

Recurso 375/2024
Resolución 399/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 27 de septiembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física **A.J.A.R.** (en adelante, recurrente) contra el acuerdo de exclusión de 13 de agosto de 2024 del lote 2, del contrato denominado “Aprovechamiento cinegético en montes públicos de la provincia de Huelva para el periodo 2024-2029, mediante adjudicación a terceros”, promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía (en adelante AMAYA M.P.), (Expte. CONTR 2024 552241), entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 25 de julio de 2024, (rectificado el día 1 y el 9 de agosto de 2024), se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 204.780,70euros. En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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.

La mesa de contratación, en la sesión de apertura del sobre único, a la vista de la información ofrecida por la Plataforma de Licitación Electrónica SIREC, se constata que se presenta este licitador siendo trabajador de AMAYA M.P. Se le excluye por estimar el órgano de contratación que es incompatible la actividad privada objeto del contrato que se relaciona directamente con la del organismo en el que trabaja, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Se le notifica la exclusión en fecha de 22 de agosto de 2024.

SEGUNDO. El 30 de agosto de 2024, tuvo entrada en el Registro Electrónico Único de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, solicitud de medida cautelar previa a la interposición del recurso especial. El 6 de septiembre de acuerda la medida cautelar de suspensión del acto de exclusión impugnado mediante resolución M.C. 3/2024.

El 12 de septiembre de 2024 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la persona física recurrente contra su exclusión acordada por la mesa de contratación el día 13 de agosto de 2024, (notificado el 22 de agosto).

Solicitado por la Secretaría el expediente, y demás documentación necesaria para la resolución del recurso, la documentación no se remite hasta los días 16 y el día 19 de septiembre, de tal modo que no ha podido resolverse hasta que trascurriera el plazo de 5 días hábiles para el trámite de audiencia.

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.

SEGUNDO. Legitimación.

La entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de licitador que ha sido excluido del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 2.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión adoptado por la mesa en el procedimiento de adjudicación de un contrato administrativo especial cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución, fue notificada a la ahora persona recurrente con fecha 22 de agosto de 2024; por lo que el recurso presentado fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado c) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes.

La mesa de contratación en su acuerdo de exclusión detecta que el licitador es trabajador del poder adjudicador, lo cual estima que es incompatible con la actividad privada que supone prestar los servicios de la licitación, pues se encuentra dentro de los fines del organismo respecto de un espacio que gestiona dicha Agencia, no siendo compatible su situación de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

1. Alegaciones de la persona física recurrente.



Explica que es trabajador de AMAYA, en concreto como “*Técnico de Operaciones en INFOCA*”. En cuanto a sus funciones, señala que todas están “*relacionadas con la prevención y extinción de incendios forestales y ninguna relacionada con la actividad cinegética*”.

Realiza una serie de apreciaciones en cuanto a la mesa, sin llegar a concretar jurídicamente su relevancia en cuanto a que la constatación de la mesa de su identidad y la relación laboral que ostenta, que no reproducimos por su falta de relevancia a los efectos de la resolución de este recurso.

Estima que debería aplicársele el artículo 11 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Señala haber solicitado la compatibilidad, y alega que la tendría, dado que aporta Resolución del secretario general para la Administración Pública, por delegación del Consejero de Presidencia, Administración Pública e Interior, de fecha de 25 de julio de 2023 en la que establecía que no es de aplicación la Ley 53/1984 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

Realiza una serie de consideraciones respecto de una resolución firme referente a una licitación del pasado año, cuya resolución es firme.

Expresa que el órgano de contratación, “*de toda la información de la que disponían sobre mí con anterioridad: situación laboral, funciones y resolución sobre incompatibilidad, han utilizado, aun conociéndola toda, sólo una parte, la que me perjudicaba, adoptando en base a esa parte un acuerdo de exclusión lesivo para mis derechos e ignorando aquella información que pudiera servir para no excluirme*”.

Apela a la aplicación del artículo 53.1 e) de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es decir, el hecho de no tener en cuenta la documentación presentada en el procedimiento. Estima que no se ha tenido en cuenta una documentación que resultaría fundamental, con respecto a la aplicación del artículo 11 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, “*por estimar conveniente que la mesa tuviera, una vez más, conocimiento de que no estoy afectado por ninguna causa de incompatibilidad. Dichos documentos, cuya identificación dentro del sobre es inequívoca (Se presenta como ANEXO VIII a este recurso), pues se adjuntan debidamente descritos, eran:*

1) Documento identificado en el sobre como “*Escrito sobre compatibilidad*”: Escrito firmado por mi sobre la cuestión de la posible aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. (Se presenta como ANEXO IX a este recurso)

2) Documento identificado en el sobre como “*Resolución 2023*”: Resolución al respecto firmada por D. A.E.D.F., Secretario General para la Administración Pública, por delegación del Consejero de Presidencia, Administración Pública e Interior, de fecha de 25/07/23 en la que establece que no es de aplicación la ley 53/1984 (Se presenta como ANEXO V a este recurso)

3) Documento identificado en el sobre como “*Resolución 2024*” (Se presenta como ANEXO X a este recurso): Nueva resolución, de fecha 31/07/2024, firmada por D. A.E.D.F., Secretario General para la Administración Pública, por delegación del Consejero de Presidencia, Administración Pública e Interior, en la que se vuelve a identificar la actividad solicitada como privada, por cuenta propia y “*aprovechamiento cinegético*” y que literalmente dice:

“*Visto el expediente instruido, y teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, (en adelante, la Ley 53/1984), y demás disposiciones concordantes y de general aplicación, y teniendo en cuenta que:*



1º.- La actividad solicitada: El interesado declara que la actividad es de ocio y no profesional, por lo que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley. En uso de las competencias delegadas que ostento, RESUELVO proceder al archivo de las actuaciones.”

Expresa que habría existido una deficiente tramitación, pues se le habría excluido sin ofrecérsele la posibilidad de “un trámite previo de subsanación, se contraviene lo establecido por el art. 326.2 a) de la ley 9/2017 de 8 de noviembre de contratos del sector público y se me priva del derecho a poder aportar la documentación que me hubiera permitido continuar en el proceso en igualdad de condiciones con respecto a otros licitadores. Aunque pudiera pensarse, a estas alturas, que, de haberseme dado trámite para subsanar y haber aportado de nuevo las dos resoluciones, éstas hubieran tenido el mismo tratamiento de indiferencia que hasta ahora”. Invoca la aplicación de la doctrina que resultaría de las Resoluciones 910/2018, 154/2022 y 550/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En primer lugar, se alega la extemporaneidad del recurso. Pues según consta en la documentación alegan que el recurso se presentó en el Registro General de la Junta de Andalucía el 12 de septiembre de 2024 (último día del plazo de presentación del recurso) recibándose en el registro del Tribunal el día 16 de septiembre de 2024, cuatro días después de la fecha fin de plazo. Interesa la aplicación del artículo 18 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.

En segundo lugar, en cuanto al fondo del asunto, señala que el hecho de que sea conocida la situación de empleo del trabajador “no implica ninguna actuación discriminatoria hacia el mismo, pues en definitiva lo que la mesa de contratación intenta es evitar que dicho trabajador incurra en una actividad privada que le es prohibida legalmente por razón de su relación laboral con la Agencia”.

Explica que “en caso de detectarse” incompatibilidades en el momento de ejecución de un contrato, puede dar lugar a “la apertura de un expediente sancionador laboral, conforme al convenio colectivo y al Estatuto Básico del Empleado Público”. Además, expone que se tiene constancia de que “en cuanto a que expresa el recurrente que hasta 2023 ha estado llevando a cabo la misma actividad, se ha verificado que con esta Agencia no ha formalizado ningún contrato de aprovechamiento cinegético, habiendo podido presentarse a licitaciones de la propia Consejería de Medio Ambiente, que no es el organismo para el que trabaja”.

Apela al tenor literal del artículo 11.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y explica que el recurrente “intenta, en todo momento hacer ver que, lo que realiza es una actividad de ocio y como tal, nada que decir tiene el órgano competente para declarar las situaciones de compatibilidad; por eso archiva la última petición que el propio recurso cita, aportando copia de la resolución administrativa. Sin embargo, no es cierto que se trate de una actividad de ocio. La caza es efectivamente una actividad de ocio y como tal podría el trabajador optar a derechos de caza que licita la agencia, mediante contratos patrimoniales.”

Explica que lo que se licita no son permisos de caza, sino la explotación de un terreno de caza, que se licita mediante un contrato administrativo especial, previsto en la legislación de contratos públicos. Expresa que se licita una actividad económica cinegética, “para el fomento de la caza, y no es, por tanto, una actividad de ejercicio de la caza de un ciudadano, sino una actividad de gestión cinegética que genera ingresos y gastos, esto es, una actividad económica privada y empresarial, prohibida para un trabajador de la Agencia, en la medida de que la licitación la lleva a cabo esta Agencia Pública Empresarial”.



Por último, en cuanto a al defecto de tramitación por no haberse solicitado subsanación cumple afirmar que *“la prohibición a la que se refiere el artículo 11.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, puede ser apreciada por la Mesa directamente y sin necesidad de subsanación, en la medida de que tenga el conocimiento de que la persona licitadora es persona trabajadora de la Agencia y por lo tanto sujeta al régimen de incompatibilidades, sin que conste en su expediente personal una resolución de compatibilidad que le permitiera ejercer dicha actividad económica de gestión del ejercicio de la caza en terrenos cinegéticos en monte público”*.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la extemporaneidad, cumple advertir que el artículo 51.3 de la LCSP permite presentar el escrito de interposición del recurso en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, entre los que se encuentran las oficinas de correos, exigiendo a los interesados que en este caso *“lo comuniquen al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible”*.

Para la aplicación de dicho precepto es necesario demostrar que se no se ha presentado en el registro de este Tribunal.

El artículo 18 del Real Decreto 814/2015, 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 que debe considerarse parcialmente vigente después de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, y dice que *“la presentación (del recurso especial) en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior (órgano de contratación o Tribunal administrativo competente para resolverlo) no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación (o la cuestión de nulidad) se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro administrativo del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda. No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo (o al órgano de contratación en su caso) copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia”*.

La recurrente presentó el recurso especial en el Registro electrónico único de la Junta de Andalucía, a través del procedimiento de presentación electrónica general, cumplimentando el formulario de solicitud establecido para estos casos.

Si bien presentó el recurso especial por la vía general de presentación electrónica, en lugar del procedimiento específico previsto para ello en el registro de este Tribunal, dirigió su solicitud de presentación a este Tribunal, por lo que debe estimarse interpuesto el día 12 de septiembre.

2. En lo que se refiere al fondo del asunto, en primer lugar, se debe partir de que es el órgano de contratación según el artículo 72 de la LCSP el competente para determinar qué órgano es competente para apreciar la incursión de la persona física o jurídica en cada una de las circunstancias que impiden contratar con la Administración. Así, por lo que se refiere a las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del artículo 71.1 LCSP, será el órgano de contratación quien deba apreciarla directamente. También será el órgano de contratación el competente para apreciar la prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a), b) y e) del artículo 71.1 LCSP, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. Por lo que el órgano de contratación, a través de la mesa está facultado para poder aplicar la causa de prohibición.



En términos jurídicos, y circunscribiendo al ámbito del recurso especial, la persona recurrente estaría denunciando que con su actuación la mesa de contratación vulneró su derecho a la igualdad y a no ser objeto de discriminaciones injustificadas. En el plano de la aplicación, la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas, o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma. El régimen jurídico aplicable a los procedimientos de licitación de que se trata comporta la definición precisa de los supuestos de exclusión de aquellos. Y a ellos debía atenerse la mesa de contratación al determinar las personas facultadas para participar en los mismos, teniendo en cuenta la normativa vigente al tiempo de sustanciarse los procedimientos de que se trata.

La parte demandante, que tomó parte en el procedimiento de licitación anunciado mediante resolución en la que se defería a los posibles licitantes la facultad de examinar el pliego de condiciones administrativas particulares rectoras de aquella, en el que a su vez se hacía constar el sometimiento de la preparación y adjudicación del contrato a la legislación aplicable en lo no contenido expresamente en la LCSP.

Por lo demás, en el supuesto litigioso no se advierte la presencia de ninguno de los casos de exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas que ésta contempla en su artículo 19. Y tanto los contratos de contenido patrimonial que tengan carácter administrativo como los que no lo tengan, se rigen en cuanto a su preparación y adjudicación por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por las disposiciones de dicha Ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras, gestión de servicios y suministros.

La mesa de contratación excluyó al demandante del procedimiento de licitación por su condición de personal de la Agencia de conformidad con lo dispuesto en los 11.1 y 12.1 de la Ley 53/84., que establece que, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1.3, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer actividades privadas que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado. Exceptúa de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.

El art. 1.3 de la expresada Ley sienta como principio general que el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en su ámbito de aplicación será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia. Y el art. 9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 598/85 dispone que de acuerdo con los arts. 1.3 y 11.1 de la Ley 53/84, no será posible el reconocimiento de compatibilidad con actividades privadas cuyo contenido se relacione directamente con los asuntos sometidos a informe, decisión, ayuda financiera o control en el Departamento, Organismo, Ente o Empresa Pública a los que el interesado esté adscrito o preste servicios.

El art. 12.1 de la Ley 53/1984 establece que el personal comprendido en su ámbito de aplicación no puede ejercer el desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al Servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o que tenga que intervenir por razón del puesto público.

La prohibición de contratar precisa que la misma se apreciará de forma automática por los órganos de contratación y subsistirán mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan. Precisión que implícitamente cabe referir a la regulación precedente, puesto que ninguna determinación contiene sobre la



apreciación de la prohibición de que se trata, a diferencia de lo que sucede con respecto a otras prohibiciones contenidas en la misma.

La prohibición de que se trata tiene por objeto, no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar de modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública (S.T.S. 6 de noviembre de 1989).

Por otra parte, merece una especial referencia en esta resolución a la solicitud de compatibilidad solicitada, la cual no se remite, únicamente la resolución, la cual no motiva ni los términos ni el alcance. Deducimos que ello parte de la solicitud de compatibilidad realizada la cual se ha presentado ante el órgano de contratación y ante este Tribunal de una forma cercenada, pues no se ha solicitado a efectos de participar en esta licitación, a efectos de realizar una actividad, cual es dedicarse a un aprovechamiento cinegético. Es más, lo solicitado, según aparece en el escrito remitido por la Secretaría General para la Administración Pública de 25 de julio de 2023, en las actividades respecto de la cual se pretende la compatibilidad figura de la siguiente manera.:

“Actividad Principal:

*BOMBERO FORESTAL TÉCNICO OPERACIONES CEDEFO
AGENCIA DE MEDIO AMBIENTE Y AGUA DE ANDALUCÍA
CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA, AGUA Y DESARROLLO RURAL
CONSEJERÍA DE SOSTENIBILIDAD, MEDIO AMBIENTE Y ECONOMÍA AZUL*

1º Actividad solicitada (PRIVADA), (POR CUENTA PROPIA):

*ACTIVIDAD DE CAZA
AROCHE, HUELVA”*

El recurrente sustrae o distrae conscientemente la verdad de lo solicitado a dicha Secretaría General, exponiendo únicamente el resultado, el cual, si bien es escueto, ello responde a la simpleza de lo solicitado.

No coincide su discurso ante este órgano administrativo con lo pretendido con la licitación, y con el recurso, pues en sede de recurso especial solicita ser licitador, y por ende adjudicatario de un contrato administrativo especial de aprovechamiento cinegético, es decir, no quiere ni puede pretender en el procedimiento de contratación ejercer la caza. Lo pretendido es una actividad económica, exponiéndose en la resolución que lo que se le permite es una actividad privada de caza, pero no expone que se trata de una actividad económica a efectos de ser adjudicatario.

De hecho, no se resuelve otorgar ninguna compatibilidad, sino que se pronuncia en los siguientes términos:

“Visto el expediente instruido, y teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, (en adelante, la Ley 53/1984), y demás disposiciones concordantes y de general aplicación, y teniendo en cuenta que:

1º.- La actividad solicitada:

*La actividad no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley.
En uso de las competencias delegadas que ostento,
RESUELVO proceder al archivo de las actuaciones.”*



Del mismo se deduce los términos de lo solicitado, que no corresponde con una actividad económica a la que haya que autorizarse su ejercicio a efectos de considerarse compatible. Esta información se ha sustraído a la Secretaría General para la Administración Pública, al órgano de contratación y a este Tribunal.

La LCSP establece como prohibición de contratar en su artículo 71.1.g) 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 citada prohibición de contratar no tiene otro fundamento último que el de garantizar que las Administraciones Públicas sirven con objetividad a los intereses generales, conforme al artículo 103.1 de la Constitución, y tiene un carácter absoluto en el sentido de que la prohibición de contratar afecta a cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y cualesquiera que fueran los contratos del sector público de que se trate y la naturaleza jurídica del órgano de contratación en los términos omnicomprensivos recogidos en el artículo 3 de la LCSP.

En el presente caso se trata de la participación en una licitación de una Agencia pública, y el artículo 71.1.g) antes citado se remite a la citada legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, lo que debe entenderse como la configuración como circunstancia determinante de la prohibición la de que el empleado público sea administrador de la persona jurídica y sea incompatible de acuerdo con alguno de los supuestos enumerados en el artículo 12.1 de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que establece: *"1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:*

"a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público".

Es decir, supone prestar este aprovechamiento cinegético a la Agencia, en la cual presta sus servicios por su condición de empleado, estando incurso en causa, no siendo coincidente los términos de petición de la compatibilidad realizada, con lo que resulta en la realidad. Es decir, a la Secretaría General para la Administración Pública le ha hecho una petición de compatibilidad sesgada de la realidad.

La causa de exclusión aplicada es la de ser licitador a efectos de ser adjudicatario, lo que supone, en el caso concreto considerado en esta resolución, que el empleado de la Agencia, en concreto, desempeña sus funciones a en una determinada área sobre la que recae el aprovechamiento cinegético.

A efectos de la interpretación de los conceptos, a mayor abundamiento se dirá que la Junta Consultiva de Contratación Pública tiene señalado desde antiguo que *"Tales preceptos de la Ley de Incompatibilidades, deben*



ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues, aparte de la dificultad de desentrañar los términos abstractos de "Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o arrendatarias o administradores de monopolios o con participación o aval del sector público", dado que, por ejemplo, la condición de contratista se adquiere una vez y no con anterioridad a la adjudicación del contrato, no es misión de la Ley de Incompatibilidades, sino de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, determinar los específicos contratos a los que se aplican las prohibiciones de contratar, y ya hemos visto que ésta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas." (Informe 16/02, de 13 de junio de 2002 "Incompatibilidades de funcionarios y cónyuges para contratar con la Administración").

Así pues, establecida legalmente la causa de incompatibilidad, y vistos los términos en que se producen los artículos de la Ley 53/1984, la sola adscripción del licitante constituía causa de incompatibilidad determinante de la prohibición de contratación rectamente aplicada por la mesa de contratación, más allá de la concreta adscripción del interesado. Todo ello sin que en el supuesto planteado venga en aplicación la excepción prevista en el art. 11.1 de la Ley 53/1984, puesto ningún derecho concreto venía legalmente reconocido al licitante para participar en el procedimiento de licitación, su condición de cazador, pues nada tiene que ver con el objeto de la licitación, que obviamente tiene un interés económico.

Séptimo. Sobre la imposición de multa.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: «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».

En este sentido 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, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, del que se deduce, por un lado, que existe temeridad en su interposición, desde el momento en que la persona recurrente recurre una nueva exclusión en el



procedimiento de contratación actual en 2024, por el mismo motivo que en el procedimiento de contratación del año anterior con el mismo objeto. Estando además fundada la exclusión en un criterio que tiene establecido la mesa de contratación, que conoce en el procedimiento del anterior año. Frente al mismo, además no interpuso recurso contencioso administrativo, por lo que vuelve a insistir en el presente procedimiento de este año, que este Tribunal conoce porque esa exclusión fue ya objeto de recurso especial.

En segundo lugar, cabe deducir que la recurrente actúa con mala fe, porque además la cuestión controvertida se basa en una solicitud sesgada de compatibilidad que pudiera tener como finalidad producir confusión en la Secretaría General para la Administración Pública, en el órgano de contratación y en este Tribunal, dado que conoce que la Secretaría General ha calificado a la actividad respecto de la cual ha solicitado compatibilidad excluida, conociendo que no lo está. Es consciente que ha pedido compatibilidad para la caza, la cual es una actividad deportiva principalmente, y no para el objeto del contrato, un aprovechamiento cinegético, que es una actividad económica.

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 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 actuando con una manifiesta temeridad y mala fe.

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»*.

Sin embargo, la mala fe tiene un sentido más restringido, porque precisa de un componente malicioso que no concurre en la temeridad. Supone un comportamiento deliberado en la formulación de pretensiones jurídicas, que a sabiendas se aparta de la exigible acomodación a la normativa jurídica de la institución de que se trate. La mala fe exige una intencionalidad manifiesta de bordear o incumplir la norma con peticiones que no se corresponden con las que se derivan del derecho ejercitado. Podría decirse que la temeridad asemeja una actitud culposa, mientras que la mala fe, precisa de un notable componente doloso, pudiéndose concluir que las dos concurren en este procedimiento

En cuanto al importe de la multa, el citado 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»*.

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación, a pesar de que este Tribunal se lo ha solicitado de forma expresa, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero las circunstancias expuestas de temeridad y mala fe determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.



Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 3.000 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad y mala fe de la recurrente, como anteriormente se ha fundamentado.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la persona física **A.J.A.R.** contra el acuerdo de exclusión de 21 de agosto de 2024 del lote 2, del contrato denominado “Aprovechamiento cinegético en montes públicos de la provincia de Huelva para el periodo 2024-2029, mediante adjudicación a terceros”, promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, (Expte. CONTR 2024 552241), entidad adscrita a la Consejería de Agricultura, Pesca, Agua y Desarrollo Rural y a la Consejería de Sostenibilidad, Medio Ambiente y Economía Azul de la Administración de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución M.C. 111/2024, de 6 de septiembre.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 euros, en atención a la temeridad y mala fe 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.

