Recurso 88/2022
Resolución 204/2022

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 **FONTIA SUMINISTROS, S.L.** contra la resolución de 14 de febrero de 2022 por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de artículos de ferretería, herramientas manuales diversas, material de fontanería y bombas" (Expte 2020/00017414L), respecto del Lote 3, tramitado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de septiembre de 2021, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministros indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 835.302,68 euros. El referido anuncio se publicó, con fecha 8 de septiembre de 2021, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y en dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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 resolución, de 14 de febrero de 2022, el órgano de contratación excluye de la licitación, respecto al lote 3, al licitador FONTIA SUMINISTROS, S.L. (en adelante, FONTIA). La citada resolución fue notificada con fecha de 15 de febrero de 2022 a la licitadora excluido.

SEGUNDO. El 25 de febrero de 2022, la mercantil FONTIA presenta en el registro electrónico del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra la referida resolución de exclusión respecto al lote 3 del contrato.

El 10 de marzo de 2022, el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal del escrito de recurso especial interpuesto junto con el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

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

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 el supuesto examinado, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación tramitado por una entidad local andaluza, habiendo el Ayuntamiento de Benalmádena remitido al Tribunal la documentación necesaria para su resolución sin manifestar que disponga de órgano propio a tales efectos. Por tanto, resulta competente este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación el 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 un acto de trámite cualificado, en concreto la exclusión, de un procedimiento de licitación para un contrato de suministros, con un valor estimado superior a cien mil euros, y convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por lo que, contra el citado acto cabe recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1 a) y 2.b) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la resolución de exclusión fue notificada a la recurrente con fecha de 15 de febrero de 2022, por lo que, el recurso presentado en el registro electrónico del órgano de contratación el 25 de febrero de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, si bien, con carácter previo procede traer a colación las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del presente expediente.

La mesa de contratación acordó, en su sesión de 20 de diciembre de 2021, elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación, para el lote 3, a favor de la licitadora FONTIA. Seguidamente y mediante resolución de la Concejalía de Hacienda de 27 de diciembre de 2021 se requirió, de conformidad con lo establecido en el apartado 13.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), a la citada entidad para que presentara la documentación previa a la adjudicación.

En sesión celebrada el 26 de enero de 2022 por la mesa de contratación, para el examen de la documentación previa a la adjudicación presentada, entre otras por la mercantil FONTIA, y según consta en el acta de la referida sesión, FONTIA como acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, aportó Anexo 4 donde certificaba que: *"ACREDITAMOS NUESTRA SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA PROFESIONAL MEDIANTE:*
• La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público acreditará frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y salvo prueba en contrario, las condiciones de solvencia económica y financiera del empresario".

Continúa el acta de la sesión en los siguientes términos: "*La mesa entra en el ROLECE y comprueba que no se encuentra la solvencia económica, financiera y técnica o profesionales, por lo que le requiere a FONTIA SUMINISTROS, S.L. que subsane en un plazo de 3 días naturales de solvencia económica, financiera y técnica o profesionales en los términos y con la documentación señalada en el Anexo nº4".*

Consta en el expediente remitido copia de la acreditación de la notificación del requerimiento de subsanación de documentación efectuado a FONTIA, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, leída por la citada mercantil con la misma fecha de 26 de enero de 2021.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 8 de febrero de 2022, para el examen de las subsanaciones presentadas y una vez analizada la presentada por la recurrente, propone su exclusión respecto al lote 3 por los motivos recogidos en el acta de la sesión en los siguientes términos*: «Vista la documentación presentada por FONTIA SUMINISTROS, S.L., en la cual presenta las cuentas anuales de los 3 últimos años, no cumple con lo dispuesto en el Anexo 4 del PCAP en cuanto a la acreditación y no presenta Solvencia Técnica, por lo que no ha cumplido adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado se entiende que se ha retirado la oferta y por tanto se propone la exclusión a FONTIA SUMINISTROS, S.L .para el Lote 3».*

Por último, y como se indicó con anterioridad, el órgano de contratación dicta resolución con fecha 14 de febrero, mediante la que acuerda de conformidad con la propuesta elevada por la mesa de contratación: *«Rechazar la oferta presentada por FONTIA SUMINISTROS, S.L. por los siguientes motivos: por no acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional por lo tanto se excluye la oferta presentada. Lote 3».*

1. Alegaciones de la recurrente.

La entidad FONTIA, se alza contra la citada resolución y presenta recurso especial en materia de contratación por el que solicita a este Tribunal: *"la anulación de la parte de la resolución en el que se rechaza la oferta de Fontia Suministros, S.L., procediendo así a aceptar su oferta y dar por acreditada su solvencia económica".*

Fundamenta su pretensión en los siguientes dos motivos:

- En el primero de ellos alega nulidad del requerimiento de documentación practicado respecto a la documentación previa a la adjudicación del contrato, y ello al entender que se ha producido un defecto en el plazo que le fue concedido y ello dado que su computo se inició desde el envío de la comunicación.

Argumenta que tal actuación es contraria al artículo 150.2 de la LCSP que dispone: *"2. Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya*

presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 (...).”

Igualmente considera que se ha vulnerado la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), en concreto su artículo 73.1, que dispone: *”1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto”.*

Continúa argumentando que pese a las citadas previsiones legales, el requerimiento que recibió lo fue en los siguientes términos: *“Requerir a FONTIA SUMINISTROS, S.L. para el Lote 3, de conformidad con lo previsto en el artículo 150 de la LCSP para que, en el plazo de 10 días hábiles, a contar desde el envío de la comunicación, aporte la siguiente documentación administrativa, siempre que no constare en el citado ROLECE:*
(...)”
Considera que el plazo así concedido ha supuesto: *“una clara indefensión para mi representada, que no contó con el tiempo legalmente establecido como suficiente para evacuar los trámites necesarios para contestar adecuadamente al requerimiento.”*

Y refiere otro requerimiento de documentación realizado por el órgano de contratación en el que expresamente consta que el plazo de 10 días hábiles se contarán a partir del siguiente a aquel en que reciba el requerimiento, por lo que manifiesta que a otro licitador se le ha concedido un plazo superior.

- En un segundo motivo alega la improcedencia de la documentación que le fue solicitada por el órgano de contratación para acreditar la solvencia económica-financiera, y que fue la siguiente:

“- Cuentas Anuales de los últimos tres ejercicios aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.
- Alternativamente, modelo de declaración 347 de Operaciones con Terceros o Modelo de Declaración 390 Anual de IVA presentado ante la Agencia Tributaria”.

Afirma que la documentos depositados en el Registro Mercantil tienen carácter público, por tanto sería de aplicación al caso la previsión del artículo 28.2 de la LPACAP, que establece: *“2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello.”*

Tras lo expuesto concluye que: *“De ahí se extrae que ante la posibilidad de consultar o recabar los documentos de la Administración, no existe por parte de mi representada obligación de aportar esa documentación, no pudiendo ser la no aportación de estas motivo de exclusión del procedimiento en cuestión”.*

Por otro lado argumenta que FONTIA es gran empresa sometida al suministro inmediato de información de la Agencia Tributaria, y tras la cita de diversa normativa tributaria afirma que tal carácter la exime de presentar los modelos 347 y 390, que indebidamente le fueron requeridos.

Y concluye afirmando que *"Tras requerir a mi representada para que aporte documentos que no está obligado a presentar o que no existen en un plazo inferior al establecido por la ley, el Ayuntamiento de Benalmádena procede a rechazar la oferta presentada debido a la falta de acreditación de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, excluyendo su oferta.*
A través de la presentación del Modelo 200 de Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2018, 2019 y 2020, se acredita la solvencia de Fontia Suministros, S.L., el cual cumple con todos los requisitos establecidos por el Ayuntamiento de Benalmádena para la contratación en cuestión".

Adjunta al escrito de interposición copia de los citados modelos 200 de Impuesto de Sociedades.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Frente a los alegatos expuestos se opone el órgano de contratación en su informe al recurso, solicitando la desestimación del recurso especial interpuesto.

En cuanto al primero de los motivos del recurso relativo a la nulidad del requerimiento de documentación por incumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 150.2 de la LCSP y el artículo 73.1 de la LPACAP, el órgano de contratación cita el contenido de la la Disposición final cuarta de la LCSP, *"Normas aplicables a los procedimientos regulados en esta Ley y a los medios propios personificados",* en cuyo apartado 1 dispone: *"Los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los establecidos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en sus normas complementarias."*

Argumenta el informe que la LPACAP sería aplicable en el caso de que no existiese norma específica en la propia LCSP, supuesto que no concurre dado que la propia disposición adicional decimoquinta, en su apartado 1, de la LCSP dispone: *"Disposición adicional decimoquinta. Normas relativas a los medios de comunicación utilizables en los procedimientos regulados en esta Ley.*
1. Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.
Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado".

Tras la referida argumentación jurídica y respecto al presente asunto el informe del órgano de contratación afirma que:*"En la plataforma de Contratación del Sector Público consta que el requerimiento de documentación previa a la adjudicación del lote 3 se publicó y remitió a FONTIA a través de dicha plataforma el 28/12/2021, que fue leído por el interesado el 3/1/2022 y que se contestó el 10/1/2022.El propio requerimiento señalaba como último día del plazo el 12/1/2022, sin que conste que el hoy recurrente expresase la insuficiencia de dicho plazo (incluso atendió el requerimiento antes de que culminase el plazo) y sin que tampoco solicitase ampliación del mismo".*

Por último, se alega en el informe que si bien la literalidad del requerimiento practicado a FONTIA fue diferente respecto al de otra licitadora, el cómputo del plazo efectivamente concedido, en ambos casos, se hizo en iguales términos, por lo que no se ha producido la referida desigualdad.

Respecto al segundo de los motivos de recurso el informe reivindica, tras la narración de las actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del mismo, que la actuación de la mesa y del órgano de contratación han sido en todo momento conforme a las previsiones del PCAP, concretamente al contenido de su Anexo IV en el que regula la acreditación de la solvencia tanto económica-financiera y técnica o profesional.

Afirma que la recurrente no acreditó: *«la solvencia económica en el modo requerido en el PCAP, por cuanto se presentan cuentas anuales, pero no su acreditación en la forma requerida (depósito formal de dichas cuentas etc.). Los modelos de declaraciones 347 y 390 a que hace alusión el anexo IV del PCAP, como allí mismo se indica son alternativos.*
(...)
A la hora de presentar el recurso, para intentar justificar la solvencia económica, se presentan declaraciones tributarias que no son de las recogidas en el PCA , siendo además estas extemporáneas , por cuanto en todo caso resultaría improcedente acreditar dicha solvencia en el pazo del recurso especial.

Por lo que respecta a la solvencia técnica, ya hemos indicado que la Mesa de Contratación advirtió el 26 de enero de 2022 que FONTIA SUMINISTROS SL no aportó documentación alguna al respecto, concediéndole un plazo de subsanación al efecto. No obstante, lo cual, como advierte la Mesa en sesión de 8 de febrero de 2022, tampoco se presenta documentación alguna acreditativa de la solvencia técnica.

El recurso especial no alude a la omisión de acreditación de la solvencia técnica».

SEXTO. Consideraciones de este Tribunal.

En cuanto al fondo del asunto debemos, con carácter previo, centrar la cuestión objeto del presente recurso a la luz del efecto útil que con la interposición del mismo se persigue. Así, y tal y como consta en el anterior fundamento FONTIA solicita en su escrito de recurso *"la anulación de la parte de la resolución en la que se rechaza la oferta de Fontia Suministros, S.L., procediendo así a aceptar su oferta y dar por acreditada su solvencia económica".*

Es decir, la recurrente solicita la anulación de la exclusión de su oferta, respecto al lote 3, y centra todo su alegato en cuestiones relacionadas con la acreditación de la solvencia económica y financiera. Pero lo cierto es que su exclusión no sólo trajo causa en el motivo que combate, sino que como ha quedado referido a lo largo de la presente resolución vino motivada igualmente por la falta de acreditación de la solvencia técnica y profesional, cuestión sobre la que, tal y como refiere el informe del órgano de contratación, la recurrente no aduce argumentación de oposición alguna.

Conviene señalar que la solvencia técnica o profesional viene regula en el anexo 4 del pliego de cláusulas administrativas (PCAP), concretamente su apartado 4.2 regula los requisitos y medios de acreditación en los siguientes términos:
"Una relación de los principales suministros realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos y los certificados a los que se refiere el artículo 89.1 a) Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de estos certificados, mediante una declaración del empresario acompañado de los documentos obrantes en poder del mismo que acrediten la realización de la prestación cuyo umbral sea igual o superior al 70 % de la anualidad media del contrato (por cada lote).

o Lote I: 99.999,98 x 0,7 = 69.999,99 €.
o Lote II: 37.493,96 x 0,7 = 26.245,77 €.
o Lote III: 71.331,73 x 0,7 = 49.932,21 €."

Por su parte, la clausula 13.3.2 del PCAP establece entre la documentación acreditativa que se ha de presentar a efectos de la adjudicación: *"c) Los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica o profesional exigidos en los términos y con la documentación señalada en el Anexo Nº 4 a estos efectos".*

Finalizando la citada clausula del PCAP en los siguientes términos: *"La Mesa verificará que el licitador propuesto como adjudicatario acredita documentalmente el cumplimiento de los requisitos de participación exigidos (sobre los cuales se haya declarado responsablemente su cumplimiento con la presentación del DEUC). Cuando la Mesa de Contratación aprecie defectos subsanables en la documentación presentada relativa a las letras a), b), c), d) y e) otorgará a los licitadores un plazo de tres días naturales para la oportuna corrección.*
De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado o de no haberse atendido el requerimiento de subsanación en el plazo conferido al respecto se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71. En tal supuesto, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas."

Por otro lado y en cuanto a las actuaciones de la mesa en este punto, interesa señalar que la misma acatando las previsiones del PCAP, y ante la falta de presentación por parte de FONTIA de determinada documentación en el plazo inicialmente conferido de diez días hábiles -entre la que se contenía la relativa a solvencia técnica y profesional- otorgó un plazo de subsanación a la entidad recurrente, sin que la referida mercantil atendiese al mismo en los términos requeridos. Lo que motivó, como se ha expuesto con anterioridad, que el órgano de contratación mediante resolución de fecha 14 de febrero, acordase de conformidad con la propuesta elevada por la mesa de contratación: *«Rechazar la oferta presentada por FONTIA SUMINISTROS, S.L. por los siguientes motivos: por no acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional por lo tanto se excluye la oferta presentada. Lote 3».*

Dicha decisión del órgano de contratación no ha sido atacada por la recurrente respecto a la no acreditación de la solvencia técnica o profesional, la consecuencia de tal proceder es que uno de los motivos de exclusión ha devenido firme e inatacable. En tal sentido conviene recordar, como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, que el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del PCAP es motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 298/2016, de 18 de noviembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero y 23/2020, de 30 de enero.

De lo expuesto se deriva que el presente recurso carece de efecto útil alguno y ello dado que al no abordar ni combatir el mismo todas las razones que ocasionaron la exclusión de FONTIA, de la licitación del lote 3, en ningún caso puede prosperar la pretensión que el mismo contiene respecto a la anulación de la exclusión, puesto que como ya se ha referido la misma ha devenido firme e inatacable respecto a la falta de acreditación de la solvencia técnica.

Lo anterior evidencia que la falta de congruencia de la que adolece el recurso provoca que la finalidad perseguida, con la interposición del mismo, deviene inviable. Al respecto procede señalar que el artículo 51 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifique el motivo que fundamente el recurso. Sin embargo, en el presente supuesto no se articula argumentación alguna que combata una de las razones que conllevaron la exclusión de la recurrente, lo que no permite a este Tribunal entrar a conocer del asunto. En tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1992 (cas. 54/1991) señala sobre la necesaria argumentación jurídica que: *«argumentos, cuestiones y pretensiones son, por tanto, discernibles en el proceso administrativo, y la congruencia exige del Tribunal que éste no solamente se pronuncie sobre las pretensiones, sino que requiere que lo haga sobre la base de los motivos de impugnación y de las correlativas excepciones u oposición que se han planteado ante el órgano jurisdiccional. No así sucede con los argumentos jurídicos, que no integran la pretensión ni constituyen, en rigor, cuestiones, sino el discurrir lógico-jurídico de las partes, que el Tribunal no viene imperativamente obligado a seguir en un iter paralelo a aquel discurso».*

Por tanto este Tribunal, dada su función exclusivamente revisora, no puede entrar a conocer y pronunciarse sobre el contenido de uno de los motivos de exclusión del que deviene la firmeza del acto cuya anulación se pretende, y que provoca que la resolución del presente asunto carezca de efecto útil alguno.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser inadmitido por falta de viabilidad de la pretensión que el mismo contiene.

Además y a mayor abundamiento, procede indicar que la recurrente adjunta a su recurso determinada documentación tributaria, que a su juicio acreditan su solvencia económica. En este sentido, en relación con la aportación en vía de recurso de documentación que no fue presentada en el momento procedimental oportuno este Tribunal ha señalado en numerosas resoluciones, valga por todas la Resolución 119/2020, de 21 de mayo, 138/2021, de 15 de abril y 270/2021, de 8 de julio, en las que se cita la 386/2019, de 14 de noviembre, que «*Igualmente hay que indicar que la posibilidad de subsanar, modificar o completar la documentación en vía de recurso es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia. En este sentido, como ya ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas las Resoluciones 218/2018, de 13 de julio y 257/2018, de 19 de septiembre, o la reciente Resolución 233/2019, de 16 de julio, el recurso especial en materia de contratación no puede ser un instrumento para subsanar los defectos en la documentación presentada por las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación ya que no es ese su fin, en tanto que se trata de una vía para reparar las infracciones del ordenamiento jurídico en que incurran los poderes adjudicadores en los procedimientos de contratación dentro de su ámbito de actuación definido en el artículo 44 de la LCSP».*

Por tanto, se concluye que la documentación que adjunta FONTIA a su recurso y que no fue presentada en el procedimiento de licitación no puede ser admitida por este Tribunal por los motivos anteriormente citados.

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

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)".

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 que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica, en los términos analizados, desde el momento en que no combate uno de los motivos que fundamentan la exclusión cuya anulación se pretende. Cabe recordar que a la recurrente compete articular y argumentar los motivos en que fundamenta su pretensión, y la falta en este caso, no sólo de argumentación suficiente, sino incluso de la articulación de uno de los motivos que fundamentan el acto impugnado no permiten la viabilidad del recurso, dado que en ningún caso se alcanzaría la anulación pretendida. Además y en cuanto al motivo que el recurso combate, se observa falta de consistencia en las alegaciones esgrimidas por FONTIA, con argumentaciones jurídicas ajenas a la LCSP y con aportación en vía de recurso de documentación tributaria que nada aportan al fondo del asunto, ni acreditan en modo alguno la solvencia económica y financiera, de conformidad con las previsiones contenidas en el anexo 4 del PCAP. Todo 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, pese a lo notorio de su improcedencia, 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 el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se evidencia al menos dicha temeridad, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación.

Por los motivos ya expuestos, y realizando una necesaria motivación de la cuantía en la que esta debe quedar impuesta, debemos atender al artículo 31. 2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el cual establece que: *«Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso».*

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.

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 **FONTIA SUMINISTROS, S.L.** contra la resolución de 14 de febrero de 2022 por la que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato denominado "Suministro de artículos de ferretería, herramientas manuales diversas, material de fontanería y bombas" (Expte 2020/00017414L), respecto del Lote 3, tramitado por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), por falta de viabilidad.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso y ante la inexistencia de una cuantificación del perjuicio ocasionado a la entidad adjudicataria y al órgano de contratación, 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.