

Recurso 529/2021
Resolución 117/2022

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

Sevilla, 11 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MARTIZOS SERVICIOS, S.L.** contra la resolución, de 4 de noviembre de 2021, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de limpieza de las sedes administrativas de la Delegación Territorial de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de Almería» (Expte. CONTR 2021 0000676117), promovido por la Delegación Territorial de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, en Almería este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de agosto de 2021 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 indicado en el encabezamiento de esta resolución con un valor estimado de 160.854,45 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.

Mediante acuerdo, de 4 de noviembre de 2021, el órgano de contratación adjudica el contrato citado en el encabezamiento a la empresa ASOCIACIÓN PROVINCIAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD VERDIBLANCA (en adelante la adjudicataria).

SEGUNDO. El 18 de noviembre de 2021 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, a través del registro electrónico de la Administración General del Estado, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MARTIZOS SERVICIOS, S.L. (en adelante la recurrente) contra la citada resolución de adjudicación del contrato.

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.



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.

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.

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 4 de noviembre de 2021 no consta ni publicada en el perfil de contratante ni notificada a la entidad ahora recurrente. No obstante, aunque se compute desde dicho día, el recurso presentado el 18 de noviembre 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.

1. Alegaciones de la recurrente.

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 4 de noviembre de 2021, en el que se contiene la adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se declare *«anular el acuerdo de adjudicación adoptado por la Mesa de Contratación el 4 de noviembre de 2021 y todos los actos posteriores integrantes del procedimiento de contratación.»*

Denuncia la recurrente la indebida admisión de las ofertas de las dos entidades que se sitúan por encima de ella en el orden de clasificación de las ofertas, esto es la de la adjudicataria y la de la segunda clasificada. En ambos casos, por entender que las dos proposiciones incursas inicialmente en baja anormal o desproporcionada, con la



oferta económica que realizan, no es posible que puedan ejecutar la prestación en los términos previstos en los pliegos, es decir, a su juicio ambas propuestas son inviables y deberían no haber sido admitidas.

En su alegato, la recurrente parte del contenido de un determinado escrito que presentó a la mesa de contratación alertando que conforme a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormal, las propuestas presentados por las dos primeras clasificadas incurren en presunción de anormalidad. En dicho escrito, entre otras cuestiones, afirma tras un somero análisis que el presupuesto base de licitación coincide aproximadamente con los cálculos elaborados por ella. Sin embargo, señala que las dos primeras clasificadas han ofertado una bajada del 39,71% y del 34,08%, respectivamente, sobre el presupuesto base de licitación.

A continuación, indica por un lado que en la sexta sesión de la mesa de contratación según consta en acta al efecto, en relación a las ofertas anormalmente bajas, *«únicamente se menciona que las dos empresas que incurren en baja temeraria justifican las ofertas presentadas con valores anormalmente bajos, sin dar más explicaciones ni informe de las justificaciones presentadas»*.

Asimismo, por otro lado, se afirma que *«Al no haberse publicado la justificación realizada por las dos empresas que incurren en valores anormalmente bajos, no hemos podido saber en que se han basado a la hora de acreditar los bajos costes y beneficio industrial que han calculado para la justificación de su baja, pero intuimos, por la diferencia en el importe ofertado por (...) [la recurrente] y las otras dos empresas, que éstas han argumentado que son Centros Especiales de Empleo (en adelante CEE), ya que no encontramos ninguna otra explicación a los precios tan bajos que han presentado.»*.

Tras lo cual, realiza toda una serie de hipótesis y de cálculos relacionados con la condición de centro especial de empleo de las dos entidades clasificadas antes que ella, con las características del personal que venía realizando la prestación, con las posibles bonificaciones de las cuotas a la seguridad social de dichas entidades y con la necesidad de justificar y acreditar cómo se va a compensar las horas de disminución de la capacidad de trabajo del personal en circunstancias especiales de discapacidad.

2. Alegaciones del órgano de contratación contenidas en el informe al recurso.

Afirma literalmente el informe al recurso lo siguiente: *«En cuanto al fondo del asunto, la Comisión Técnica informó que ambas empresas motivaron y justificaron adecuadamente de manera desglosada el importe de la oferta presentada y los motivos que en cada caso permitían presentar la oferta tan ajustada en costes y la mesa concluyó que las empresas justificaban las ofertas presentadas con valores anormalmente bajos.»*.

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal.

Prima facie, este Tribunal respecto al contenido del recurso ha de poner de manifiesto dos consideraciones: la primera es que la recurrente afirma que al no haberse publicado la justificación realizada por las dos empresas que incurren en valores anormales no ha podido saber en que se han basado las mismas para acreditar la viabilidad de sus ofertas. Sin embargo, a pesar de ello, no ha hecho uso del trámite previsto en el artículo 52 de la LCSP, que dispone en síntesis que si la persona interesada desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto, si dicho órgano incumple tal obligación la persona recurrente podrá alegarlo en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo (este Tribunal) deberá conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas. Así las cosas, si la recurrente le ha dado tanta importancia



a esta documentación, pues basa su recurso en meras hipótesis al manifestar su desconocimiento, tendría que haber hecho uso del mencionado trámite de acceso al expediente previsto en el citado artículo 52 de la LCSP.

La segunda consideración es que la recurrente pone de manifiesto que en cuanto a la aceptación de las dos ofertas incursas inicialmente en baja anormal, la mesa de contratación únicamente menciona que las dos empresas justifican las ofertas presentadas, sin dar más explicaciones. Sin embargo, en ningún momento de su escrito de recurso denuncia falta de motivación, ni siquiera de forma indiciaria, no pudiendo este Tribunal por mor del principio de congruencia (artículo 57.2 LCSP) pronunciarse sobre ello, al no haberse planteado en el recurso.

Por el contrario, la recurrente como se ha expuesto se limita a plantear sin mayor fundamentación determinadas hipótesis sin conocimiento ni prueba alguna de los hechos que denuncia, basándose en meras conjeturas con el fin de cambiar aquello que no la dejó satisfecha, esto es, el resultado de la adjudicación y, con esta finalidad intentar la exclusión de sus competidoras con base en la presunta falta de viabilidad de sus ofertas.

Por otra parte, consta en el expediente remitido a este Tribunal el informe de 21 de octubre de 2021 de viabilidad de las ofertas de las dos primeras clasificadas, al que se hace referencia en la resolución de adjudicación del contrato, formalizado por tres personas, sin que del contenido del mismo pueda evidenciar este Tribunal, *prima facie*, error, arbitrariedad o falta de motivación.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el recurso interpuesto.

OCTAVO. 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 su pretensión se basa en denunciar -como anteriormente se ha argumentado- la ausencia de publicación en el perfil de contratante de la justificación de la anormalidad de determinadas ofertas, a pesar de que no existe obligación de publicación de dicha documentación y de no haber hecho uso del trámite previsto en el artículo 52 de la LCSP, así como la falta de explicaciones por parte de la mesa de contratación sobre la viabilidad de las citadas ofertas, sin denunciar falta de motivación ni siquiera de forma indiciaria.

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, la interposición del recurso acarreó la suspensión automática del procedimiento de licitación que surtió sus efectos desde la interposición del recurso hasta la presente resolución en la que se procede a su levantamiento.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con 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 desestimado.

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 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 1.500 euros -cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso que ahora se analiza.



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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MARTIZOS SERVICIOS, S.L.** contra la resolución, de 4 de noviembre de 2021, del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato denominado «Servicio de limpieza de las sedes administrativas de la Delegación Territorial de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio de Almería» (Expte. CONTR 2021 0000676117), promovido por la Delegación Territorial de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, en Almería.

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 1.500 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.

