras previsiones que solo podrán contratar con el sector público las entidades que, entre otras obligaciones, no estén incursas en alguna prohibición de contratar. Por lo tanto, afirma, si las empresas licitadoras no cumplen con las obligaciones con la Seguridad Social que les corresponden no podrán ser adjudicatarias de contratos.
- Ante la imposibilidad de ser adjudicataria, concluye, cabe considerar que la mercantil ADL interpone el recurso con la finalidad de dilatar la nueva adjudicación y el mantenimiento de una prórroga forzosa de un contrato que venció el día 30 de diciembre de 2020.

Pues bien, a la vista del contenido del recurso interpuesto se puede comprobar que la recurrente informa de que es la actual prestadora del servicio que actualmente es objeto del procedimiento de licitación y que mantiene una deuda con la Seguridad Social *«en el servicio de Ayuda a Domicilio de Ayamonte de 502.741,15 €, siendo 457.741,11 euros de deuda y 45.000,74 euros de intereses».*

Sobre lo anterior, argumenta que dicha información -su deuda- no ha sido objeto de publicación en el perfil de contratante y que ello *«conlleva una situación de indefensión y de falta de información para el resto de las mercantiles que puedan estar interesadas en licitar y además se sigue manteniendo en la Plataforma de Contratación del Sector Público que esta mercantil no ha enviado la información requerida en sendas respuestas dadas a preguntas de licitadores interesados».*

La recurrente concluye solicitando que *«se proceda a la suspensión cautelar del procedimiento, en tanto en cuando el Ayuntamiento de Ayamonte hace público los documentos que muestran la situación real del contrato que se está licitando, ya que puede conllevar a la presentación de ofertas erróneas por parte de mercantiles interesadas que desconocen esta información».*

Pues bien, este Tribunal ha tratado la cuestión relativa a la legitimación para la interposición del recurso especial en supuestos similares al presente en numerosas ocasiones (v.g. Resoluciones 71/2021, de 4 de marzo y 575/2021, de 23 de diciembre) en las que se señalaba lo siguiente:

> *«Sobre la legitimación para la interposición del recurso especial existe una amplia y consolidada doctrina en este Tribunal basada, a su vez, en la del Tribunal Supremo sobre la exigencia de un interés legítimo. Así, en numerosas resoluciones (entre otras muchas, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 226/2019, de 9 de julio, 17/2020, de 28 de enero y 172/2020, de 1 de junio) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.*

En su aplicación a supuestos concretos de impugnación de los pliegos de licitaciones públicas, la doctrina del interés legítimo ha sido analizada especialmente por este Tribunal. Así, en nuestra Resolución 314/2020, de 17 de septiembre, indicábamos:

"Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato".

En muchos casos, este Tribunal, pese a la falta de acreditación del interés legítimo que asiste a las recurrentes en la interposición de recursos especiales contra los pliegos, se ha detenido en el análisis de los motivos de fondo esgrimidos en dichos recursos para reconocer o denegarles legitimación; y ello, sobre la base de que dichos alegatos pusieran de manifiesto de un modo claro e inequívoco que las cláusulas impugnadas impedían o dificultaban a las recurrentes el acceso a la licitación en condiciones de igualdad con el resto de potenciales licitadoras.

En el supuesto aquí analizado, nos encontramos con que ADL nada dice ni acredita sobre su legitimación para la interposición del recurso especial, es más, parece que la interposición del recurso tiene como finalidad evitar la situación de indefensión en que puedan quedar los licitadores distintos a la recurrente al desconocer el importe de la deuda que mantiene con la Seguridad Social, lo que se puede reconducir a que impugna la documentación contractual -en este caso la ausencia de determinada documentación- realizando una suerte defensa de la legalidad, que desborda el concepto de interés legítimo regulado en el artículo 48 de la LCSP.

Sobre otro supuesto en el que se debatía la falta de acreditación de la legitimación por parte de la entidad recurrente, indica nuestra Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, que *«hemos de concluir que el interés de CEMEDI es un puro interés en defensa de la legalidad que no tiene cabida en el ámbito del recurso especial de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, precepto que pese a su amplitud en el reconocimiento de legitimación, exige un interés legítimo vinculado a la existencia de un perjuicio directo o indirecto ocasionado por el acto recurrido».* Perjuicio -que como anteriormente se ha indicado- se debe de circunscribir a que la configuración de los pliegos restrinjan de forma antijurídica la posibilidad de la recurrente de participar en la licitación o de obtener la adjudicación del contrato.

Procede, pues, declarar la inadmisión del recurso especial por falta de legitimación de la entidad recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 55 b) de la LCSP. Esta causa de inadmisión hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar en el fondo del asunto, así como sobre la medida cautelar solicitada.

A mayor abundamiento, procede indicar que aunque mantuviéramos, a meros efectos dialécticos, que la recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso el mismo se tendría que declarar concluso por pérdida sobrevenida de su objeto.

En este sentido, como se ha indicado, el objeto del recurso es la ausencia de publicación por parte del órgano de contratación en el perfil de contratante de la información relativa a la deuda que mantiene la recurrente como actual prestatario del servicio con la Seguridad Social. Pues bien, como el órgano de contratación afirma en su informe al recurso y este Tribunal ha podido comprobar, esta documentación ha sido publicada en el perfil de contratante el pasado 25 de febrero de 2022, es decir, al día siguiente de la interposición del recurso.

Se advierte, pues, que, sin prejuzgar la validez de dichos actos del órgano de contratación -que tampoco consta hayan sido objeto de impugnación posterior-, lo cierto es que ha sobrevenido la pérdida del objeto del recurso, quedando resuelta la controversia mediante actos posteriores del órgano de contratación que dejan vacío de contenido el escrito de impugnación.

Asimismo, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas Resoluciones, por todas ellas, la Resolución 368/2020, de 29 de octubre, la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada en nuestra jurisprudencia como uno de los modos de terminación del proceso. De este modo, en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia. En consecuencia, como hemos indicado, habría procedido declarar concluso el procedimiento de recurso por pérdida sobrevenida de su objeto.

QUINTO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

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

> *«Se considera que concurren los supuestos previstos en el artículo 58 de la LCSP sobre temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, por lo que procedería la imposición de una multa en su grado máximo, por importe de 30.000,00 euros, a ADL dada la mala fe apreciada, el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. En estos supuestos, los licitadores son reticentes a concurrir, entre otros aspectos, por no disponer, con la seguridad deseable, de la información laboral completa a la que hace referencia la LCSP y ello con el fin de poder llevar a cabo "una evaluación exacta de los costes laborales". Estas reticencias se acrecientan, además, en aquellos supuestos en los que el antiguo contratista, como es el caso de ADL, se encuentra en situación de concurso de acreedores, lo que hace presumible que la acción que otorga la LCSP al nuevo contratista frente al anterior, para resarcirse de los costes laborales a los que tendría derecho, no pueda tener el resultado pretendido».*

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, del que se deduce (I) la temeridad en su interposición, desde el momento en que la entidad recurrente se alza para defender la situación de indefensión del resto de licitadores, sin alegar ningún perjuicio propio del que se deduzca su legitimación en el sentido anteriormente analizado. (II) También cabe deducir que la recurrente actúa con mala fe, porque además la cuestión controvertida fue solventada desde el día siguiente a la interposición de su recurso momento en el que pudo desistirse del mismo y evitar la tramitación del presente procedimiento, del que cabe deducir, como argumenta el órgano de contratación, el ánimo dilatorio del recurso al ser la entidad que actualmente presta el servicio. 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 y mala fe.

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».*

Sin embargo, la mala fe tiene un sentido más restringido, porque precisa de un componente malicioso que no concurre en la temeridad. Supone un comportamiento deliberado en la formulación de pretensiones jurídicas, que a sabiendas se aparta de la exigible acomodación a la normativa jurídica de la institución de que se trate. La mala fe exige una intencionalidad manifiesta de bordear o incumplir la norma con peticiones que no se corresponden con las que se derivan del derecho ejercitado. Podría decirse que la temeridad asemeja una actitud culposa, mientras que la mala fe, precisa de un notable componente doloso.

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, a pesar de que este Tribunal se lo ha solicitado de forma expresa, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero las circunstancias expuestas de temeridad y mala fe 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 y mala fe de la recurrente, como anteriormente se ha fundamentado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO ADL, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA**, contra el anuncio de licitación, los pliegos y los documentos contractuales del contrato denominado "Servicio de Ayuda a Domicilio en las modalidades de dependencia y libre concurrencia en la ciudad de Ayamonte", (Expte. 9464/2021), convocado por el Ayuntamiento de Ayamonte (Huelva), por no haber acreditado la recurrente legitimación activa para la interposición de aquel.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 euros, en atención a la temeridad y mala fe 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.