Recurso 538/2022
Resolución 639/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 30 de diciembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **COMUNIDAD DE BIENES FARMACIA PRADA COSTA** contra el acuerdo, de 29 de noviembre de 2022, de adjudicación del acuerdo marco denominado «Suministro de material clínico y farmacéutico para la docencia asistencial sanitaria, en las prácticas con pacientes de alumnos de Grado en Podología, Seminarios y Experimentación en el Área Clínica de Podología» (Expediente 22/AMSUMFUNG), respecto del lote 2 -Productos farmacéuticos-, convocado por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, dicho día los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. El valor estimado del presente acuerdo marco asciende a la cantidad de 173.553,71 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). 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.

El 29 de noviembre de 2022, se acuerda la adjudicación del acuerdo marco respecto del lote 2.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por dicha comunidad de bienes (en adelante la recurrente), contra el citado acuerdo de 29 de noviembre, notificado el día 1 de diciembre de 2022, respecto del lote 2.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 27 de diciembre de 2022, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el día 29 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

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

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la entonces Consejería de Hacienda y Financiación Europea y la Universidad de Sevilla, el 2 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2.c) de la LCSP.

Aun cuando formalmente el recurso se dirige contra la adjudicación del acuerdo marco, sustantivamente combate la exclusión de la oferta.

TERCERO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, el acuerdo de adjudicación fue adoptado el 29 de noviembre de 2022 y publicado en el perfil de contratante el 1 de diciembre de 2022, por lo que aun computando desde esta última fecha, el recurso presentado el 23 de diciembre de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

CUARTO. Legitimación.

Como se ha expuesto, la naturaleza de la recurrente es la de una comunidad de bienes, por lo que procede analizar su legitimación. Al respecto, el artículo 48 LCSP dispone que:

"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".

"Estarán también legitimadas para interponer este recurso, contra los actos susceptibles de ser recurridos, las organizaciones sindicales cuando de las actuaciones o decisiones recurribles pudiera deducirse fundadamente que estas implican que en el proceso de ejecución del contrato se incumplan por el empresario las obligaciones sociales o laborales respecto de los trabajadores que participen en la realización de la prestación. En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados."

A la hora de la interposición del presente recurso debemos estar a las mismas reglas de la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de los licitadores. Es decir, deben analizarse la naturaleza de los sujetos de derecho que presentan el recurso especial, al igual que ocurre cuando se presenta la oferta a la licitación y no de los posibles licitadores que se pudieran integrar en el sujeto licitador.

En nuestro caso, el recurso especial (como también en la presentación de la oferta) se interpuso en representación de una comunidad de bienes y no por las personas físicas o comuneros que la integran, según resulta del propio recurso.

De este modo no puede reconocerse personalidad jurídica ni capacidad de obrar a la comunidad de bienes y en consecuencia debe ser inadmitido el recurso, por infracción del artículo 65 de la LCSP.

A esta conclusión, llegaba ya la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe 12/03, de 23 de julio de 2003. *"Capacidad para contratar con las Administraciones Públicas de las sociedades civiles y de las comunidades de bienes. Posibilidad de contratar con una pluralidad de personas físicas"*

En definitiva, debe analizarse la personalidad jurídica y la capacidad de obrar de los sujetos de derecho que presentan la oferta, al carecer la ahora recurrente de la capacidad de obrar necesaria para contratar con el sector público, al tratarse de una comunidad de bienes. En este caso la propuesta de la recurrente se hizo en representación de una comunidad de bienes y no en nombre de las personas físicas o comuneros que integran la comunidad, según resulta del informe del órgano de contratación y del propio recurso. En consecuencia, no puede reconocerse personalidad jurídica ni capacidad de obrar a la comunidad de bienes y por tanto no puede ser admitido el recurso especial, por infracción del artículo 65 de la LCSP, confirmando así la resolución recurrida, no pudiendo subsanarse ahora con la de los posibles licitadores que se pudieran integrar en el sujeto que presenta la oferta

Concreción de lo que acabamos de afirmar es que solo pueden contratar con el sector público, en el caso de contratos sujetos a la LCSP, las personas físicas y las personas jurídicas individualmente, o bien agrupadas bajo la forma de Uniones Temporales de Empresas (UTE), que es la fórmula que prevé la LCSP para que varios puedan contratar conjuntamente, sean personas físicas sean personas jurídicas, sin constituir una nueva persona. Es decir, la participación en los procedimientos de licitación de contratos con el sector público de varias personas simultáneamente agrupadas para presentar una única oferta común es a través de la figura de las UTE, que es una forma de colaboración y agrupación de varias personas para participar como una unidad, agrupación, mediante la presentación de una única oferta común, oferta que es de todos y cada uno de ellos, de ahí que deban comprometerse a constituir la UTE en caso de adjudicación a su favor, con indicación de su participación en la agrupación, obligándose solidariamente todos ellos y designando un único representante para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones derivados del contrato en caso de adjudicación a su favor.

Así resulta del régimen derivado de los artículos 65.1 y 69 de la LCSP, referidos a las personas físicas y jurídicas, el primero, y a las uniones temporales de empresa el segundo, que es el régimen tradicional existente en España en el ámbito de la contratación del Estado, luego de las Administraciones Públicas y, actualmente, del sector público.

En ese sentido, que compartimos, se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su informe nº12/03, de 23 de julio de 2003[1], más arriba citado, que determina lo siguiente: *"La última cuestión*

1 Conforme a los artículos 15 y 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existían tres posibilidades o alternativas y ninguna más, que eran que el contrato se celebre con una persona física, con una persona jurídica o con uniones temporales de empresarios.

planteada – la posibilidad de celebrar un contrato de consultoría y asistencia con más de una persona física - fue abordada y resuelta en nuestros informes de 2 de marzo y 30 de junio de 1998 (expedientes 56/97 y 32/98). En el primero, después de razonar sobre las uniones temporales de empresarios, se concluía que los profesionales, al igual que el resto de las personas que pueden contratar con la Administración "han de ser personas físicas o constituirse en personas jurídicas" sin perjuicio de que puedan concurrir a la contratación en unión temporal de empresarios.

A mayor abundamiento, debemos tomar razón de que la comunidad de bienes recurrente sin embargo no cuestiona en su recurso su exclusión, antes de atacar la adjudicación realizada.

En este sentido, debemos otorgar la razón al órgano de contratación en cuanto a la exclusión de la comunidad de bienes, y los comuneros, dado que no presentaron una propuesta individualmente, ni en UTE, de tal modo que no es posible reconocer legitimación a éstos ni a aquélla para recurrir contra la adjudicación, por vicios de ésta o del procedimiento, sin perjuicio de los vicios que pudieran existir en el análisis y valoración de los criterios de adjudicación.

Cumple igualmente manifestar que el recurso, por otro lado, debería ser inadmitido en cualquier caso, ya que la comunidad de bienes fue excluida del procedimiento por carecer de capacidad de obrar y no recurrió su exclusión. Constituye doctrina reiterada de este Tribunal, como bien señala el órgano de contratación en la Resolución 367/2022, cuando dice: *"En recientes resoluciones del Tribunal (v.g. 562 y 563, ambas de 2021 o las Resoluciones 105 y 226, ambas de 2022) hemos concluido que, siendo la recurrente una licitadora excluida mediante resolución definitiva en vía administrativa, no cuenta con legitimación para la interposición de un recurso contra la posterior adjudicación. Al efecto, se ha de tener en cuenta que la eventual estimación del recurso contra la adjudicación, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la hipotética posibilidad de que resultara adjudicataria de una futura licitación si el órgano de contratación, tras la previa declaración de desierto del actual procedimiento de adjudicación, decidiera convocar una nueva licitación, a la que la entidad ahora recurrente se presentase.".*

Por todo ello, debe inadmitirse el recurso especial interpuesto.

QUINTO. Sobre la solicitud del órgano de contratación de la imposición de multa a la recurrente.

Solicita el órgano de contratación la imposición de multa a la recurrente en los siguientes términos:

«A nuestro entender, la interposición del presente recurso supone un uso abusivo de la figura del recurso especial y un comportamiento que podría calificarse al menos de temerario, que provoca un uso improductivo de los medios públicos, tanto de esta Administración como de ese Tribunal.

Esto es así, pues el recurrente al resultar excluido por falta de capacidad de obrar no puede obtener como resultado del procedimiento la adjudicación a su favor.

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)".

Esta Universidad entiende que el recurrente pretende que se convoque una nueva licitación en la que participaría de manera que no resultara excluida. La razón de entenderlo así es por la falta de impugnación de la propia exclusión junto al hecho de solicitar la declaración de desierto, aunque entre los adjudicatarios hay una oficina de farmacia.

Este recurso implica la suspensión automática del procedimiento de contratación, lo que ocasiona perjuicios al servicio público de docencia del centro universitario destinatario del acuerdo marco.

Con relación a la cuantía de la multa solicitada, los perjuicios ocasionados son la dedicación improductiva de los medios públicos a instruir y resolver este recurso, y la imposibilidad de celebrar contratos basados en el acuerdo marco para reanudar la actividad docente hasta su resolución. No es posible su cuantificación por lo que el importe solicitado es el similar a los impuestos en otras resoluciones en los que se aprecia temeridad y mala fe..».

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece que *«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, la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señala que:

«Es criterio de esta Sala que "La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución" (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular "algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial"; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la "facultad de sancionar al

recurrente en casos de temeridad y mala fe", pues "en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas" (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados. Obvia que se ha presentado como comunidad de bienes, y que no cuenta con la capacidad de obrar necesaria para contratar con el sector público. Únicamente se centra en que las oficinas de farmacia son las únicas capacitadas legalmente para vender medicamentos a los profesionales sanitarios.

Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a la suspensión de la licitación, como consecuencia de la suspensión automática ex lege del art. 53 LCSP. A ello debe unirse que el recurso ha dado lugar a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería inadmitido.

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

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*. Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues éste tampoco los cuantifica, pero las

circunstancias expuestas de temeridad determinan 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 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso que ahora se analiza.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **COMUNIDAD DE BIENES FARMACIA PRADA COSTA** contra el acuerdo, de 29 de noviembre de 2022, de adjudicación del acuerdo marco denominado «Suministro de material clínico y farmacéutico para la docencia asistencial sanitaria, en las prácticas con pacientes de alumnos de Grado en Podología, Seminarios y Experimentación en el Área Clínica de Podología» (Expediente 22/AMSUMFUNG), respecto del lote 2 -Productos farmacéuticos-, convocado por la Universidad de Sevilla, por falta de legitimación activa.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, respecto del lote 2.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.