Recurso 335/2022
Resolución 453/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FUNDACIÓN SAMU**, contra la resolución de 10 de agosto de 2022 por la que se declara desierto el procedimiento de contratación denominado "Servicio de interpretación de lengua de signos española para los programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A." (Expte. EC/2-006/22), que determina la imposición de penalidad al adjudicatario por la no formalización del contrato en plazo, promovido por la empresa pública Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), dependiente de la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 30 de mayo de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, con anuncio previo publicado con fecha 28 de marzo de 2022, anuncio de la licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 723.840,00.

SEGUNDO. 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. La única empresa que concurrió a la licitación dentro del plazo establecido fue la entidad recurrente. De este modo, consta que la mesa de contratación el 27 de junio de 2022 clasifica la única oferta presentada y le requiere para que aporte la documentación necesaria para que pudiera recaer a su favor la adjudicación.

Transcurrido el plazo de presentación de la documentación previsto en el artículo 140 LCSP, el cual es necesario para que pudiera recaer a su favor resolución de adjudicación, se constata que ésta no es presentada.

CUARTO. No obstante la entidad propuesta como adjudicataria, presenta un escrito a efectos de pretender otro propósito distinto a la adjudicación. Traslada por correo electrónico un escrito comunicando que se desiste, retirando la oferta. Dado que no ha atendido el requerimiento de presentación de documentación para que pueda recaer a su favor la adjudicación, y de conformidad con lo indicado en el artículo 150.2 LCSP la mesa de contratación considera que la licitadora retira su oferta y acuerda proponer al órgano de contratación la declaración de desierto del expediente al no existir ninguna otra oferta presentada.

QUINTO. El 27 de julio de 2022 por el órgano de contratación se dicta resolución por la que se declara desierto el expediente al haber retirado su oferta la única empresa presentada y se le impone a esta una penalidad de 7.238,40 euros. Se señala en la resolución que esta penalidad es la cantidad resultante del 3% de 241.280 euros (4.160 horas x 58 euros/hora).

El 1 de septiembre de 2022 tiene entrada en el Registro del Tribunal recurso contra la resolución de declaración de desierto de procedimiento de licitación del contrato denominado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

Por la recurrente no se ha solicitado medida cautelar de suspensión. Asimismo no se concedió trámite de alegaciones al ser la entidad recurrente la única licitadora en el procedimiento de adjudicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad 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 contrato objeto de licitación es un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público vinculado a una Agencia Pública Empresarial a su vez adscrita a una Consejería de la Administración Pública de la Junta de Andalucía. Asimismo, aun cuando el acto impugnado es la resolución declarando desierta la licitación, al tratarse de un acto finalizador del procedimiento de adjudicación es equiparable, a efectos del recurso especial, a la adjudicación. En tal sentido se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 49/2018, de 23 de febrero y 35/2019, de 14 de febrero entre otras muchas) y el resto de Órganos de revisión de decisiones en materia contractual. Por tanto, el recurso presentado es procedente de conformidad con lo estipulado 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, fue interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado g) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo. Alegaciones de la recurrente y contestación realizada en su informe por el órgano de contratación.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.
1. Alegaciones de la recurrente.

Expresa su disconformidad respecto de la imposición de una penalidad de 7.238,40 euros y ~~por~~ el inicio de un procedimiento contradictorio para declararla incursa en prohibición de contratar fundándolo en lo siguiente:

"Esta Fundación no ha actuado mediante dolo, culpa o negligencia, puesto que no dejó de cumplimentar el requerimiento que le habían realizado, sino que justificó no presentar dicha documentación por desistir de la oferta mediante escrito formalizado. De la misma forma que dicho desistimiento no se hizo por simple voluntad, se hizo ***motivado y justificado por la discordancia de datos e información recogida en los pliegos, y las verdaderas características del servicio conocidas con posterioridad a la oferta****.*

El informe 2/2013 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Canarias dice lo siguiente: *"Si Antes de que se formalice y perfeccione el contrato, el adjudicatario tiene conocimiento de que las condiciones de los contratos de los trabajadores en cuyas relaciones laborales se ha de subrogar, no son las que se infieren de la información inicialmente proporcionada, o se han visto modificadas por circunstancias conocidas posteriormente, y así lo acredita ante el órgano de contratación, esta Junta Consultiva considera que el conocimiento de esas distintas circunstancias, que inciden directamente en las condiciones con que se ha ejecutar el contrato adjudicado, y en los costes que el adjudicatario tuvo en cuenta para concretar su oferta económica constituye causa directa y suficiente de que éste decida no formalizar el contrato".*

Asimismo, la Resolución 64/2020 de 26 de febrero del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, dice lo siguiente: *"Este Tribunal considera que la redacción dada por la LCSP, tanto en el artículo 150.2 como en el 153.4, para los supuestos en que no se llegue a adjudicar o formalizar el contrato, tiene la misma regulación, salvando las distancias del diferente tipo de acto, aunque en ambos casos con carácter previo al perfeccionamiento del contrato que se produce con la formalización. (…) Y sin que exista duda interpretativa en cuanto a que una vez transcurridos los plazos o retirada expresamente la oferta por el licitador o adjudicatario procede exigir la penalidad del 3 por ciento del presupuesto base de licitación, pero siempre que la causa sea imputable al adjudicatario o que la retirada sea injustificada. (…) Estimando que dado que se han producido circunstancias sobrevenidas, ajenas a la voluntad de las partes, que en su caso pudieran llegar a incidir en los costes de ejecución del contrato, no por aplicación de lo dispuesto en la legislación contractual pero si derivadas de la aplicación de la legislación laboral, procede aceptar la retirada de la oferta presentada por la adjudicataria con devolución de la garantía definitiva por entender no imputable a la entidad la no formalización del contrato. Por lo expuesto se estima que no procede la imposición de penalidad al adjudicatario por la retirada de su oferta al no apreciar causa imputable."*

Por ello, y tal y como se ha expuesto en el escrito de recurso, la FUNDACIÓN SAMU concurrió a una licitación cuyas circunstancias y costes reales no venían correctamente establecidos en los pliegos y como ya se ha expuesto en los hechos, fueron conocidos con posterioridad a dicha concurrencia. Esta Fundación tras conocer la posibilidad de adjudicación ha mostrado intención e interés en gestionar el servicio de la mejor manera posible, insistiendo en una comunicación telefónica para aclarar y conocer la realidad del servicio, y ha sido tras conocer los datos reales y valorar la imposibilidad de la adecuada prestación cuando se ha desistido del procedimiento mediante escrito y sin mediar ningún tipo de dolo o mala fe. Del mismo modo, consideramos que no es causa imputable a esta Fundación la falta de concurrencia de otros licitadores y la declaración de desierto del expediente por nuestra retirada.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación responde en su informe al recurso pormenorizadamente, contestando a cada una de las alegaciones realizadas por la recurrente en su recurso.

1. Sobre el coste de facturación por horas de preparación señala su disconformidad en cuanto a lo que la recurrente afirma respecto de que "*se comprueba que en CSRTV es necesario un cómputo del 50% por cada hora de trabajo para la preparación de materiales y vocabulario específico, algo que no estaba reflejado en los pliegos. Esto incrementa considerablemente los costes salariales de todo el personal, además del personal que realiza las sustituciones de los titulares, horas de nocturnidad o en fines de semana y festivos".*

Al respecto se remite al punto 2.1. relativo a las "Características Generales de los servicios, del Pliego de Prescripciones Técnicas" señalando que allí se define el Servicio de Interpretación de Lenguaje de Signos de la siguiente forma:

"El servicio consiste básicamente en la interpretación simultánea y en directo de la información de la lengua oral o escrita contenida en la programación de CSRTV a la lengua de signos española, con el fin de transmitir el mensaje a las personas con discapacidad auditiva".

Asimismo, indica que en el mismo punto se señala que *"El servicio habitualmente se llevará a cabo en directo y en "tiempo real" (el signado se realizará al mismo tiempo que se genera la información a signar) con la técnica de "croma key", mediante la incrustación de la imagen del intérprete sobre la imagen del programa a interpretar".*

Afirma el órgano de contratación que no se hace ninguna indicación en la definición del servicio, acerca de que sea necesario ni obligatorio dedicar un tiempo de preparación de materiales y vocabulario específico. Señala que la interpretación única posible es la que resulta de los pliegos, pues se hace referencia a que el servicio tiene por objeto la traducción por el lenguaje de signos, que debe prestarse de forma "simultánea", "en directo" y "en tiempo real" y ello imposibilita, por su misma naturaleza, la necesidad de la "preparación de materiales y vocabulario específico".

Es decir, estima que lo que ha existido es un incorrecto entendimiento del servicio con relación a los medios de los que dispone dicha fundación, es decir, en su caso sería algo achacable a la propia organización del trabajo de la misma. Respecto a la indicación que hace la fundación de que "*se estima necesario un cómputo del 20% sobre la jornada total de trabajo*" para los trabajos de preparación, afirma el órgano de contratación que ese "*porcentaje no pasa de ser una estimación subjetiva y particular, que no se fundamenta en datos ni cálculos objetivos".*

En este sentido, y sobre el "*tiempo efectivo de prestación del servicio*", que se define de la siguiente forma en el punto 2.4.d) del pliego de prescripciones técnicas: "*Se considerará tiempo de prestación del servicio, a efectos de facturación, el tiempo efectivo de presencia en cámara del ILSE, incluyendo las pausas para publicidad y promociones entre programas que se vayan a interpretar. No se considerará como tiempo de servicio el dedicado a trabajos preparatorios ni los intervalos de tiempo en los que por causa de la programación no sea necesaria la presencia en cámara del ILSE (retransmisiones deportivas, eventos musicales, etc.)*", en el punto 2.4.c) del mencionado pliego se indica asimismo que "*CSRTV elaborará el correspondiente Plan de Necesidades, que se comunicará al encargado de la E.A., con el fin de poder realizar la citación del personal de ésta. El horario de citación y la estimación del tiempo de trabajo son aproximados, y podrán ser modificados por necesidades de producción o programación de CSRTV, previa comunicación a la empresa adjudicataria, habitualmente con una antelación mínima de 2 días, y en caso de cambios imprevistos de programación, en el menor plazo posible de tiempo, para permitir una adecuada organización del trabajo".*

Finalmente conforme a la definición del servicio como "*interpretación simultánea y en directo de la información de la lengua oral o escrita contenida en la programación de CSRTV a la lengua de signos española*" y que "*se llevará a cabo en directo y en tiempo real*", correspondería una facturación del mismo siempre y cuando se esté prestando efectivamente, y dentro de la cual se incluyen las pausas de publicidad y promociones, intervalos que, desde un punto de vista objetivo, no serían tiempo efectivo de prestación del servicio.

Concluye señalando que "*la afirmación de que es "necesario un cómputo del 50% por cada hora de trabajo para la preparación de materiales y vocabulario específico" es totalmente arbitraria e incorrecta, puesto que no existe ningún parámetro objetivo que indique cuánto tiempo es necesario o preciso para ello, y en todo caso, queda sujeto a interpretación o estimación subjetiva, tal como la propia FUNDACION SAMU indica en su Recurso, según la cual "estima necesario un cómputo del 20% sobre la jornada total de trabajo" para los trabajos de preparación".*
Afirma que la propia naturaleza del servicio no permite que pueda existir por parte de Canal Sur Radio y Televisión una obligación impuesta de dedicar un determinado tiempo de preparación para la prestación del servicio. De este modo afirma que la dedicación de tiempo y recursos a una preparación para la prestación del servicio quedaría sujeta a la decisión particular de la empresa adjudicataria, conforme a su propia y legítima organización del trabajo, pudiendo optar incluso, debido a esa propia naturaleza con la que se define al servicio, de simultaneidad, en directo y "en tiempo real" a no dedicar a ello ningún tiempo ni recursos, si así lo considerara oportuno. Es decir, manifiesta con ello que depende de la fundación considerar la preparación de sus medios para responder a la prestación del servicio.

2. En cuanto a los gastos de coordinación.

Respecto a cuando la fundación indica que la cláusula 2.4 q) del PPT hace referencia a: *"Supervisar el correcto desempeño por parte del personal integrante del equipo de trabajo de las funciones que tienen encomendadas, así como controlar la asistencia de dicho personal al puesto de trabajo*", en cuanto a que ello "*supone unos gastos de estructura que no están reflejados en el estudio económico del servicio, ya que no contemplan la disposición de este personal casi 24 horas, inasumible bajo esta fórmula tan ambigua con los niveles de calidad idóneos, tanto para CSRTV como para los indicadores de la propia entidad, por lo que también es un motivo por el que justificamos el desistimiento de nuestra presentación".*

El órgano de contratación afirma que la mencionada cláusula 2.4.q) indica lo siguiente:

"La Empresa adjudicataria queda obligada a nombrar un encargado o responsable del servicio, integrado en su propia plantilla, que tendrá entre sus obligaciones las siguientes:

• Actuar como interlocutor de la empresa contratista frente a CSRTV, canalizando la comunicación entre la empresa contratista y el personal integrante del equipo de trabajo adscrito al contrato, de un lado, y CSRTV, de otro, en todo lo relativo a las cuestiones derivadas de la ejecución del contrato.
• Distribuir el trabajo entre el personal encargado de la ejecución del contrato e impartir a dichos trabajadores las órdenes e instrucciones de trabajo que sean necesarias en relación con la prestación del servicio contratado.
• Supervisar el correcto desempeño por parte del personal integrante del equipo de trabajo de las funciones que tienen encomendadas, así como controlar la asistencia de dicho personal al puesto de trabajo.
• Organizar el régimen de vacaciones del personal adscrito a la ejecución del contrato, debiendo a tal efecto coordinarse adecuadamente la empresa contratista con CSRTV a efectos de no alterar el buen funcionamiento del servicio. Informar a CSRTV acerca de las variaciones, ocasionales o permanentes, en la composición del equipo de trabajo adscrito a la ejecución del contrato".

Entiende que la obligación de la empresa adjudicataria es "*nombrar un encargado o responsable del servicio, integrado en su propia plantilla*", pero que en ningún momento se hace mención a la forma y modo en que la adjudicataria, "*en ejercicio de su potestad como empresa, ha de nombrar a dicho encargado o responsable, si el mismo ha de tener la misma o diferente categoría profesional, si sus emolumentos han de ser los mismos o superiores a los de un trabajador que preste el servicio, si habría de ser (o no) uno de los propios trabajadores que sea incentivado con un complemento".*

3. Personal del servicio.

En cuanto a la consideración de la fundación que indica que:

"La planificación del personal indicada en el PPT y en el PCAP no se corresponde con el número de personal a subrogar. No queda claro cuánto personal de retén será necesario al quedar reflejada sólo la necesidad de cubrir con cuantas plazas estime necesarias CSRTV. La cláusula 2.4 e) del PPT recoge: "En todo caso, la E.A. dispondrá de los recursos personales necesarios para atender las necesidades de CSRTV". De esta manera se incrementan notablemente los gastos de estructura por no definir cuantas jornadas debemos tener activas, ni una aproximación cercana."

Indica el órgano de contratación que en cuanto a la *"planificación de personal indicada en el PPT y el PCAP*" no se indica por parte de Canal Sur Radio y Televisión un "*número mínimo, máximo, prudencial u óptimo para realizar la prestación del servicio*". En el punto 2.4.e) expresa que se indica que "*La E.A. deberá garantizar una adecuada prestación del servicio a través de la presencia simultánea de cuantos Intérpretes de Lenguaje de Signos considere oportunos para que puedan realizarse los relevos necesarios manteniendo un adecuado nivel de calidad. En todo caso, la E.A. dispondrá de los recursos personales necesarios para atender las necesidades de CSRTV en cumplimiento con la normativa laboral vigente".*

Concluye que *"queda a criterio de la Empresa Adjudicataria la decisión de cuántos trabajadores dedica al servicio, cuántos al mismo tiempo o con qué cadencia temporal de relevos, siempre conforme a sus propios criterios de organización y en cumplimiento de la normativa laboral vigente en lo relativo a condiciones laborales de turnos, horarios y plan de prevención específico para la prestación del servicio, con el único condicionante de mantener un adecuado nivel de calidad"*.

A su vez se remite al clausulado del pliego que en la cláusula 2.4 e) del PPT recoge: *"En todo caso, la E.A. dispondrá de los recursos personales necesarios para atender las necesidades de CSRTV"*.

Señala que en "*el segundo párrafo del punto que se trata actualmente, "Personal de Servicio", se encuentra la redacción completa de dicha cláusula, que puede permitir una mejor interpretación de lo que se indica en el Pliego de Condiciones Técnicas".*

Sobre la "falta de definición de cuántas jornadas se han de tener activas", señala a su vez que en el pliego de prescripciones técnicas, en su punto 1. Objeto, se indica lo siguiente:

"A título orientativo y sólo para facilitar la tarea de presentar la oferta, las previsiones de ILSE semanal se cifran en un mínimo de 80 horas y un máximo de 100 horas (un mínimo de 4.160 horas y un máximo de 5.200 horas anuales), sin perjuicio de las limitaciones presupuestarias que se establecen en este mismo punto.
Canal Sur Radio y Televisión S.A. (en adelante, CSRTV) no está obligada a alcanzar el total de las cifras indicadas anteriormente, sin que esta decisión genere derecho a indemnización de clase alguna.
Distribución semanal actual del servicio de ILSE:
• Lunes a Viernes: 13 horas diarias aproximadamente
• Sábados: 10 horas aproximadamente
• Domingos: 10 horas aproximadamente
El calendario y horarios anteriores son genéricos y pueden verse modificados por las necesidades de programación y producción de CSRTV debido a cambios en la parrilla de programación."

Estima el órgano de contratación que resulta del todo imposible ofrecer una definición exacta del tiempo necesario de prestación del servicio, dado que el mismo depende de la programación de una cadena de televisión, un proceso dinámico y vivo que va cambiando dependiendo de circunstancias tales como estacionalidad, temporalidad o gustos de la audiencia y que por ello se facilita tanto "*una horquilla de mínimos y máximos de horas anuales de prestación del servicio como una aproximación lo más ajustada posible al cómputo estándar de horas diarias designado, para permitir a las empresas interesadas una valoración, quedando en todo caso a criterio de las empresas interesadas la asignación y organización de sus recursos, conforme a la información disponible, y en el caso de las empresas adjudicatarias, conforme al Plan de Necesidades semanal, que se circunscribe y ajusta a un periodo temporal muy definido con unas necesidades muy concretas y perfectamente definidas".*

Sobre el "*número de personal a subrogar*", el punto 2.5. "*Información sobre el personal actual",* del pliego de prescripciones técnicas, señala detalladamente que no existe dicha obligación, y que las referencias constan y así se indican *"a efectos meramente informativos, como complemento a la información contenida en el Pliego de Prescripciones Técnicas para permitir una mejor valoración, de la información relativa al personal contratado por la actual empresa adjudicataria, sin que ello implique ningún tipo de indicación, orientación ni obligación de subrogación para las empresas interesadas".*

Es decir, *"la decisión acerca del número de personas a dedicar a la prestación del servicio corresponde a la empresa adjudicataria, en virtud del análisis de la suficiente información acerca de las necesidades del servicio que se explicitan en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que contemplan tanto una valoración de máximo y mínimo de horas anuales, como un volumen aproximado de horas diarias, datos todos ellos que se han mantenido sustancialmente similares en todos los Pliegos de Expedientes de Contratación anteriores y que han permitido la presentación de ofertas y prestación de servicios a otras empresas interesadas, desde 2012 hasta la actualidad".*

4. Respecto al descenso de facturación en verano.

En cuanto a la alegación que hace la fundación en el recurso cuando señala que ***"****la planificación aproximada realizada para calcular la disminución de la facturación en verano refleja un panorama difícilmente calculable, dejando en manos del órgano de contratación las horas efectivas de facturación, pero sin asegurar el cobro de los salarios del personal en los periodos de vacaciones, existiendo la posibilidad que este porcentaje "aproximado" se viera tanto incrementado como disminuido. Ante esta circunstancia, nos arroja otro resultado negativo e insostenible en la explotación del servicio",* responde el órgano de contratación que en el *"Punto 1. Objeto"*, del pliego de prescripciones técnicas, en lo relativo a la previsión de necesidades de ILSE, que:

"(…) las previsiones de ILSE semanal se cifran en un mínimo de 80 horas y un máximo de 100 horas (un mínimo de 4.160 horas y un máximo de 5.200 horas anuales)", cálculos que se complementan con una "Distribución semanal actual del servicio de ILSE" cifrada en:
• Lunes a Viernes: 13 horas diarias aproximadamente
• Sábados: 10 horas aproximadamente
• Domingos: 10 horas aproximadamente,
haciéndose también referencia en el mismo punto 1. a que "Se prevé una reducción en las necesidades del servicio de un 35% aproximadamente para la programación de verano (julio y agosto)".

Explica igualmente que *"aplicando el porcentaje estimado de la reducción de necesidades de servicio para la programación de verano (julio y agosto), puede determinarse mediante un sencillo cálculo que la previsión en la distribución semanal del servicio de ILSE quedaría establecida aproximadamente de la siguiente forma:*
• Lunes a Viernes: 8 horas y 45 minutos aproximadamente
• Sábados: 6 horas y media aproximadamente
• Domingos: 6 horas y media aproximadamente
permitiendo una valoración de la incidencia de la misma en la ejecución del servicio y consecuentemente, facilitando también la labor de distribución de los recursos y organización del trabajo.

Asimismo, en relación a la afirmación de que " *no se podría asegurar el cobro de los salarios del personal en los periodos de vacaciones*", señala que en "*el punto 6, Facturación y pago del Pliego de Prescripciones Técnicas"* se indica que "*La empresa adjudicataria facturará por meses naturales vencidos los servicios efectivamente prestados a conformidad de CSRTV*" y " *asimismo que el pago se realizará por transferencia bancaria a los 30 días del mes natural facturado, previa presentación de la preceptiva factura y la conformidad por parte de CSRTV de los servicios prestados", sin que en ningún momento se haga mención a que el procedimiento de facturación y calendario previsto de pago por la prestación de los servicios sea diferente al habitual durante el periodo de verano o relacionado con el volumen de facturación en dicho periodo. En cualquier caso, entendemos que el pago de los salarios del personal que presta los servicios es responsabilidad total y absoluta de la empresa adjudicataria, y no tiene relación con el volumen de facturación de los servicios"*.

De tal modo alega que "*puede comprobarse una vez más que el Pliego de Prescripciones Técnicas contiene la información suficiente y necesaria como para permitir a las empresas interesadas en la prestación del servicio realizar los cálculos necesarios acerca de las necesidades durante los meses de verano (julio y agosto), lo cual les permitiría desarrollar los análisis y valoraciones que estimen oportunos acerca del volumen de trabajo y los posibles recursos a dedicar al desarrollo del mismo durante el periodo estival."*

5. Costes Materiales:

La fundación en el recurso respecto de su interpretación del contenido de la cláusula 2.4 p) del PPT, señala lo siguiente:

"La E.A. asume la obligación de facilitar a todos sus trabajadores los medios materiales necesarios para llevar a cabo adecuadamente la prestación del servicio, sin que en ningún caso se pueda producir confusión con los medios materiales de que dispone CSRTV." Según esta definición no quedan claramente definidos los medios materiales que CSRTV considera necesarios para la prestación del servicio, y que de nuevo vuelven a dejar un panorama bastante alejado de la posible realidad sobre la prestación del servicio".

Sin embargo, el órgano de contratación al respecto señala que la lectura del "*Pliego de Prescripciones Técnicas permite determinar cuáles son los medios materiales que se consideran necesarios para la prestación del servicio. En el punto 1. Objeto, quedan claramente indicados los medios materiales de que dispone Canal Sur Radio y Televisión, y en concreto, se indica lo siguiente:*

• "CSRTV proporcionará el plató para el "croma key", así como la monitorización de programa (audio y video).

• "Cuando exista información escrita previa al signado y para facilitar la prestación del servicio a la E.A., CSRTV facilitará un permiso de acceso para la conexión con el sistema de gestión de textos. Además, podrá poner a disposición del adjudicatario una copia del programa a signar en baja resolución, en un servidor con acceso vía FTP y autenticación con certificado VPN.".

• "CSRTV facilitará a la E.A. un espacio físico con una mesa para la preparación del ILSE en el lugar de prestación del servicio.".

Es decir, expresa que no existe una falta de definición de los medios materiales pues en el punto 1. Objeto, en relación a la posible disponibilidad de información escrita previa al signado que pueda facilitar la prestación del servicio, se indica explícitamente: **"***Para el tratamiento de esa información la E.A. deberá disponer de los recursos técnicos con el fin de permitir el acceso en tiempo real a los textos y material audiovisual. Correrá por cuenta del adjudicatario los equipos informáticos, software, línea de conexión y mantenimiento necesarios para la interconexión entre equipos y software, al menos un equipo informático con el software necesario para visualizar el texto y el material audiovisual, y una línea de conexión (ADSL o Fibra)".*

Alega además que en el punto 2.4. Desarrollo del Servicio, también se hacen indicaciones explícitas de los medios materiales. En concreto, en el caso de Canal Sur Radio y Televisión se indica en el punto 2.4.c) *"CSRTV elaborará el correspondiente Plan de Necesidades, que se comunicará al encargado de la E.A., con el fin de poder realizar la citación del personal de ésta". Señala que* en el punto 2.4, relativo al *"Desarrollo del Servicio se especifican los medios materiales que la E.A. debería aportar para la prestación del servicio, y en concreto:*

. "El vestuario para los Intérpretes de Lenguaje de Signos correrá por cuenta de la E.A., siendo preferentemente de color negro o en todo caso de tono oscuro, sin que pueda presentar marcas, logotipos y/o texto. (Punto 2.4.f.)

• Durante la ejecución de los servicios, la E.A. queda obligada a disponer de un medio de contacto permanente con sus trabajadores, mediante al menos un teléfono móvil, a través del cual se mantendrá la necesaria coordinación y operatividad de los servicios con la persona designada por CSRTV. El coste de los sistemas de comunicación será por cuenta de la E.A., considerándose en todo caso incluidos en el precio de la oferta del proponente (Punto 2.4.h.)

• Todos los gastos y medios de transporte, seguros, alquileres, dietas, combustibles, así como los equipos informáticos, suministros, licencias y materiales empleados serán por cuenta de la empresa adjudicataria considerándose incluidos en los precios ofertados (Punto 2.4.i).

• La E.A. queda obligada a realizar las tareas precisas para la buena ejecución de los servicios contratados. La E.A deberá disponer de la capacidad, los elementos y los medios adecuados para la realización de los servicios contratados (Punto 2.4.h.)".

Concluye señalando que el pliego de prescripciones técnicas contiene información suficiente sobre los medios materiales que se consideran necesarios para la prestación del servicio, así como los que podría aportar Canal Sur Televisión.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre el fondo del asunto: acerca de la adecuación a Derecho de la declaración de quedar desierto el procedimiento de contratación y la imposición de la penalidad por retirada de la oferta.

A. Previa.

Constituye el objeto del recurso la resolución por la que se declara desierto el procedimiento de contratación que determina la imposición de la penalidad por retirada de la oferta y de inicio del respectivo procedimiento para la apreciación de la prohibición de contratar. Los términos del debate se pueden sintetizar en que la fundación propuesta como adjudicataria de un contrato de servicios comunicó, que renunciaba a formalizar el contrato y, a consecuencia de ello, el órgano de contratación consideró que había retirado su oferta y que por ello se le requería, en concepto de penalidad, el ingreso correspondiente al 3% sobre el presupuesto base de licitación, sin IVA.

Respecto del carácter recurrible de estos actos a través del recurso especial, cuando se trata de la imposición de la penalidad por autoexclusión de la oferta, ex artículo 150.2 de la LCSP, deben considerarse actuaciones de trámite cualificadas derivadas del procedimiento de adjudicación del contrato, ex artículo 44.2, c) de la LCSP. La decisión de imposición de la penalidad adoptada por la resolución recurrida deriva de la autoexclusión por parte de la fundación recurrente de su respectiva oferta, una vez había sido propuesta para la adjudicación y requerida para la aportación de la documentación correspondiente con arreglo al artículo 150 de la LCSP, no encontrándonos ante la falta de formalización de los contratos ex artículo 153 del mismo cuerpo legal, por lo que este Tribunal ostenta competencia material para revisar las consecuencias jurídicas derivadas de aquellas actuaciones administrativas.

Debe advertirse que los anteriores razonamientos resultan propiamente aplicables a la decisión de imposición de la penalidad, si bien no tanto en relación con el acuerdo de inicio del respectivo procedimiento para la apreciación de la prohibición de contratar, el cual constituye un acto de trámite no cualificado ni decisorio a los efectos del artículo 44.2 de la LCSP por su contenido y debido a que ni determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, ni excluyen la posibilidad de recurrir con base en los mismos motivos las resoluciones que, en su caso, posteriormente se dicten en aquellos procedimientos, no produciendo en consecuencia indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de la entidad recurrente que podrá, si así lo considera, interponer el recurso procedente frente a dicha resolución que ponga fin al mismo, planteando en esta impugnación cuantas alegaciones, cuestiones y pretensiones estime oportunas en defensa de sus derechos o intereses legítimos.

B. Sobre la imposición de la penalidad.

La resolución declarando desierto el procedimiento venía a decir que la retirada de la oferta era injustificada o culpable. Contra dicho acuerdo la recurrente ha formulado recurso especial discrepando de tal criterio y, por lo mismo, solicitando al órgano de contratación que inicie un nuevo expediente de contratación adecuado a las circunstancias económicas concurrentes.

La empresa que retiró la oferta alegó que la no formalización del contrato no puede considerarse culpable, sin embargo, de las circunstancias expuestas en el propio expediente, de la lectura de los pliegos aprobados y que tuvo a su disposición la fundación recurrente debe advertirse que las condiciones de prestación del servicio estaban suficientemente detalladas para elaborar la oferta. De ello, este Tribunal ha hecho una descripción en la anterior consideración.

Asimismo, se hace preciso dejar constancia de que la recurrente, en el presente recurso no motiva la única posibilidad de poder considerar justificada la retirada de su oferta, cual es cuando en su recurso señala que: "*se hizo motivado y justificado por la discordancia de datos e información recogida en los pliegos, y las verdaderas características del servicio conocidas con posterioridad a la oferta".*

No explica, ni existen esos datos ocultos, sino que, en su caso, se advera un conocimiento equivocado, del pliego, imputable únicamente a la entidad recurrente.

Consideramos que el órgano de contratación ha explicado suficientemente que el contrato respetaba la necesaria racionalidad económica en los términos de los artículos 100.2 LCSP, 102.3 LCSP, esto es, que el presupuesto del contrato y su precio deben considerarse adecuados a la realidad económica del sector o ámbito en el que debía desarrollarse el contrato, que podría haber permitido una mínima expectativa de rentabilidad para el contratista que, además, asegurase que la finalidad del interés general del contrato se cumpliría adecuadamente. Distinto es que en el mercado no existan entidades especializadas suficientes para ello en el sector como parece tras haberse quedado desierto, pero no se ha probado, siquiera mínimamente, por parte de la recurrente que los pliegos tuvieran términos o conceptos oscuros o difusos.

Como premisa necesaria, debe tenerse en cuenta la naturaleza jurídica de los pliegos, los cuales conforman la ley del contrato y vinculan a las licitadoras que concurren a la licitación aceptando su contenido, así como a los órganos de contratación, obligando a las partes en sus propios términos, de manera que las licitadoras han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido cuando presenten las proposiciones (artículo 139.1 LCSP).

Consideramos que por la retirada expresamente de la oferta, como ha ocurrido en este caso por la recurrente, procede exigir la penalidad del 3% del presupuesto base de licitación, si la misma es injustificada. A efectos de su determinación, debe considerarse que no debe aplicarse con excesivo rigorismo el artículo 150.2 LCSP, (lo que resultaría de una interpretación literal), en cuanto a la procedencia de la aplicación de las referidas penalidades, entendiendo que sólo procede su imposición cuando el incumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario es grave y claro, y la licitadora no ha actuado de buena fe, y media dolo, culpa o negligencia[1]. La Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 338/2018 señalaba que las penalidades del artículo 150.2 LCSP solo se han de aplicar a los casos en que efectivamente exista un incumplimiento efectivo y real del requerimiento o cuando exista una conducta contumaz de incumplimiento, "*pues solo en esos casos puede estimarse y afirmarse que el licitador ha retirado su oferta.*" Sin embargo, no va a poder acogerse esa interpretación menos rigorista del artículo 150.2 LCSP, en un caso como el planteado respecto del cual la licitadora propuesta como adjudicataria pretende manifestar su voluntad de no cumplir por una comprobación a posteriori de los propios términos del pliego de prescripciones técnicas que no ha sufrido variación en ningún momento. Así, en este tipo de caso el órgano de contratación deberá aplicar la referida penalidad del 3%.

Respecto de las circunstancias que pudieran rodear al contrato, a lo que parece que alude la recurrente, tampoco parece que puedan tenerse en cuenta este tipo de consideraciones. Y es que la clave está en el principio de riesgo

1 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 710/2021.

y ventura. La reciente Resolución 15/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales resuelve la impugnación de una penalidad de este tipo por parte de dos licitadores que alegaban su incapacidad económica para asumir las prestaciones del contrato, esgrimiendo la cláusula rebus sic stantibus, en cuanto la ejecución del contrato les ocasionaría graves pérdidas *"por causas suficientemente explicadas y por todos sobradamente conocidas, derivadas de una pandemia mundial, que ha alterado de manera notable los precios de los productos en muy corto espacio de tiempo."*

El pronunciamiento del Tribunal, que desestima los recursos presentados, no deja lugar a dudas al sostener que:

"Como regla general, no es aplicable en la fase de preparación y adjudicación del contrato, la cláusula rebus sic stantibus por la mayor onerosidad del contrato, según afirman las recurrentes respecto de la propia oferta que ellas presentaron. Lo cierto es que, como afirma el órgano de contratación, las empresas asumieron en su oferta económica los posibles perjuicios económicos que la adjudicación del contrato, en los términos económicos ofertados, podría ocasionarles en su ejecución e incluso ofrecieron una baja al presupuesto de licitación, como se ha expuesto anteriormente. No ha lugar en ningún caso por lo tanto a considerar la cláusula rebus sic stanctibus cuando las propias empresas fueron las que presentaron las citadas ofertas económicas que les vinculan jurídicamente. De lo contrario, se produciría una grave disfunción del procedimiento de adjudicación si una empresa, tras presentar la oferta económica, y siendo adjudicataria del contrato, alegara contra sus propios actos que las prestaciones son excesivamente onerosas y la retirara".

No estamos tampoco ante el supuesto del artículo 158 LCSP:

"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.

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.
(…)
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."

A mayor abundamiento, solo en este caso, la retirada de la oferta no necesita de justificación alguna puesto que está ligada al cumplimiento de una circunstancia objetiva. Ese es el motivo por el que el artículo 158 LCSP otorga un plazo breve para la adjudicación del contrato y habilita en caso de incumplimiento la posibilidad de retirar la proposición. Que la licitadora realice su oferta en función de unos costes que conoce o debe conocer, y poder predecir su evolución en un tiempo razonable desde que presenta su proposición.

Por todo ello, el recurso debe desestimarse en cuanto a la imposición de la penalidad. Por otro lado, debe inadmitirse en cuanto a la resolución que únicamente procede a la apertura del procedimiento que tiene por objeto la declaración de prohibición de contratar, dado que no es un acto susceptible recurso especial.

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, dada la debilidad de los argumentos, y que del relato de su argumentación no aborda la presunta discordancia de datos e información recogida en los pliegos, y las verdaderas características del servicio conocidas con posterioridad a la oferta, es decir, qué elementos extrínsecos a los documentos que rigen la licitación le han supuesto una confusión. 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 fondo del recurso, se constata la falta de consistencia de las alegaciones esgrimidas. Todo ello supone un ejemplo de ejercicio temerario 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 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.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por la entidad **FUNDACIÓN SAMU**, respecto a la pretensión anulatoria de la penalidad impuesta e inadmitir en lo referente a la pretensión de inicio del procedimiento de declaración de la prohibición de contratar, contra la resolución de 10 de agosto de 2022 por la que se declara desierto el procedimiento de contratación denominado “Servicio de interpretación de lengua de signos española para los programas de Canal Sur Radio y Televisión S.A.” (Expte. EC/2-006/22), promovido por la empresa pública Canal Sur Radio y Televisión, S.A., entidad adscrita a la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), dependiente de la actual Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa.

SEGUNDO. 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.