

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CMM GUARD, S.L. contra la Orden, de 17 de octubre de 2023, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, por la que se adjudica el contrato de “Servicio y vigilancia en las instalaciones deportivas adscritas a la Dirección General de Deportes” de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, número de expediente A/SER-038036/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 7 de junio de 2023 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad y en el DOUE y el 12 de junio en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 4.945.658,10 euros y su plazo de duración será de dos años con posibilidad de prórroga por otros dos años.

A la presente licitación se presentaron diez empresas, entre ellas la recurrente.

Segundo.- Tramitado el procedimiento de licitación el 1 de agosto se adjudica el contrato a Ariete Seguridad, S.A. (Ariete, en adelante).

El 18 de agosto de 2023, la entidad Grupo Control Empresas de Seguridad, S.A. interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato que fue estimado parcialmente por este Tribunal mediante la Resolución 349/2023, de 21 de septiembre de 2023, anulando la adjudicación del contrato y ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de solicitar la documentación acreditativa de la declaración responsable presentada en relación con el plan de igualdad.

El 27 de septiembre, se dicta la Orden de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, por la que en cumplimiento de la Resolución 349/2023 se retrotraen las actuaciones hasta el momento de la solicitud de la documentación acreditativa de las aptitudes para contratar. El mismo día, ARIETE presenta diversa documentación que es analizada por la mesa de contratación en la sesión celebrada el 4 de octubre, en la que se concluye que se ha subsanado el requisito objeto de controversia y se ratifica en la propuesta de adjudicación que acordó en su sesión de 12 de julio de 2023.

El 17 de octubre de 2023, se adjudica nuevamente el contrato a ARIETE SEGURIDAD. En la Orden de adjudicación consta: *“Presentada, por la empresa ARIETE SEGURIDAD, S.L., solicitud de inscripción de su Plan de Igualdad, de fecha 27 de septiembre de 2023, en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad del Ministerio de Trabajo y Economía Social (REGCON), la Mesa de Contratación, en su reunión de 4 de octubre de 2023, acuerda ratificar la adjudicación realizada en la sesión de 25 de julio de 2023”*.

Tercero.- El 7 de noviembre de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CMM GUARD,S.L. en el que solicita que se anule la adjudicación y la suspensión del procedimiento de licitación hasta que se resuelva el recurso.

El 20 de noviembre de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP) solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se opone a la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole cinco días hábiles para formular alegaciones que han sido presentadas, dentro del plazo establecido.

ARIETE SEGURIDAD solicita la desestimación del recurso, defendiendo su postura en similares términos que el órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 17 de octubre de 2023, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso el 7 de noviembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso alega la recurrente que:

“Visto todo lo actuado en la licitación de referencia, ARIETE SEGURIDAD, S.A. no ha contado con plan de igualdad hasta que el 27/09/2023 solicitó la inscripción de un plan en el REGCON, es decir, con posterioridad a la fecha límite de presentación de ofertas (03/07/2023) y al requerimiento de documentación de julio de 2023 al ser propuesta como adjudicataria.

Tal y como indica la Resolución TACP Madrid nº 349/2023 de 21/09/2023: “Se ha de destacar que si bien la mesa de contratación no solicitó la inscripción del plan de igualdad, por considerar que, a la vista de los pliegos de condiciones, se encontraba suficientemente acreditado este extremo, es cierto que Ariete Seguridad S.A., no tienen inscrito ningún plan de igualdad, recayendo sobre dicha empresa la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1 d) y pudiera también recaer la recogida en el apartado e), toda vez que la empresa es plenamente conocedora de la actual legislación sobre la materia y las obligaciones que esta impone a las empresas”.

Sobre la aplicabilidad de la doctrina self – cleaning, se debe tener en cuenta que las anteriores circunstancias no acreditan la fiabilidad de ARIETE SEGURIDAD, S.A., ya que, en el trámite de subsanación a la adjudicataria no cumple el requisito objeto de controversia en el plazo final de presentación de ofertas (03/07/2023)”.

El órgano de contratación manifiesta que se ha limitado a dar cumplimiento a la Resolución de este Tribunal y que CMM GUARD de forma interesada trae a colación una parte de su contenido, cuestionando sin ninguna fundamentación jurídica la plena aplicabilidad de la doctrina del “self-cleaning”.

En su defensa cita diversas resoluciones de este Tribunal en las que se establece el criterio sobre el “self cleaning” y al respecto señala que sin necesidad de emitir el correspondiente requerimiento, ARIETE por iniciativa presentó diversa documentación acreditativa de contar con un plan de igualdad, entre ella cita:

- -Pantallazo del Registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad, donde consta solicitud de inscripción de plan de igualdad con fecha 17 de septiembre de 2023.
- -Acuse de recibo, firmado por sello del Ministerio de Trabajo y Economía Social, de registro de entrada de presentación del Plan de Igualdad con fecha 13 de septiembre de 2023.

A la vista de las alegaciones de las partes es claro que la recurrente hace una lectura sesgada de la Resolución 349/2023 de este Tribunal, pues la cuestión planteada sobre la doctrina del “self-cleaning” fue resuelta expresamente en ese punto:

“Subsidiariamente señala la recurrente que ante la eventualidad de que se considere que hay que solicitar trámite de subsanación a la adjudicataria, alega que sólo podría subsanarse en el supuesto de que cumpliera el requisito objeto de controversia en el plazo final de presentación de ofertas.

Al respecto, es preciso remitirse a la doctrina del “self-cleaning” referida por este Tribunal en diversas Resoluciones (..)

En definitiva, la doctrina del self-cleaning permite a una entidad que, inicialmente estaba incurso en prohibición de contratar, aplicar medidas correctoras que restauren su fiabilidad, tales como en el caso que nos ocupa puede ser la inscripción del plan de igualdad vigente en el Registro y Depósito de Convenios Colectivos, Acuerdos Colectivos de Trabajo y Planes de Igualdad”.

Revisada la documentación presentada y consultado por este Tribunal el Registro y Depósito de Convenios Colectivos (REGCON), se constata que ARIETE presentó solicitud de inscripción del plan de igualdad el 13 de septiembre de 2023. Asimismo, consta el acuse de recibo firmado.

A estos efectos señalar que en relación a los requisitos de inscripción que deben cumplir los planes de igualdad de los licitadores, el 4 de mayo de 2023, este Tribunal acuerda:

“Considerar suficiente como medio de acreditación de la tenencia del Plan Igualdad a los efectos de la legislación de contratos del sector público, la aportación del justificante de la presentación de solicitud de inscripción del mismo ante el REGCON (o el acuse de recibo expedido por su plataforma)”.

Por lo tanto, el órgano de contratación ha dado debido cumplimiento a nuestra resolución al considerar restaurada la fiabilidad de ARIETE SEGURIDAD. Una interpretación contraria llevaría a una incongruencia, pues si se cumplía con el requisito a fecha final de presentación de ofertas, no habría nada que “restaurar”.

En consecuencia, se desestima el recurso.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el 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.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

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 sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“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”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“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”*.

A juicio de este Tribunal el recurso interpuesto es temerario por carecer de fundamento pues CMM GUARD alega que la adjudicataria no cumple con el requisito objeto de controversia al plazo final de presentación de ofertas sin realizar mayor defensa, dándose la circunstancia que esta cuestión ya fue resuelta en nuestra Resolución 349/2023, que dio lugar a la retroacción de actuaciones del presente procedimiento y actual adjudicación.

A la vista de los antecedentes la multa debe imponerse en la cantidad de 1.000 euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

Por otra parte, esta multa no tiene carácter sancionador, no siendo necesaria la tramitación de un expediente contradictorio, tal y como informa el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia 11/22 de 22 de enero, recurso 290/2020, contra Resolución de este Tribunal Administrativo, en:

“Por último alega la actora la improcedencia de la sanción impuesta. Se nos dice que el TACPCM le impone una multa de 3.000 euros en virtud del art. 58.2 LCSP porque aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

La actora no admite ni temeridad ni mala fe en la interposición de recurso, y asimismo apunta a que el TCAP no ha respetado los principios básicos del procedimiento sancionador puesto que no ha incoado procedimiento sancionador alguno, no ha concedido trámite de audiencia a la imputada, imponiéndose directamente la sanción a mi representada sin que esta compañía haya podido defenderse.

Tales alegaciones se descartan, no estamos ante sanción alguna”.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CMM GUARD, S.L. contra la Orden, de 17 de octubre de 2023, de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, por la que se adjudica el contrato de “servicio y vigilancia en las instalaciones deportivas adscritas a la Dirección General de Deportes” de la Consejería de Cultura, Turismo y Deporte, número de expediente A/SER-038036/2022.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP por un importe de 1.000 euros.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.