

Recurso 110/2022
Resolución 239/2022

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

Sevilla, 27 de abril de 2022

VISTO el escrito de recurso especial interpuesto por la entidad **NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye a la citada entidad del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicios de limpieza de colegios, centros públicos (lote 1) y edificios del Excmo. Ayuntamiento de Écija (lote 2) por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, Expte EC/AC-AGI/001/2021”, respecto del lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Écija, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de enero de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y el 4 de enero de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil en dicha fecha. El valor estimado del contrato asciende a 4.094.818,7 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. Interesa destacar las siguientes actuaciones en la tramitación del procedimiento de licitación, dentro de los antecedentes a tener en consideración.

Según consta en la documentación remitida, el acta de la mesa de contratación de fecha 1 de marzo de 2022 certifica el número de empresas que habían presentado ofertas a la licitación, resultando las siguientes: ECILIMP, S.L; EULEN, S.A y NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L. (en adelante, la recurrente).

En la referida acta se recoge que la mesa de contratación, tras revisar la documentación administrativa, acuerda la exclusión de la recurrente por las circunstancias que se indican en aquélla y que se reflejan en los siguientes términos:

“Tras la revisión de la documentación aportada por los licitadores el Órgano de asistencia concluye admitir a los siguientes licitadores:

NIF: (...)

ECILIMP S.L.

LOTE 1.- Contratación de los servicios de limpieza de colegios y centros públicos del Excmo. Ayuntamiento de Écija.

LOTE 2.- Contratación de los servicios de limpieza de edificios públicos del Excmo. Ayuntamiento de Écija.

NIF: (...)

EULEN, S.A.

LOTE 1.- Contratación de los servicios de limpieza de colegios y centros públicos del Excmo. Ayuntamiento de Écija.

Asimismo examinada la documentación presentada por el licitador NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L. con NIF: (...) – cuentas anuales de los ejercicios 2017, 2018, 2019 y 2020- el volumen anual de negocios del licitador, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos es el del ejercicio 2020 con un valor de 240.520,70€- concluye que no cumple los requisitos exigidos referidos a la solvencia económico y financiera, en la que se exige de conformidad con lo dispuesto en Hoja Resumen, apartado 7.1 referido a la Solvencia Económica y Financiera, que el volumen anual de negocios del licitador, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, deberá ser al menos una vez y media del valor anual medio [VA] del contrato considerando que la duración del contrato es superior a un año, señalándose como valor mínimo exigido referido al Lote 2 [Contratación de los servicios de limpieza de edificios públicos del Excmo. Ayuntamiento de Écija] 285.596,55€; por lo que el Órgano de asistencia –teniendo en cuenta el carácter no subsanable del valor inferior al mínimo exigido- acuerda de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 326.2.a) LCSP la exclusión del licitador:

NIF: (...)

NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L.

LOTE 2.- Contratación de los servicios de limpieza de edificios públicos del Excmo. Ayuntamiento de Écija.

Este licitador no ha cumplido con el requisito referido a la Solvencia Técnica/Económica-Cifra anual de negocio”.

Dicha acta se publica en el perfil de contratante el 4 de marzo de 2022.

TERCERO. Con fecha 18 de marzo de 2022 la entidad recurrente presenta en el registro del órgano de contratación recurso especial “contra la resolución de Comunicación de admisión o exclusión definitiva Número de Expediente EC/AC-AGI/001//2021, enviada desde la Plataforma de Contratación del Sector Público el 04-03-2022, acuerdo de exclusión, y contra el ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN de 1 de marzo de 2022”.

Consta en la documentación obrante en el expediente administrativo que el escrito fue remitido a este Tribunal por el órgano de contratación con fecha 25 de marzo de 2022, con la advertencia de que el recurso presentado no se acompañaba de los documentos que se indican a continuación, tal y como exige el artículo 51 de la LCSP: el documento acreditativo de la representación del compareciente; la copia o traslado del acto expreso que se recurre; el documento o documentos en que funde su derecho; y la dirección de correo electrónico “habilitada” a la que enviar las comunicaciones y notificaciones conforme establece la disposición adicional decimoquinta de la LCSP. La subsanación de la documentación fue solicitada por este Tribunal a la entidad recurrente, habiéndose recibido en este Órgano.

Con fecha 28 de marzo de 2022 la Secretaría de este Tribunal solicita al órgano de contratación la remisión del expediente, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

A continuación, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido para ello.



Con fecha 13 de abril de 2022 se recibe en este Órgano documentación complementaria remitida por el órgano de contratación, consistente en la comunicación de exclusión definitiva de la recurrente de fecha 4 de marzo de 2022; un informe del Servicio de Contratación y Patrimonio en referencia a la valoración del perjuicio ocasionado por el recurso o calcular los potenciales beneficios obtenidos por la recurrente con su interposición, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como la solicitud de devolución de la garantía provisional depositada del licitador –ahora recurrente– de fecha 30 de marzo de 2022.

Con fecha 18 de abril de 2022 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, con relación al lote 2.

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. En el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación tramitado por una entidad local andaluza, habiendo el Ayuntamiento de Écija remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio de lo que se analizará más adelante en el cuerpo de la presente resolución.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, aun cuando formalmente el recurso se dirige contra la exclusión de la oferta de la recurrente, de manera indirecta se impugna la admisión de la entidad propuesta como adjudicataria. Por tanto, aun cuando, desde un punto de vista formal, combate su exclusión, desde un punto de vista sustantivo denuncia irregularidades que afectan a la admisión de la entidad propuesta como adjudicataria, pero también a los pliegos, y al procedimiento de adjudicación, con carácter general, como abordaremos a continuación.

El recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un contrato de servicios 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 el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En el supuesto examinado, la comunicación de la exclusión definitiva del licitador remitida por el órgano de contratación es publicada en el perfil de contratante el 4 de marzo de 2022 que incorpora, además, el acta de la mesa de contratación que contiene el acuerdo de exclusión de la oferta de la ahora recurrente, y especifica las



razones de la exclusión. No consta en el expediente remitido notificación individual de dicha exclusión. No obstante, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 18 de marzo de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente acciona contra el acuerdo de la mesa de contratación de 1 de marzo de 2022 en el que se contiene la exclusión de su oferta y en el *petitum* solicita de este Tribunal *“que sea dictada resolución en la que se resuelva anular la resolución de Comunicación de admisión o exclusión definitiva de Número de Expediente EC/AC-AGI/001/2021, enviada desde la Plataforma de Contratación del Sector Público el 04-03-2022, acuerdo de exclusión, y contra el ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN de 1 de marzo de 2022”*.

Centra sus alegatos en la vulneración del principio de legalidad en la contratación de los servicios de limpieza de colegios y centros públicos del Ayuntamiento de Écija e imputa a la Administración desviación de poder que conllevaría un vicio de anulabilidad en la resolución de adjudicación a la mercantil ECILIMP al calificarla de arbitraria, caprichosa e injustificada. En el recurso se ponen de manifiesto, asimismo, las infracciones que se indican a continuación.

Primero, que la mercantil ECILIMP no dispone de plan de igualdad, con incumplimiento de lo que establece la LCSP, con relación a la obligación de disponer y aplicar aquél en las empresas con más de cincuenta personas trabajadoras.

Segundo, que se han producido irregularidades de difícil reparación en el proceso respecto a las visitas a los centros y edificios del Ayuntamiento, denunciando posibles ilícitos penales, con expresa reserva del ejercicio de acciones penales y el traslado a la Fiscalía.

Tercero, que ha detectado que en la información relativa al personal a subrogar, en el personal adscrito al servicio de limpieza de colegios se ha incluido personal que se encuentra trabajando para edificios públicos, lote 2, denunciando, de manera genérica, nuevamente, la vulneración del principio de legalidad.

Finalmente, pone de manifiesto la infracción de los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades invocando doctrina del Tribunal Supremo, en relación con el criterio de arraigo territorial, al señalar que, conforme a dicha doctrina, no pueden puntuar los méritos preferentes basados en la implantación territorial, provincial y autonómica y la experiencia en contratos anteriores que adquieren un rango determinante para la selección, por suponer una clara discriminación de las empresas. Se limita a afirmar que cumple con los requisitos de solvencia según obra en el expediente, criticando que la licitación se haya creado *ad hoc* para adjudicar el contrato a la empresa ECILIMP, S.L.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En su informe, el órgano de contratación defiende la decisión de exclusión de la recurrente -a pesar de que dicho extremo no ha sido combatido en el recurso- exponiendo que resulta ostensible que la mayor cifra de negocios correspondiente al año 2020 aportada por la entidad, era inferior a la exigida por el pliego para la acreditación de la solvencia económica y financiera. En tal sentido, añade que el defecto no podría subsanarse, a la vista de la



documentación aportada por el recurrente, por lo que se optó por la continuación del procedimiento de licitación sin mayores trámites, en aplicación de los principios de economía procedimental y racionalización y agilidad de los procedimientos.

Frente a la denuncia de arbitrariedad en la adjudicación a ECILIMP el órgano califica de tendenciosas y sectarias las afirmaciones efectuadas en el recurso, máxime si se tiene presente que en el acta de la sesión de 9 de marzo de 2022, publicada en el perfil de contratante, la mesa de contratación ordena de manera decreciente las ofertas y eleva la propuesta de adjudicación de la oferta económicamente más ventajosa, por lo que, a la fecha de interposición del recurso, ni siquiera se había dictado la resolución de adjudicación.

Con relación al primer motivo alegado en el recurso, el órgano sostiene que el motivo no puede prosperar puesto que el cumplimiento de la obligación de disponer de un plan de igualdad habrá de examinarse en el momento procedimental oportuno cuando se examine la documentación acreditativa del cumplimiento del requisito de no prohibición para contratar.

Con relación a las infracciones procedimentales denunciadas respecto a las visitas a los centros y edificios del Ayuntamiento, transcribe las instrucciones publicadas en la plataforma de contratación del sector público así como diversos informes minuciosos emitidos por el Jefe de Departamento del Área de urbanismo, Desarrollo Socioeconómico y Medio Ambiente del Ayuntamiento sobre el desarrollo de las visitas realizadas, en orden a refutar tal alegación.

Con relación al tercer motivo, el informe indica que se respetó de manera escrupulosa lo previsto en el artículo 130 de la LCSP y por ende, la información facilitada por las empresas que vienen efectuando la prestación del servicio (entre ellas la facilitada por la recurrente y por la otra licitadora) en su condición de empleadoras, fue incorporada al expediente para una correcta evaluación de los costes laborales.

Con relación a la desproporción o falta de razonabilidad del criterio de selección relativo a la solvencia económica y financiera, el informe pone de manifiesto la incongruencia del recurso a la hora de invocar doctrina del Tribunal Supremo respecto de los criterios de arraigo territorial, cuando el motivo de su exclusión afecta al requisito de la solvencia económica y financiera. Esgrime que la recurrente dejó consentidos y firmes los pliegos, al no impugnarlos en el momento procedimental oportuno, deviniendo, con ellos inatacables al accionar en un momento ulterior frente a otro acto del procedimiento de adjudicación.

Finalmente, el órgano de contratación remite, entre la documentación complementaria, un informe del Servicio de Contratación y Patrimonio sobre la valoración del perjuicio ocasionado por el recurso y el cálculo de los potenciales beneficios obtenidos por la recurrente con su interposición, en el que aprecia la temeridad y mala fe de la recurrente, ante la total y palmaria ausencia de argumentos y viabilidad jurídica y considera que es clara la intención de confundir a este Tribunal con razonamientos tendenciosos y torticeros, solicitando la imposición de 6.000 euros de multa por los correspondientes perjuicios irrogados a la Administración, al interés general y al resto de operadores económicos incurso en el procedimiento.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la legitimación de la entidad recurrente para impugnar la admisión de la entidad propuesta como adjudicataria.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, y con carácter previo al eventual análisis de los motivos de fondo expuestos en el recurso, conviene abordar el interés legítimo de la entidad recurrente ya que la apreciación de



una posible causa de inadmisión del presente recurso, por falta de legitimación activa, haría innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre el fondo del asunto controvertido.

Desde un punto de vista formal, la recurrente, al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP, interpone el recurso contra un acto de trámite cualificado, la comunicación de su exclusión definitiva publicada en el perfil de contratante. En concreto, en el *petitum* solicita de este Tribunal “*que sea dictada resolución en la que se resuelva anular la resolución de Comunicación de admisión o exclusión definitiva de Número de Expediente EC/AC-AGI/001/2021, enviada desde la Plataforma de Contratación del Sector Público el 04-03-2022, acuerdo de exclusión, y contra el ACTA DE LA MESA DE CONTRATACIÓN de 1 de marzo de 2022*”.

No obstante lo anteriormente indicado, en puridad, lo que en el recurso se está combatiendo es la admisión de la empresa que ha resultado propuesta como adjudicataria, que es un acto de trámite cualificado, y por tanto susceptible de recurso especial. Ahora bien, procede efectuar un análisis del interés legítimo que asiste a la recurrente, a la vista de los motivos esgrimidos en su recurso, puesto que no combate sustantivamente la decisión de exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, sino que lo que denuncia, en el fondo, es la indebida admisión de la propuesta como adjudicataria, así como la vulneración del principio de legalidad que predica de todo el procedimiento de adjudicación en el que ha participado la recurrente, haciéndolo de manera genérica y abstracta, sin concreción alguna, a excepción de los motivos concretos que hemos señalado con anterioridad.

Pues bien, una simple lectura del contenido del escrito del recurso nos permite inferir que, en efecto, aquél no se dirige a combatir la exclusión de la oferta de la recurrente sino que se ataca, de manera indirecta, la indebida admisión de la propuesta como adjudicataria, sin haber combatido los motivos de su exclusión, por lo que ha dejado aquélla firme y consentida, careciendo de legitimación la recurrente para accionar contra la admisión de la otra licitadora, al convertirse en una entidad ajena a la licitación.

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 360/2020, de 29 de octubre y 296/2021, de 29 de julio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, 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.

La jurisprudencia señala que, al conceder el artículo 24.1 de la Constitución Española el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales –y por ende, a los órganos administrativos- la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales o procedimentales administrativas utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales o procedimientos administrativos. Por ello, de manera reiterada la doctrina de los Tribunales administrativos de recursos contractuales, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido, se ha declarado que el interés invocado ha de ser un interés cualificado por su ligazón al objeto de la impugnación, no siendo suficiente a los efectos de la legitimación del licitador excluido el interés simple y general de la eventual restauración de la legalidad supuestamente vulnerada y de la satisfacción moral o de otra índole que pueda reportarle al recurrente el que no resulten adjudicatarias algunas otras empresas



licitadoras, toda vez que nuestro ordenamiento no reconoce la acción popular en materia de contratación pública.

Resulta evidente que la oferta de la ahora recurrente ha sido excluida de la licitación, sin que en el presente recurso, el motivo de dicha exclusión haya sido atacado ni combatido sustantivamente. En efecto, la pretensión ejercitada, si bien, desde un punto de vista formal, va dirigida a la anulación de la exclusión, desde un punto de vista material, no se sustenta en la alegación de ningún motivo que vaya dirigido a combatir la decisión de la mesa de exclusión, habiendo de considerarse que el acto de exclusión ha devenido firme y consentido, al no plantear motivos de oposición al mismo.

A mayor abundamiento, aun cuando no hubiese concurrido dicha causa de inadmisión, procede analizar, a continuación, la naturaleza del escrito de impugnación y la finalidad perseguida que revela la ausencia absoluta de contenido impugnatorio del mismo, con relación a la indebida admisión de la oferta de la recurrente, lo cual hubiera impedido a este Tribunal pronunciarse sobre la legalidad del acto.

En efecto, el recurso, a excepción del motivo referido al incumplimiento del plan de igualdad de la propuesta como adjudicataria, parece combatir la licitación en su integridad, sobre la que se cierne una sospecha de ilegalidad que en el recurso no se concreta, limitándose a denunciar un trato discriminatorio en abstracto, que, a juicio de aquélla, vulnera el principio de igualdad que preside la contratación pública, pero sin mencionar ninguna infracción procedimental con datos concretos y precisos. En el recurso se efectúan, además, remisiones genéricas a la necesaria sujeción de la Administración al principio de legalidad y la proscripción de la desviación de poder y a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la eventual desproporción de criterios de solvencia técnica, económica y financiera exigidos en los pliegos que suponen en la práctica la exclusión de empresas por una supuesta vinculación o arraigo territorial.

Por tanto, aunque a efectos meramente dialécticos, pudiéramos admitir la legitimación de la recurrente al considerar que en el escrito de recurso se evidencian infracciones acaecidas en el procedimiento de adjudicación que, de manera tangencial, pudieran afectar a la exclusión controvertida, y de ellas pudiera inferirse que se está combatiendo, de manera implícita su exclusión, lo cierto es que el motivo de aquélla fue el incumplimiento de los requisitos requeridos en el pliego referidos a la solvencia económica y financiera, que exigía que el volumen anual de negocios del licitador, referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos, debería ser al menos una vez y media del valor anual medio del contrato considerando que la duración del contrato es superior a un año, y señalándose como valor mínimo exigido referido al Lote 2, el importe de 285.596,55€. Y sobre este aspecto concreto, o más concretamente, sobre la falta de cumplimiento de dicho requisito, que fue el verdadero motivo de la exclusión, la recurrente no aduce argumento de oposición alguna.

La recurrente solicita la anulación de la exclusión de su oferta, respecto al lote 2, pero centra todo su alegato en cuestiones relacionadas, no con el cumplimiento del requisito de la solvencia económica y financiera, sino en cuestiones genéricas que afectan, bien a eventuales incumplimientos por parte de la oferta clasificada en primer orden (repárese que, como se ha indicado con anterioridad, ni siquiera al tiempo de interposición del recurso se había dictado la resolución de adjudicación) o van referidas a eventuales vicios de los pliegos como la velada imputación de desproporción o falta de razonabilidad del criterio de selección establecido para la acreditación de la solvencia económica y financiera, que no fueron denunciados en el momento procedimental oportuno, habiendo devenido aquéllos firmes e inatacables.

De lo expuesto se deriva que el presente recurso carece de efecto útil alguno y ello dado que, al no abordar ni combatir en el mismo, las razones que ocasionaron la exclusión de NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L de la



licitación del lote 2, en ningún caso puede prosperar la pretensión que el mismo contiene respecto a la anulación de la exclusión, puesto que, como ya se ha referido la misma ha devenido firme e inatacable respecto a la falta de acreditación de la solvencia económica y financiera.

A mayor abundamiento, se constata la falta de congruencia de que adolece el recurso que provoca que la finalidad perseguida, con la interposición del mismo, deviene inviable. Este Tribunal ha analizado esta cuestión en recientes Resoluciones(v.g Resolución 204/2022, de 25 de marzo) en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

“Al respecto procede señalar que el artículo 51 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifique el motivo que fundamente el recurso. Sin embargo, en el presente supuesto no se articula argumentación alguna que combata una de las razones que conllevaron la exclusión de la recurrente, lo que no permite a este Tribunal entrar a conocer del asunto. En tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 (cas. 54/1991) señala sobre la necesaria argumentación jurídica que: «argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso».

Por tanto este Tribunal, dada su función exclusivamente revisora, no puede entrar a conocer y pronunciarse sobre el contenido de uno de los motivos de exclusión del que deviene la firmeza del acto cuya anulación se pretende, y que provoca que la resolución del presente asunto carezca de efecto útil alguno”.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y una de las últimas, la 143/2021, de 15 de abril), sobre la función que ostenta exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP, sin que pueda sustituir la competencia propia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación.

Así, el artículo 57.2 de la LCSP establece que *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.*

Finalmente, el presente recurso incide en el quebrantamiento de las garantías procedimentales -atribuible, es de suponer, a la actuación de la mesa- que a su juicio, abarca desde el trámite de apertura y calificación administrativa hasta la propuesta de adjudicación, incluyendo la apertura de los criterios basados en juicios de valor, la valoración de los referidos criterios, y la apertura y ulterior valoración de los criterios evaluables económicamente. Además, insinúa vicios respecto de las previsiones del pliego a la hora de fijar el criterio de



solvencia económica-financiera, ligándolo a la doctrina del Tribunal Supremo sobre los criterios de arraigo territorial. Dichos motivos, en cualquier caso, habrían de ser desestimados ya que el recurso se dirige formalmente contra un acto de trámite cualificado, y sustantivamente contra los pliegos que, al no haber sido impugnados en el momento procedimental oportuno han devenido firmes e inatacables. En este sentido, conviene traer a colación la doctrina consolidada de este Tribunal a propósito del recurso indirecto contra los pliegos con motivo de la impugnación de un acto posterior del procedimiento de adjudicación. Así, en nuestra Resolución 194/2019, de 19 de junio -reiterada en otras posteriores como la 104/2021, de 25 de marzo- señalábamos:

«Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es que 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 la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que califican el contrato como concesión de servicios.

La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), en la que se indica que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consientan una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando cuestiones relativas a la configuración de los pliegos, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que en la Resolución 49/2017, de 20 de enero, concluye en un supuesto muy similar al presente que: “Al no haber recurrido el pliego en tiempo y



forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional a que se refiere la Sentencia del TJUE de 12 de marzo 2015 (asunto C-538/13)”».

Con fundamento en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación, en relación a la pretensión dirigida sustantivamente contra la admisión de la entidad propuesta como adjudicataria, por las razones expuestas, y a mayor abundamiento, por falta de viabilidad de la pretensión ejercitada en atención al contenido impugnatorio.

Procede la desestimación de los restantes motivos dirigidos sustantivamente contra los pliegos.

SÉPTIMO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso. Multa a imponer conforme a criterios de proporcionalidad.

El órgano de contratación solicita, en su informe, que se aprecie la concurrencia de mala fe y temeridad en la interposición del recurso, por la inconsistencia, no solo jurídica sino técnica y material e invoca, en términos genéricos, el perjuicio irrogado al Ayuntamiento de Écija como poder adjudicador. En el informe del Servicio de Contratación y Patrimonio, remitido entre la documentación complementaria, se exponen las razones por las que se defiende la apreciación de la temeridad y la mala fe de la entidad recurrente, con fundamento en la doctrina de este Tribunal y de otros Tribunales de Recursos Contractuales, y solicita la imposición de 6.000 euros de multa. No obstante, indica que no cabe valorar daño o perjuicio por retraso o paralización del procedimiento de licitación, más allá de los inherentes a la emisión y tramitación por el recurso interpuesto y de las consiguientes molestias, gastos y costas para el Órgano Juzgador.

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)).

Al respecto, 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 este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de legitimación activa de la recurrente, que, pese a no combatir el motivo de su exclusión, se dirige contra la admisión de la oferta de la propuesta como adjudicataria, siendo ostensible, la falta de legitimación activa para recurrir la admisión. A mayor abundamiento, apreciamos que el recurso adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos expuestos, puesto que como ya se analizó en la parte de antecedentes y se expone en las consideraciones, carece de contenido impugnatorio con relación al objeto de la impugnación, ya que, siendo perfectamente conocedor del motivo de su exclusión y de la falta objetiva de cumplimiento del requisito exigido en los pliegos, no combate dicho motivo sino que articula un recurso fundado en una serie de irregularidades procedimentales de carácter genérico, e impreciso, que intentan acreditar, de manera infructuosa, que la licitación se ha convocado a medida de una de las licitadoras que ni siquiera, a la fecha de interposición del recurso, había resultado adjudicataria.

Resulta, pues, ostensible la falta de legitimación de la recurrente y además, la falta de congruencia entre la pretensión y la argumentación esgrimida, indicativa de lo que supone un 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, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, 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 temeridad.

En cuanto al importe de la multa, el 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.»*

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación, datos que, hasta la fecha, no han sido cuantificados por el órgano de contratación.



Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto interpuesto por la entidad **NOVA BERMUDO Y JORDANA, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación por la que se excluye a la citada entidad del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “ Servicios de limpieza de colegios, centros públicos (lote 1) y edificios del Excmo. Ayuntamiento de Écija (lote 2) por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y sujeto a regulación armonizada, Expte EC/AC-AGI/001/2021”, respecto del lote 2, promovido por el Ayuntamiento de Écija, por falta de legitimación de la recurrente, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en la cuantía máxima de 1.500 euros en los términos previstos 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.

