

Recurso 329/2023
Resolución 391/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 4 de agosto de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U.** contra la resolución, de 19 de junio de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de gestión técnica y mantenimiento integral para diversas sedes de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía ubicadas en la provincia de Sevilla”, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, (Expte. CONTR 2022/0000528909), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de agosto de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y 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 de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 1.429.574,95 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 22 de diciembre de 2023, la mesa de contratación acordó que COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U. (COMSA, en adelante) no cumplía con el requisito de disponer de un plan de igualdad en los términos requeridos en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y que procedía solicitar la documentación previa a la adjudicación a la licitadora siguiente por el orden de clasificación de las ofertas. Asimismo, el 23 de diciembre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución acordando, entre otros extremos, notificar a COMSA su exclusión en virtud del acuerdo antes citado de la mesa de contratación. La citada resolución contenía pie de recurso potestativo especial en materia de contratación ante este Tribunal dentro del plazo legal, sin perjuicio de la posibilidad de interposición directa de recurso contencioso-administrativo. El 30 de diciembre de 2022 la citada resolución fue remitida y recibida por COMSA a través del Sistema de Notificaciones Electrónicas de la Junta de Andalucía.

Con posterioridad, el 19 de junio de 2023 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación del contrato a la entidad INGEMANSUR S.L. (INGEMANSUR, en adelante) que fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la ahora recurrente el 21 de junio de 2023.

SEGUNDO. El 10 de julio de 2023, COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U. (COMSA, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato.

El mismo día 10 de julio de 2023, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, se recibió el 18 de julio de 2023 en esta sede administrativa.

Habiendo solicitado la recurrente vista del expediente en sede de este Tribunal, la Secretaría de este Órgano requirió a la misma que concretase los documentos a los que quería acceder con la oportuna justificación de dicha petición de acceso. En contestación al requerimiento formulado, COMSA aportó escrito concretando los extremos solicitados.

Asimismo, mediante oficio de 19 de julio de 2023, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación para que se pronunciase sobre la confidencialidad de determinada documentación de la entidad adjudicataria, cuyo acceso había sido solicitado por la recurrente. El 31 de julio de 2023, se reiteró tal petición al órgano de contratación, además de requerirle la aportación de determinada documentación del expediente necesaria para la resolución del recurso que no obraba en el expediente inicialmente enviado. La citada documentación fue recibida con posterioridad en este Tribunal.

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. Acto recurrible.

El recurso se interpone formal y sustantivamente contra la adjudicación del contrato. No obstante, la recurrente también impugna sustantivamente su exclusión del procedimiento de adjudicación del citado contrato, siendo el valor estimado del mismo superior a 100.000 euros y habiendo sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

Sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá, el acto formalmente impugnado es la adjudicación del contrato; habiéndose formalizado en plazo el recurso contra el citado acto, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.



CUARTO. Legitimación y fondo del asunto.

El análisis de la legitimación como requisito previo de procedibilidad del recurso se ha dejado para el final, pues requiere un examen de la cuestión de fondo suscitada por COMSA.

La recurrente solicita la exclusión de la oferta presentada por la adjudicataria y que se acuerde la retroacción de actuaciones a fin de que se acuerde la adjudicación a su favor. Asimismo, pide vista del expediente en sede de este Tribunal al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 de la LCSP.

I. Pues bien, lo primero que procede examinar es la impugnación de su exclusión que efectúa la recurrente, siendo relevante -a efectos de resolver la controversia suscitada- tener en cuenta los siguientes datos de interés que obran en el expediente de contratación:

1. En sesión de la mesa de contratación de 21 de diciembre de 2022 se acuerda por unanimidad la exclusión de COMSA por las siguientes razones que constan en el acta de la citada sesión: << (...) estando obligada conforme a lo dispuesto en la cláusula 10.7.2 letra i) del PCAP a presentar la declaración de excepcionalidad y una declaración con las concretas medidas aplicadas, no cumple con este requisito, por cuanto, la resolución de la Dirección General de Servicio Público del Empleo Estatal de fecha 11 de septiembre de 2019, por la que se estima la solicitud de declaración de excepcionalidad presentada por la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT SAU, no se encuentra vigente, dado que tal como dispone el artículo 1 apartado 4 del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, “ la declaración de excepcionalidad tendrá una validez de tres años desde la resolución sobre ella. Transcurrido el plazo de validez de la declaración de excepcionalidad, las empresas deberán solicitar una nueva declaración, en el caso de persistir la obligación principal”.

• *La licitadora habiendo declarado que tiene un número global de 1064 trabajadores en plantilla, y estando por tanto obligada conforme a lo dispuesto en la cláusula 10.7.2 letra j) del PCAP a acreditar la elaboración y aplicación efectiva de un Plan de Igualdad en la forma establecida en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo de la ocupación, no cumple con este requisito, por cuanto, se ha comprobado que no dispone del Plan de Igualdad requerido en el PCAP, dado que en la documentación presentada a efectos de subsanación señala que se está negociando por la comisión negociadora el nuevo Plan de Igualdad, enumerando las personas que componen dicha comisión, tanto por parte de la empresa como por parte de los trabajadores y trabajadoras, y por tanto, sin acreditar la elaboración y aplicación efectiva del Plan de Igualdad en los términos requeridos en el PCAP>>.*

2. Mediante Resolución del órgano de contratación, de 23 de diciembre de 2022, se adopta, entre otros, el siguiente acuerdo << Notificar la presente resolución a la licitadora A60470127 – COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U. que ha resultado excluida en virtud del acuerdo adoptado por la Mesa de Contratación que se recoge en el antecedente tercero en el que se reproduce los motivos de su exclusión>> y se contiene el siguiente pie de recurso: << Contra la presente resolución podrá interponerse potestativamente recurso especial en materia de contratación regulada en los artículos 44 y siguientes 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 del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en el plazo de quince días hábiles a computar desde el día siguiente al que se tenga conocimiento de esta resolución, o interponer directamente Recurso contencioso- administrativo en el plazo de dos meses, contados desde el día siguiente al de la publicación de esta resolución en el Perfil del Contratante de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa>>.



3. El 30 de diciembre de 2022 se publicaron en el perfil de contratante tanto el acta de la mesa de contratación donde se recoge la exclusión de COMSA como la resolución del órgano de contratación referida anteriormente. Asimismo, la citada resolución -en la que se recoge la exclusión de la recurrente adoptada por la mesa- fue notificada a COMSA el mismo 30 de diciembre de 2022, a través del Sistema de Notificaciones Electrónicas, siendo recibida por esta el mismo día.

Pues bien, COMSA impugna sustantivamente esta exclusión con ocasión del recurso ahora interpuesto contra la resolución de adjudicación del contrato de 19 de junio de 2023, que fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la ahora recurrente el 21 de junio de 2023. Así pues, en su escrito de recurso concluye, tras la argumentación pertinente, que ha quedado acreditado que, a la fecha de presentación de la oferta, tenía y tiene vigente tanto el plan de igualdad como el certificado de excepcionalidad, cumpliendo con los requisitos del pliego para resultar adjudicataria del contrato.

Frente a esta alegación, el órgano de contratación opone en el informe al recurso que la exclusión de COMSA quedó firme en vía administrativa al no haber sido impugnada y que una hipotética estimación del recurso especial contra la adjudicación no le reportaría ningún beneficio real, por lo que procede la inadmisión del recurso por falta de legitimación.

En efecto, asiste la razón al órgano de contratación. La recurrente fue notificada fehacientemente de su exclusión el 30 de diciembre de 2022 -como hemos expuesto anteriormente-. Sin embargo, no consta que dicha exclusión fuese impugnada por COMSA quien, asimismo, nada manifiesta al respecto. Así las cosas, aquella exclusión fue consentida y constituye ya un acto firme e inatacable puesto que, a la fecha de interposición del recurso aquí examinado, habían transcurrido con creces todos los plazos legales para su impugnación en vía administrativa o judicial.

Por consiguiente, no es posible entrar en el examen de los motivos frente a la exclusión, por constituir dicho acuerdo de la mesa un acto firme y consentido, siendo absolutamente extemporáneas las alegaciones vertidas en el recurso frente a la citada exclusión, habiendo aprovechado la recurrente la notificación de la adjudicación para reabrir un plazo absolutamente precluido. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, *“los actos confirmatorios –al igual que ocurre con los reproductorios a los que se refiere también el precepto legal que estamos examinando– no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso. En definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. (...) dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado.”*

Así pues, la adjudicación no puede ser impugnada con la finalidad de combatir una exclusión notificada fehacientemente casi seis meses atrás. El acto de adjudicación se limita a reproducir en sus antecedentes una exclusión -la de COMSA- que ya había quedado firme hacía tiempo, sin que pueda reabrirse con motivo de la notificación de la adjudicación un plazo de impugnación que ya precluyó.

II. La consecuencia de lo anterior es que COMSA, tras la firmeza de su exclusión, dejó de tener la condición de interesado en el procedimiento de adjudicación. En realidad, pasó a ser un tercero ajeno al mismo sin posibilidad alguna de obtener la adjudicación. Carece, pues, de legitimación para impugnar ese acto y solicitar acceso al expediente de contratación en sede de este Tribunal -a través del cauce previsto en el artículo 52 de la LCSP- con vistas a una posterior ampliación del recurso contra la adjudicación del contrato.



Es doctrina reiterada de este Tribunal la falta de legitimación del licitador excluido definitivamente en vía administrativa para impugnar la adjudicación. Así, podemos citar, entre otras, la Resolución 226/2022, de 8 de abril, en la que señalábamos lo siguiente:

<<Al respecto, hemos venido sosteniendo que la interposición, por el licitador excluido, de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de este Tribunal desestimatoria de un previo recurso especial contra su exclusión permite reconocer a aquel legitimación en un posterior recurso especial contra la adjudicación, y ello sobre la base de que dicho licitador excluido no ha dejado firme su exclusión y que, de estimarse la impugnación en vía judicial, obtendría la adjudicación de la licitación a su favor.

No obstante, este Órgano ha modulado recientemente el criterio que acaba de exponerse y lo ha justificado en sus Resoluciones 562 y 563, ambas de 30 de diciembre de 2021, habiendo reiterado este nuevo planteamiento de la cuestión en la Resolución 105/2022, de 11 de febrero. En todas ellas se fundamenta la actual posición de este Tribunal, acorde con la que, asimismo, sostiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Así, en la Resolución 105/2022, de 11 de febrero, ante un supuesto similar al aquí examinado donde la recurrente accionó en vía jurisdiccional contencioso-administrativa contra una resolución de este Tribunal que estimó procedente su exclusión de la licitación, concluíamos que «siendo la recurrente una licitadora excluida mediante resolución definitiva en vía administrativa, no cuenta con legitimación para la interposición de un recurso contra la posterior adjudicación, y ello, por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución».

En el caso ahora analizado en la presente resolución, como ya se ha indicado, la oferta de AMEDIDA resultó excluida de la licitación y este Tribunal desestimó el recurso que la mercantil interpuso contra la citada exclusión, siendo así que dicha entidad ha accionado judicialmente contra la resolución de este Tribunal, hallándose pendiente al día de la fecha un pronunciamiento judicial sobre el recurso contencioso-administrativo interpuesto. Con independencia de lo anterior, en el recurso especial ahora analizado, AMEDIDA se dirige contra la adjudicación del contrato a favor de la unión temporal de empresas FCC AQUALIA, S.A. y TALLERES Y GRÚAS GONZÁLEZ, S.L.U.

Pues bien, siguiendo el criterio sustentado en las recientes resoluciones de este Tribunal antes mencionadas, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del presente recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase.

Al respecto, este Tribunal ya ha expuesto en otras ocasiones que dicha hipótesis desbordaría el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual, cuando dispone que “Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)”.

En diversas resoluciones (entre otras, resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero y 360/2020, de 29 de octubre) hemos analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución



administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que, siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso especial solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación del contrato a su favor, lo que no puede tener lugar en el presente supuesto en el que la exclusión de aquella ha devenido firme en vía administrativa como consecuencia de la resolución desestimatoria por este Tribunal del anterior recurso especial que AMEDIDA interpuso contra la exclusión de su oferta. De este modo, si la recurrente no puede obtener la adjudicación, con el recurso especial no obtendría beneficio inmediato más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procede la inadmisión del mismo por falta de legitimación>>.

En el supuesto aquí analizado, la falta de interés legítimo y consiguiente ausencia de legitimación de COMSA es patente y clara, pues ha consentido su exclusión y esta ha devenido en acto firme e inatacable en vía administrativa y judicial. Así las cosas, ha perdido toda oportunidad de obtener la adjudicación por lo que ninguna ventaja le reportaría una eventual estimación del recurso contra la adjudicación que, por otro lado, tan solo se sustenta en un acceso al expediente por la vía del artículo 52 de la LCSP.

Es más, de no concurrir la falta de legitimación referida, el recurso habría de ser claramente desestimado puesto que la recurrente impugna la adjudicación pero no manifiesta qué infracción ha cometido el poder adjudicador al dictar este acto. Funda su pretensión de acceso al expediente en la indefensión que le ha originado la imposibilidad de hacerlo ante el órgano de contratación, pero no alega expresamente que el acto impugnado se halle falto de motivación o incurra en alguna otra infracción del ordenamiento contractual; lo que evidencia, a juicio de este Tribunal, que el recurso se formula con la finalidad de obtener acceso al expediente y encontrar algún error en la adjudicación acordada que permita la formulación de un recurso ex novo aprovechando el trámite de ampliación recogido en el artículo 52 de la LCSP. En el sentido expuesto, cabe citar, entre otras, las Resoluciones de este Tribunal 273/2023 y 325/2023.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser inadmitido por falta de legitimación de COMSA para combatir la adjudicación del contrato; toda vez que ha sido excluida de la licitación con carácter definitivo y firme, habiendo consentido dicho acto que, por tal razón, no puede tampoco ser combatido en el presente recurso contra la adjudicación.

QUINTO. Sobre la imposición de multa a la recurrente.

En el informe al recurso, el órgano de contratación solicita la imposición de multa a la recurrente en cuantía superior al mínimo legal por el perjuicio originado al órgano de contratación.

En síntesis, funda su pretensión en que COMSA ha interpuesto el recurso a sabiendas de que no podría resultar en modo alguno adjudicataria del contrato y que con su impugnación no iba a obtener ningún beneficio inmediato. Asimismo, añade que su conducta debe ser sancionada *<<al hacer uso de esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, pudiendo presumirle mala fe y atribuyéndole una finalidad injusta e ilegal en el recurso, dado que la recurrente tras su exclusión en el procedimiento de licitación motivada en la Resolución de este órgano contratación de fecha 23 de diciembre de 2022, y no haber sido recurrido el acto de exclusión, había quedado confirmado su exclusión, siendo firme en vía administrativa, convirtiéndose la recurrente en un tercero ajeno a la licitación.*

Además, la recurrente, actual de adjudicataria del contrato menor que debido a la dilatación del actual procedimiento se ha tenido que licitar, conocedora a su vez de la falta de concurrencia debido a los costes de personal



adscrito a la ejecución del contrato con derecho a subrogarse, hace uso de esta vía de impugnación para indirectamente poder beneficiarse de la posible adjudicación de los contratos menores que hubiera que celebrarse para cubrir la necesidad del servicio.

En base a lo anterior, la recurrente coneedora de esta situación ha utilizado de manera desmedida la interposición del recurso, 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, y por tanto, siendo potencialmente adjudicatario del procedimiento menor que tuviera que licitarse, como había ocurrido con anterioridad.

(...)

Es por ello, que la actuación de la recurrente es un ejemplo abusivo del uso del recurso especial en materia de contratación pública, originando unas series de actuaciones y trámites legales en la sede este órgano de contratación, expuestas en los antecedentes de este informe, carentes a su vez de cualquier motivación legal por parte de la recurrente, con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para el adjudicatario, al resto de licitadores así como para este órgano de contratación.

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 de contratación, aunque carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, con las circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.>>

Pues bien, 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.

El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“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)).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que *«El primero (mala fe, tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica que *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*

En el supuesto analizado, si bien el contenido del escrito impugnatorio carece de viabilidad jurídica -al no tener la recurrente razones fundadas para sostener la ilegalidad de la adjudicación y articular el acceso al expediente en sede de este Tribunal como mecanismo para encontrar irregularidades en el acto impugnado-, la mayor gravedad de la actuación de COMSA, a juicio de este Tribunal, está en aprovechar el cauce del recurso contra la adjudicación para impugnar su previa exclusión que (i) fue acordada casi seis meses atrás, (ii) le fue oportuna y fehacientemente notificada por el órgano de contratación y (iii) dejó firme de modo absolutamente voluntario, a falta de prueba que evidencie su impugnación dentro del plazo legal.

Es decir, la recurrente pretende reabrir un plazo precluido contra su exclusión para impugnar simultáneamente dicho acto y la propia adjudicación del contrato. Tal planteamiento, siendo firme su exclusión, es absolutamente inviable, no pudiendo perderse de vista -como manifiesta el órgano de contratación- que COMSA actualmente se encuentra prestando el servicio en virtud de contrato menor, viéndose claramente beneficiada por la suspensión automática del procedimiento de adjudicación que ha originado la interposición del recurso.

Lo expuesto denota no solo falta de seriedad y uso abusivo de la vía del recurso, sino también temeridad manifiesta e incluso posible mala fe en su interposición; toda vez que la recurrente antepone su interés personal en la continuidad de la ejecución contractual, a sabiendas de la falta de viabilidad de los motivos en que funda su



pretensión impugnatoria; Actúa, pues, con conciencia de su falta de razón procesal, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013.

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».

El órgano de contratación manifiesta que carece de datos para cuantificar el perjuicio; no obstante, la manifiesta temeridad apreciada por este Tribunal en la interposición del recurso determinan que la multa deba imponerse en cuantía superior al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 2.000 euros, dada la manifiesta temeridad apreciada en la interposición del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT S.A.U.** contra la resolución, de 19 de junio de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de gestión técnica y mantenimiento integral para diversas sedes de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía ubicadas en la provincia de Sevilla”, convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, (Expte. CONTR 2022/0000528909), por falta de legitimación al hallarse excluida la recurrente de la licitación mediante acto firme y consentido.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 2.000 euros, por apreciar temeridad manifiesta 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.

