

Recurso 369/2021
Resolución 455/2021

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

Sevilla, 11 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U.** contra la resolución, de 15 de julio de 2021, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de mantenimiento del edificio sede de la Unidad de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma de Andalucía, sito en C/ Bergantín, n.º 39 de Sevilla» (Expte. CONTR 2020 0000029488), promovido por la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de mayo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 111.193,60 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.

En lo que aquí interesa, mediante resolución del órgano de contratación, de 24 de noviembre de 2020, se adjudica el contrato citado en el encabezamiento. Contra dicha resolución, la entidad INGEMANSUR S.L. interpone recurso especial en materia de contratación que ha sido tramitado con el número 396/2020. Dicho recurso ha sido resuelto por este Tribunal en su Resolución 155/2021, de 22 de abril, estimando parcialmente las alegaciones, anulando el acto de exclusión y el acto de adjudicación, retrotrayendo el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la formulación del primer requerimiento de documentación, al objeto de que se determine la documentación que se considera apropiada para acreditar el requisito exigido de solvencia económica.

Posteriormente, entre otros actos, y con objeto de cumplir lo acordado por este Tribunal en la citada Resolución 155/2021, el órgano de contratación acuerda solicitar a la entidad INGEMANSUR S.L. la siguiente documentación acreditativa de su solvencia económica: «*Declaración responsable firmada por el representante de la entidad del volumen de negocios global de la empresa referido al año 2020, indicando en una relación detallada los trabajos o*

servicios realizados en los que se basa y fundamenta dicho volumen de negocios, que en todo caso deberá ser por un importe mínimo de 80.000,00.-€, tal y como establece el Anexo XV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares».

Por último, tras los trámites correspondientes, el órgano de contratación mediante resolución, de 15 de julio de 2021, vuelve a adjudicar el contrato citado en el encabezamiento, esta vez a la entidad INGEMANSUR S.L. (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 28 de julio de 2021, proveniente de la Administración General del Estado, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U. (en adelante la recurrente) contra la citada resolución de 15 de julio de 2021. Dicho recuso ha sido tramitado con el número 369/2021.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por Resolución de 27 de agosto de 2021, este Tribunal acuerda levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación solicitada por el órgano de contratación.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

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.

Desde un punto de vista formal, ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, sin perjuicio del análisis que se efectúa en el fundamento de derecho sexto de la presente resolución.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, 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.

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 de adjudicación de 15 de julio de 2021 fue publicada en el perfil de contratante el 16 de julio de 2021, sin que conste que la misma haya sido remitida y/o notificada a la entidad ahora recurrente. No obstante, aun cuando se compute desde el día de su dictado, el recurso presentado el 28 de julio de 2021 en el registro de este Órgano, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de 15 de julio de 2021, en la que se contiene la adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, *«se proceda a la anulación del acto administrativo de adjudicación del contrato o, subsidiariamente, se proceda a la anulación total del proceso de licitación.»*

En su recurso la recurrente tras hacer referencia a parte de la citada Resolución 155/2021 de este Tribunal, así como al escrito del órgano de contratación solicitando a la ahora adjudicataria la documentación que ha de aportar para acreditar la solvencia económica, afirma que:

«Si bien estamos de acuerdo que, en aplicación de los principios de igualdad y libre concurrencia, no puede requerirse a las mercantiles ofertantes criterios de solvencia que resultan imposibles, no es menos cierto que los medios de justificación alternativos que se les requieran resulten más laxos que al resto de licitadores y, que en cierto modo, no dejan de ser un auto de fe del propio órgano de contratación.

(...)

Si bien es cierto que el adjudicatario no puede aportar la documentación antedicha, una mera declaración responsable no justifica, en modo alguno, la solvencia económica suficiente para la correcta ejecución de los servicios a adjudicar. Por ejemplo, se podría haber requerido declaraciones tributarias que atestigüese la declaración responsable presentada por (...) [la adjudicataria], así como haber requerido copia de los contratos de prestación de servicios suscritos por (...) [la adjudicataria] que acreditase la solvencia requerida.

Por tanto, esta parte entiende que el nuevo requerimiento del órgano de contratación a (...) [la adjudicataria] atenta contra el principio de igualdad que ha de regir en todo el proceso de licitación, motivo por lo que el acto administrativo de requerimiento de documentación y posterior adjudicación debe ser anulado.»

Por su parte, el órgano de contratación en su informe a recurso, además de esgrimir una serie de argumentos de oposición al recurso, indica que *«(...) la empresa EIFFAGE fue excluida del procedimiento de licitación por la Mesa de Contratación en su sesión de 21 de septiembre de 2020, por no subsanar correctamente la documentación que se le había solicitado previamente como requisitos previos, exclusión que la empresa EIFFAGE no ha recurrido, por lo que no se entiende la interposición de este recurso, ya que no le afecta directamente si la adjudicataria es la de la resolución de adjudicación que ha recurrido (Ingemansur) o la otra empresa que sigue en el procedimiento de licitación (Ingemont), y que ha interpuesto también un recurso especial en materia de Contratación (nº 361/2021) aunque sí el interés de que se anule este procedimiento de licitación y se vuelva a licitar de nuevo, petición que también hace en el presente recurso, para así tener opción de ser adjudicataria del nuevo contrato, ya que actualmente no es interesada en el presente procedimiento, por lo que, incluso aunque como resultado de la*



resolución del TARJA anulara la resolución de adjudicación por parte del tribunal, no hay ninguna posibilidad de que resultara adjudicataria del presente procedimiento.».

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Antes de analizar el fondo de la cuestión, con carácter previo, procede examinar el alegato del órgano de contratación de falta de legitimación de la recurrente, respecto a la resolución de adjudicación impugnada, al haber consentido su exclusión.

Para ello, es oportuno 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 diversas resoluciones de este Tribunal (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 172/2020, de 1 de junio) se ha 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 solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente supuesto, según consta en acta al efecto, la mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de septiembre de 2020 acuerda por unanimidad la *«exclusión de la licitación de la empresa (...) [la recurrente], al no haber aportado toda la documentación requerida en concepto de subsanación de la documentación previa a la adjudicación presentada por esta entidad.»*. En este sentido, consta en el expediente de contratación que la citada exclusión de su oferta le fue efectivamente notificada a la ahora recurrente el mismo 21 de septiembre de 2020 a las 11.32 horas.

Así las cosas, la ahora recurrente disponía de quince días hábiles a contar a partir del día siguiente a la citada notificación, ex artículo 50.1 de la LCSP, de tal suerte que de no hacerlo ha de entenderse que la exclusión es consentida y firme. En este sentido, no consta que dicha entidad ahora recurrente en dicho plazo haya interpuesto recurso alguno en vía administrativa. Asimismo, tampoco consta que aquella en el plazo establecido para ello haya interpuesto recurso alguno en vía judicial.

En consecuencia, la eventual estimación del presente recurso, en el que en la pretensión principal solicita que se proceda a la anulación del acto administrativo de adjudicación del contrato, en ningún caso podría dar lugar a



que la recurrente se alzase con la adjudicación de la presente licitación, por lo que no obtendría respecto a esta beneficio alguno, desbordando así 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 (v.g., entre otras muchas, Resolución 427/2020, de 3 de diciembre, de este Tribunal).

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, valga por todas la Sentencia (Sala 3ª, Sección 7ª de lo Contencioso), de 18 de abril de 2012, dictada en el recurso de casación 5139/2011 (Roj STS 2379/2012) concretamente, en el fundamento de derecho segundo señala que *«Evidentemente, resulta de todo lo expuesto que el Tribunal de instancia no llevó a cabo una adecuada aplicación de la doctrina jurisprudencial recogida en las resoluciones de referencia, puesto que en el presente caso no albergaba la sociedad demandante suficiente legitimación para recurrir en vía contencioso administrativa y debiera haber sido inadmitido el escrito de interposición presentado por parte del citado Tribunal, sin que en ningún caso pudieran estimarse las pretensiones de la misma tal como se verificó. Una vez que el recurrente fue excluido del procedimiento de contratación y consintió dicha exclusión, se convierte en un tercero ajeno a dicho procedimiento, por lo que carecía de legitimación ad causam para impugnar el resultado del mismo.»*.

Asimismo, este criterio relativo a la falta de legitimación en los términos expuestos ha sido confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia 2784/2019, de 3 de julio, n.º de recurso 990/2016, en la que dispone: *«Y de aquí deriva precisamente la falta de legitimación por ausencia de interés legítimo de la recurrente para impugnar los actos de adjudicación, en tanto como se ha dicho había quedado excluida previamente del procedimiento de contratación; aunque inicialmente lo ostentara al ser una de las licitadoras, pero no tras su exclusión.»*.

Por lo expuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, que regula los supuestos de inadmisión del recurso especial y que prevé que: *«El órgano encargado de resolver el recurso, tras la reclamación y examen del expediente administrativo, podrá declarar su inadmisión cuando constare de modo inequívoco y manifiesto cualquiera de los siguientes supuestos: (...) b) La falta de legitimación de la recurrente (...) »*; procede, pues, declarar la inadmisión del recurso por falta de interés legítimo de la recurrente para su interposición, lo cual impide a este Tribunal entrar a conocer del motivo de fondo que el mismo plantea.

SÉPTIMO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

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, desde el momento en el que aunque se estimaran las pretensiones de la recurrente no alcanzaría la adjudicación del contrato, dado que la misma consintió y dejó firme su exclusión, convirtiéndose desde entonces en un tercero ajeno a la licitación. 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. Asimismo, aun cuando este Tribunal levantó la suspensión automática del procedimiento de licitación la misma surtió sus efectos desde la interposición del recurso hasta el levantamiento de la medida, a cuya solicitud por el órgano de contratación además se opuso la recurrente.

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, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería inadmitido por falta de legitimación.

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»*.

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 en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero por las circunstancias expuestas de temeridad agravada 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 manifiesta ante la evidente falta de legitimación de la recurrente quien consintió y dejó firme su exclusión meses antes de interponer el recurso que ahora se analiza.

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 **EIFFAGE ENERGÍA, S.L.U.** contra la resolución, de 15 de julio de 2021, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de mantenimiento del edificio sede de la Unidad de Policía adscrita a la Comunidad Autónoma de Andalucía, sito en C/ Bergantín, n.º 39 de Sevilla» (Expte. CONTR 2020 0000029488), promovido por la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, por falta de interés legítimo para recurrir.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 euros, en atención a la temeridad 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.

