



Recurso nº 1084/2021

Resolución nº 1681/2021

Sección 1ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 25 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.G. en representación de GAROFOLI IBERICA, S.L. (GAROFOLI) contra los pliegos del procedimiento “*Mantenimiento y Adquisición de Repuestos de Shelters de Transmisiones*”, con expediente 2021/ETSAE0906/00000849E, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 21 de junio de 2021 se publican los pliegos del contrato de referencia en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El valor estimado del contrato asciende a 991.735,52 euros.

Segundo. Disconforme con el contenido de los pliegos, GAROFOLI interpone recurso especial en materia de contratación el 12 de julio de 2021. El órgano de contratación remite el informe previsto en el artículo 56.2 de la LCSP el 8 de octubre de 2021.

Tercero. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 29 de julio de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal en fecha 10 de agosto de 2021 dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días



hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. FLUIDMECANICA SUR, SL presentó escrito el 13 de agosto de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de 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), y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. El presente recurso tiene por objeto los pliegos del contrato de referencia, actuación susceptible de impugnación por estar incluida en el apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP. Tratándose de un contrato de servicios con valor estimado superior a 100.000 euros, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el apartado a) del artículo 44.1 de la LCSP.

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. El Tribunal considera que la empresa recurrente no se halla legitimada, de acuerdo con lo que dispone el artículo 48 de la LCSP, al no haber presentado oferta en el procedimiento de contratación.

Cuesta encontrar en el recurso motivos que se puedan calificar propiamente como tales. Todo el escrito de recurso es un argumentario sobre cuestiones terminológicas técnicas (principalmente, si el shelter es o no un contenedor), y sobre el poco acierto que ha tenido el órgano de contratación a la hora de definir las prescripciones del contrato. Afirma que el CNAE indicado es incorrecto, pero sin concretar cual debiera ser el adecuado a la naturaleza del contrato. También que los shelter no se pueden averiar. Que la expresión que utiliza el pliego de que el material sea “*nuevo de fábrica*”, debería concretar que se trata de “*repuestos originales*”. Que no se especifican las horas de trabajo necesarias para cada actuación, aunque sí el precio hora máximo a satisfacer,



indicando a modo de ejemplo el tiempo necesario para sustituir determinados elementos. Hace finalmente una serie de consideraciones sobre la seguridad de los shelter.

Pues bien, a juicio del Tribunal ninguna de las anteriores alegaciones impedía a la empresa recurrente presentar oferta en el procedimiento. Tampoco alega ni justifica su legitimación en que los pliegos le imposibilitasen presentar oferta, sino únicamente en que es una empresa inscrita en el registro de la DGAM.

El recurso debe ser inadmitido, por falta de legitimación de la empresa recurrente.

Quinto. No obstante la inadmisión acordada, analizaremos a mayor abundamiento el contenido del escrito de recurso.

En lo referente al objeto del contrato, dispone el PPT que los shelter o contenedores objeto de mantenimiento son los que se citan, en sus distintas configuraciones y versiones:

- *Shelter tipo NATO II.*
- *Shelter ACE III.*
- *Shelter S-250.*
- *Shelter S-280.*
- *Otros shelters de transmisiones en servicio del ET."*

Por lo que el objeto del contrato, teniendo en cuenta además toda la regulación del PPT, está suficientemente definido.

En segundo lugar, alega la empresa recurrente que el órgano de contratación pretende que el mantenimiento coloque a los shelter en una posición superior a la inicial, al utilizar la expresión "*al menos*" en el Requisito 11 del PPT. Pues bien, el Tribunal considera que esta expresión no vicia de nulidad el pliego, y que el objetivo del mantenimiento debe ser el de colocar al bien objeto de mantenimiento en perfecto estado de uso, como dice el pliego.

Respecto a si el shelter es o no un contenedor, aspecto en el que el recurrente centra gran parte de su escrito de recurso, el Tribunal no tiene conocimientos técnicos sobre



esta materia, pero, como dice el licitador Fluidmecánica Sur SL, el shelter sí es un contenedor, aunque con unas características y finalidades especiales. Sobre esta cuestión alega el órgano de contratación que el Ejército de Tierra sabe distinguir entre shelter y contenedores, y requiere el mantenimiento de los modelos concretos que ya posee y tiene catalogados, normalizados por la OTAN, y tan comunes que se localizan mediante una simple búsqueda en Internet.

En cuanto a las normas sobre la homologación de los shelter que cita la recurrente, el órgano de contratación alega que al menos 12 de ellas están derogadas o modificadas, o han sido sustituidas por otras.

Cuestiona, en siguiente lugar, el recurrente el CNAE empleado en el PCAP, por entender que no se corresponde con el verdadero objeto del contrato. Concretamente, la cláusula cuarta dispone: *Sector de actividad (CNAE): C263 Fabricación de equipos de telecomunicaciones*. Por su parte, el licitador FLUIDMECANICA SUR, SL considera adecuada la elección de CNAE, en la medida en que ninguna otra se ajusta exactamente al objeto del contrato, dada su especialidad.

Lo cierto es que el recurrente no acredita un perjuicio concreto derivado de la considerada errónea determinación de la CNAE. En términos análogos a lo ya señalado por este Tribunal respecto del código CPV (entre otras, en la Resolución nº 145/2020, de 30 de enero), corresponde al órgano de contratación su determinación y la corrección de tal indicación quedará sujeta a la posibilidad de revisión por este Tribunal sólo en el caso de que una mención equivocada haya dado lugar a un perjuicio concreto para el recurrente. La determinación de la CNAE solo afecta a la acreditación de la solvencia, en los términos descritos en los artículos 89 y 90 de la LCSP y en la página 15 del PCAP. De manera que para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV al CNAE. En el caso que nos ocupa, el CPV previsto en el pliego es *50330000-7 Servicios de mantenimiento de equipo de telecomunicación*. Ni el recurrente ni ningún licitador cuestiona el CPV elegido por lo que, siendo ambos códigos aplicables para la acreditación de solvencia, no cabe entrever ninguna consecuencia negativa para el recurrente, derivada de la elección de la CNAE.



Tampoco concreta el recurrente cual debiera ser el CNAE adecuado a las prestaciones que se demandan. Tanto el órgano de contratación como la empresa que ha efectuado alegaciones al recurso, manifiestan que, además de su irrelevancia, el CNAE elegido es el más apropiado, ante la ausencia de un código más específico.

Sobre la utilización del término “avería” en relación con los shelter, el órgano de contratación expone que, al amparo de la discrecionalidad técnica que le asiste, ha buscado la satisfacción del interés público licitando un contrato para, a través de las operaciones o cuidados necesarios (mantenimiento), prevenir o subsanar los percances, daños o perjuicios (averías, según el diccionario de la RAE) que impidan el normal funcionamiento de los shelter.

En cuanto al requisito 19, el órgano de contratación alega que lo que debe estar protegido son los componentes, no el shelter mismo.

Respecto a la cuestión de si los repuestos “*de fábrica*” exigidos por el pliego, deben ser además “*originales*”, el órgano de contratación alega que la Sección Técnica que confeccionó el pliego considera que existen en el mercado repuestos alternativos a los originales que pueden ser más económicos para la Administración.

Critica la recurrente que ninguna de las piezas recogidas en el Anexo I se refiera a los paneles con los que se construye un shelter, indicando el órgano de contratación que el Anexo I no se refiere a la sustitución de panel alguno, sino al suministro.

En cuanto a la alegación sobre los tiempos que la recurrente considera necesarios para realizar distintas actuaciones de sustitución de elementos (a modo de ejemplo y sin aportar prueba alguna de que deban ser esos y no otros), no puede suponer anulación alguna de los pliegos, en los que se establece un precio máximo de 63 €/hora que, por tanto, cubre cualquier duración de la actuación.

Finalmente, cuestiona la empresa recurrente la cualificación del Parque y Centro de Mantenimiento de Material y Transmisiones para verificar los trabajos de mantenimiento de los shelters, por no contar con un taller específico para ello.

Sobre este motivo, alega el órgano de contratación:



- 1. *Que el nombre del Órgano Técnico (PCMMT) no incluya una referencia explícita a los shelters no le impide verificar que cumplen los requisitos en los que se emplean.*
- 2. *No es necesario un taller específico para hacer las tareas de apoyo y asesoramiento, conforme se expuso en el alegato 6. de este informe.*
- 3. *Durante la ejecución del contrato, la vigilancia de la actividad del Parque cuestionado por el recurrente es ejercida por la Dirección General de Armamento y Material del Ministerio de Defensa.*
- 4. *El Director Técnico puede, conforme a su discrecionalidad técnica, realizar y encargar las pruebas que estime oportunas conforme a la descripción que se recoge en el informe.*
- 5. *Con este argumento busca la recurrente alinear los requisitos del PPT a sus intereses.*

En definitiva, aunque prácticamente no se alega vulneración alguna de los pliegos en base a lo establecido en la LCSP, de haber sido admitido a trámite el recurso habría sido desestimado.

Sexto. El órgano de contratación solicita al Tribunal la imposición de multa al recurrente, en los siguientes términos:

Analizado el recurso interpuesto por la Sociedad Garofoli Ibérica S.L. este Órgano de Contratación considera que éste carece de fundamento jurídico alguno, dado que ni siquiera se esboza más allá de la afirmación de “mutación” del objeto del contrato. Carece, además, de fundamento técnico, toda vez que las afirmaciones que recoge son parciales, no se sustentan en prueba alguna.

Llama la atención a este Órgano que, una persona jurídica, amparándose en el derecho a recurrir los pliegos de un expediente de contratación que le otorga la ley, paralice la actividad de la Administración y deje en suspenso la satisfacción del interés público (que se concreta en este caso en el mantenimiento de los aparatos y la adquisición de repuestos afectos a la Defensa) mediante argumentos tan poco sólidos como una enumeración fantástica y desordenada de las características de los shelters a lo largo de su escrito; dudar de que el Ejército sepa qué es uno de estos



aparatos (y que los confunda con un contenedor) cuando el Requisito I del PPT los llama por su nombre; hacer un alarde de conocimiento técnico con normas inaplicables por estar derogadas o ser de otros países; amén de afirmaciones como que una casa no se repara o que estos aparatos son de técnica “aeroespacial”, así como cuestionar sin argumentos la capacidad técnica de un órgano público especializado.

Considera este Órgano que más que uso, aquí hay un abuso del derecho al recurso, mediante el cual el recurrente actúa con mala fe, ya que mediante el uso de un cauce procesal de manera desviada ha intentado que el pliego se acerque a lo que parece ser que su empresa puede ofrecer (a manera de ejemplo, vid. Punto 7 y su correlativo en este informe), paralizando la actividad administrativa y retrasando el mantenimiento de los aparatos para los que se quiere contratar el servicio, causando un perjuicio a las Fuerzas Armadas, mientras se tramita y resuelve su recurso.

*Este órgano de contratación entiende que procede, en consecuencia, la imposición de la multa recogida en el **artículo 58.2 de la LCSP**. Dicho artículo señala que “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. El importe de la **multa** 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.”*

De conformidad con este artículo, es requisito inexcusable para que el órgano competente pueda acordar la imposición de la multa, que sea apreciada por parte de éste temeridad o mala fe en la actuación del recurrente. La mala fe es un concepto jurídico indeterminado, que se concreta en el aspecto procesal cuando las partes utilizan el proceso o las actuaciones de éste para lograr fines fraudulentos o ajenos a la finalidad del mismo (que es corregir una decisión de un órgano de contratación si ésta no se ajusta a Derecho), alegar hechos contrarios a la realidad, utilizar los cauces procesales de manera torticera y desviada, o emplear medios que tiendan a entorpecer la buena marcha del procedimiento; siendo regulada la misma en el artículo 7 del Código Civil y en las normas procesales (artículo 11.2 de la LOPJ,



artículo 247.1 de la LEC...); toda vez que el principio de buena fe procesal exige que los sujetos en el procedimiento actúen de una forma social y éticamente correcta, siendo leales con el resto de sujetos intervinientes en el mismo. Dicha exigencia se recoge en las normas procesales (artículo 11.2 de la LOPJ, artículo 247.1 de la LEC...), regulándose el abuso de derecho en el artículo 7.2 del Código Civil en los siguientes términos “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”, siendo dicho abuso de derecho una especie dentro del género de la mala fe; ya que según el artículo 7.1 del Código Civil, “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.”

La STS de 14 de mayo de 2014 analiza esta potestad de sancionar económicamente a quienes con temeridad o mala fe interpongan el recurso recogida en el derogado artículo 47.5 del TRLCSP en los siguientes términos: “... La finalidad de esta facultad de imponer una multa 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 que el mismo sea resuelto (art. 45 TRLCSP)...”

Habida cuenta que el recurrente ha paralizado la licitación de un acuerdo marco que había de entrar en vigor en enero de 2022 y que, a causa de su actuación caprichosa y sin fundamento técnico o legal alguno se retrasará en dos meses aproximadamente, dejando sin mantenimiento durante ese tiempo material táctico afecto a la Defensa y a los intereses internacionales del Estado Español, y afectando a la organización económica del futuro adjudicatario, que verá mermado su beneficio en la parte proporcional del valor estimado aplicable a esos meses,

Habida cuenta de que la anualidad tiene un valor estimado, recogido en la cláusula 4º del PCAP, de 300.000,00 € (25.000,00 €/mes),



*Este Órgano de Contratación estima el perjuicio causado a la Administración y a los demás licitadores en **25.000, €** y solicita al Tribunal que imponga a la recurrente una multa por esa cuantía, por corresponder ésta a un mes de ausencia de prestación del servicio y de pérdida económica para el futuro adjudicatario”.*

Pues bien, el Tribunal observa que el recurrente ha solicitado expresamente la suspensión del procedimiento de contratación, limitándose en el recurso a poner de manifiesto que, a su juicio, existen una serie de imprecisiones técnicas de los pliegos, sin prueba alguna, respecto de las que no concreta en qué medida le impiden participar en el procedimiento de contratación, no habiendo presentado oferta en el mismo.

La paralización del procedimiento ha ocasionado perjuicios al interés público y al futuro adjudicatario.

El Tribunal considera que el recurso se ha interpuesto con temeridad, ante su falta de fundamento como recurso especial propiamente dicho, por lo que acuerda imponer al recurrente una **multa de 1.000 euros**.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. F.G., en representación de GAROFOLI IBERICA, S.L., contra los pliegos del procedimiento “*Mantenimiento y Adquisición de Repuestos de Shelters de Transmisiones*”, con expediente 2021/ETSAE0906/00000849E, convocado por la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de temeridad en la interposición del recurso, por lo que se impone a la empresa recurrente una **multa de 1.000 euros**, de conformidad con lo establecido en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la



Audiencia Nacional, 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 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.