Recurso 18/2022
Resolución 198/2022

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

Sevilla, 25 de marzo de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FACTUDATA XXI, S.L.** (empresa integrante de la UTE FACTUDATA XXI, S.L. – CONEXIÓN CULTURA, S.L.), contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de auxiliares en edificios públicos de titularidad municipal", promovido por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla), (Expte. SV08/2021), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 19 de septiembre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato indicado en el encabezamiento. El 22 de septiembre de 2021, el citado anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea. El valor estimado del contrato asciende a 2.876.415,00€ euros, y entre las empresas que presentaron oferta se encontraba la ahora recurrente.

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

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 27 de diciembre de 2021 se acordó la adjudicación del contrato a la entidad TELIMAN SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, S.L. y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS UNIFICADOS PRACOM ANDALUCÍA, S.L. (Unión Temporal de Empresas). El 28 de diciembre de 2021, la adjudicación se publicó en el perfil de contratante y se remitió notificación de la misma a la recurrente a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO. El 15 de enero de 2022, tuvo entrada en el registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, interpuesto por la entidad arriba citada. En el recurso se solicitaba vista del expediente.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano. Habiéndose solicitado vista de expediente ésta se otorgó el 3 de marzo, no procediendo la entidad recurrente a ampliar el recurso en el plazo de 10 días. Tramitado el recurso, finalizó el plazo de alegaciones el 23 de marzo, habiéndose presentado por TELIMAN SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, S.L. y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS UNIFICADOS PRACOM ANDALUCÍA, S.L.

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 artículo 10.3 del 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; toda vez que el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla) no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento, cuya proposición ha sido clasificada en segundo lugar tras la de la adjudicataria. En relación con la legitimación activa como entidad licitadora que concurría con compromiso de formación de UTE, cumple advertir que su legitimación está reconocida jurisprudencialmente, de forma individual de cada uno de los integrantes, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2020, de 17 de febrero. El artículo 24.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y es convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública; por tanto, debe admitirse el recurso al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El artículo 50.1 d) de la LCSP establece que "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento (...)".

En el supuesto analizado, el recurso presentado el 15 de enero de 2022 en el registro de este Tribunal se ha formalizado dentro del plazo legal.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita la anulación de la adjudicación por varios motivos.

El primero de los motivos que alega la recurrente se debe a que considera que los pliegos exigían a las empresas licitadoras la presentación de las ofertas económicas por precios unitarios y que la oferta presentada por la

adjudicataria se había realizado con un precio a tanto alzado contraviniendo lo dispuesto en los pliegos, porque "a su juicio" la unidad de referencia que debían emplear los licitadores, a la hora de realizar su oferta era en términos de precio/hora.

Así alega que la cláusula 3 del Anexo I, relativa al cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), señala que con relación al apartado 3, concerniente al presupuesto y financiación del contrato, el apartado 3.1 relativo al valor estimado del contrato, la cuantía que figura es de 2.876.415,00 €, reflejando los siguientes apartados que transcribimos:

"3.2. Presupuesto base de licitación (IVA Excluido): 942.483,47€ 3.3. Presupuesto base de licitación (IVA Incluido) 21%): 1.140.405,00€ 3.4. Sistema de determinación del precio del contrato:

Anualidad 2021: 272.400,00€
Anualidad 2022: 868.005,00€
Anualidad 2023: 868.005,00€
Anualidad 2024: 868.005,00€

El presupuesto desglosado para el ejercicio 2021 cuyo importe asciende a 272.400,00€ es el siguiente:

DELEGACIÓN	SERVICIO	HORAS DELEGACIÓN	COSTE	Aplicación presupuestaria
TURISMO	TURISMO	736	11.040,00€	81 4320 22721
EDUCACIÓN	OLIVAREROS	6.444	96.6600,00€	51 3200 22721
	COLEGIOS			
	EDUCACIÓN VIAL			
	CAIT	756	11.340,00€	51 2330 22721
	BIBLIOTECA	60	900,00€	51 3321 22721
SS.SS	SS.SS	511	7.665,00€	52 2310 22721
DEPORTE	INSTALACIONES DEPORTIVAS	6.743	101.145,00€	53 3400 22721
		2.232	33.480,00€	53 3421 22721
CULTURA	CASA SURGA CASA CULTURA	678	10.170,00€	82 3300 22721
TOTAL		18.160	272.400,00€	

Para el ejercicio 2022 y de existir prórroga para el 2023 y 2024 el presupuesto desglosado será el siguiente:

DELEGACIÓN	SERVICIO	HORAS SERVICIO	HORAS DELEGACIÓN	COSTE	Aplicación presupuestaria
TURISMO	TURISMO	2.500	2.500	37.500,00€	81 4320 22721
EDUCACIÓN	OLIVAREROS	5.475	20.095	301.425,00€	51 3200 22721
	COLEGIOS	14.320			
	EDUCACIÓN VIAL	300			
	MAYORES	1.541	1.541	23.115,00€	51 2333 22721
	CAIT	2.580	2.580	38.700,00€	51 2330 22721
	BIBLIOTECA	200	200	3.000,00€	51 3321 22721
SS.SS	SS.SS	1.959	1.959	29.385,00€	52 2310 22721

DEPORTE	*INSTALACIONES DEPORTIVAS*	*26.692*	*26.692*	*400.380,00€*	*53 3400 22721*
CULTURA	*CASA SURGA CASA CULTURA*	*2.300*	*2.300*	*34.500,00€*	*82 3300 22721*
TOTAL			*57.867*	*868.005,00€*	

Se entenderá que estos precios engloban todos los gastos directos e indirectos, que asumirá el licitador para el normal desarrollo de los servicios objeto del contrato y que el que es el mismo precio para festivos y no festivos, diurno y nocturno, laborables y no laborables.

El precio hora será de 15,00€, incluido IVA, *(esto es 12,40 euros más 2,60 euros de IVA) a la baja,* ***con un máximo de 18.160 horas para el año 2021 y de 57.867 horas para el año 2022****. Por consiguiente, se prevé una duración inicial de 76.027 horas".*

Asimismo, indica que la misma redacción se recoge en las páginas 3 y 4 de la memoria justificativa. Igualmente, el Anexo IV del PCAP dice:

"B) BAJAS ANORMALES O DESPROPORCIONADAS:
Conforme al estudio económico realizado se considerará oferta anormalmente baja, la que se oferte por debajo de 12,78 euros/hora (10,57 euros/hora IVA EXCLUIDO)".

Se puede observar cómo tanto en el pliego como en la memoria justificativa el cálculo del presupuesto y el límite para considerar una oferta como anormalmente baja se ha realizado en términos de precio/hora. Entendemos que ello conlleva, implícitamente, que esa es la unidad de referencia que deben emplear los licitadores a la hora de realizar su oferta, con el máximo que se establece en los pliegos (15,00 euros/hora).

Además, se establece un **número máximo de horas** de prestación de servicio, sin que pueda concretarse, a partir de los datos recogidos en el pliego, cuál será el número de horas real de prestación del servicio.

En segundo lugar, alude a que la cláusula 4 del Anexo I, relativo al "cuadro de características del PCAP", la cual establece que:

"El contrato comenzará el día 1 de septiembre de 2021 o, desde el día siguiente al de su formalización, si ésta fuere posterior, hasta el 31 de diciembre de 2022, siendo prorrogable por dos años más (por periodos anuales)".

Estima, que en consonancia con lo anterior, que si en el anuncio de licitación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público en fecha 29 de septiembre de 2021 se establece un plazo de presentación de ofertas hasta el día 2 de octubre de 2021, era imposible el comienzo de prestación del servicio el día 1 de septiembre de 2021.

A tal efecto alude al artículo 102 de la LCSP argumentando el carácter cierto de los precios, entendiendo que el precio ofertado se ha realizado de un modo incierto y no preciso. Interesa destacar que en un primer momento citaba en su recurso que dicha entidad recurrente había solicitado el acceso al expediente el 28 de diciembre de 2021, sin haber obtenido respuesta al respecto, algo que debe aclararse pues la entidad ha obtenido vista el día 3 de marzo de 2022, sin que se haya realizado ampliación del recurso.

Por otra parte, invoca determinada doctrina sin explicarla sobre un posible error material, estimamos que entendiendo que sería lo que podría alegar la entidad recurrente, no obstante, no precisa el alcance de la reproducción de dicha doctrina en su recurso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

No se opone al recurso, únicamente relata la licitación, defendiendo el proceder del órgano de contratación.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Se opone al recurso por los motivos que constan en sus alegaciones. Solicita multa por la temeridad manifiesta en los argumentos de la interposición del recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

En primer lugar, con relación al Anexo III del PCAP, conforme al cual se ha formulado la oferta de la entidad adjudicataria, cumple mencionar con carácter previo que es doctrina reiterada de este Tribunal la necesidad de que las proposiciones de las entidades licitadoras se ajusten a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas lex contractus o lex inter partes y vinculando no solo a las licitadoras que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas, tal y como establece el artículo 139.1 de la LCSP, sino también a la propia Administración autora de los mismos. El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que *"(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva*". En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

El PCAP en su Anexo III, establecía el modelo de oferta económica que debían presentar las entidades licitadoras:

"ANEXO III : SOBRE Nº3 ELECTRÓNICO: DOCUMENTACIÓN RELATIVA A CRITERIOS VALORABLES MEDIANTE APLICACIÓN DE FÓRMULAS (formulada conforme al siguiente modelo):

Dª./D. mayor de edad y con NIF núm. , en nombre propio
o en representación de conforme acredito con poder bastanteado enterado de la licitación convocada para adjudicar mediante procedimiento abierto simplificado abreviado el expediente
de contratación , solicita participar en dicha licitación y se compromete a:
1) Ejecutarlo en la forma determinada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas con arreglo a la siguiente oferta económica:
€ Iva Excluido € en concepto de IVA
€ Iva Incluido
2) Bolsa de horas gratuitas: (Se ofertará conforme a lo dispuesto en el Anexo IV punto 2)
El que suscribe se somete voluntariamente y acepta íntegramente los Pliegos y cuantas obligaciones se deriven de éstos, tanto como licitador como adjudicatario en su caso. Lugar, fecha, nombre y firma del licitador.
En el supuesto de presentación en UTE cada una de las entidades que vayan a integrarla suscribirán la misma proposición".

El modelo de oferta económica no hacía referencia a la presentación de las ofertas por importes unitarios. La oferta de la entidad adjudicataria se ajustó al modelo reproducido.

Con relación a los argumentos de la entidad recurrente, y en cuanto a que el precio ofertado no es cierto (pues se hace referencia al artículo 102 LCSP), debemos concluir a la vista del propio PCAP que debe desestimarse el recurso sin más dado el profundo desconocimiento que se deriva de las alegaciones de la entidad recurrente con relación al fondo del asunto. Dada la confusión que se desprende de su alegato es preciso abordar una diferenciación básica con relación al precio del contrato, pues con el recurso se procede a invocar el artículo 102 de la LCSP. Se identifica por éste, de una forma indebida lo que estima que es precio cierto, confundiéndolo con el precio fijo -como lo son dos variedades, el precio a tanto alzado y el precio unitario.

El precio del contrato debe tratarse de un precio cierto, que no fijo, tanto el presupuesto base de licitación, como el precio ofertado, pero éste no es precio fijo, pues lo que se exige es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias. Así el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso. El precio del contrato es entonces el ofertado por la licitadora adjudicataria, debiendo figurar su concreción, o forma de determinarse, en el documento de formalización del contrato (LCSP art.35.1.f).

El concepto de precio cierto del contrato, adolece de falta de definición en la legislación administrativa pero sobre el mismo resulta esclarecedor el Dictamen del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1993 el cual señalaba que, si bien los contratos administrativos habían de tener un precio cierto, *«precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias»*.

Interesa recordar dos apartados del artículo 102 de la LCSP, el cual establece en sus apartados 4 y 6 que:

"4. *El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato" (..).*

"6. Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso."

En este sentido, y acudiendo al Derecho común, ante la falta de una definición administrativa, el artículo 1447 del Código Civil establece que para que el precio se tenga por cierto "*bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada, que no puede ser ninguna de las partes contratantes."*

En este sentido, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha manifestado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2005, que "*con carácter previo a la aprobación del expediente deberá haberse determinado con exactitud el precio, más la certitud no parece razonablemente exigible de la totalidad del precio sino que la certidumbre se predica de los elementos que lo integran".* Lo cual se deduce tanto del Anexo I, como de la memoria como del precio ofertado como se dirá.

Parece, además a mayor abundamiento que ni siquiera el precio cierto del contrato tiene además por qué encuadrarse necesariamente en una de las dos modalidades típicas –tanto alzado o unitario, fijos ambos. Así, a

mayor abundamiento podemos encontrar otras formas de determinación de un precio cierto donde el precio se determina con carácter variable, en términos de porcentaje.[1,2]

El precio está determinado de un modo cierto, y está ofertado de un modo cierto en el presente objeto del recurso. Así, si bien el modelo del Anexo III pudiere no corresponder con exactitud al detalle que se deriva de la descomposición del precio del Anexo I, resultando descompuesto por precio unitario hora, se establece finalmente un precio a tanto alzado. Lo que no obsta a que con una sencilla operación aritmética podamos llegar a conocer incluso el precio hora, pues en la memoria justificativa y en los anexos existen detallados datos que permiten conocer esos extremos. De este modo si el presupuesto base de licitación en el Anexo I alcanzaba los 942.483,47€, para 76.027 horas, para el periodo inicial determinado como objeto del contrato (sin incluir las prórrogas), es claro que el precio ofertado por la entidad adjudicataria es cierto, pues se obliga a ejecutar, en los términos del contrato, hasta un máximo de 895.773,78 por el conjunto máximo de todas esas horas a la que asciende el contrato en el periodo inicial sin computar las prórrogas.

El modelo del Anexo III estaba en el pliego publicado, y no ha resultado impugnado por parte de la entidad recurrente, de tal modo que siendo firme y consentido, no cabe alegar ni pretender una vulneración en la presentación de la oferta por dichos motivos, es decir, porque la entidad adjudicataria ha seguido el modelo del pliego no recurrido por la entidad ahora recurrente, y porque además argumenta de un modo sesgado que el precio ofertado no es cierto, conforme al modo en el que el precio se ha determinado, por una serie de horas distribuidas en el PCAP, respecto de una lista de trabajadores a subrogar que también se incluyen en el pliego de prescripciones técnicas, respecto de los que le son exigibles unos horarios que resultan determinados en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), así como la posibilidad de exigencia de una bolsa de horas extraordinarias.

Así, por otro lado, aunque al hilo de lo anteriormente expresado, se señala que "*la fecha de inicio que se establece en los pliegos (1 de septiembre de 2021) ha devenido del todo inviable al ser la fecha fin de presentación de ofertas el 2 de octubre de 2021, y, por otro lado, que la fecha fin del contrato sí está fijada el día 31 de diciembre de 2022, podemos afirmar que con la oferta de TELIMAN se produciría un enriquecimiento injusto en favor de dicha entidad, pues nos encontramos con una oferta económica invariable para un servicio cuya duración concreta se desconoce, al depender de la fecha efectiva de inicio del mismo. Es decir, su oferta será la misma con independencia de que el contrato hubiera empezado en fecha 1 de septiembre de 2021 (en cuyo caso, la duración del contrato hubiera sido de 18 meses), comience en fecha 1 de febrero de 2022 (en cuyo caso la duración será de 11 meses), o lo haga en fecha 1 de septiembre de 2022 (en cuyo caso la duración será de 4 meses). Esto supone un enriquecimiento injusto al producirse una facturación por unos servicios que no se han prestado, y, además, cuanto más se demore el inicio de la prestación del servicio, menos ventajosa deviene la oferta presentada por TELIMAN, contraviniendo esto uno de los principios rectores de la contratación pública*".

1 Informe 52/09 de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, emitido en relación a la contratación por parte de un Ayuntamiento de un servicio de colaboración en materia de inspección tributaria, en el que la retribución del contratista consiste, única y exclusivamente, en un porcentaje sobre el importe efectivamente cobrado en los expedientes que tramite. Se considera que un precio determinado mediante porcentaje de rendimiento no es sino un sistema de precios variables permitido expresamente por el artículo 87.4 (actual 102). De tal forma que si la cuantía del precio depende del cumplimiento del objetivo de incrementar la recaudación del Ayuntamiento, se trata de un objetivo perfectamente definido y que cumpliría la exigencia adicional donde el supuesto de producción es el incremento en la recaudación y la regla para la determinación del precio, un porcentaje sobre ese incremento. Resultando, por tanto, un precio determinable que, aunque variable, cumple con el principio del precio cierto.

2 En este mismo sentido, el Informe 2/2013, de 28 de junio, de la Junta consultiva de contratación administrativa de las Islas Baleares, señalaba que "*la obligación de que el precio sea cierto significa que el precio o, en cualquier caso, los elementos que lo integran deben estar determinados en el momento en que se perfeccione el contrato o deben ser determinables en un momento posterior.*"

Esta afirmación carece de consistencia, pues sencillamente puede contestarse que es más aún inviable e incierta la fecha de comienzo de la ejecución del contrato cuando por parte de la entidad recurrente se interpone un recurso contra una adjudicación, provocando la suspensión automática del recurso ex art. 53 LCSP, y no sólo eso, sino que provoca la suspensión de la tramitación del procedimiento del recurso especial con la solicitud de una vista, concedida, para después ni siquiera ampliar el recurso, además con un argumento impreciso, pues parece que está afirmando que se pagará la cantidad ofertada a tanto alzado, con independencia de cuando comience el contrato, cuando obviamente ha sesgado interesadamente la literalidad del apartado 4 del PCAP, pues éste no dice lo que ha señalado en el recurso la entidad recurrente sino que expresa "*el contrato comenzará el día 1 de septiembre de 2021 o, desde el día siguiente al de su formalización, si ésta fuere posterior, hasta el 31 de diciembre de 2022, siendo prorrogable por dos años más (por periodos anuales)".*

En este sentido, y contestando a dicho alegato, la cláusula 19 del PCAP establece de forma clara que "*la persona adjudicataria tiene derecho al abono del precio convenido, con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato, correspondiente a los trabajos efectivamente realizados y formalmente recibidos por la Administración.*
El pago del precio se realizará, según se indique en el anexo I, de una sola vez a la finalización del trabajo o mediante pagos parciales, previa recepción de conformidad.
El pago del precio se efectuará previa presentación de factura en los términos establecidos en la presente cláusula, debiendo ser repercutido como partida independiente el Impuesto sobre el Valor Añadido en el documento que se presente para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento alguno".

Por otro lado, la cláusula 18 recoge que "*la constatación de la correcta ejecución del objeto del contrato se acreditará mediante un acto formal y positivo de recepción o conformidad, que se documentará en un acta de recepción expedida por la persona responsable del contrato".*

Es decir, estando perfectamente delimitadas las necesidades por centros de trabajo distintos y por horas necesarias, y siendo, éstos, los términos de recepción de los trabajos y de abono del precio, estimamos completamente infundada esta alegación, la cual debe responder a una lectura sesgada o incompleta de los documentos contractuales por parte de la entidad recurrente, no pudiendo dar origen a enriquecimiento injusto ya que en virtud de la teoría del servicio prestado fijado por la norma no procederá obligación económica a reconocer a favor de la empresa adjudicataria respecto de aquel servicio que por ésta no se hubiere practicado. Y además, predicable no solo de la oferta de esta recurrente, sino la de cualquier otro, porque el efecto en su caso, aun sí fuera verdad, nacería no como consecuencia de la oferta, sino como consecuencia del tenor del pliego, el cual está ya consentido y firme.

Por último, no acaban ahí los alegatos inverosímiles a fin de sostener que el precio ofertado es a tanto alzado, como si el precio a tanto alzado es incierto, lo que ya hemos considerado como un error manifiesto. Otra muestra de la temeridad es cuando afirma que:

"El importe de la garantía definitiva constituida por (la entidad adjudicataria) asciende a 44.788,69 euros, es decir, el 5% de 895.773,78 euros, que es su oferta económica. Luego se está reconociendo por dicha entidad que ha ofertado un precio a tanto alzado, y como tal, invariable".

"A la vista de lo expuesto, consideramos que TELIMAN no se ha ajustado en su oferta económica a lo establecido en los pliegos, al haber realizado la misma en términos de precio a tanto alzado. Tanto en la memoria como en los pliegos, a la hora de calcular el presupuesto base de licitación y de fijar el límite para las ofertas anormalmente bajas, se ha realizado en términos de precio/hora, considerándose por tanto éste como precio de referencia a la

hora de valorar las ofertas. El hecho de realizar la oferta en términos de precio a tanto alzado supone que resulta inviable la comparación entre las ofertas de los distintos licitadores, ya que habría que acudir a solicitar aclaración que, de facto, supondría una reelaboración de la propuesta económica de los licitadores, vulnerando dicho extremo el principio de igualdad recogido en la LCSP. Se está omitiendo, tal y como se extrae de las resoluciones transcritas, un aspecto esencial del contrato que impide conocer los términos bajo los cuales el licitador pretende obligarse, y por tanto su oferta debe ser rechazada".

Sigue pues la recurrente en su conocimiento equivocado del concepto de precio cierto, entendiendo que el precio, aunque hubiera sido fijado a tanto alzado no sería cierto. Además, parece de sus argumentos en este alegato que la entidad adjudicataria hubiera elegido como constituir la garantía definitiva, olvidando de nuevo al PCAP, cuya cláusula 10.5.2 j) expresa: *"El licitador que presente la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberá constituir a disposición del órgano de contratación una garantía definitiva. Su cuantía será igual al 5 por 100 del importe del precio final ofertado por el licitador, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, o, en su caso, del presupuesto base de licitación, según lo previsto en el del Anexo I al presente pliego".*

El art. 107 LCSP señala que la cuantía de la garantía es del 5% del importe de adjudicación, excluido el IVA, estando determinado el importe en la adjudicación, ésta se ha constituido en los estrictos términos legales, pues incluso si se estimare que la cuantía se hubiera determinado en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido, pero no es esto a lo que responde el modelo del anexo III, el cual exige un precio a tanto alzado.

Por todo ello debe desestimarse el recurso.

SÉPTIMO. Multa por temeridad

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, partiendo de la especial cualificación de la entidad recurrente, la diligencia media exigible deja que desear en cuanto a los términos de la impugnación realizada donde se refleja un claro desconocimiento del artículo 102 de la LCSP.

Dada la capacitación que se le presupone esto supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, 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, a la vista de los alegatos expuestos, que, prima facie, merecen ser considerados infundados e impropios de un licitador medianamente informado.

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 el conjunto de las circunstancias expuestas, deriva o es predicable de la entidad recurrente una actitud de temeridad que determina que se aprecie la necesidad de imposición de multa, y que ésta deba ser superior en cuantía al mínimo legal. Por un lado, es obvia la inconsistencia del recurso, basado en un profundo desconocimiento que hace necesario que este Tribunal defina conceptos básicos. Por otro lado, el propio adjudicatario solicita la multa por el perjuicio que le produce (siendo el retraso en la adjudicación causa obvia de una menor posibilidad de facturación de servicios a cuenta del contrato), si bien no justifica el perjuicio en términos económicos. Agravada la temeridad en la actitud mantenida durante la tramitación del recurso especial, pues ha provocado un retraso innecesario también en esta sede, pues si bien es una posibilidad la solicitud de vista, estima que por las circunstancias de este caso concreto, no se atiene al principio de confianza legítima que después de haberse

concedido la vista la entidad recurrente ni haya utilizado la ampliación del recurso, ni haya justificado por qué no la ha utilizado, así como tampoco haber advertido al Tribunal de su facultad de desistir del trámite, a efectos de no computar el plazo de días para poder hacer uso del trámite y así contribuir a la rápida resolución del recurso especial.

Por todo 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 manifiesta.

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 **FACTUDATA XXI, S.L.** contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de auxiliares en edificios públicos de titularidad municipal", promovido por el Ayuntamiento de Utrera (Sevilla) (Expte. SV08/2021).

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