Recurso 162/2022
Resolución 304/2022

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

Sevilla, 3 de junio de 2022

VISTO el recurso especial interpuesto por la entidad **ALTHENIA, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 12 de abril de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de limpieza de los colegios públicos del municipio de La Puebla del Río", (Expte:PEA/13/2021), convocado por el Ayuntamiento de Puebla del Rio (Sevilla), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 26 de febrero y el 1 de marzo de 2021, se publicó en el perfil de contratante, en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 751.602,90 euros.

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

SEGUNDO. Interesa destacar las siguientes actuaciones en la tramitación del procedimiento de licitación, dentro de los antecedentes a tener en consideración.

Según consta en la documentación remitida, en la Resolución de 23 de junio de 2021, el órgano de contratación acordó la adjudicación del contrato mencionado en el encabezamiento a la entidad ALTHENIA, S.L. (en adelante ALTHENIA)

Con fechas 6 y 14 de julio de 2021, las entidades SERVICIOS GENERALES DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO INNOVA2, S.L. (en adelante INNOVA2) y HÉRCULES SERVICIOS GENERALES DE INTEGRACIÓN, S.L., respectivamente, presentaron recurso especial contra la adjudicación del presente contrato, los mismos fueron tramitados con el número de procedimiento RCT 320/2021 y 346/2021. Estos fueron resueltos mediante Resoluciones 573/2021 y 574/2021, ambas de 23 de diciembre, que estiman las pretensiones de cada recurrente y acuerdan:

La Resolución 573/2021: *«anular la resolución de adjudicación recurrida, con retroacción de las actuaciones para que por la mesa de contratación se proceda a corregir la puntuación obtenida por la oferta de la adjudicataria en la*

valoración del criterio de adjudicación correspondiente al apartado 18.1.B del PPT, con 0 puntos en lugar de los 15 que se le había otorgado».

La Resolución 574/2021: *«anulando la resolución impugnada al apreciarse insuficiencia de motivación y afectar este defecto al informe técnico de valoración, con retroacción de las actuaciones al momento de la emisión de dicho informe, para que se proceda a justificar adecuada y suficientemente la valoración efectuada, con respeto estricto de las puntuaciones ya asignadas a cada criterio».*

La mencionada Resolución 573/2021 fue impugnada por ALTHENIA mediante recurso contencioso-administrativo, presentado el 14 de febrero de 2022. En el mismo solicita la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

Según manifiesta la recurrente solicitó en varias ocasiones al órgano de contratación, en escritos de: 21 de febrero, 30 de marzo y 7 de abril de 2022, la no ejecución de la resolución impugnada hasta que el órgano judicial se manifestase sobre la medida cautelar solicitada.

El 12 de abril de 2022, el órgano de contratación en ejecución de las citadas Resoluciones 573/2021 y 574/2021 acuerda nueva adjudicación esta vez a favor de la entidad INNOVA2. Dicha resolución es publicada en el perfil de contratante el 18 de abril de 2022 y fue notificada a la recurrente, según esta indica, el 20 de abril de 2022.

TERCERO. Con fecha 26 de abril de 2022, ALTHENIA presenta en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato adoptada por el órgano de contratación el 12 de abril de 2022.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

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, habiéndose recibido las presentadas por la entidad INNOVA2, S.L. el 13 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 Puebla del Rio no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Combate la resolución de adjudicación argumentando, en síntesis, que: *«la adjudicación del contrato a favor de innova2 no es conforme a derecho al encontrarse la resolución del TARCJA de la que aquella dimana pendiente de pronunciamiento judicial expreso. La actuación del ayuntamiento vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de ALTHENIA. consiguiente anulación de la resolución de adjudicación».*

Sobre lo anterior manifiesta que: *«A fecha de interposición del presente escrito, la Sala competente aún no se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia ni sobre la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la Resolución núm. 573/2021 instada por ALTHENIA, se traducen en que (1º) a fecha de presentación del presente recurso, la medida cautelar ha sido admitida a trámite, mediante Diligencia de Ordenación de fecha 11 de marzo de 2022; (2º) la medida cautelar aún no ha sido concedida o denegada, puesto que se encuentra pendiente de resolución, mediante Auto, por la Sala competente; (3º) a pesar de esa pendencia de pronunciamiento judicial, la Administración ha decidido "anticipar" el cumplimiento material de la Resolución impugnada, dictando la "nueva" Resolución de adjudicación del Contrato a favor de INNOVA; y (4º) se ha situado a ALTHENIA en una posición de absoluta indefensión material que -además de vulnerar el mandato constitucional establecido ex artículo 24.1 de nuestra Carta Magna y ser contraria a los principios básicos de la tutela cautelar que se contemplan en la LJCA- genera un grave perjuicio al interés general inherente al Contrato dado el objeto y finalidad del mismo».*

Por lo anterior solicita que sea estimado su recurso y en consecuencia que se anule la resolución de adjudicación impugnada. Asimismo solicita un pronunciamiento específico de este Órgano sobre el mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento operada por mor del artículo 53 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

En síntesis, manifiesta que se ha limitado a cumplir con las resoluciones de este Tribunal, asimismo indica que a su juicio no procede la suspensión del procedimiento sin un pronunciamiento judicial expreso al respecto y que no ha pretendido en ningún caso causar indefensión a la recurrente.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Finalmente, la entidad interesada INNOVA se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

Sobre la cuestión debatida argumenta que el único pronunciamiento posible jurídicamente por parte de este Tribunal es la inadmisión directa, o bien señalar que la resolución dictada ya puso en su día fin a la vía administrativa, y que a la vista de que la recurrente ya interpuso recurso Contencioso-Administrativo será el órgano judicial el que tenga que decidir sobre la suspensión.

A su juicio, con la interposición de este nuevo recurso especial en materia de contratación ALTHENIA pretende dilatar la prestación de los servicios objeto de la contratación y de la obtención de un lucro, prestación que debió cesar en el momento de la resolución por parte de este Órgano del fondo de la cuestión debatida. En este sentido, considera que cuando un procedimiento queda judicializado los órganos administrativos han de inhibirse en favor del Tribunal a la espera de resolución judicial, máxime, -manifiesta sobre la petición de la recurrente a este órgano de la suspensión del procedimiento de licitación- cuando ambas peticiones de medidas cautelares son idénticas.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal sobre el contenido del recurso.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, procede abordar su contenido impugnatorio. En este sentido, desde un punto de vista formal, la recurrente, al amparo del artículo 44.2 c) de la LCSP, interpone como se ha mencionado el recurso contra la nueva adjudicación del contrato acordada el 12 de abril de 2022. No obstante lo anteriormente indicado, en puridad, lo que en el recurso se está combatiendo es que el órgano de contratación haya continuado el procedimiento de licitación en ejecución de la Resolución 573/2021, a pesar de su impugnación mediante recurso contencioso-administrativo en el que ALTHENIA solicita la suspensión de la ejecución del acto impugnado, solicitud sobre la que el órgano judicial no se ha pronunciado a fecha de interposición del recurso especial, 26 de abril de 2022.

Pues bien, lo primero que se observa es que en el escrito de impugnación no se invoca infracción de ningún precepto de la LCSP, ni vulneración de principio básico alguno de la contratación pública, como se ha indicado, el recurso se circunscribe a la suspensión del procedimiento de licitación derivada de la petición de la medida cautelar al órgano judicial, cuestión sobre la que este Órgano no tiene competencias para pronunciarse y que, en su caso, debería ser trasladada al órgano judicial que está conociendo sobre el asunto.

Este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y una de las más recientes, la 143/2021, de 15 de abril), sobre la función que ostenta exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP.

Sobre lo anterior, como hemos señalado en otras ocasiones (v.gr. Resolución 302/2020, de 10 de septiembre) *«El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre».*

Lo anterior determina, pues, la inadmisión del alegato por su falta de contenido impugnatorio en relación con las competencias que tiene atribuidas este Órgano.

A mayor abundamiento, procede manifestar que ante una alegación similar (v.gr. Incidente de ejecución 3/2019 sobre la Resolución 255/2019) este Tribunal manifestó sobre los efectos de la interposición de un recurso contencioso administrativo con solicitud de medidas cautelares respecto de la ejecutividad de una resolución de este Tribunal, que en la mayoría de los casos será: *«la regla general de ejecutividad de la resolución del recurso especial, y ello pese al eventual recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma y aun cuando el órgano judicial no haya decidido sobre la medida cautelar de suspensión, en su caso, solicitada».*

Por tanto, con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de esta resolución, el recurso debe ser inadmitido por falta de contenido impugnatorio.

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

La entidad interesada alega que se puede apreciar temeridad en la interposición en el recurso por parte de ALTHENIA, en este sentido manifiesta:
«Con el hecho de interposición del recurso ante el TARCJA, ALTHENIA consigue dilatar el procedimiento de formalización del contrato en favor de INNOVA2, ya que con la sola interposición se suspende el procedimiento hasta su resolución (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13).
(...)
Entendemos que el recurso adolece de una falta de viabilidad jurídica y que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, máxime cuando han interpuesto un contencioso administrativo con idénticas pretensiones y debido a la falta de resultados han decidido volver a presentar recurso ante el TARCJA. Son conocedores de la falta de viabilidad ya que en caso contrario no hubiesen esperado al día 12/05/2022 para interponerlo, sino que lo habrían hecho antes. Es más, calcan lo solicitado en ambos procedimientos».

Sobre lo anterior, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma»,* en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional: *«Es criterio de esta Sala que "La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución" (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular "algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas" (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y*

con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»,* o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990*, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de fundamentación y de viabilidad jurídica del mismo en tanto que no se invoca ninguna infracción en el marco de las competencias de este Tribunal. Lo anterior evidencia la plausibilidad de la alegación de la interesada sobre su finalidad dilatoria, lo que supone un 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 inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

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

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».*

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación.

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial interpuesto por la entidad **ALTHENIA, S.L.U.** contra la resolución del órgano de contratación, de 12 de abril de 2022, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de limpieza de los Colegios Públicos del municipio de La Puebla del Río", (Expte:PEA/13/2021), convocado por el Ayuntamiento de Puebla del Rio (Sevilla), por falta de contenido impugnatorio.

SEGUNDO. Acordar de conformidad con el artículo 57.3 de la LCSP el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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