

Recurso 420/2023
Resolución 445/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **JOSÉ AGUILAR GONZÁLEZ, S.L.** (en adelante, la recurrente) contra la resolución de adjudicación de fecha 28 de agosto de 2023 del contrato denominado «Suministro de biotrituradoras para los trabajos de eliminación de residuos vegetales mediante triturado» (Expediente CONTR 2023 240913), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, 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. El 16 de mayo de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 564.600 euros, poniéndose los pliegos a disposición de los licitadores en la referida fecha.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación procedimental oportuna, el 28 de agosto de 2023, se dicta la resolución de adjudicación del contrato indicado en el encabezamiento. Dicha resolución se publica en el perfil de contratante el mismo día y es enviada al día siguiente a los interesados.

SEGUNDO. El 7 de septiembre de 2023, se presentó en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra el referido acto de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibida en este Tribunal con fecha 8 de septiembre de 2023. El mismo se ha recibido el día 13 de septiembre.

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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto.

SEGUNDO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación en un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

TERCERO. Plazo de interposición.

El expediente está financiado por fondos europeos REACT-EU en el marco operativo FEDER 14-20, siendo estos fondos adicionales para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19 aprobados mediante el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020.

En cuanto al plazo de interposición del recurso está formulado en el plazo de los diez días naturales contados a partir del día siguiente a su notificación de conformidad con lo previsto en el artículo 58 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por la que se aprueban las medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

CUARTO. Tramitación preferente.

El expediente está financiado por fondos europeos REACT-EU en el marco operativo FEDER 14-20, siendo éstos fondos adicionales para la recuperación de la crisis creada por el COVID-19 creados mediante el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de diciembre de 2020 como se ha citado, por lo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.

QUINTO. Legitimación formal y material.

Ostenta a priori, formalmente legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. No obstante, debemos pronunciarnos sobre su legitimación ad causam, pues si bien hemos adverado que formalmente la tendría para la interposición del recurso especial, dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, cumple afirmar que la misma quedó clasificada en quinto lugar.



Quedando en quinto lugar, funda su recurso exclusivamente respecto de la entidad adjudicataria y la valoración realizada a esta por el órgano de contratación. Solicita en el suplico del recurso especial, por un lado, la exclusión de la adjudicataria por incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas de su oferta, y por otro lado, la retroacción del procedimiento al momento anterior a la celebración de la sesión de la mesa de 4 de julio de 2023, no para que se le adjudique el contrato, sino *“para la adjudicación del contrato a la licitadora que cumpliendo íntegramente los pliegos haya presentado la mejor oferta”*. En su recurso no ponen en duda la puntuación obtenida por las entidades licitadoras clasificadas en segundo, tercer y cuarto lugar.

Es oportuno, en este punto, traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que 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 numerosas resoluciones de este Tribunal, entre las que cabe mencionar, la 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 y 25/2020, de 30 de enero, se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. 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 del contrato, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del contrato.

En el presente supuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente ha quedado situada en quinto lugar, de tal modo que, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, al no haber combatido ni alegado nada respecto de las empresas clasificadas en segundo, tercer y cuarto lugar, y sin reclamar además para ella mayor puntuación. Es decir, la recurrente no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones.

Esta ha sido el criterio seguido por este Tribunal en reiteradas resoluciones, entre las que cabe citar la resolución 413/2021, de 21 de octubre, en la que decíamos: *«Por ello y volviendo a la legitimación respecto de aquellas licitadoras no excluidas, pero cuyas ofertas no han sido las mejores valoradas ni, por tanto, las seleccionadas como adjudicatarias, la doctrina mayoritaria, (entre ella la de este mismo Tribunal), viene negando legitimación a aquél cuya oferta no quedaría posicionada en mejor lugar -resultando por tanto adjudicataria- aun cuando se estimasen sus pretensiones, sin ni siquiera adentrarse en la naturaleza de los motivos de impugnación del acto de adjudicación, por entender que en tales casos no concurre el interés legítimo que se materializaría en una adjudicación, cuando ésta es imposible en su favor. En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones de la recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concurra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa conforme a la interpretación que se ha venido haciendo de este concepto. Esta conclusión supone además que sea la solución más plausible desde la perspectiva de la economía procesal, respecto de aquellos vicios que se invocasen con la finalidad de alterar la valoración de las ofertas o de excluir a otras licitadoras y conseguir que, como consecuencia, la recurrente viera su oferta mejor posicionada si en ningún caso tal mejora pudiera llegar a determinar la adjudicación en su favor, dado que el interés genérico en la legalidad*



o la mera satisfacción moral de ver estimadas sus pretensiones no constituye un interés legítimo en materia de contratación.».

Por todo lo expuesto, siendo la recurrente la quinta clasificada, y no habiendo accionado contra la oferta clasificada en segundo, tercer y cuarto lugar, ni haber pretendido mayor puntuación en el presente asunto se ha producido una pérdida sobrevenida del interés legítimo, y por consiguiente la recurrente carece de legitimación dado que su oferta no puede ser ya, ni aun estimándose el resto de sus pretensiones, la económicamente más ventajosa y, por tanto, resultar adjudicataria.

En definitiva, la pérdida sobrevenida de interés legítimo conlleva que el recurso haya de ser inadmitido.

SEXTO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso. Multa a imponer conforme a criterios de proporcionalidad.

Entendemos que el recurso adolece de una falta de viabilidad jurídica y que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, teniendo en cuenta que ha presentado un recurso innecesario que ha supuesto la paralización del procedimiento de contratación que afecta a fondos europeos.

Sobre lo anterior, 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))».

Al respecto, 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».

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de fundamentación y de viabilidad jurídica del mismo en tanto que no se invoca interés legítimo y directo en el recurso.

Lo anterior evidencia un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2023, dictada en el procedimiento ordinario 0001329/2021 contra la resolución de 5 de febrero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido a calificar la posibilidad de establecimiento de la multa recogida en el artículo 58.2 LCSP, de tal modo que reconoce que *“la previsión de tales penalidades encuentra su razón en las peculiares características del recurso especial, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso a nivel interno la Directiva 2007/166/CE, de 11 de diciembre, de regulación de los recursos en materia de contratación con la finalidad de reforzar los efectos de la impugnación contractual permitiendo obtener una resolución eficaz, lo que pretendía conseguirse mediante la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta el transcurso del plazo de interposición del recurso y su mantenimiento hasta su resolución, cuya implantación, sin embargo, llevó al establecimiento al mismo tiempo de medidas dirigidas a impedir la indebida utilización de dicho recurso.*

Como esta Sección ha señalado ya, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2020 (recurso 297/2018), ante el silencio al respecto de la Directiva 2007/66/CE, el dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 emitido en relación con el anteproyecto de ley que dio lugar a aquella Ley 34/2010, echaba "en falta la articulación de algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial. Así, se ha señalado en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe (...). Es cierto que la Directiva 2007/66/CE pone el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz para garantizar una adecuada protección de los derechos de licitadores y candidatos. Pero no lo es menos que 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". Como se ha dicho en la Sentencia de esta Sección de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014), "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".

Asimismo, reconoce la Sentencia que es una *“sanción dirigida a hacer efectivo el medio de impugnación utilizado, es decir, una especie de la categoría de las denominadas sanciones de autoprotección”.*

Es decir, estimamos que el recurso interpuesto, es, dada la obviedad de su inadmisión, totalmente prescindible, pudiendo calificarse como temeraria la actitud de interponerlo. El mismo ha dado lugar a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, 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 temeridad.



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

En este sentido, el órgano de contratación, que solicita la multa, expresa que:

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

Por ello, se somete a la consideración del TARCJA si debe ser sancionada la actuación del recurrente al usar esta vía de impugnación con temeridad. Con relación a la cuantía de la multa solicitada, los perjuicios ocasionados por parte de la Agencia son la dedicación improductiva de los medios públicos a instruir y resolver este recurso. No es posible su cuantificación por lo que el importe solicitado es el similar a los impuestos en otras resoluciones en los que se aprecia temeridad y mala fe. En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación”.

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta.

En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras, si bien no en la mínima dado que los motivos de la inadmisión eran más que obvios.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad interpuesto por la entidad **JOSÉ AGUILAR GONZÁLEZ, S.L.** contra la resolución de adjudicación de fecha 28 de agosto de 2023 del contrato denominado «suministro de biotrituradoras para los trabajos de eliminación de residuos vegetales mediante triturado» (Expediente CONTR 2023 240913), convocado por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, 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, por falta de legitimación.

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. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP en la cuantía máxima de 1.500 euros.



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.

