

**Recurso 244/2022**  
**Resolución 380/2022**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 13 de julio de 2022.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RICOH ESPAÑA, S.L.U. (RICOH)** contra el Decreto del Concejal Delegado de Contratación, de 23 de mayo de 2022, por el que se acuerda aceptar la retirada de la oferta e imponer una penalidad del 3% en el procedimiento de licitación del “Contrato Mixto de Suministro mediante renting (arrendamiento y mantenimiento) de 58 equipos multifunción y equipos de impresión para cubrir las distintas necesidades de producción documental y servicios asociados en las distintas dependencias del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre”, con número de expediente 2020 CONT-00001, promovido por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 24 de diciembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 326.400 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

**SEGUNDO.** El 13 de junio de 2022, la entidad recurrente presentó recurso especial en materia de contratación contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, en el Registro Electrónico Estatal dirigido al órgano de contratación. El citado recurso fue remitido a este Tribunal el 22 de junio de 2022.

El expediente administrativo y el resto de documentación necesaria para la resolución del recurso tuvo entrada, previo requerimiento por parte de la Secretaría de este Tribunal, el 28 de junio de 2022.

El 30 de junio de 2022, tras petición de la recurrente de suspensión del procedimiento se adoptó medida cautelar ante la falta de alegaciones del órgano de contratación.

**TERCERO.** Con fecha 30 de junio de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido en el plazo conferido para dicho trámite ninguna.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** 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, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento Alhaurín de la Torre (Málaga), en su informe al recurso remitido, no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Señala el órgano de contratación que la entidad recurrente es una entidad mercantil, concretamente una sociedad anónima, que no aporta con su escrito de interposición de recurso el acuerdo del órgano societario por el que se decide la interposición del mismo. Señala que, tratándose de una persona jurídica, y de conformidad con las normas que rigen el funcionamiento de las mercantiles, concretamente las relativas a la formación de la voluntad de las mismas, resulta obligada la aportación del mencionado documento que acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones, puesto que el poder de representación únicamente acredita la representación del compareciente pero no cumpliría la finalidad referida.

Es decir, el poder adjudicador plantea una cuestión de índole procedimental consistente en supeditar la admisibilidad a trámite del recurso a la acreditación por parte del recurrente del documento exigido en el art. 45.2 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante Ley 29/1998), consistente en el acuerdo del órgano competente de la persona jurídica en el que se refleje la concreta decisión de interponer el recurso.

El art. 51.1 a) LCSP establece los documentos que deben acompañar al recurso y, entre ellos, figura el documento que acredite la representación del compareciente. Por su parte, el artículo 24.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, dispone que la interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto. El silencio que guardan tanto la LCSP como el reglamento que desarrolla el procedimiento de revisión de decisiones en materia de contratación sobre el documento al que se refiere el art. 45.2.d) de la Ley 29/1998, unido a que, de conformidad con el art. 56.1 de la LCSP, el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá también por las disposiciones de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma que tampoco exige este requisito, permite concluir que la presentación del referido documento no es preceptiva para la interposición del recurso especial.



### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto, procede examinar si el acto objeto del recurso es susceptible de recurso especial y por ende si este Tribunal es competente para su resolución. El artículo 50 de la LCSP no contempla específicamente en ninguno de sus apartados la imposición de la penalidad como acto recurrible de forma específica. Siendo claro que no puede incardinarse ni en los supuestos de su apartado a) “pliegos y demás documentos contractuales” o c) “*adjudicación*”, cabría plantear si se trata de un acto de trámite de los recogidos en su letra b) “*los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores*”.

En este caso nos hallamos ante un acto que indudablemente se produce dentro del procedimiento de adjudicación, como se infiere con toda claridad de la ubicación sistemática del artículo 150.2 de la LCSP, base jurídica última para la imposición de la penalidad. Este precepto se encuentra dentro de la Subsección 1ª (“Normas generales”), de la Sección 2ª (“De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”), del Capítulo I (“De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas”), del Título I (“Disposiciones generales”, del Libro Segundo (“De los contratos de las Administraciones Públicas”) de la LCSP. Esto es, forma parte de la regulación del procedimiento de adjudicación. De hecho, la imposición de la penalidad es, junto con la retirada de la oferta o exclusión del licitador, una consecuencia jurídica legalmente vinculada al incumplimiento del requerimiento previsto en el artículo 150.2 de la LCSP, que se produce necesariamente en una fase previa a la adjudicación del contrato y que, en casos como el que nos ocupa, es decisiva para el resultado final de la misma.

De otro lado, este acto producido en el seno del procedimiento de adjudicación es cualificado, en el sentido de que, si bien no produce la adjudicación en sí del contrato, sí afecta irreparablemente a derechos e intereses legítimos.

Dado que la imposición de la penalidad adoptada por el acuerdo recurrido deriva de la autoexclusión de la oferta del artículo 150 de la LCSP, y no de la falta de formalización ex artículo 153 del mismo cuerpo legal, este Tribunal ostenta competencia objetiva para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de dicha actuación administrativa, esto es, la consideración hecha por el órgano de contratación de tener por retirada la oferta y la imposición de penalidad por el importe del 3% del presupuesto base de licitación cuya adjudicación se había propuesto a favor de la recurrente. Por lo dicho, este Tribunal considera que el acto impugnado (imposición de la penalidad por incumplimiento del requerimiento del artículo 150.2 de la LCSP) es uno de los previstos en el artículo 44.2 de la LCSP y, en consecuencia, impugnabile a través del recurso especial en materia de contratación.

El Tribunal Central de Recursos Contractuales en sus resoluciones 284/2013, de 27 de junio, y 325/2015, de 17 de abril de 2015, y asimismo el TACPCM en sus Resoluciones 6/2015, de 14 de enero, y 286/2017, de 11 de octubre, han considerado que este acto produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, por lo que debe entenderse encuadrado dentro del concepto de acto de trámite cualificado y por tanto susceptible de recurso especial, al tratarse de un contrato de mixto de suministro de cuantía superior a 100.000 euros, convocado por un Ayuntamiento, 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.b) de la LCSP.



Este Tribunal asimismo se ha pronunciado con anterioridad, como ejemplo cítese la Resolución 479/2021, de 18 de noviembre.

#### **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, el acuerdo de aceptación de la retirada de la oferta y de imposición de la penalidad fue publicada el día 23 de mayo de 2022, sin constar su notificación expresa, por lo que el recurso presentado el 13 de junio de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la LCSP.

#### **QUINTO. Fondo del recurso: alegaciones de las partes.**

La decisión de la mesa de contratación, ratificada por el órgano de contratación de proceder a imponer la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, resulta impugnada, si bien no la adjudicación nueva realizada tras la retirada de la oferta.

Interesa poner de relieve que se ha solicitado la adopción de la medida cautelar, si bien no de suspensión del acuerdo sobre la penalización impuesta a la entidad recurrente, sino del procedimiento de contratación. Solicitud que ha sido atendida por este Tribunal con fecha de 30 de junio de 2022, resultando a la vista del expediente que la retirada de la oferta por parte de la recurrente le ha favorecido ya que es la anterior adjudicataria.

##### **1. Alegaciones de la entidad recurrente.**

Sobre el fondo del asunto alega que en fecha 12 de mayo de 2022, casi 16 meses después de la fecha de presentación de la oferta por parte de RICOH, y atendiendo que el adjudicatario había retirado la oferta, el órgano de contratación publicó la adjudicación de la licitación a mi representada. Señala que procedió a presentar en tiempo y forma escrito de retirada de la oferta presentada por RICOH en fecha 25 de enero de 2021. Alega que está plenamente facultada a retirar su oferta y renunciar al procedimiento de adjudicación, sin penalización, por haber transcurrido sobradamente el plazo durante el cual el licitador está obligado a mantener su oferta, de conformidad a lo establecido en el artículo 158.4 de la LCSP, es decir, de acuerdo con el anuncio de licitación, que indicaba que el plazo de validez de las ofertas presentadas por los licitadores era de dos meses. Ese plazo de dos meses, indica que es el plazo en el cual se obliga a mantener su oferta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.4 en relación con el Anexo III, A), Sección 4, apartado 21, de la LCSP, y empieza desde la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, de tal modo que si el plazo de presentación de ofertas finalizó el 25 de enero de 2021, el día 25 de marzo de 2021 finalizó el plazo de validez de la oferta estando por ello plenamente facultada a retirarla y a renunciar a seguir en el procedimiento de contratación a partir de dicha fecha, sin ningún tipo de penalización.

##### **2. Alegaciones del Ayuntamiento.**

Alega que el plazo establecido en el artículo 158 LCSP para que se lleve a cabo la adjudicación tiene como objetivo evitar demoras injustificadas por parte de la Administración en el proceso de adjudicación, *“pero no puede interpretarse este plazo de modo absoluto puesto que son muchas y variadas las circunstancias que pueden acontecer, entre otras la presentación de recursos (como sucedió en el caso que nos ocupa en el que uno de los*



licitadores presentó un recurso especial), que provocan la demora en la adjudicación por causas ajenas a la Administración y que debe considerarse a todos los efectos que suspenden el mencionado plazo”. Destaca la interpretación del art. 158.3, cuando establece que:

*“Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley”.*

Entiende que la demora, por causas no imputables a la Administración no pueden perjudicarle más, puesto que ya fue dilatado tanto por la necesidad de tramitar el expediente de estudio de ofertas anormalmente bajas del artículo 149 de la LCSP, así como por la presentación de un recurso especial por parte de un licitador, provocando que se admitiesen a licitadores que habían sido inicialmente excluidos y se realizase una nueva valoración de todas las ofertas. La demora en la adjudicación, por tanto, se ha producido por causas totalmente ajenas al Ayuntamiento.

Señala además fundamentándolo en el art. 150 apartado segundo de la LCSP que, no habiendo antes del requerimiento retirado la oferta, no será posible hacerlo sin consecuencias, una vez solicitada la documentación al licitador propuesto para adjudicación.

Por último, alega:

*“...no podemos dejar de señalar que se da la circunstancia de que es la empresa hoy recurrente, Ricoh, quien a la fecha continúa prestando el servicio de mantenimiento de las impresoras a esta Administración, obteniendo con ello ingresos nada despreciables, tratándose de un contrato vencido y prorrogado por la necesidad del servicio y hasta que no se resuelva el expediente de contratación que nos ocupa, siendo por tanto Ricoh beneficiaria de la situación de demora que se ha producido, demora que en cambio es ajena a la voluntad de esta Administración”.*

#### **SEXTO. Consideraciones del Tribunal: sobre la imposición de la penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación.**

El examen de la legalidad de la imposición de la penalidad impuesta a la entidad recurrente supone que la cuestión estriba en determinar si el artículo 158 LCSP fija únicamente un dies a quo, o si por el contrario dicho precepto debe interpretarse en sintonía con el artículo 150.2 LCSP (fundamento jurídico de la penalidad impuesta y aquí controvertido), en el sentido de entender que, una vez propuesta la adjudicación por parte del órgano de contratación, no procede hacer uso del derecho que recoge el mencionado precepto.

Invoca para ello el Ayuntamiento en síntesis el principio de vinculación por los actos propios, entendiendo que si la recurrente ha mantenido su oferta, actuaría en contra de sus propios actos al retirarla, a su juicio, intempestivamente una vez requerido para ello.

La resolución de la cuestión exige analizar por un lado, el artículo 150.2 de la LCSP el cual señala que:

*“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 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador*



*como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, 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 el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.*

Por otra parte, el artículo 158 LCSP dispone:

*“1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.*

*2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

*Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.*

*3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.*

*4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta”.*

El artículo 150.2 LCSP prevé, con el fin de garantizar la seriedad en el mantenimiento de la proposición presentada evitando que -de manera injustificada y atentando contra la buena fe y la confianza legítima de las partes intervinientes en la adjudicación de un contrato- el que ha sido propuesto como adjudicatario, incumpliendo el deber impuesto en el citado precepto, retire su oferta, con los consiguientes daños o perjuicios que se causan tanto al órgano de contratación como al interés público derivados de dicha retirada que, además, supone el consiguiente retraso en la adjudicación o a veces, determina, incluso, que siendo la única oferta presentada la suya, provoque la declaración de desierto del contrato por parte del órgano de contratación. Ahora bien, habrá de analizarse en este caso, si concurre alguna causa que pueda justificar que no se *“cumplimente adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado”*, como dispone el artículo 150.2 LCSP.

La entidad recurrente alega como causa justificativa para no cumplimentar el requerimiento, que tiene derecho a la retirada de su oferta por haberse rebasado el plazo máximo que se le impone al órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 158 LCSP, para adjudicar el contrato.

El contenido de la cláusula 27 del PCAP señala que:

*“La adjudicación se acordará en resolución motivada en el plazo máximo de dos meses, a contar desde la apertura*



*de las proposiciones, cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea éste el del menor coste del ciclo de vida y en el plazo máximo de quince días, a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones, cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio. Estos plazos se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 LCSP para las ofertas anormalmente bajas. La adjudicación se notificará a los licitadores, debiendo ser publicada en el perfil de contratante en el plazo de 15 días.*

*La notificación se realizará por medios electrónicos de conformidad con lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la LCSP. El órgano de contratación podrá declarar desierta la licitación, en su caso, a propuesta de la mesa de contratación, cuando no exista ninguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego.*

*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, 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 disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2 LCSP; de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente y, en su caso, la suscripción de las pólizas que se indican en el apartado 17 del Anexo I al presente pliego.*

*De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3% 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 LCSP, relativo a las prohibiciones de contratar. En el supuesto señalado en el párrafo anterior, se procederá a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas”.*

Por otro lado, en la cláusula 28, en materia de “perfección y formalización del contrato”, se recoge que, “de conformidad con lo establecido en el artículo 153.4 LCSP cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado se le exigirá el importe del 3% del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía definitiva, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) del apartado 2 del artículo 71 LCSP”.

En sentido contrario, cabría entender, por tanto, que el propio pliego confirma la conclusión de que una vez transcurrido el plazo de dos meses para la adjudicación de los contratos puede retirarse la oferta presentada. El apartado 4 del artículo 158, es muy claro en su interpretación y concluyente en sus efectos, no condicionando, además, la posibilidad de retirada de la oferta a circunstancia alguna, siempre que se transgreda el plazo para la adjudicación del contrato:

*“4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir ésta”.*

Este Tribunal interpreta el artículo 158 de la LCSP expresando un plazo de mantenimiento de la oferta obligatorio de dos meses desde la apertura de las proposiciones, y con ello un “dies a quo” para la retirada de las proposiciones (a partir de los dos meses). Sin embargo, no cabe apreciar en la redacción de la ley un límite temporal para poder retirar las proposiciones, es decir, “un dies ad quem”, que tampoco se somete a condición alguna.

El órgano de contratación en el acuerdo impugnado estaría manifestando que la entidad recurrente pudo haber



retirado su oferta desde transcurridos dos meses desde la apertura del primer sobre de la licitación, pero no a partir de que se le cursara el requerimiento del 150.2 de la LCSP, fijando ese momento como el “*dies ad quem*”, pero esa conclusión no tiene apoyo legal en el artículo 158 LCSP, pues una interpretación teleológica del citado artículo no encuentra acomodo en la tesis del Ayuntamiento, pues tampoco el momento del requerimiento o la propuesta de adjudicación suponen unos hitos contractuales trascendentales en el procedimiento de contratación, como lo puede ser la adjudicación del contrato o la formalización del mismo, que indujeran a pensar que es el momento que ha querido la Ley fijar como tope para ejercitar el derecho que le asiste.

En este sentido, el artículo 157.6 LCSP, establece que la propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración, y asimismo no puede tener cabida que se considere, el no ejercicio de su derecho a retirar la oferta al haber transcurrido más de dos meses sin hacerlo, una especie de renuncia (tácita) a la posibilidad de ejercitar su derecho, dado que la renuncia de derechos no se presume y tiene que ser expresa, concluyente y no sujeta a interpretación todo ello dado que estamos dentro de los límites a la renunciabilidad de los derechos, (no siéndolo en el caso de la renuncia a los derechos señalados expresamente prohibidos por una ley concreta), de acuerdo con el art 6.2 del Código Civil que señala el interés o el orden público y el perjuicio de tercero.

Se concluye pues que la retirada de la oferta no necesita de justificación alguna puesto que está ligada al cumplimiento de una circunstancia objetiva, cuando su comportamiento durante el transcurso del procedimiento no ha dado lugar a la dilación indebida del mismo.

Por ello, lo cierto es que una de las justificaciones de que el artículo 158 LCSP otorgue un plazo breve para la adjudicación del contrato y habilite en caso de incumplimiento la posibilidad de retirar la proposición, radica, a nuestro modo de ver, en que el licitador realiza su oferta en función de unos costes que conoce o debe conocer y puede, en cierto modo, predecir su evolución en un tiempo razonable desde que presenta su proposición, pero si la adjudicación, por las razones que sean, se dilata en el tiempo y máxime si se trata de un período tan prolongado, como el aquí ocurrido, es indudable que el escenario puede cambiar trascendentalmente y en ese caso, sería, cuando menos, desproporcionado, obligar a ejecutar el contrato en esas condiciones y no dar la opción de poder retirar la oferta, antes, al menos, de adjudicarse el contrato. En resumidas cuentas, el elemento esencial en el presente asunto es la demora excesiva del procedimiento en proponer la adjudicación del contrato, con las consecuencias que ello implica, dado que no existe implicación alguna en su retraso de la entidad recurrente.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal debe estimar el recurso en lo que se refiere a la imposición de la penalidad, si bien parcialmente a la vista del suplico del recurso que a continuación se examina.

**SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal: sobre la falta de congruencia del suplico del recurso y sobre la innecesariedad de petición de la suspensión del procedimiento de contratación a la vista del fondo del asunto. Temeridad en el suplico del recurso: multa.**

Solicita la entidad recurrente al final de su recurso:

*“SOLICITA: Que se tenga por presentado en tiempo y forma el presente RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN, se sirva admitirlo junto con los documentos que lo acompañan y, previos los trámites legales pertinentes, dicte en su día resolución por la que, estimando íntegramente el presente recurso, (i) se declare la*



nulidad de la Resolución y lo anule en todos sus términos, (ii) ordene la retroacción de las actuaciones a fin de que se proceda a una nueva valoración de las ofertas presentadas para la posterior adjudicación del Contrato a favor de mi representada por haber presentado la mejor oferta.

*OTROSÍ PRIMERO DICE: Que, en virtud de lo establecido en el artículo 53 de la LCSP y el artículo 21 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la formulación de recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo de adjudicación tendrá por efecto inmediato la suspensión del procedimiento de contratación.”*

Se debe partir de que actualmente la entidad recurrente es la prestataria del servicio. Carece de cualquier fundamento el suplico del recurso, solicitando la retroacción de las actuaciones para que vuelvan a ser valoradas las ofertas y se le adjudique un contrato del que ha retirado su proposición, y respecto del que ha recurrido la imposición de una penalidad. Es decir, el suplico, que es la solicitud de anulación de la resolución carece de cualquier virtualidad, con lo que a continuación solicita. Es decir, los argumentos del recurso suponen que la segunda parte del “suplico” carezca de cualquier fundamentación sólida y seria.

No puede olvidarse, que, si bien este Tribunal ha acordado la adopción de la medida cautelar, ello, como no puede ser de otra forma, se realiza sin prejuzgar el fondo del asunto, y sin alegaciones por parte del órgano de contratación. Debe considerarse que, a la vista del fondo del recurso, la solicitud resultaba totalmente innecesaria, bastaba con solicitar que no se hiciera efectiva la imposición de penalidad, pero no la paralización de todo el procedimiento, pues su continuación no afectaba a la efectividad de su derecho, lo cual se podía haber solucionado igualmente solicitando la suspensión de la efectividad de la penalidad impuesta.

El artículo 58 de la LCSP establece:

*“2. 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.*

*El importe de la multa 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”.*

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».

Sin embargo, la mala fe tiene un sentido más restringido, porque precisa de un componente malicioso que no concurre en la temeridad. Supone un comportamiento deliberado en la formulación de pretensiones jurídicas, que a sabiendas se aparta de la exigible acomodación a la normativa jurídica de la institución de que se trate. La mala fe exige una intencionalidad manifiesta de bordear o incumplir la norma con peticiones que no se corresponden con las que se derivan del derecho ejercitado. Podría decirse que la temeridad asemeja una actitud culposa, mientras que la mala fe, precisa de un notable componente doloso.

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de prudencia en la articulación del suplico, y la solicitud de medidas cautelares, muy cercana a la mala fe, dado que actualmente está desarrollando la prestación del servicio, con lo que la suspensión es obvio que le genera un beneficio.

A lo anterior se ha de sumar lo temerario de su *petitum* al solicitar en vía de recurso que se retrotraigan las actuaciones para que se le adjudique un contrato del que ha retirado su oferta durante el procedimiento de contratación, lo que supone una infracción de la doctrina de los actos propios que significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio que se resume en el aforismo latino: «*venire contra factum proprium non valet*».

Este comportamiento es indicativo de lo que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación y muestra el presumible acierto del órgano de contratación en la consideración de que la auténtica finalidad del recurso es dilatar el procedimiento de contratación dado que, según indica éste, es la actual prestataria del servicio.

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 y mala fe.



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.»

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación, a pesar de que este Tribunal se lo ha solicitado de forma expresa, en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero la mala fe detectada determina que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 3.000 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP, dado el breve tiempo en el que la medida cautelar va a estar vigente- dada la temeridad manifestada en el suplico del recurso y la mala fe en la petición de la medida cautelar por parte de la entidad recurrente, como anteriormente se ha fundamentado.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **RICOH ESPAÑA, S.L.U.** contra el Decreto 2022 02515 del Concejal Delegado de Contratación, de 23 de mayo de 2022, por el que se acuerda aceptar la retirada de la oferta e imponer una penalidad del 3 % en el procedimiento de licitación del “Contrato Mixto de Suministro mediante renting (arrendamiento y mantenimiento) de 58 equipos multifunción y equipos de impresión para cubrir las distintas necesidades de producción documental y servicios asociados en las distintas dependencias del Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre”, con número de expediente 2020 CONT-00001, promovido por el Ayuntamiento de Alhaurín de la Torre (Málaga), anulando la penalidad impuesta.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal con fecha 30 de junio de 2022.

**TERCERO.** Declarar que se aprecia temeridad y mala fe en la formulación del suplico interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP en la cuantía máxima de 3.000 euros.

**CUARTO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

**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.

