

Recurso 138/2024
Resolución 185/2024
Sección Primera

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

Sevilla, 26 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS SEMAT S.A.**, contra las resoluciones de adjudicación, de 29 de febrero de 2024, de los lotes 1, 2 y 3 del contrato denominado “Servicio de limpieza de las sedes judiciales de la provincia de Cádiz”, convocado por la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Cádiz (Expte CONTR 2022 0000424521), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 16 de mayo de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato ascendía a 8.224.932,73 euros.

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.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 17 de noviembre de 2023 el órgano de contratación adjudicó los tres lotes del contrato a la entidad **SERVICIOS SEMAT S.A.** (SEMAT, en adelante). Contra las resoluciones de adjudicación de los tres lotes fue interpuesto recurso especial por la entidad **ATENDE SERVICIOS INTEGRADOS S.L.** (ATENDE, en adelante), estimándose el mismo por este Tribunal en la Resolución 644/2023, de 22 de diciembre, que acordó la anulación de los tres actos impugnados.

Como consecuencia de la estimación del recurso, el órgano de contratación, tras diversos trámites, dictó el 29 de febrero de 2024 resoluciones de adjudicación de los lotes 1, 2 y 3 a **ATENDE**. Las tres resoluciones fueron publicadas en el perfil de contratante el 4 de marzo, remitidas a la ahora recurrente el 1 de marzo de 2024 y recibidas por dicha entidad el 11 de marzo.

SEGUNDO. El 25 de marzo de 2024, SEMAT presentó en el registro electrónico único de la Junta de Andalucía, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación contra las resoluciones de adjudicación de los tres lotes del contrato.



Tras la recepción del recurso especial, el órgano de contratación lo remitió al Tribunal y, con posterioridad, envió la documentación necesaria para su resolución.

Habiéndose conferido traslado del recurso a los interesados en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles para alegaciones, las ha presentado en plazo ATENDE.

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. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la adjudicación de tres lotes de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y va a resultar formalizado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Legitimación.

Procede analizar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso contra la adjudicación de los tres lotes, habida cuenta que ha resultado excluida de la licitación en virtud de lo acordado en la Resolución 644/2023 de este Tribunal.

Sobre la falta de legitimación del licitador excluido para impugnar la adjudicación a través del recurso especial en materia de contratación existe una abundante doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales, incluido este Tribunal. No suscita ninguna duda la ausencia de interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP, del licitador excluido que ha dejado firme esta decisión del poder adjudicador; y ello, por cuanto se trata de un tercero ajeno al proceso de selección del contratista y ningún interés puede reportarle que el contrato se adjudique o no a otro licitador, en la medida que él no puede resultar ya adjudicatario.

No obstante, esta doctrina se viene también aplicando al licitador excluido que no haya dejado firme su exclusión por haberla impugnado en vía jurisdiccional, como sucede en el presente caso donde SEMAT ha accionado en vía judicial contra la Resolución 644/2023 de este Tribunal antes citada. Así, en nuestra Resolución 226/2022 señalábamos:

<<(…) en la Resolución 105/2022, de 11 de febrero, ante un supuesto similar al aquí examinado donde la recurrente accionó en vía jurisdiccional contencioso-administrativa contra una resolución de este Tribunal que estimó procedente su exclusión de la licitación, concluíamos que «siendo la recurrente una licitadora excluida mediante



resolución definitiva en vía administrativa, no cuenta con legitimación para la interposición de un recurso contra la posterior adjudicación, y ello, por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución».

En el caso ahora analizado en la presente resolución, como ya se ha indicado, la oferta de AMEDIDA resultó excluida de la licitación y este Tribunal desestimó el recurso que la mercantil interpuso contra la citada exclusión, siendo así que dicha entidad ha accionado judicialmente contra la resolución de este Tribunal, hallándose pendiente al día de la fecha un pronunciamiento judicial sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con independencia de lo anterior, en el recurso especial ahora analizado, AMEDIDA se dirige contra la adjudicación del contrato a favor de la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L.U.

Pues bien, siguiendo el criterio sustentado en las recientes resoluciones de este Tribunal antes mencionadas, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del presente recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase.

Al respecto, este Tribunal ya ha expuesto en otras ocasiones que dicha hipótesis desbordaría el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que: “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 (...)”

En diversas resoluciones (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 y 360/2020, de 29 de octubre) hemos 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.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que, siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso especial solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación del contrato a su favor, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto en el que la exclusión de aquella ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la resolución desestimatoria por este Tribunal del anterior recurso especial que AMEDIDA interpuso contra la exclusión de su oferta. De este modo, si la recurrente no puede obtener la adjudicación, con el recurso especial no obtendría beneficio inmediato más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación.

En tal sentido se viene pronunciando el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en reiteradas resoluciones entre las que cabe citar la Resolución 149/2020, de 6 de febrero, donde señala:

*«Constituye doctrina de este Tribunal, recientemente reflejada en la Resolución nº 1239/2019, que carece de legitimación para impugnar exclusivamente la adjudicación quien no puede ser en ningún caso adjudicataria del contrato por haber sido excluida. Y ello porque carece de interés legítimo.
(...)»*



Como decimos, este Tribunal ha señalado en múltiples resoluciones, a propósito de la impugnación de la adjudicación por un licitador excluido (por todas Resoluciones n° 237/2011, de 13 de octubre, n° 22/2012, de 18 de enero, y n° 107/2012, de 11 de mayo de 2012), 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.

En conclusión, resulta claro que la recurrente se encuentra excluida del procedimiento de contratación mediante una resolución del órgano de contratación que ha sido confirmada por nuestra Resolución 1073/2019. Por tanto, como licitadora excluida ha quedado apartada del procedimiento de contratación, carece de legitimación para recurrir en el presente procedimiento puesto que no acredita la existencia de un interés legítimo al no poder experimentar ningún beneficio concreto y tangible como consecuencia de la posible estimación del presente recurso.

Además de la consideración y regla general expuesta se hace preciso analizar si efectivamente, la eventual estimación del presente recurso reportaría a SLI alguna ventaja de tipo jurídico que pueda calificarse como cierta, y que por tal razón le confiriera encontrarse legitimado para recurrir. Y es en este punto donde debemos llegar a la conclusión de que la resolución de este recurso, en caso de ser estimatoria, nunca le podría reportar un beneficio cierto a la recurrente, pues ninguna ventaja patrimonial o de otro tipo le correspondería, ya que la anulación del acuerdo de adjudicación en favor de INDRA, unido a la exclusión ya acordada de las otras dos licitadoras que resultaron invitadas, determinaría que el procedimiento de adjudicación se declarase desierto, y con ello se pudiese volver a producir una licitación nueva en idénticos términos de la que pudiera ser licitadora. Y a tal respecto, dado que la legislación de contratos estatal no obliga, una vez declarado desierto el procedimiento de adjudicación, a convocar un nuevo procedimiento de adjudicación en idénticos términos que el anterior, ni siquiera a convocarlo, toda vez que la entidad u órgano convocante puede acudir a otros medios distintos del contrato para prestar el servicio, o acudir a un contrato de distintas características del convocado, la recurrente no obtendría por la declaración de quedar desierto el presente procedimiento de adjudicación, un derecho a que se convocase otro procedimiento en términos iguales al declarado desierto. Por ello, de la anulación de la resolución recurrida el recurrente no obtendría una ventaja adicional a la de cualquier otro ciudadano interesado en concurrir a una eventual licitación, lo que no representa un interés más intenso que el que se derivaría de una acción pública, que como hemos afirmado anteriormente no se reconoce en materia de contratación.»

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que la falta de legitimación de la entidad licitadora excluida -mediante resolución administrativa firme- para impugnar la resolución de adjudicación, no constituye una merma de los principios de tutela judicial efectiva y pro actione. Y ello dado que, en un supuesto como el que nos ocupa en el que AMEDIDA manifiesta haber impugnado judicialmente la resolución de este Tribunal desestimatoria de su recurso contra la exclusión, la citada entidad puede obtener una sentencia favorable a sus intereses que determine, en última instancia, una eventual adjudicación del contrato a su favor. Pero es que, además, la admisión de su legitimación para la interposición del presente recurso especial contra la adjudicación, basada en el hecho de no haber dejado firme su exclusión, no va a determinarle ningún beneficio efectivo, como ya se ha señalado con anterioridad, pues una eventual estimación del recurso especial contra dicha adjudicación no le permitirá obtener la adjudicación -al hallarse excluida, aunque no lo sea de manera firme en vía judicial-.



Como antes hemos indicado, tal criterio es el sostenido por este Tribunal en la ya citada Resolución 105/2022 y en otras anteriores como las 562/2021 y 563/2021, ambas de 30 de diciembre, e igualmente en la anteriormente citada resolución del TACRC, que al efecto concluye en los siguientes términos: «Pues bien, en nada perturba esta alegación a la falta de legitimación del recurrente toda vez que la interposición del recurso contencioso administrativo a que alude, y su eventual estimación, determinaría la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión de SLI, y ello determinaría que el acuerdo de adjudicación que ahora se recurre quedaría anulado por tener que dictarse un nuevo requerimiento del artículo 150 a la oferta económicamente más ventajosa, que por mor de la inclusión de SLI en el procedimiento de adjudicación (por anulación del acuerdo de exclusión) se dirigiría a SLI al resultar la oferta más ventaja (pues no tiene noticia este Tribunal de que KN-BSS haya reaccionado frente a su exclusión del procedimiento de adjudicación). Por tanto, el recurso contencioso administrativo, cuyo devenir pudiera tener -en caso de ser estimado- incidencia en la validez del acto de adjudicación aquí recurrido, no sirve en modo alguno para justificar la legitimación negada a SLI en esta sede, pues la suerte que siga tal recurso contencioso administrativo puede tener incidencia en el Acuerdo de adjudicación ahora recurrido, pero el resultado estimatorio o desestimatorio del recurso especial en materia de contratación que ahora nos ocupa no tendría incidencia alguna en el recurso contencioso administrativo interpuesto por SLI. De modo que los intereses legítimos de SLI en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, Lote VII, ya se ven satisfechos y canalizados mediante la impugnación de su concreta exclusión. Lo que confirma que a SLI ninguna ventaja le reporta el ejercicio del presente recurso, ni ninguna legitimación adicional le genera el hecho de que haya recurrido ante los tribunales del orden jurisdiccional contencioso administrativo el acuerdo de exclusión confirmado por la resolución de este Tribunal nº 1073/2019». >>

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto examinado, nos encontramos con que SEMAT se halla actualmente excluida de la licitación, aun cuando no lo sea con carácter firme. Esa decisión de exclusión, acordada en virtud de una resolución previa de este Tribunal, es ejecutiva aun cuando se halle impugnada judicialmente -pues no consta ni se ha acreditado en esta sede administrativa que el órgano judicial haya acordado la suspensión cautelar de los efectos de nuestra Resolución 644/2023-.

Por tanto, si SEMAT se halla excluida de la licitación, el actual recurso especial contra las resoluciones de adjudicación de los tres lotes no le reportaría ningún beneficio cierto y actual, pues se trata de un tercero ajeno a la licitación que no puede alzarse con la adjudicación del contrato. Por otro lado, como ya se ha indicado, en caso de una eventual estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la citada empresa contra la Resolución 644/2023 de este Tribunal, quedaría revocada la exclusión acordada y todos los actos posteriores a la misma que pudieran verse afectados por aquella anulación, incluidas las resoluciones de adjudicación objeto del presente recurso especial. Sería entonces, como señala la Resolución 149/2020 del TACRC, cuando se verían satisfechos y canalizados los intereses legítimos -en este caso, de SEMAT- en el procedimiento de adjudicación; sin que el presente recurso especial le reporte en este momento ninguna ventaja en orden a la adjudicación del contrato.

Con base en las consideraciones realizadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP, procede inadmitir el recurso especial interpuesto por falta de legitimación de la entidad recurrente.

En cualquier caso, a mayor abundamiento, se analizan los motivos de fondo para dejar zanjada definitivamente la cuestión en esta sede administrativa y en atención al principio de congruencia consagrado en el artículo 57 de la LCSP.

QUINTO.Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la entidad recurrente.



Solicita la anulación de los acuerdos de adjudicación impugnados, con retroacción del procedimiento a fin de que la mesa de contratación le confiera plazo para acreditar su fiabilidad, si ello fuera necesario pues -según manifiesta- ya ha acreditado tener su plan de igualdad aprobado e inscrito en el registro.

Funda esta pretensión en los motivos que, de modo sucinto, se exponen a continuación:

1) SEMAT alega que interpuso recurso contencioso-administrativo, actualmente en fase de tramitación, contra la Resolución 644/2023 de este Tribunal que anuló las resoluciones de adjudicación de los lotes 1, 2 y 3, a fin de que se procediera a la exclusión de la citada empresa con continuación de la licitación. Asimismo, aduce que presentó ante la mesa de contratación un escrito de 29 de diciembre de 2023 solicitando que tuviese por anuladas las resoluciones de adjudicación de los tres lotes del contrato en cumplimiento de lo acordado en la citada Resolución de este Tribunal y comunicase a SEMAT *“estar incurso en causa de prohibición de contratar, confiriéndole plazo para poder acreditar su fiabilidad”*; si bien la mesa no atendió esta solicitud, siendo un hecho cierto que siempre ha contado con un plan de igualdad conforme a la ley, lo que ha culminado con su inscripción en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad (en adelante, REGCON).

2) A continuación, SEMAT reproduce actuaciones practicadas durante el procedimiento de adjudicación en cuanto a la documentación presentada con referencia al plan de igualdad (PI, en adelante), cuando fue requerida para aportar la documentación previa a la adjudicación y tras el trámite posterior de aclaración conferido. Insiste en que ha dado cumplimiento a lo establecido en los pliegos.

3) Existe una propuesta de Real Decreto que ha elevado el Ministerio de Igualdad al Consejo de Ministros, para la modificación del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro. A la vista de dicho texto, no hay duda de que la intención del Ministerio de Igualdad, dadas las dificultades en la negociación, tramitación y adaptación de los PI a la nueva normativa, es conceder un margen mayor al existente para lograr la inscripción de los mismos; y añade que *“Tal sensibilidad debió alcanzar también a la Mesa de Contratación y debió y debe hacerlo al Tribunal al que nos dirigimos, pues además no se confirió por aquélla el obligado y necesario trámite consistente en comunicar a SEMAT hallarse en causa de exclusión y ofrecerle plazo para restaurar su fiabilidad.”*

(...)

En definitiva, aun a la espera de la aprobación de la propuesta elevada por el Ministerio de Igualdad, y a la luz de su espíritu e intención, y de la doctrina de la mayor parte de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, debió y debe considerarse suficiente con contar con un plan de igualdad negociado y aprobado, como tenía SEMAT y había acreditado, y que ahora tiene definitivamente inscrito”.

Concluye, pues, que la razón de que el Ministerio de Igualdad haya propuesto que se retrase la obligación de inscripción de los PI, tiene su fundamento en la realidad misma y la situación de SEMAT es un ejemplo de esta realidad. En tal sentido, la recurrente expone las dificultades encontradas en la negociación del PI con los sindicatos, lo que ha causado un retraso en la aprobación e inscripción del plan, lo que no debería castigarse con una sanción tan grave como es la exclusión, máxime al no haberle ofrecido la posibilidad de acreditar su fiabilidad y cuando los pliegos no contenían la obligación de inscripción.

4) Aduce, con cita de una sentencia de la Audiencia Nacional, que el desarrollo normativo para la adaptación del PI no se produjo hasta finales del año 2022 e insiste en que SEMAT no solo tiene a día de hoy un plan adaptado e inscrito en el REGCON, sino que, mientras negociaba las adaptaciones necesarias, tenía igualmente un plan vigente cuya prórroga había sido acordada con los representantes de los trabajadores, siendo la razón de la



demora en la inscripción la realidad puesta de manifiesto por el Ministerio de Igualdad como consecuencia de la avalancha de adaptaciones que han tenido que negociar empresas y sindicatos, junto al tardío desarrollo normativo.

Por todo ello, insiste en que no es posible considerar a la empresa incurso en prohibición de contratar, pero si así se estimare, no cabe su exclusión automática, sino que debió dársele plazo para que propusiera medidas autocorrectoras. En tal sentido, esgrime que *“aportó en su día la documentación que le solicitó la Mesa de Contratación, pero únicamente fue requerida para aclarar la vigencia del Plan de Igualdad, lo que hizo sobradamente y fue considerado suficiente por aquélla, pero ni fue o ha sido requerida para acreditar nada relacionado con la inscripción, por no ser condición establecida en los Pliegos, ni ha sido advertida en ningún momento de poder estar incurso en causa de prohibición de contratar, y en consecuencia le ha sido ofrecida la posibilidad de proponer medidas de autocorrección o “self cleaning”; como debió hacerse en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE, de obligada y directa aplicación en nuestro Ordenamiento jurídico según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de enero de 2021.*

Este obligado, necesario, imprescindible e insoslayable trámite, que es notorio que no ha tenido lugar y que su omisión en caso de considerarse a SEMAT incurso en causa de prohibición de contratar vulneraría su derecho fundamental a participar en el procedimiento concursal, ha de ser conferido en todo caso y con carácter previo a acordar una eventual exclusión (lo que tampoco ha acontecido de forma expresa), pues las decisiones de exclusión y declaración de prohibición de contratar no pueden ser automáticas”.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se alza frente a los motivos del recurso, esgrimiendo que le fue notificada la Resolución 644/2023 de este Tribunal en la que se estimaba el recurso especial interpuesto por ATENDE y se acordaba la anulación de la adjudicación de los tres lotes del contrato a SEMAT, así como su exclusión. Señala que *“De acuerdo con el artículo 59.2 de la Ley de Contratos del Sector Público la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales es directamente ejecutiva y contra la misma, de acuerdo con el artículo 59.1, solo cabrá interposición de recurso contencioso-administrativo.*

En consecuencia, este órgano de contratación procedió, de acuerdo con la cláusula 10.7 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a solicitar a ATENDE SERVICIOS INTEGRADOS S.L. la documentación previa a la adjudicación por ser la siguiente proposición mejor valorada en la clasificación de las mismas.

Reunida la mesa de contratación se comprueba que esta licitadora presenta toda la documentación exigida, tal como se recoge en el acta del día 15 de febrero de 2024. En dicha acta se da respuesta al escrito de 27 de diciembre presentado por SERVICIOS SEMAT S.A. en el que solicitaba que, una vez que el órgano de contratación le comunicara estar incurso en prohibición de contratar, le concediera plazo para poder acreditar su fiabilidad. Respecto a ello, tal como se recoge en el acta, “la Mesa entiende que una vez dictada y recibida la resolución del TARCA, que es definitiva y pone fin a la vía administrativa, solo procede dar cumplimiento a la misma, anulando la adjudicación de los tres lotes y procediendo a la exclusión de la entidad adjudicataria SERVICIOS SEMAT S.A., tal como indica expresamente el Tribunal, sin que en ningún momento el Tribunal acuerde que se retrotraiga el procedimiento.”>>

III. Alegaciones de la entidad interesada

ATENDE se opone a los argumentos del recurso esgrimiendo los siguientes:



1) Alega la inadmisión del recurso por falta de legitimación de SEMAT en la medida que la Resolución 644/2023 de este Tribunal acuerda la procedencia de su exclusión, careciendo la recurrente de legitimación para impugnar las posteriores adjudicaciones de los lotes del contrato. Asimismo, aduce que la única vía que asiste a SEMAT es el recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de este Tribunal -lo que ya ha llevado a cabo-, siendo improcedente reabrir otra vez en esta sede administrativa un debate que ya ha quedado definitivamente zanjado en ella.

ATENDE manifiesta que no puede admitirse el argumento de que no se ha conferido al recurrente trámite para acreditar su fiabilidad empresarial e insiste en que consta en el expediente acta de la mesa -publicada en el perfil de contratante- frente a la que no se ha interpuesto recurso alguno, donde se deniega la retroacción del procedimiento para otorgar a SEMAT plazo en orden a acreditar su fiabilidad empresarial.

2) Subsidiariamente, solicita la desestimación del recurso insistiendo en que la recurrente pretende rebatir los fundamentos de la Resolución 644/2023 de este Tribunal, a sabiendas de que no es la sede para ello, como lo demuestra el hecho de que ha interpuesto paralelamente un recurso contencioso-administrativo.

Señala, igualmente, que la inscripción en el REGCON no se ha producido hasta marzo de 2024, omitiendo la fecha en su escrito de recurso; y que la propuesta normativa del Ministerio de Igualdad no ha llegado a aprobarse.

Aduce que no se ha negado a la recurrente la posibilidad de aplicar la doctrina y jurisprudencia relativas a las medidas “*self cleaning*”, sino que dichas medidas no han podido aplicarse a la empresa porque seguía incumpliendo su obligación en la fase final del proceso de licitación, como ella misma viene a reconocer; y concluye que “*No se puede pretender que los procesos de licitación se prolonguen indefinidamente para que queden ajustados al tiempo que un licitador incurso en prohibición de contratar -y, por tanto, incumplidor- precise (o desee) para la restauración de su fiabilidad empresarial, sino que es dicho licitador el que debe ajustarse al proceso de licitación y llevar a cabo dicha tarea dentro de este para evitar el efecto excluyente*”.

Por último, ATENDE aprecia temeridad y/o mala fe en la interposición del recurso habida cuenta la falta de legitimación de SEMAT para la interposición del recurso, la inconsistencia de sus argumentos y el hecho de que es la actual prestataria del servicio.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Pues bien, como se ha indicado en el fundamento de derecho cuarto, concurre en el supuesto examinado, causa de inadmisión del recurso por falta de legitimación de la entidad recurrente y ello con apoyo en los argumentos expuestos en el citado fundamento de derecho.

No obstante, con ánimo de dejar zanjada definitivamente la cuestión y por razones de congruencia a fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso, hemos de indicar que, a mayor abundamiento, aun no concurriendo la causa de inadmisión antes analizada, el recurso habría sido igualmente desestimado.

En primer lugar, se observa que la cuestión debatida en el recurso vuelve a incidir sobre un extremo que ya fue abordado y resuelto en la Resolución 644/2023 de este Tribunal, la cual ha sido objeto de impugnación judicial por parte de SEMAT. Así las cosas, no puede la recurrente reabrir esta vía especial para suscitar cuestiones ya resueltas en nuestra anterior resolución y mucho menos, cuando dicha resolución ya la ha impugnado judicialmente. Nos referimos a aquellas alegaciones del recurso dirigidas a denunciar que aportó en su día a la licitación la documentación exigida en los pliegos relativa al plan de igualdad.



De acuerdo con el artículo 59.1 de la LCSP “*Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*”. De este modo, cualquier discrepancia con nuestra Resolución 644/2023 debe dirimirse ya en la vía judicial, no pudiendo reproducirse de nuevo en esta instancia.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos de detenernos en uno de los argumentos de SEMAT que, aún abordado en la Resolución 644/2023, fue planteado a la mesa de contratación con posterioridad al dictado de nuestra resolución y al que la recurrente le dedica buena parte del contenido del recurso. Nos referimos a la posibilidad que reclama de aportar medidas correctoras para demostrar su fiabilidad empresarial, al considerar que fue excluida automáticamente y que tal posibilidad no se le concedió. Pues bien, este argumento debe rechazarse de plano por las siguientes razones:

a) Curiosamente la recurrente ha impugnado judicialmente la Resolución 644/2023, si bien solicitó igualmente su ejecución ante la mesa a los solos efectos de que dicho órgano le comunicase estar incurso en prohibición de contratar y le confiriese un plazo para acreditar su fiabilidad empresarial (véase la página 2 del recurso, antecedente III y el documento número 25 del expediente de contratación).

b) Pudo efectuar alegaciones en plazo al recurso especial 584/2023, esgrimiendo lo que a su derecho conviniese, pero lo hizo extemporáneamente una vez dictada la Resolución 644/2023 resolutoria del citado recurso. Por tanto, no puede pretender por la vía del presente recurso especial suplir la ausencia de alegaciones en plazo frente al recurso especial interpuesto por ATENDE y que dio origen a la Resolución 644/2023.

c) En cualquier caso, SEMAT obvia que nuestra Resolución 644/2023 era directamente ejecutiva de modo que el órgano de contratación debía limitarse a cumplirla en la literalidad de sus términos que eran los siguientes:

“Pues bien, sobre esta base normativa y doctrinal, hemos de analizar la controversia que ahora se plantea. Al respecto, son datos objetivos del expediente de contratación que SEMAT no presentó, con la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos ni con la presentada tras el requerimiento de aclaración posterior, documentación que permitiese acreditar que disponía de un PI acorde a la legislación que actualmente rige en la materia, debidamente inscrito en el REGCON. Precisamente los términos del acta de la mesa de contratación, de 10 de noviembre de 2023, ponen de manifiesto que la adjudicataria no tenía adaptado su PI a la normativa actual cuando señala, refiriéndose a SEMAT, que << Presenta declaración expresa y responsable, firmada por el representante de la empresa y los representantes de los trabajadores, sobre la vigencia y aplicación del Plan de Igualdad negociado en 2019, indicando que se encuentra actualmente prorrogado hasta que finalice la adaptación del mismo a los requerimientos de la nueva normativa, en las negociaciones que está llevando actualmente la empresa con la representación de los trabajadores. Presenta copia del Plan de Igualdad>>. (El subrayado es nuestro).

En definitiva, la declaración de la adjudicataria -reproducida en el acta de la mesa- viene precisamente a poner de manifiesto, a la fecha del propio requerimiento de aclaración realizado por el órgano colegiado en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, que su PI no estaba adaptado a la normativa actual (básicamente, el Real Decreto 901/2020 que dispone, en cumplimiento del artículo 46 de la LOI, la adaptación de los planes existentes a su entrada en vigor y su obligatoria inscripción en el REGCON). Y ello, por cuanto SEMAT declara que su PI de 2019, anterior por tanto a la entrada en vigor del citado Real Decreto, se halla prorrogado hasta que finalice su adaptación a los requerimientos de la nueva normativa.



Lo anterior revela que SEMAT carecía, tanto en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas (lo que hubiese permitido constatar que no estaba incurso en la prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP) como en la fecha del requerimiento de aclaración de documentación previa a la adjudicación en el trámite del artículo 150.2 del citado texto legal (lo que hubiese permitido evitar el efecto excluyente de la licitación, para el caso de no haber cumplido con esta exigencia al tiempo de concluir el plazo de presentación de proposiciones), de un PI adaptado a la normativa vigente e inscrito en el REGCON.

El PI aportado por la adjudicataria, ni estaba adaptado a la normativa en vigor sobre la materia, ni por ende dicha adaptación obligatoria había tenido acceso al REGCON. Ello determina que la adjudicataria, al licitar, se encuentra incurso en una causa de prohibición de contratar del artículo 71.1 d) de la LCSP, no habiendo evitado tampoco el efecto excluyente que tal prohibición provoca mediante la aplicación de medidas autocorrectoras; pues, incluso en la fase final del procedimiento de adjudicación, cuenta tan solo con un plan carente de adaptación a las nuevas normas y prorrogado hasta que dicha actualización se produzca, cuando el plazo para hacerlo había sido ya superado con creces si atendemos a lo dispuesto en la disposición transitoria única y disposición final tercera del Real Decreto 901/2020. (el subrayado de estos dos párrafos lo efectuamos ahora en esta transcripción de la resolución)

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser estimado. En consecuencia, se acuerda la anulación de la adjudicación de los tres lotes del contrato, a fin de que se proceda a la exclusión de la entidad adjudicataria, con continuación de la licitación en los términos que legalmente procedan”.

d) La Resolución 644/2023 ya se pronunció sobre la circunstancia de que la recurrente no habría podido evitar el efecto excluyente de la licitación mediante la aplicación de medidas autocorrectoras, por lo que carecía de sentido que, con posterioridad a su dictado, SEMAT instase ante la mesa la concesión de un plazo para acreditar su fiabilidad.

Por último, respecto a la propuesta de modificación del vigente Real Decreto 901/2020, que viene a otorgar un mayor plazo a las empresas para cumplir con la obligación de registro de sus planes de igualdad en el REGCON, hemos de señalar que se trata de una propuesta como la propia recurrente reconoce, sin virtualidad alguna y desconociéndose, al día de la fecha, si su contenido va a ser definitivamente aprobado. Las únicas normas vigentes al día de la fecha son las siguientes:

- Artículo 46 de la LOI [apartados 4, 5 y 6]: «Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas.

5. Las empresas están obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el citado registro.

6. Reglamentariamente se desarrollará el diagnóstico, los contenidos, las materias, las auditorías salariales, los sistemas de seguimiento y evaluación de los planes de igualdad; así como el Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso».

- Artículo 2.2 del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (dictado en cumplimiento del desarrollo reglamentario previsto en el artículo 46.6 de la LOI): «En el caso de empresas de cincuenta o más personas trabajadoras, las medidas de igualdad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido previsto en este real decreto».



- Artículo 11 del Real Decreto 901/2020: “1. Los planes de igualdad serán objeto de inscripción obligatoria en registro público, cualquiera que sea su origen o naturaleza, obligatoria o voluntaria, y hayan sido o no adoptados por acuerdo entre las partes.

2. A estos efectos se considera Registro de Planes de igualdad de las empresas el registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo regulado en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, sin perjuicio de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, creados y regulados por las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias.

3. La citada inscripción en el registro permitirá el acceso público al contenido de los planes de igualdad.

4. En la solicitud de inscripción de los planes de igualdad, estos tendrán que ir acompañados de la hoja estadística recogida en el correspondiente modelo establecido en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo”.

- Disposición transitoria única del Real Decreto Real 901/2020: “Los planes de igualdad vigentes al momento de la entrada en vigor del presente real decreto, deberán adaptarse en el plazo previsto para su revisión y, en todo caso, en un plazo máximo de doce meses contados a partir de la entrada en vigor de este real decreto, previo proceso negociador”.

- Disposición final tercera del Real Decreto 901/2020: “Este real decreto entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»”. Su publicación tuvo lugar el 14 de octubre de 2020.

Asimismo, ya hemos señalado en la Resolución 644/2023 -que bien conoce la recurrente y ha sido impugnada judicialmente- que la inscripción en el REGCON no responde al cumplimiento de un mero requisito formal o de publicidad. Dicha inscripción obligatoria es el trámite que permite constatar que el PI se acomoda a la legalidad vigente, toda vez que la autoridad laboral, con carácter previo a su registro, ha tenido que efectuar un control de legalidad del plan.

Así las cosas, dado el estado actual de la normativa expuesta (*de lege data*), bajo el espíritu y finalidad de una propuesta normativa que no ha sido aprobada y cuyo estado de tramitación se desconoce (*de lege ferenda*), no cabe inaplicar la norma vigente que, al día de la fecha, impone sin excepción la inscripción del PI en aquellos supuestos en que resulta obligatorio, como acontece en el caso de la recurrente.

Con base en lo expuesto, de no haberse inadmitido el recurso por falta de legitimación de la entidad recurrente, el mismo habría sido igualmente desestimado.

SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa por temeridad y/o mala fe.

ATENDE, entidad interesada en el procedimiento, plantea la posible concurrencia de temeridad y/o mala fe en la interposición del recurso a la vista de la manifiesta falta de legitimación de la recurrente y de la inconsistencia de los argumentos esgrimidos en el recurso especial, unido al hecho de que es la actual prestataria del servicio. En tal sentido, manifiesta que “(...) la presentación del presente recurso especial en materia de contratación, a pesar de haber quedado excluida de la licitación, ha conllevado la suspensión automática de las adjudicaciones a favor de mi representada, con el consiguiente retraso en la formalización de los contratos, lo que ha permitido a la empresa recurrente mantenerse en la prestación por más tiempo del que correspondía, dificultando y dilatando con ello el proceso de cambio de contratista y de subrogación de los trabajadores adscritos.”

Pues bien, 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, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“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))”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que *«El primero (mala fe) tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*

En el supuesto examinado, el recurso es interpuesto por un licitador excluido que ya ha acudido a la vía judicial en defensa de sus intereses legítimos accionando contra su exclusión de la licitación. Por tanto, es en sede judicial donde puede obtener la satisfacción de sus derechos e intereses. Ningún beneficio puede conseguir impugnando la adjudicación objeto del presente recurso especial, pues, con independencia de la suerte que pueda correr el procedimiento judicial en curso y de la eventual estimación del recurso contencioso-administrativo, en estos momentos la entidad recurrente es un tercero ajeno a la licitación. A ello se une que utiliza la vía del recurso



especial suscitando cuestiones que ya han sido abordadas y resueltas en la Resolución 644/2023 de este Tribunal y que podrán discutirse en la vía judicial emprendida frente a dicha resolución, pero que no pueden ser objeto de nuevo debate en esta misma sede administrativa.

Es más, la recurrente viene a fundar el actual recurso especial 138/2024 con argumentos que pudo esgrimir en sus alegaciones frente al recurso 584/2023, pero que no hizo dentro de plazo, pretendiendo hacerlo ahora por la vía de reabrir un debate que debió suscitarse en el anterior procedimiento de recurso y no en el presente.

A lo anterior se unen dos circunstancias:

-La inconsistencia de sus argumentos al invocar, como uno de los fundamentos claves de su pretensión, una propuesta de modificación normativa frente a la normativa actualmente vigente y de aplicación, desconociéndose el estado actual de tramitación de aquella desde que, en agosto del pasado año, se efectuó la Memoria del Análisis de Impacto Normativo -según documentación que adjunta la recurrente-.

-El hecho de ser la actual prestadora del servicio (según manifiesta la interesada en sus alegaciones y se desprende del informe al recurso en cuanto señala que *“Actualmente el procedimiento se encuentra suspendido ya que SERVICIOS SEMAT S.A. no ha remitido a ATENDE SERVICIOS INTEGRADOS S.L. la documentación correspondiente al personal a subrogar en tanto no se resuelva el recurso actual, según comunicado mediante burofax”*) le permite beneficiarse de la continuidad en la ejecución del contrato en tanto se sustancia y resuelve el presente recurso especial contra la adjudicación, habida cuenta la suspensión automática del procedimiento derivada de la presente impugnación (artículo 53 de la LCSP).

Todo lo expuesto supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, considerando este Tribunal que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con 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.

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»*.

El Tribunal carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación y a las potenciales entidades licitadoras en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero las circunstancias expuestas de temeridad grave determinan 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 2.000 euros -cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP-

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERVICIOS SEMAT S.A.**, contra las resoluciones de adjudicación, de 29 de febrero de 2024, de los lotes 1, 2 y 3 del contrato



denominado “Servicio de limpieza de las sedes judiciales de la provincia de Cádiz”, convocado por la Delegación Territorial de Justicia, Administración Local y Función Pública en Cádiz (Expte CONTR 2022 0000424521), por falta de legitimación de la entidad recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 2.000 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.

