Recurso 552/2022
Resolución 15/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 13 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLAZA SISTEMAS S.L.** contra la propuesta de adjudicación de 18 de noviembre de 2022, y contra la denegación de acceso por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación del contrato denominado "Obras de reforma y ampliación del bloque quirúrgico del hospital San Juan de la Cruz de Úbeda mediante procedimiento abierto simplificado y presentación electrónica de ofertas, financiado con fondos REACT EU y marco 2021-2027" (Expte. P.A.S. 1057/2022_ CCA. 6JL+Q91), promovido por el Hospital Universitario Regional de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Agencia administrativa a su vez adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de obras indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 3.560.461,48 euros. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratación en la misma fecha.

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 30 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso, denominado de alzada, (en lugar del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente) contra la propuesta de adjudicación y la denegación de acceso por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación del contrato citado en el encabezamiento.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado el 3 de enero de 2023, 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 tras reiteración el día 9 de enero, no fue recibido en este Órgano hasta el día 11 de enero.

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.

Aunque se interpone recurso de alzada, la calificación jurídica adecuada del escrito presentado es la de recurso especial en materia de contratación y como tal debe tramitarse y resolverse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *"El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter"*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de alzada utilizada por la entidad recurrente.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente interpone el presente recurso contra la propuesta de adjudicación y contra la denegación de acceso al expediente, ejercitando como pretensión principal el acceso al expediente.

TERCERO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos".*

CUARTO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso (de alzada) se interpone contra la propuesta de adjudicación de la mesa de contratación producida el día 18 de noviembre de 2022, así como contra la denegación de acceso al expediente de fecha de 30 de noviembre de 2022 por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación. Ambos actos derivan del procedimiento de un contrato de obra cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, pero aun cuando el contrato se refiere a uno de los tipos contemplados en el apartado 1.a) del artículo 44 de la LCSP, el acto recurrido no es en principio susceptible de recurso especial en materia de contratación al no estar amparado en ninguno de los supuestos contemplados en el apartado 2 del citado artículo 44 de la LCSP.

De este modo, es necesario plasmar el "suplico del recurso, denominado de alzada, pues el mismo, sin la debida calidad técnica procesal adecuada solicita literalmente lo siguiente:

"SOLICITO

Que teniendo por presentado este RECURSO y documentos Anexos, se sirva admitirlos, teniendo por interpuesto RECURSO DE ALZADA contra el indicado acto administrativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

OTROSÍ SOLICITO: Que sea revisado el Informe Técnico emitido PARA LAS TRES EMPRESAS. Y, en virtud de lo anteriormente expuesto, y a la vista del artículo 52 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y de la Ley 9/2013 de Transparencia, apartados h) y j), que regula los límites del derecho de acceso, entendemos que procede un acceso parcial al expediente, que incluiría tan sólo las Memorias Técnicas, y no la documentación de capacidad y solvencia de los otros dos licitadores, Avanzasi S.L. y Deyplad.

OTROSÍ SOLICITO: Que se proceda a la suspensión temporal de la Propuesta de Adjudicación a la empresa FECADA S.L., en aplicación del artículo en el art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas."

Se recurre la denegación de acceso al expediente, así como parece también la propuesta de adjudicación, en el supuesto que se examina, es decir, no se recurren ni el anuncio de licitación o los pliegos y demás documentos contractuales, ni alguno de los actos de trámite cualificado, ni tampoco los acuerdos de adjudicación o de modificación basada en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, ni tampoco la formalización de encargos a medios propios, ni los acuerdos de rescate de concesiones, de tal suerte que la denegación de acceso por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación del contrato no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Respecto de la propuesta de adjudicación, esta se produce en la sesión de la mesa de fecha de 18 de noviembre de 2022 (publicada el día 22 de noviembre), debiéndose por este Tribunal constatar si nos encontramos ante la existencia de un acto de trámite no cualificado dictado en el procedimiento de adjudicación, y en consecuencia un acto no susceptible de impugnación independiente a través del recurso especial en materia de contratación. Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, entre las más recientes la Resolución 227/2020, de 2 de julio, en la que con cita de la Resolución 112/2020, de 14 de mayo, que refiere que "*A estos efectos hay que señalar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final —la adjudicación— que pone fin al mismo y para llegar a ésta se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica en todo caso que no sean impugnables. Lo que la LCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la misma los considere de una importancia especial -en términos legales, 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-. Así, habrá que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias de la recurrente sobre el procedimiento tramitado y sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite".*

Sobre lo anterior, el artículo 44.2 b) del citado texto legal dispone que podrán ser objeto del recurso: "*Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos 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. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149".*

Por otra parte, el artículo 44.3 de la LCSP reconoce expresamente la posibilidad de corregir los defectos apreciados durante el proceso de licitación antes de la adjudicación, cuando señala que "*Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación(…)".*

Por lo expuesto procede concluir que las actuaciones reseñadas no son actos de trámite cualificados susceptibles de recuso especial independiente, dado que no concurren en los mismos ninguna de los supuestos del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determinan la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causan perjuicio irreparable, ni deciden sobre la adjudicación, si bien los supuestos defectos de tramitación -en este caso, de valoración, expuestos por la recurrente en su escrito de recurso- podrían ser alegados, en su caso, al recurrir el acto de adjudicación, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 44.3 de la LCSP.

Por tanto, según lo dispuesto en el artículo 55 de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación según los previsto en el artículo 44, procede acordar la inadmisión del recurso por tal causa, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara. Por lo tanto, el recurso debe inadmitirse.

Por otro lado, en cuanto a la denegación del acceso, conforme al artículo 52 de la LCSP, al que hace referencia la recurrente en su escrito de recurso, el acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación no constituye un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter claramente instrumental, dirigido a obtener la información necesaria para completar el recurso inicial y combatir el acto impugnado. En este sentido, se ha pronunciado este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 36/2019, de 14 de febrero y 304/2019, de 24 de septiembre, siendo compartido este criterio por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en sus Resoluciones 1168/2017, de 12 de diciembre y 487/2020, de 2 de abril.

En consecuencia, la solicitud de acceso al expediente en sede del Tribunal, requiere de la previa interposición de un recurso especial, válido, pudiendo únicamente con ocasión de la vista celebrada ampliar este, pero en ningún caso formular un recurso "ex novo", no pudiendo emplear dicho trámite con la intención de determinar la procedencia de su interposición. Sentado lo anterior, procede señalar que en el presente supuesto, del contenido del recurso presentado se constata que si bien pudiese entenderse, por el momento procedimental en que se interpone, que el acto formalmente impugnado parece que sería el acuerdo de la mesa de 18 de noviembre de 2022, publicado el día 22 de noviembre de 2022, donde se asumen las valoraciones realizadas por el informe, de donde resultaría que la entidad recurrente habría quedado con una puntuación de 13, 25 puntos, cumple manifestar que el momento en el que procede el acceso en este caso, donde aparentemente se quiere poner en duda la adjudicación, es el posterior al dictado de la resolución de adjudicación, de tal modo que la solicitud presentada y cuya denegación se contesta el 30 de noviembre de 2022 debe considerarse extemporánea, dado que no ha surgido aún el derecho al acceso al expediente conforme a la LCSP.

Además la valoración como acto de trámite no cualificado impide a la entidad recurrente combatir dicho acto, no pudiendo cuestionar la actuación del órgano de contratación con ocasión de la vista frustrada ante éste, solicitando al amparo del artículo 52.3 de la LCSP pues la concesión de dicho trámite en sede del Tribunal solo en este caso era posible tras la solicitud de acceso al expediente tras la resolución de adjudicación, cuestión que no se ha producido, a la vista del expediente administrativo hasta el día 3 de enero de 2023. Con lo cual, no existen además dudas de que la intención de recurrir en su caso ha sido la propuesta de adjudicación, al presentarse el

denominado recurso de alzada el día 30 de diciembre de 2023, es decir antes del dictado de la resolución de adjudicación.

Lo anterior determina que el recurso deba ser inadmitido y no proceda acceder a la vista solicitada tampoco.

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que los dos actos, son notificados, según reconoce la recurrente en su escrito de recurso en las siguientes fechas:

"Respuesta recibida por Plaza Sistemas S.L., desde la Central de compras de Jaén del SAS, denegando el acceso a Memorias Técnicas del expediente. Publicada en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía 01/12/2022
Notificación publicada en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, de la Central Provincial de Compras de jaén, del SAS, a la industrial FECADA S.L., de requerimiento documentación previa a la adjudicación. 18/11/2022".

Por lo que, en cualquier caso, el plazo general de 15 días de interposición del recurso habría igualmente expirado siendo extemporáneo.

En definitiva, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.c) de la LCSP, al haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación independientes, según lo previsto en el artículo 44 de dicha ley, procede acordar la inadmisión del mismo por tal causa, lo que hace innecesario el examen de los restantes requisitos de admisión.

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

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, desde el momento en el que su pretensión se basa -como anteriormente se ha argumentado- indistintamente en recurrir dos actos, que no son susceptibles de recurso especial.

Obvia que además ha solicitado incluso la suspensión de la propuesta de adjudicación.

Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. 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, pues no solo se interpone contra actos no susceptibles de recurso, sino que además se presenta un recurso de alzada, además extemporáneamente, tratándose además de un expediente financiado con fondos europeos donde el legislador ha establecido una especial consideración con los mismos, reconociendo su prioridad en su tramitación.

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 entidad **PLAZA SISTEMAS S.L** contra la propuesta de adjudicación de 18 de noviembre de 2022, y contra la resolución de 30 de noviembre de 2022 de denegación de acceso por parte del órgano de contratación a determinada información del procedimiento de licitación del contrato denominado "Obras de reforma y ampliación del bloque quirúrgico del hospital San Juan de la Cruz de Úbeda mediante procedimiento abierto simplificado y presentación electrónica de ofertas, financiado con fondos REACT EU y marco 2021-2027" (Expte. P.A.S. 1057/2022_ CCA. 6JL+Q91), promovido por el Hospital Universitario Regional de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, Agencia administrativa a su vez adscrita a la Consejería de Salud y Consumo de la Junta de Andalucía, por no ser actos objeto de impugnación susceptibles de recurso especial y por resultar el mismo extemporáneo.

SEGUNDO. 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.