



Recurso nº 800/2023

Resolución nº 1058/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 3 de agosto de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. Z. B., en representación del compromiso de UTE EULEN SEGURIDAD, S.A.- EULEN, S.A., contra el acuerdo de exclusión del procedimiento “*Servicio de vigilancia y seguridad física en la sede corporativa de INCIBE*”, expediente 015/23, convocado por Instituto Nacional de Ciberseguridad de España; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de la sociedad mercantil estatal Instituto Nacional de Ciberseguridad de España M.P., S.M.E., S.A. (INCIBE) mediante anuncios publicados en fechas 4 y 6 de marzo de 2023 (respectivamente, anuncio de licitación y pliegos de características generales y de características técnicas) en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y 7 de marzo de 2023, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), convocó licitación para la contratación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del “*Servicio de vigilancia y seguridad física en la sede corporativa de INCIBE*”, expediente 015/23.

Con fecha 31 de marzo de 2023 se publica en la PLACSP una rectificación del Pliego de Características Generales.

El contrato administrativo de servicios, sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 2.806.553,35 euros.



Las prestaciones objeto de contratación se clasifican en el CPV: 79710000 - Servicios de seguridad.

Segundo. La licitación se desarrolla de conformidad con los trámites previstos en 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 (en adelante, LCSP) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, en particular el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Tercero. Del expediente de contratación cabe relacionar los siguientes antecedentes fácticos de interés para la resolución de este recurso:

- Concurrieron a la licitación de referencia presentando ofertas en plazo un total de cinco empresas: CLECE SEGURIDAD, S.A., UTE EULEN SEGURIDAD, S.A. – EULEN, S.A., GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A., UTE PROSEGUR SOLUCIONES INTEGRALES DE SEGURIDAD ESPAÑA, S.L. - ESC SERVICIOS GENERALES, S.L., y SABICO SEGURIDAD, S.A.,
- En el acta de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 16 de mayo de 2023, se recoge lo siguiente:

“*ACUERDOS*

Primero. *Con posterioridad al acto de apertura y valoración del sobre 1, la Comisión de contratación de INCIBE ha tenido conocimiento de la prohibición de contratar que en la actualidad afecta a EULEN SEGURIDAD, S.A.*

La propia información que obra a día de hoy en Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE), acredita la prohibición de contratar en todo el Sector Público con la empresa EULEN SEGURIDAD, S.A. (N.I.F.: A28369395), declarada por Resolución de la Ministra de Hacienda y Función Pública



durante el plazo de 7 meses, con fecha de inicio el 19 de abril de 2023 y con fecha de vencimiento el 18 de noviembre de 2023.

Sin perjuicio de la valoración realizada respecto a la documentación del sobre 1 presentada por la licitadora, la cual se ajustaba a las exigencias del pliego, habiendo tenido este órgano de contratación conocimiento de la referida prohibición de contratar, procede analizar la situación a efectos de adoptar una decisión al respecto.

El contrato que por medio del exp. 015/23 se licita debe comenzar su vigencia el 01/12/23 sin que haya interrupción del servicio que a día de hoy se presta a través del exp. 038/18. Para llegar a este objetivo, INCIBE debe adjudicar el contrato con anterioridad a la fecha en la que vence la prohibición de contratar que afecta a la licitadora. Asimismo, para poder adjudicar el contrato, la oportuna clasificación debe ser aprobada por el órgano competente, esto es, el Consejo de Administración de INCIBE que, como muy tarde y siempre que no sea posible hacerlo antes, debe aprobar la oportuna clasificación en octubre de 2023. En este estado de cosas, y debiendo aprobarse tanto la clasificación como la adjudicación de este expediente mientras permanecerá en vigor la prohibición de contratar que afecta a EULEN SEGURIDAD, S.A., no procede tener en cuenta su oferta en el presente procedimiento y es por ello que procede la exclusión de la licitadora, todo ello unido a que el hecho de estar en causa de prohibición de contratar en cualquier momento del procedimiento, es causa de exclusión.

En relación con la exclusión que nos ocupa, se deja constancia de la interpretación al respecto del propio TACRC que, en Acuerdo del Pleno de 5 de abril de 2022 sobre esta concreta materia, se pronunció en el siguiente sentido:

"Una interpretación literal del art. 140.4 LCSP conduce, sin duda, a entender que la aplicación de la prohibición para contratar se produce en dos momentos: al finalizar el plazo de presentación de ofertas y en el momento de perfección del contrato: "las circunstancias relativas a ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato". A igual



*conclusión se llega con base en una interpretación sistemática, teniendo en cuenta lo señalado además de en el artículo 140.4 de la LCSP, lo dispuesto en su apartado tercero y en los artículos 39, 65, 72 y, a mayor abundamiento, en el artículo 69.8 de la LCSP. Es más, entendemos que no solo se respalda la identificación de dos momentos, sino incluso la existencia de un período de tiempo, de forma que el licitador no solo no puede incurrir en causa de prohibición para contratar al final del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato (ha de entenderse celebración, como veremos ex artículo 39 de la LCSP)) sino durante el tiempo que medie entre ambas. Esa sería la interpretación que debe darse al verbo "subsistir" (según la RAE del latín *subsistere*. 1. intr. Dicho de una cosa: Permanecer, durar o conservarse. 2. intr. Mantener la vida, seguir viviendo. 3. intr. Fil. Dicho de una sustancia: Existir con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza) que incluso algún precepto como el artículo 69.9 LCSP llega incluso a señalar como mantener.*

En efecto, analizando los preceptos apuntados:

- El artículo 39.2 a) al regular los contratos nulos de pleno derecho identifica como tales los celebrados concurriendo (el subrayado es nuestro):

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

- El artículo 65 al regular la aptitud para contratar con el sector público señala en su apartado primero 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 incurso 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".

- El artículo 72 de la LCSP, cuando establece quién y cómo ha de apreciar las prohibiciones para contratar, aun diferenciando entre aquellas apreciables directamente por el órgano de contratación de las que precisan declaración administrativa sobre su alcance y duración, señala para ambas que tras apreciarse subsisten:

1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

- El artículo 69.8 de la LCSP aborda ex novo (la regulación previa en materia de contratos no regulaba este tema) la modificación de la composición de la UTE durante la licitación del contrato. Al hacerlo, dicho precepto impone la exclusión de la UTE, cuando alguna de las empresas integrantes quede incurso en prohibición para contratar:

"8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar."



- Para concluir el artículo 140.4 LCSP en lógica coherencia con todo lo anterior, permite al órgano de contratación comprobar la ausencia de prohibiciones en cualquier momento del procedimiento de licitación, cuando existan indicios de lo contrario:

"3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato".

Sentado todo lo anterior el Tribunal acordó en relación con la materia objeto de análisis (prohibiciones de contratar) que "encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión".

Es por todo ello que siendo notaria la prohibición de contratar que afecta a EULEN SEGURIDAD, S.A. y cuya información consta en el ROLECE, se acuerda la EXCLUSIÓN de UTE EULEN SEGURIDAD, S.A. — EULEN, S.A. del presente procedimiento".

- En fecha 17 de mayo de 2023, se procedió a notificar a través de la PLACSP a la UTE EULEN SEGURIDAD, S.A.- EULEN, S.A., su exclusión del procedimiento.
- Con fecha 13 de junio de 2023, la empresa EULEN SEGURIDAD, S.A., mediante escrito dirigido al órgano de contratación manifiesta y acredita documentalmente que, en fecha 27 de abril de 2023 interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, habiendo solicitado igualmente, como medida cautelar, la suspensión de la prohibición de contratar, y que mediante Auto dictado, en fecha 8 de junio de 2023, por dicha Sala se acuerda suspender la ejecución de dicha prohibición, previa constitución de garantía, que asimismo ha sido constituida en fecha 9 de junio de 2023, por lo que se concluye que la prohibición de contratar ha quedado sin efecto.



Cuarto. En fecha 7 de junio de 2023, la mercantil EULEN SEGURIDAD, S.A., presenta en el registro electrónico general de la Administración General del Estado escrito de recurso especial en materia de contratación frente a la exclusión de la UTE EULEN SEGURIDAD, S.A.- EULEN, S.A., en la licitación de referencia, instando su anulación y la retroacción de las actuaciones en el procedimiento de licitación.

Mediante primer otrosí, se interesa también la suspensión del procedimiento de contratación hasta la resolución del presente recurso.

Quinto. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 14 de junio de 2023, en el que se interesa la desestimación del recurso y se formula oposición a la suspensión del procedimiento de contratación.

Sexto. En fecha 15 de junio de 2023, por la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por conveniente. En fecha 22 de junio de 2023, la entidad GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A., presenta escrito en el que, con base en los motivos que estima oportunos, interesa la desestimación del presente recurso y formula oposición a la suspensión del procedimiento de contratación. Asimismo, en igual fecha 22 de junio de 2023, la empresa CLECE SEGURIDAD, S.A., presenta escrito de alegaciones en el que, en atención a los motivos que se consideran convenientes, solicita que este recurso sea desestimado.

Séptimo. Con fecha de 15 de junio de 2023, Secretaria del Tribunal –por delegación de éste– dictó resolución acordando la concesión de la medida cautelar 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.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación de este recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente 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 se interpone ante este Tribunal, que es competente para su conocimiento y resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LCSP.

Tercero. Por lo que respecta al objeto del presente recurso, este se refiere a un procedimiento de licitación para la contratación de servicios con valor estimado superior a cien mil euros, quedando por ello en principio dentro del ámbito de actuaciones susceptibles de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el apartado a) del artículo 44.1 de la LCSP.

Adicionalmente, el acto que se recurre acuerda la exclusión de la recurrente, por lo que se trata de una actuación de impugnación por estar incluido en el apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP.

Conforme a este citado precepto legal (destacado añadido):

“Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



Cuarto. En cuanto a la legitimación activa, debe serle reconocida a la empresa recurrente, en aplicación del primer párrafo del artículo 48 de la LCSP y por las razones que seguidamente se indican.

En este caso, de la lectura del escrito de recurso se constata claramente que se impugna directamente la decisión de exclusión, sosteniendo que ha sido indebidamente apartada de la licitación.

La anulación de dicho acuerdo de exclusión que –tal y como se desprende del expediente administrativo– fue notificado al recurrente a través de la PLACSP el día 17 de mayo de 2023, podría suponer a la empresa recurrente la readmisión al procedimiento de contratación en cuanto la misma ha presentado oferta en compromiso de UTE para participar en la licitación.

Formulándose el recurso no por las empresas integrantes del compromiso de UTE, sino por una de ellas, debe señalarse que esta legitimación la ostenta no sólo dicha Unión, también individualmente cada una de las empresas que concurrieron a la licitación con el compromiso de constituir una UTE, conforme al criterio sentado por la Sentencia 456/2021, de 26 de marzo, del Tribunal Supremo, que con criterio coincidente con el de las sentencias 1327/2019, de 8 de octubre (recurso casación núm. 5824/2017) y la 216/2020, de 17 de febrero (recurso casación núm. 36/2018), concluye afirmando que: *“la interpretación del artículo 19.1.a) de la LJCA, en relación con el principio pro actione, en las particulares circunstancias del caso, lleva a concluir que cada una de las entidades que conforman una Unión Temporal de Empresas (UTE) ostentan individualmente legitimación activa para interponer el recurso especial en materia de contratación y, por tal razón, ante el desistimiento de alguna o algunas de las empresas integrantes de esa UTE pueden las demás proseguir con el recurso, con las consecuencias que de ello se deriven para la relación principal”*.

Y no obsta tal conclusión el motivo esgrimido por el órgano de contratación para excluir a la mercantil aquí actora, por mor de haber sido declarada en prohibición para contratar mediante resolución de la titular del Ministerio de Hacienda y Función Pública de fecha 24 de febrero de 2023, por plazo de siete meses, una vez inscrita en el Registro Oficial de



Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado pues tal circunstancia –*a priori*– no le priva, siempre y en todo caso, de la legitimación que ostenta en su condición de participante en la presente licitación.

En consecuencia, a juicio de este Tribunal, concurre el interés legítimo que exigen los artículos 48 de la LCSP y 24.2 del RPERMC para la interposición de este recurso, tal y como ha reconocido en la reciente Resolución 939/2023, de 13 de julio.

Quinto. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y 17 a 21 del RPERMC.

Por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, debe tomarse en consideración, tal y como hemos señalado, que esta impugnación se plantea frente a una exclusión que ha sido notificada previamente, no habiendo transcurrido los quince días hábiles de dicho plazo para la interposición entre la fecha de notificación del acto impugnado (17 de mayo de 2023) y la de presentación del recurso (7 de junio de 2023).

Sexto. Tras el examen de los requisitos de admisibilidad del presente recurso, procede entrar en el fondo del asunto.

La parte recurrente se alza contra su exclusión de la licitación con base en los siguientes motivos de impugnación:

1º.- *Infracción del artículo 73.3 de la LCSP en cuanto la prohibición de contratar no es firme y, por tanto, no puede aplicarse.*

En este sentido, se alega que:

“(…) el expediente de “Prohibición de Contratar” que ha dado lugar a su exclusión tiene su origen en la resolución dictada en fecha 13 de mayo de 2021, por el Director General de Trabajo de la Comunidad de Madrid, derivada del expediente 09-ST-07025.6/2020 iniciado por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Madrid, en virtud del Acta de Infracción 07025/2020, de fecha 28 de diciembre



de 2020, que impuso a la ahora recurrente una sanción de 10.000€, por la comisión de una infracción muy grave, en grado mínimo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.11 del RDL 5/2000, de 4 de agosto.

Asimismo, las circunstancias que originaron el acta referida tuvieron su causa en una incidencia que se produjo en el Servicio de Vigilancia que prestaba EULEN SEGURIDAD, S.A. en la Terminal 4 del Aeropuerto de Barajas, el día 23 de septiembre de 2019, que en síntesis, se reduce a una discusión en la que participaron dos vigilantes de seguridad. Una vez conocidos y valorados los hechos, EULEN SEGURIDAD, S.A. inició el correspondiente Expediente Sumario para la imposición de sanción disciplinaria frente a la trabajadora responsable de los mismos, el cual finalizó con la suspensión de empleo y sueldo de treinta días de duración para con la meritada empleada.

El pasado 24 de abril de 2023, EULEN SEGURIDAD, S.A. recibió comunicación de inscripción de Prohibición de Contratar, con efectos desde el día 19 de abril de 2023, si bien, no estando conformes con la referida medida, en fecha 27 de abril de 2023 se interpuso Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, habiendo solicitado igualmente en la citada recusación la adopción de la MEDIDA CAUTELAR consistente en que se SUSPENDA la prohibición de contratar acordada y, consecuentemente se deje sin efecto su inscripción en el ROLECE”.

Asimismo, se añade que la resolución “sancionadora” que impone la prohibición de contratar le fue notificada en fecha 28 de marzo de 2023, por lo que el plazo para su impugnación bien a través de recurso de reposición era hasta el día 28 de abril de 2023, o bien directamente a través del recurso contencioso-administrativo, en el plazo de dos meses, es decir, hasta el 29 de mayo de 2023, tal y como se recoge en la propia resolución, por lo que la misma no adquirió en ningún momento el carácter de firme.

En suma, se denuncia que se haya procedido a la publicación en el ROLECE de esta declaración de prohibición de contratar con efectos de 19 de abril de 2023, cuando todavía no se había cumplido siquiera el mes para recurrir en reposición.



En fundamento de su impugnación, se invocan los artículos 98 y 90.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como la STC nº 78/1996, de 20 de mayo.

2º.- Cumplimiento por la recurrente de lo previsto en el artículo 72.5 de la LCSP.

Se aduce así que, además de haber abonado la sanción económica impuesta en fecha 14 de mayo de 2021, se formuló el pasado 14 de abril de 2023, solicitud de revisión de la prohibición de contratar al amparo de lo previsto en el artículo 72.5 de la LCSP, con base en lo siguiente:

- *“Haber efectuado el pago de la sanción.*
- *Haber elaborado el Protocolo de Actuación P-820/0038. Resolución de incidentes laborales en las relaciones interpersonales del Grupo Eulen. El objeto de este se centra en el establecimiento de un protocolo para favorecer la resolución de incidentes de contenido laboral que surgen en las relaciones interpersonales en el lugar de trabajo, garantizando un proceso objetivo, eficaz y confidencial para las partes afectadas.*
- *Haber impartido formación específica a 102 Responsables/Mandos, y a un total de 6.350 empleados.*
- *Haber sancionado a la empleada que llevó a cabo la actuación por la que se impuso la sanción que condujo a la imposición de la prohibición de contratar”.*

Junto al escrito de recurso, se acompañan los siguientes documentos:

- Documento nº 3: copia de la notificación de la inscripción de la declaración de prohibición de contratar en fecha 24 de abril de 2023.
- Documento nº 4: justificante de presentación del recurso contencioso-administrativo en fecha 27 de abril de 2023.
- Documento nº 5: Decreto dictado el 10 de mayo de 2023 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (P.O. 639/2023), mediante el cual se admite a trámite el recurso y se ordena formar pieza separada de medidas cautelares.



- Documento nº 6: Diligencia de Ordenación, de fecha 10 de mayo de 2013, dictada en el aludido recurso judicial por la que se da traslado a la Administración demandada para que se pronuncie sobre la referida medida cautelar.
- Documento nº 7: justificante del pago de la sanción económica.
- Documentos nº 8 a 10: justificantes de presentación de la solicitud de revisión de la declaración de prohibición de contratar en fechas 14, 24 y 27 de abril de 2023.

Junto a lo anterior, tal y como se recoge en el antecedente de hecho tercero de esta resolución, consta que mediante Auto dictado, en fecha 8 de junio de 2023, por la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la declaración de prohibición de contratar, se ha acordado suspender la ejecución de dicha declaración, previa constitución de garantía, habiéndose constituido dicha garantía en fecha 9 de junio de 2023.

El órgano de contratación, en el informe al recurso emitido en cumplimiento del artículo 56.2 de la LCSP, rechaza las alegaciones del recurrente y sostiene la legalidad de la exclusión de este licitador, manifestando lo siguiente:

“(...) En el caso que nos ocupa, a la vista tanto del documento nº 10 aportado por la recurrente como del documento nº 15 que acompañan al presente informe, la prohibición de contratar tiene efectos desde el 19 de abril de 2023, por lo que se encontraba en vigor en fecha 16 de mayo de 2023 (fecha de acuerdo de exclusión) e incluso a día de elaboración del presente informe sigue encontrándose dicha inscripción de prohibición en vigor tal y como se desprende de la documentación adjunta (doc. nº 15).

Visto todo lo anterior, la prohibición estaba en vigor en fecha del acuerdo impugnado por la recurrente (acuerdos de 16 de mayo de 2023).

(...)

De este modo cabe concluir que la resolución de la Ministra de Hacienda, que conforme al R.O.L.E.C.E es de 24 de febrero de 2023, por la que entiende esta parte que se acuerda el alcance y la duración de la prohibición de contratar, produce



efectos desde su inscripción en el citado registro, siendo asimismo ejecutiva desde tal fecha.

En este sentido se han pronunciado numerosas resoluciones del Tribunal al que nos dirigimos, como a título de ejemplo la Resolución 1378/2021 en recurso nº 877/201 y la Resolución 1376/2021 en recurso nº 455/2021.

Por ello y conforme al artículo 140.4 de la LCSP que prescribe que 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 contratación, este órgano de contratación el 16 de mayo de 2023 al verificar que no concurría en EULEN SEGURIDAD, S.A. el requisito de aptitud para contratar con el sector público, acordó la exclusión de la UTE licitadora UTE EULEN SEGURIDAD, S.A. – EULEN, S.A.

Por todo lo expuesto no comparte este órgano de contratación las afirmaciones de la recurrente de que, como consecuencia del recurso en vía contencioso-administrativa y la medida cautelar en tramitación, la prohibición no es ejecutiva. Ni tampoco que, al haber pagado la sanción y cumplido lo previsto en el artículo 72.5 de la LCSP, EULEN SEGURIDAD, S.A. se encuentre legitimada para comparecer como empresa licitadora en el expediente de contratación que nos ocupa y no puede ser excluida.

Este órgano de contratación en la tramitación de los procedimientos de contratación debe atender los mandatos de la LCSP, y ex artículo 73.3 de la LCSP, la prohibición de contratar es ejecutiva desde su inscripción en el ROLECE. A fecha de adopción del acuerdo de exclusión, la prohibición de contratar constaba inscrita en el registro, con efectos desde el 19 de abril de 2023 al 18 de noviembre de 2023, por lo que no cabe atender a la pretensión del recurrente de entender que la prohibición no es ejecutiva”.

Adicionalmente se añade que:



“El R.O.L.E.C.E en todo momento se refiere a la Resolución de la Ministra de Hacienda y Función Pública de 24 de febrero de 2023 que desconocemos cuándo fue notificada a EULEN SEGURIDAD, S.A. pues la recurrente habla de Resolución de 23 de marzo de 2023 que le fue notificada el 28 de marzo de 2023 (conforme documento nº 8), no haciendo referencia alguna a la Resolución de 24 de febrero de 2023.

Esta parte no ha tenido en ningún momento acceso ni a la Resolución de 24 de febrero a la que se refiere el ROLECE, ni a la de 23 de marzo que refiere constantemente el recurrente, con lo que tampoco ha podido conocer el fondo concreto de las mismas. No obstante, no es competencia de este órgano de contratación valorar las resoluciones en cuestión y únicamente se ha limitado a atender a lo inscrito en el R.O.L.E.C.E y todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 340 LCSP que establece que “Todas las inscripciones practicadas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público tendrán, sin distinción alguna, los mismos efectos acreditativos y eficacia plena frente a todos los órganos de contratación del Sector Público”.

Por último, respecto de la medida cautelar de suspensión de la prohibición de contratar, se indica que:

“(…) entiende esta parte que en caso de adquirir firmeza la medida cautelar en cuestión, produciría efectos desde tal firmeza y hasta que la Audiencia Nacional resuelva el recurso, si bien no puede tener efectos retroactivos pues desvirtuaría la función del registro que, como venimos diciendo, a fecha de adopción del acuerdo de exclusión (16 de mayo) acreditaba la prohibición de contratar en cuestión, y que a día de hoy se mantiene.

En aras de que el Tribunal conozca esta comunicación y su documentación adjunta, a los oportunos efectos se aporta toda ella como documento nº 15.1.

En todo caso, como venimos refiriendo, establece el artículo 73.3 de la LCSP que: “3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes



la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el resto de los supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

En el asunto que nos ocupa, la prohibición de contratar de la recurrente debía producir efectos desde su inscripción en el ROLECE, constatando este órgano de contratación que la misma se encontraba vigente el 16 de mayo de 2023, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 LCSP se acordó su exclusión del procedimiento”.

Séptimo. Centrados los términos de la controversia planteada, debe advertirse con carácter previo que la revisión –por parte de este Tribunal– de la conducta del órgano de contratación por lo que respecta a la actuación impugnada, ha de estar al tiempo en que esta fue dictada y de considerar los elementos de juicio de que el citado órgano disponía en ese momento, a fin de concluir su conformidad –o no– a Derecho.

Así las cosas, analizando los hechos concurrentes en el presente caso, se da la circunstancia incontrovertida de que, consultado el ROLECE el día 16 de mayo de 2023 por el órgano de contratación por primera vez, se comprobó que ya constaba inscrita en el mismo la prohibición para contratar declarada en contra del licitador inicialmente propuesto para la adjudicación –la empresa aquí recurrente–, con efectos para todo el sector público, por haber sido sancionada con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la LCSP, durante un plazo de siete meses, comprendido entre el 19 de abril y el 18 de noviembre de 2023. A la vista de esta circunstancia, la Mesa de contratación en fecha 16 de mayo de 2023 acordó excluir a EULEN SEGURIDAD, S.A., por constar inscrita –con su duración y alcance– en el ROLECE dicha prohibición y, en consecuencia, resultar ya eficaz con arreglo al artículo 73.3 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

“Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes



la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

No obstante lo anterior, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse”.

Las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, núm. 1115/2021, de 14 de septiembre, y 1419/2021, de 1 de diciembre, fijan doctrina jurisprudencial sobre cuándo se despliegan los efectos de la prohibición de contratar y señalan que los efectos de la prohibición de contratar, siendo esta una prohibición contemplada en el artículo 71.1.b) de la LCSP, únicamente se producen, y la limitación sólo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y la duración, bien en la propia resolución sancionadora, bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el ROLECE. De este modo cabe concluir que la resolución de la Ministra de Hacienda y Función Pública de 23 de marzo de 2023, por la que se acuerda el alcance y la duración de la prohibición de contratar produce efectos desde su inscripción en el citado registro, siendo asimismo ejecutiva desde tal fecha.

Y, en este caso, resulta indubitado que la declaración de prohibición de contratar en el sector público de la recurrente estaba inscrita en el ROLECE y vigente con efectos desde el 19 de abril hasta el 18 de noviembre de 2023. Se trata, en definitiva, de una prohibición de contratar cuyo alcance y duración habían sido acordados por la Ministra de Hacienda y Función Pública al amparo del artículo 71.1.b) de la LCSP (*“Haber sido sancionadas con carácter firme ... por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social,*



aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto...”), y estaba inscrita en dicho registro. Por tanto, se trata de una limitación anudada ex lege a la imposición de una sanción firme por una infracción muy grave en determinadas materias; en el presente caso, por mor de la comisión de una de las conductas así tipificadas ex artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Y los efectos de tal prohibición de contratar se producen, desde el momento en el que se concretó el alcance y duración de la prohibición, a través del procedimiento correspondiente, y una vez inscrita aquélla en el ROLECE.

Por lo demás, este mismo criterio es el reiterado por la Sala 3ª del Alto Tribunal en la Sentencia núm. 377/2022, de 28 marzo, en la que en relación con la ejecutividad de la prohibición de contratar argumenta, en su fundamento jurídico tercero, cuanto sigue:

“La primera de las cuestiones planteadas consiste en determinar si la prohibición de contratar -cuando la resolución sancionadora dictada por la CNMC no ha fijado su alcance y duración-, es o no inmediatamente ejecutiva o, por el contrario, si la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior, tras la tramitación del procedimiento correspondiente destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición.

El adecuado análisis de la cuestión planteada exige realizar algunas consideraciones previas.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 71 que: "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 siguientes", enumerando como uno de estos supuestos el "haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave [...] de falseamiento de la competencia" (art. 71.1.b).

En estos casos, la prohibición de contratar se supedita al cumplimiento de ciertos presupuestos, entre ellos a la existencia de una sanción administrativa firme, por lo



que la prohibición aparece vinculada a la sanción impuesta, de modo que anulada la sanción desaparece el presupuesto que la sustenta.

De lo dispuesto en el art. 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse de dos formas distintas: a) en la propia resolución sancionadora; b) o si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, "mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo". Este procedimiento (art. 72.3 de la LCSP) "corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada". Por ello, el órgano administrativo que ha impuesto la sanción a la que anuda la prohibición de contratar remitirá de oficio testimonio a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

El diferente momento en el que se especifica el alcance y duración de la prohibición de contratar tiene una importancia decisiva para determinar el comienzo de los efectos de dicha limitación y consecuentemente para apreciar su ejecutividad.

Ha de partirse de que la prohibición de contratar no es ejecutiva hasta tanto se determine su alcance y duración.

Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 73. 3 de la LCSP en el que se establecen los efectos de la declaración de prohibición, afirmando que:

"Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de los supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".



La interpretación literal de este precepto permite concluir que solo cuando la resolución administrativa o judicial fija el alcance y duración de la prohibición ésta produce efectos. Es más, en el caso en que dicho alcance se fije en una resolución administrativa autónoma posterior habrá de inscribirse en el registro Oficial de licitadores.

Esta interpretación es conforme, por otro lado, con la propia naturaleza y límites de toda medida restrictiva de derechos, por cuanto la determinación del alcance y duración de una prohibición es esencial para conocer los contornos de la restricción impuesta. La prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda.

Si se mantuviese que una prohibición de contratar era ejecutiva antes de delimitarse su alcance y duración, ello implicaría que pudiera aplicarse de forma indefinida y para todos los sectores, contraviniendo las propias previsiones legales -pues el art. 72.6 de la LCSP establece como límite temporal un máximo tres años de duración- y los principios inspiradores del derecho sancionador.

Esta conclusión también aparece avalada por una interpretación sistemática y contextual de los preceptos de la Ley de Contratos que regulan esta materia. Así el art. 72.7 de la LCSP establece que cuando sea necesario un procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar, dicho procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados desde "la firmeza de la resolución sancionadora". De modo que superado este plazo ya no es posible establecer el alcance y duración de la prohibición y, consecuentemente no podrán inscribirse en el registro y producir efectos. Esta previsión sería inoperante si la limitación fuese ejecutiva desde que se dicta la resolución sancionadora, aunque no se fijase el alcance y duración de la



prohibición. Es más, se podría producir la paradoja de que la duración y amplitud de la prohibición superase la que finalmente se imponga por la posterior resolución del Ministro de Hacienda y Función Pública.

En definitiva, la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. La limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y duración de la prohibición bien en la propia resolución sancionadora bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro.”

Sentado lo anterior, conforme a los parámetros jurisprudenciales recién expuestos del Tribunal Supremo, no cabe sino confirmar la actuación impugnada por cuanto que –al tiempo en que fue dictada– el órgano de contratación, con buen criterio, consideró que la prohibición para contratar ya desplegaba efectos una vez inscrita en el ROLECE en virtud del artículo 73.3 de la LCSP, al no disponer en ese momento de ningún elemento de juicio que pudiera llevarle a concluir lo contrario; en este sentido, la medida cautelar interesada por la recurrente en el seno del procedimiento contencioso-administrativo iniciado ante la Audiencia Nacional contra la declaración de dicha prohibición, consistente en la suspensión de su ejecución, no ha sido otorgada hasta el día 8 de junio de 2023 mediante Auto de dicho órgano jurisdiccional, tal y como consta en otro procedimiento de recurso especial habido a instancia de esa misma mercantil actora.

En consecuencia, no se aprecia vulneración en este caso de lo prescrito en el artículo 73.3 de la LCSP –una vez acreditado que la mercantil actora estaba incurso en la situación regulada ex artículo 71.1.b) del citado texto legal– y ésta surtía ya efectos por mor de lo dispuesto en aquel precepto, debiendo rechazarse este primer motivo de recurso.

Octavo. Por lo que se refiere a la denuncia de vulneración de lo establecido en el artículo 72.5 de la LCSP, en cuanto al posible cese de efectos de la declaración de prohibición para contratar por las circunstancias invocadas por la recurrente a consecuencia del pago de la multa de 10.000 euros –a que se alude en el Fundamento de Derecho Sexto– y su solicitud de revisión ante el Ministerio de Hacienda y Función Pública, resulta irrelevante a los efectos del enjuiciamiento de la legalidad del acto de exclusión que corresponde llevar a



cabo en esta vía de impugnación de la que dicha actuación, y no la prohibición de contratar, constituye su objeto, quedando por ello fuera del ámbito de la competencia de este Tribunal el devenir de las solicitudes de revisión de la prohibición de contratar declarada que han sido presentadas por la recurrente ante el órgano competente para su tramitación y resolución al amparo de lo dispuesto en esta disposición normativa, cuya valoración y aplicación no corresponde al órgano de contratación, sino a la Ministra de Hacienda y Función Pública.

Es más, si acaso la presentación de esta solicitud de revisión evidencia el reconocimiento –por parte de la recurrente– de que la prohibición de contratar aplicada en el acto de exclusión cuestionado era ya eficaz y ejecutiva en la fecha en que se adoptó la decisión cuya conformidad a Derecho aquí se dilucida.

Lo determinante aquí, se insiste, es que la prohibición de contratar surtía ya efectos en la fecha en que fue publicada en el ROLECE y no ha sido suspendida su eficacia hasta que se dictó el citado Auto de la Audiencia Nacional de fecha 8 de junio de 2023.

En todo caso, destaca también que en la propia resolución de la Ministra de Hacienda y Función Pública de 23 de marzo de 2023 por la que se declara el alcance y la duración de la declaración de prohibición de contratar se señala expresamente que: *“no resulta probado que exista un compromiso adoptado por el órgano competente de la entidad mercantil en el que figure como criterio de política empresarial que dicha entidad haya adoptado medidas técnicas y organizativas tendentes a evitar la comisión de futuras infracciones similares a la que dio lugar a la sanción, limitando su actuación a sancionar un caso específico y concreto (...)”*.

Atendido todo lo anterior, lo cierto es que la exigencia consistente en la ausencia de no estar incursos en prohibición de contratar en los licitadores que, conforme al artículo 140.4 de la LCSP, debe subsistir desde el fin del plazo de presentación de ofertas hasta el momento de perfección del contrato, se incumplía por la recurrente en la fecha del acto de exclusión aquí recurrido, el cual fue adoptado por el órgano competente para ello ex artículo 326.2.a) de ese texto legal; lo que determina que la recurrente carecía de este requisito de



aptitud para contratar con el sector público al tiempo en que el contrato debía ser adjudicado.

A este respecto cabe aludir, por último, al Acuerdo del Pleno de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2022, cuyas conclusiones son las siguientes:

- *Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.*
- *Los licitadores deberán no encontrarse incurso en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.*
- *El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.*
- *Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.*
- *Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.*
- *Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.*

Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial.”

En consecuencia, trasladando dicho criterio a la controversia aquí suscitada, si bien es cierto que el órgano de contratación debería haber requerido a la mercantil actora –antes de excluirla– a fin de que ésta pudiera acreditar no hallarse en tal situación, no lo es menos que el único medio de que disponía dicha empresa, de cara a demostrar que la prohibición para contratar que había sido declarada en su contra carecía de efectos, era aportar una resolución judicial en cuya virtud quedara suspendida la ejecución de tal prohibición: dicha resolución no se dicta hasta varias semanas después, con el citado Auto de fecha 8 de



junio de 2023, y ello conduce a concluir que ese trámite de audiencia al licitador que procedía otorgar con carácter previo a su exclusión, hubiese carecido de toda relevancia en la práctica, puesto que el día en que la Mesa de contratación –el 16 de mayo anterior– acuerda excluir a la parte aquí actora, ésta no podía aportar ningún elemento de juicio nuevo que hubiese llevado a la Mesa a adoptar una decisión distinta. Lo cual comporta que, siendo el resultado el mismo al que se hubiera producido en caso de ser oída dicha parte, tal decisión haya de ser advenida.

Estas razones conducen también a rechazar este segundo motivo de impugnación y, con ello, a desestimar el recurso planteado por la recurrente y a confirmar el acto recurrido por ser el mismo conforme con el ordenamiento jurídico.

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. J. Z. B., en representación del compromiso de UTE EULEN SEGURIDAD, S.A.- EULEN, S.A., contra el acuerdo de exclusión del procedimiento “*Servicio de vigilancia y seguridad física en la sede corporativa de INCIBE*”, expediente 015/23, convocado por Instituto Nacional de Ciberseguridad de España.

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

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, 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 dicho orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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