

**Recurso 412/2024**  
**Resolución 463/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 18 de octubre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSORCIO DE MANIPULADO Y SERVICIOS POSTALES S.L.** contra el acuerdo de adjudicación de 20 de septiembre de 2024 del contrato denominado «Servicios Postales locales para el Excmo. Ayuntamiento de Jaén y sus organismos autónomos», (Expediente 202300052), convocado por el Ayuntamiento de Jaén, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 10 de mayo de 2024 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 1.224.326,20 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.

**SEGUNDO.** El 11 de octubre de 2024 la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, del mismo día, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que tuvo entrada en esta sede el día 15 de octubre de 2024. Habiéndose conferido al día siguiente trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que se han presentado en plazo las formuladas por la entidad RD POST COMUNICACIÓN CERTIFICADA SL. (en adelante, la adjudicataria).

#### **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, toda vez que el Ayuntamiento de Jaén no ha manifestado que disponga de órgano propio, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

## **SEGUNDO. Legitimación.**

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora pretende la exclusión de la adjudicataria.

## **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación en el procedimiento de adjudicación de un contrato de servicios postales 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.c) de la LCSP.

## **CUARTO. Plazo de interposición.**

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

## **QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

### **1. Alegaciones de la recurrente.**

La recurrente estima que la entidad adjudicataria se encuentra en causa de exclusión. Alega para ello que se encuentra en situación "*preconcurso*". Adjunta una copia simple de una resolución judicial, en concreto el Auto de 12 de septiembre de 2024, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, donde se acordaría la prórroga del procedimiento de comunicación de apertura de negociaciones 75/2024.

Alega que concurre causa de prohibición de contratar por extensión, en aplicación de los artículos 71.3 y 140.1. 3º de la LCSP. Cita las causas c) y d) del artículo 71.1 LCSP de prohibiciones de contratar, es decir, haber solicitado la declaración de concurso voluntario, y no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social.

No obstante, no justificaría por qué se encuentra incurso en esta segunda causa de prohibición de contratar.

Solicita que se estime el recurso en el sentido, de declarar la indebida la adjudicación solicitando su exclusión, y que se adjudique el contrato al siguiente licitador admitido.

### **2. Alegaciones del órgano de contratación.**

En el informe del órgano al recurso especial alega las consideraciones que se contendrían en el informe 6/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre participación en la licitación de empresas en fase de concurso de acreedores, el cual se pronuncia sobre la legislación existente antes de las nuevas Directivas de 2014 y de la actual LCSP. Concluye que la reclamación presentada se basa en la fase preconsursal, que no es la fase concursal y, por tanto, se entiende que la resolución de adjudicación es ajustada a derecho en base a la documentación examinada.

El órgano de contratación, no se pronuncia sobre la causa del artículo 71.1 d) de la LCSP denunciada.



### 3. Alegaciones de la adjudicataria.

La adjudicataria, en síntesis, manifiesta su oposición respecto del art. 71.1 c) invocando que la situación es preconcursal, expresando que *«la comunicación de apertura de negociaciones prevista en los artículos 585 del vigente TRLC (“preconcurso”) no se considera causa de prohibición de contratar conforme a la doctrina administrativa sobre “Participación en la licitación de empresas en fase de concurso de acreedores”, recogida en el Informe 6/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que dictamina que la exclusión sería contraria a Derecho pues supondría impedir objetivamente el acceso a la contratación pública a empresas en una situación -«situación de concurso de acreedores»-, que no está tipificada por la legislación vigente como causa de prohibición de contratar»*.

Señala que *“no ha sido declarada en concurso, sino que se haya en proceso de negociaciones con acreedores, como se detalla en el Auto de 12 de septiembre de 2024, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, de prórroga del procedimiento de Comunicación de apertura de negociaciones 75/2024; concretamente se encuentra en proceso de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores, regulado en los artículos 585 y ss. Del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. (TRLI), proceso diferenciado de la declaración de concurso.”*

Se apoya en el mismo informe que alega el órgano de contratación, que *“concluye que la «situación de concurso de acreedores», no puede considerarse una prohibición de contratar del artículo 60.1.b) TRLCSP. Tal consideración sería contraria a Derecho pues supondría impedir objetivamente el acceso a la contratación pública a empresas en una situación «situación de concurso de acreedores»-, que no está tipificada por la legislación vigente como causa de prohibición de contratar”*.

Respecto de la causa del artículo 71.1 d) LCSP de no hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social, expresa que *“el cumplimiento de dichas obligaciones quedó acreditado ante el Órgano de Contratación y asimismo para que no haya duda de su cumplimiento de estas obligaciones por la adjudicataria RD Post, se adjuntan sendos certificados positivos emitidos por la AEAT y Seguridad Social de fecha at supra: (DOC 01 certificado AEAT y DOC 02 Certificado SS)”,* acompaña para ello los certificados.

### **SEXTO. - Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.**

El fondo del asunto, conforme al recurso especial presentado, se pone de relieve la posible existencia de dos causas de prohibición de contratar ex art. 71 de la LCSP.

El art. 65 LCSP dispone que:

*"1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.*

*(...) 2. Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato."*

El artículo 71 enumera, como es sabido, las prohibiciones para contratar, entre las que se encuentra:



"c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen..."

Y, en relación con ello el artículo 85 LCSP señala:

"Sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 140, la prueba, por parte de los empresarios, de no estar incursos en prohibiciones para contratar podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos".

El artículo 74. 1 de la LCSP por otro lado señala que:

"1. Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando esta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley.

2. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo."

El artículo 84 LCSP menciona que:

"1. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acta fundacional, en los que consten las normas por las que se regula su actividad, debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate".

El artículo 140.4 LCSP dispone:

"Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato".

Ello, no obstante, el precepto debe ser interpretado, tal como invoca la competidora adjudicataria, pues con respecto a la segunda de las causas, del artículo 71.1 d) LCSP, como aproximación debe partirse de que este Tribunal con relación al artículo 140.4 LCSP sobre las circunstancias de capacidad estima que deben concurrir en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y han de subsistir en el momento de la perfección del contrato, pero no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio. El recurso, en cualquier caso, carece de la suficiente argumentación pues no expresa por qué se encuentra incurso en deudas, ni aporta documentación que lo acredite.



Por otro lado, la empresa adjudicataria ha acreditado que en el momento en que se le solicita la justificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, ha obtenido un certificado positivo, es decir, que no mantiene deuda con dicha entidad.

En efecto, cuando presenta la documentación exigida, el certificado es positivo. El artículo 1 LCSP proporciona criterios de interpretación de toda la Ley, y, entre otros, el de favorecer la concurrencia en la licitación de tal modo que la finalidad del precepto solo exige que en el momento de presentación de las ofertas y cuando debe acreditarse documentalmente la no existencia de deudas con la seguridad social en el momento de la adjudicación del contrato, el licitador esté al corriente de las obligaciones tributarias y con la seguridad social, pero no exige que esta situación deba producirse durante todo el procedimiento de licitación, si es que a ello pudiera referirse la entidad recurrente, cuestión que desconocemos ante la inexistencia de justificación alguna de este extremo.

Por lo demás, respecto de la primera de las causas alegadas, deben desestimarse las alegaciones de la entidad recurrente en cuanto a la concurrencia de prohibición de contratar, pues la situación de preconcursos no es la que se tipifica como tal, y sin que el texto refundido de la Ley Concursal aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (TRLR), contemple tal extremo, más allá de las negociaciones con los acreedores a que se refiere su artículo 5 bis, que son diversas de la declaración de concurso e incompatibles con ésta (artículo 5 bis.4).

En cuanto a lo que a los procesos concursales se refiere, se recogen tres supuestos diferentes en el artículo 71.1 c) de la LCSP. Por un lado, el primero de los supuestos, la solicitud de declaración de concurso, se distingue entre aquel caso que es solicitado por el contratista, en el concurso voluntario, de aquel caso que es solicitado por el tercero, en el concurso necesario. En el primer caso, como excepción habría de entenderse que no concurre cuando recae la firmeza del auto no haber lugar admisión de solicitud de concurso, de acuerdo con el artículo 11 del TRLR. En el segundo, por los relevantes efectos que supone, la mera solicitud de concurso necesario debe estimarse sus efectos desde la fecha y el contenido del auto de admisión a trámite del concurso (artículos 14 y 25 TRLR).

En segundo lugar, el supuesto de la declaración de concurso, donde la prohibición se extiende al período en que se mantiene la «*declaración de concurso*», que corre desde el momento en que se dicta el auto de declaración de concurso hasta que concluye el procedimiento por la firmeza de la resolución de conclusión de concurso por las causas del TRLR (artículos 249, 250, 465 y 720). Es decir, durante la ejecución del convenio aprobado, sigue concurriendo la causa de prohibición conforme a la cual, desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio (artículos 394 y 395.2 TRLR) y sin perjuicio de los deberes generales que se establecen para el deudor (artículo 135 TRLR). En este sentido, aunque cesan los efectos de la declaración se mantiene la declaración de concurso, lo que permite que se puedan seguir imponiendo ciertos deberes o producirse consecuencias jurídicas derivadas de tal declaración, como la posible apertura de la calificación, la persistencia del deber que señala el artículo 135 TRLR, los efectos que se puedan establecer en el convenio, el mantenimiento del deber de información semestral (artículo 400 TRLR) y los de promover el incumplimiento y su consecuencia jurídica que motiva la apertura de la fase de liquidación.

Por último, el supuesto de la inhabilitación por sentencia de calificación, dentro del periodo fijado por ella, de 2 a 15 años (artículo 455 TRLR). Es decir, tras la conclusión del concurso, siguen vigentes los efectos declarados en la sentencia de calificación (artículo 483 TRLR).

El auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 12 de septiembre señala en su parte dispositiva:



*“la prórroga de los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores de RD POST COMUNICACIÓN CERTIFICADA S.L.U., por otros tres meses”.*

Es decir, no concurre de lo que ese expone en el auto, claramente, ninguno de los tres supuestos formulados.

Por todo lo expuesto, el recurso debe desestimarse.

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

Procede en este momento abordar la apreciación de posible temeridad en la interposición del recurso, dado que el órgano de contratación ha solicitado multa.

Sobre el particular, como señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

*“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)).”*

En este supuesto, nos encontramos que la recurrente es una entidad licitadora en procedimientos de contratación, a la que se le presume un mínimo conocimiento jurídico en lo relativo a los requisitos de procedibilidad básicos del recurso especial en materia de contratación como es la infracción legal en la que debe basarse el recurso y no en meras suposiciones. Carece de fundamento pues no contiene una impugnación basada en infracción legal alguna, único supuesto en que es posible plantear un recurso e impetrar tutela efectiva de los órganos encargados de resolver. Las dos causas alegadas carecen del más mínimo rigor. Una de las alegadas ni siquiera se da la más mínima fundamentación.

La recurrente no ha presentado justificación sobre una de las alegaciones contenidas en el recurso, siendo la otra manifiestamente improcedente, y debemos recordar que en ella recae la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula (así lo explicamos ya en nuestra Resolución 406/2014, de 23 de mayo), ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo



anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su improcedencia, 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, si bien en este caso no sabedora de que su recurso en ningún caso puede ser estimado, sí actuando con temeridad. Así no podemos presumir la mala fe en este caso, aunque pudiera serle atribuida una finalidad torticera en el recurso si con ello estuviera obteniendo un beneficio, como pudiera ser la prórroga obtenida de un contrato anterior como consecuencia de la suspensión automática del procedimiento, al ser el acto recurrido la adjudicación, conforme establece el artículo 53 de la LCSP.

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

En cuanto al importe de la multa, el 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 evidencia al menos dicha temeridad, sin haber podido analizar más datos sobre el beneficio que habría podido obtener por la interposición de este recurso.

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, pues si bien no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras debe tenerse en cuenta que con un recurso manifiestamente infundado ha provocado la suspensión automática del procedimiento paralizando innecesariamente la actuación administrativa de la Administración.

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

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSORCIO DE MANIPULADO Y SERVICIOS POSTALES S.L.** contra el acuerdo de adjudicación de 20 de septiembre de 2024 del



contrato denominado «Servicios Postales locales para el Excmo. Ayuntamiento de Jaén y sus organismos autónomos», (Expediente 2023000052), convocado por el Ayuntamiento de Jaén.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, procede levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

**TERCERO.** Imponer a la recurrente una multa de 1500 euros en cuantía máxima 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.

