



Recurso nº 1152/2023

Resolución nº 1261/2023

Sección 2ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. R.L.G.B., en nombre y representación de SURPLUSFORMACION S.L., contra el acuerdo de exclusión de los lotes 1, 2 y 4 del procedimiento para la adjudicación del contrato de *“Servicio de impartición de cursos on line dirigidos al personal militar y a los reservistas de especial disponibilidad del Ministerio de Defensa”*, convocado por la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa convocó, mediante un anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 9 de mayo de 2023, la licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato del contrato de servicio de impartición de cursos *on line* dirigidos al personal militar y a los reservistas de especial disponibilidad del Ministerio de Defensa (expediente nº 2023/SP01010020/00000085E), dividido en cuatro lotes, y con un valor estimado de 612.900,00 euros.

Segundo. Con fecha de 31 de mayo de 2023 se reunió la Mesa de contratación con el fin de proceder a la apertura del sobre nº 1 de los licitadores, relativo a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y a la oferta técnica. Examinada la documentación presentada, se solicitó una aclaración a la empresa SURPLUSFORMACIÓN, S.L. consistente en acreditar que la persona que ostenta el poder de representación de ésta no se haya incurso en causa de prohibición de contratar.



Tercero. Con fecha de 5 de junio de 2023, D. R.L.G.B., en representación de la mercantil SURPLUSFORMACIÓN, S.L., remitió a la Mesa de contratación un escrito de aclaraciones, acompañado de los siguientes documentos:

- Escritura de constitución la empresa SURPLUSFORMACIÓN, S.L.
- BOD con el ascenso a Capitán del Sr. L.G.B.
- Destino de este en la D.I.M.
- Autorización del Secretario de Defensa para compatibilizar su destino en la D.I.M. con la actividad laboral privada por cuenta propia de profesor.
- Solicitud de compatibilidad para actividades públicas.

Cuarto. Con fecha 7 de junio de 2023, la Mesa de contratación del Ministerio de Defensa propuso la exclusión de la mercantil SURPLUSFORMACIÓN S.L. al concurrir la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.g) 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Quinto. Con fecha de 15 de junio de 2023, el órgano de contratación dictó Resolución acordando lo siguiente:

“Excluir del expediente de contratación 2023/SP01010020/00000085E “SERVICIO DE IMPARTICION DE CURSOS ON LINE DIRIGIDOS AL PERSONAL MILITAR Y A LOS RESERVISTAS DE ESPECIAL DISPONIBILIDAD DEL MINISTERIO DE DEFENSA”, a la mercantil SURPLUS FORMACIÓN S.L.; atendiendo a la condición tanto de administrador único de Don R.L.G.B., como de empleado público de la Administración General del Estado, al apreciarse la prohibición de contratar prevista en la letra g) del artículo 71.1 LCSP; en relación con el artículo 1.2. y artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.”

Esta Resolución fue notificada a la recurrente el 19 de julio de 2023.

Sexto. Con fecha de 31 de julio de 2023, la mercantil SURPLUSFORMACIÓN presentó en el registro del órgano de contratación recurso de alzada contra la Resolución de 15 de junio de 2023. En su recurso solicita la anulación de dicha Resolución.



Séptimo. Con fecha de 14 de agosto de 2023, previo requerimiento de la Secretaría General de este Tribunal al órgano de contratación, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de este.

Octavo. Con fecha de 16 de agosto de 2023, la Secretaría General del Tribunal dio traslado del recurso presentado a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. No se han presentado alegaciones.

Noveno. Con fecha 24 de agosto de 2023, la Secretaría General del Tribunal –por delegación de éste– resolvió otorgar la suspensión del procedimiento de contratación.

Con esa misma fecha, la Secretaría General del Tribunal –por delegación de éste– acordó revocar la concesión de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, y conceder la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación de los lotes 1, 2 y 4, 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Resolución impugnada señala que contra la misma se podrá interponer recurso ordinario de alzada en el plazo de un mes, contado a partir del día siguiente a su notificación, conforme establecen los artículos 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Siguiendo el criterio indicado en la Resolución impugnada, el recurso se interpuso como recurso de alzada, sin embargo, de acuerdo con el principio antiformalista que rige el procedimiento administrativo, procede su calificación como recurso especial en materia de contratación, sin que el error en la calificación del recurso sea obstáculo para su tramitación. En este sentido, en la Resolución 1364/2022, de este Tribunal, se afirma lo siguiente:

“El error en la calificación del recurso no ha de considerarse obstáculo a su tramitación conforme a su verdadera naturaleza y ante la duda del recurso procedente, rige, conforme a la disposición final cuarta.1 de la LCSP y al artículo 2.1 del Real Decreto 814/2015, de 11 de



septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que determina que “El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”.

Segundo. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Tercero. La actuación impugnada se refiere a un contrato de servicios cuyo valor estimado supera el umbral fijado en el artículo 44.1.a) de la LCSP. Además, el acto recurrido, por el que excluye la oferta de la entidad recurrente, es uno de los previstos para su impugnación a través del recurso especial en el artículo 44.2.b) del mismo cuerpo legal, por tratarse de un acto de trámite cualificado.

Cuarto. En relación con el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP, con arreglo al cual: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará: Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*

En el presente supuesto, el acuerdo de exclusión se notificó a la recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público el 19 de julio de 2023, por consiguiente, la presentación del recurso el 31 de julio de 2023 ha tenido lugar dentro de plazo.

Quinto. La legitimación se regula en artículo 48 de la LCSP que dispone que: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.*



En el presente caso, la oferta de la parte recurrente ha sido excluida del procedimiento de licitación, por lo que dispone de legitimación al ser interesada en la revocación del acuerdo impugnado conforme al citado precepto pues la eventual estimación de su recurso le depararía ser readmitida al procedimiento licitatorio.

Sexto. En lo que se refiere al fondo del asunto, la recurrente –en síntesis– señala que el reconocimiento de la compatibilidad del Sr. L.G.B. para desarrollar la actividad laboral privada por cuenta propia de profesor determina que no exista prohibición para contratar en el procedimiento para la adjudicación del contrato de servicio de impartición de cursos *on line* dirigidos al personal militar y a los reservistas de especial disponibilidad del Ministerio de Defensa.

A su juicio, puede sostenerse que la compatibilidad del Sr. L.G.B. se extiende a SURPLUSFORMACIÓN, S.L., sin necesidad de que el Sr. L.G.B. precise tener reconocida la compatibilidad para ejercer el cargo de administrador único de dicha sociedad.

Indica que, desde la constitución de esta sociedad hasta la actualidad, el Sr. L.G.B. siempre ha sido socio y administrador único de la misma, por lo tanto, es claro que SURPLUSFORMACIÓN, S.L. cumple una mera función de sociedad instrumental en cuanto a la actividad que dicho señor pueda desarrollar. La persona que puede ejercer la actividad es la misma, aunque en un caso lo haga personalmente y en otro, como el que aquí nos ocupa, a través de la sociedad, lo cual simplemente supone un mero cambio formal del titular de la actividad. Dicho de otra forma, hay identidad total y absoluta entre el Sr. L.G.B. y la sociedad SURPLUSFORMACIÓN, S.L., ya que son la misma cosa.

Así las cosas, considera que si el Sr. L.G.B. tiene autorización para ejercer la actividad de profesor carece de sentido y fundamento exigirle la compatibilidad para ejercer como administrador único de una sociedad de la que es su socio y administrador único, ya que coincide la persona física y el titular y propietario total y absoluto de la sociedad.

Séptimo. El órgano de contratación, en el informe emitido conforme a lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, ratifica la decisión de excluir a la recurrente de la licitación por las razones expuestas en la Resolución impugnada.



Octavo. Como ha quedado expuesto, en el presente caso ha quedado excluida de la licitación una sociedad mercantil cuyo administrador único incurre, según el criterio del órgano de contratación, en un supuesto de incompatibilidad. En efecto, la LCSP prohíbe la contratación pública con personas jurídicas cuyos administradores estén incurso en una causa de incompatibilidad. Así, el apartado 1.g), del artículo 71, de la norma citada prescribe lo siguiente:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

El régimen de incompatibilidades del Capitán D. R.L.G.B. es el previsto en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 2.1 regula que: *“La presente Ley será de aplicación a: a) El personal civil y militar al servicio de la Administración del Estado y de sus Organismos Públicos”*



El artículo 14 de la Ley 53/84 dispone que: *“El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las Administraciones Públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad.”*

Por su parte, el artículo 14 del Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de incompatibilidades del personal militar, establece que: *“Corresponde al Ministerio de Defensa la resolución autorizando o denegando el ejercicio por el personal militar de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales de carácter privado. Por lo que respecta a la Guardia Civil, la resolución autorizando o denegando el ejercicio de las actividades a que se refiere el presente artículo corresponde al Ministerio del Interior.”*

En el presente supuesto, el Subsecretario de Defensa, mediante Resolución de 26 de marzo de 2018, autorizó al Sr. L.G.B. a compatibilizar su destino en la D.I.M. con la actividad laboral privada por cuenta propia de profesor; es decir, el ejercicio de actividades profesionales o laborales relacionadas con la docencia.

Sin embargo, y por eso mismo, esta autorización no comprende el desempeño de una actividad mercantil, cual es el cargo de administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada como SURPLUSFORMACIÓN, S.L. Este cargo precisa un reconocimiento de compatibilidad del que el Sr. L.G. B. carece. A este respecto, puede citarse la doctrina del Tribunal Supremo, de la que es fiel expresión la [sentencia de 30 de abril de 2013](#) (Recurso nº 129/2012), en la que se señala que:

“El cargo de administrador de una sociedad en cualquiera de sus modalidades (...) conlleva la implicación o participación activa en la gestión o tráfico de la misma, lo que excede de lo que deba considerarse administración del propio patrimonio y cuyo desempeño precisa de autorización compatibilizadora”.

Partiendo de lo anterior, debe darse la razón al órgano de contratación al advertir en la mercantil SURPLUSFORMACIÓN la concurrencia de la prohibición para contratar prevista en el apartado 1.g) del artículo 71 de la LCSP, procediendo –en suma– el rechazo del recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,



VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. R.L.G.B., en nombre y representación de SURPLUSFORMACION S.L., contra el acuerdo de exclusión de los lotes 1, 2 y 4 del procedimiento para la adjudicación del contrato de *“Servicio de impartición de cursos on line dirigidos al personal militar y a los reservistas de especial disponibilidad del Ministerio de Defensa”*, convocado por la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES