Recurso 388/2022
Resolución 513/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 28 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTO OLSAN, S.L.**, contra la resolución, de 4 de octubre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado "Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía" (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 16 de agosto de 2021 en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 21.074.380, 17 euros.

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

El 29 de octubre de 2021 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación a favor de la entidad ITURRI, S.A., contra la misma se interpuso recurso especial en materia de contratación por las entidades SURTRUCK, S.L. y AUTO OLSAN, S.L. que fueron tramitados, respectivamente, con los números de procedimiento RCT 532/2021 y RCT 543/2021.

Este Tribunal dictó Resoluciones 20/2022 y 21/2022, de 14 de enero, acordando en la primera de ellas la estimación parcial del recurso RCT 532/2021 anulando el acto de adjudicación impugnado. Por otro lado, en la Resolución 21/2022, se acuerda la inadmisión del recurso dado que al haber resultado anulado el acto de adjudicación en él impugnado, se produjo la pérdida sobrevenida de su objeto.

Posteriormente, el órgano de contratación dictó nueva resolución de adjudicación, el 8 de marzo de 2022, a favor de la entidad SURTRUCK, S.L.. Contra esta adjudicación se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación por parte de la entidad ITURRI, S.A. que se tramitó con el número de procedimiento RCT 95/2022,

dando lugar a una estimación parcial mediante la resolución 229/2022. Posteriormente SURTRUCK, S.L. procedió a interponer nuevo recurso, el 184/2022, que vino a ser estimado parcialmente contra una nueva adjudicación en la resolución 301/2022. Asimismo, el recurso 99/2022 interpuesto por AUTOS OLSAN, S.L. que fue desestimado por nuestra Resolución 223/2022. Después ITURRI, S.A. interpone el recurso 339/2022, desestimándose el mismo mediante la resolución 469/2022, por haber quedado excluida.

SEGUNDO. El 14 de octubre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AUTO OLSAN, S.L. (en adelante OLSAN), contra la resolución de adjudicación de 4 de octubre de 2022.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal 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.

Dado el objeto del recurso, similar a otro anterior no ha sido necesario tramitar y dar alegaciones a los interesados, pues damos por reproducidas las que se vertieron en el recurso 99/2022 interpuesto por AUTOS OLSAN S.L. que fue desestimado por nuestra Resolución 223/2022, cuyos argumentos vuelve a reiterar en el presente recurso.

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 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.

Pues bien, procede señalar que a la vista de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso OLSAN solicita -entre las distintas cuestiones manifestadas en el mismo- que sea incrementada la puntuación de su oferta lo que resultaría que su proposición obtendría la puntuación más alta y podría acceder a la adjudicación del contrato. Por tanto, como se ha indicado, se ha de reconocer legitimación a la recurrente. En este sentido se ha manifestado este Tribunal en numerosas ocasiones (v.gr. Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 172/2020, de 1 de junio y 156/2022, de 11 de marzo).

TERCERO. Acto recurrible.

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

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación impugnada es de 4 de octubre de 2022, por lo que aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado en el Registro de este Tribunal, el 14 de octubre de 2022, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con 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, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste 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*".

SEXTO. Fondo del asunto: Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La entidad OLSAN alega que el vehículo ofertado por la entidad finalmente adjudicataria *"carece de los elementos sustanciales para la adjudicación, y es que se ha seleccionado como vehículo para cubrir las necesidades de extinción de incendios en un entorno forestal una furgoneta, con las limitaciones de altura y maniobrabilidad, que en absoluto pueden subsanarse por la incorporación de un sistema de tracción las 4 ruedas. En las propias bases del concurso se muestra como determinante la elección del mejor vehículo todoterreno, lo que está muy lejos de alcanzarse con un furgón por más que sea 4x4".*

Alega respecto de dos cuestiones principalmente:

A. Señala que, se presentó su oferta completando los datos interesados e incorporando el dato de emisiones de CO2 ciclo combinado g/km, WLTP para la opción presupuestada de 4x4, en la cifra de 216 g/km, correspondiente a la ficha de homologación del vehículo ofrecido. Señala que la mesa de contratación el 5 de octubre de 2021 reconoció a la misma "*el dato de emisiones de CO2 de 216 g/km".* Afirma que "*cuando el órgano de contratación remite informe requerido por la mesa de contratación, es desactivada la valoración para*" ella, "*del aspecto de EMISIONES DE CO2, como también, como luego veremos, ELEMENTOS DE ESTIBADO".*

Es decir, entiende que se le otorga inicialmente una puntuación a su proposición que posteriormente es modificada por el informe técnico de valoración de ofertas, trámite -la solicitud del mencionado informe- que a su juicio no se encuentra previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) rector del presente procedimiento de licitación.

B. En segundo lugar, y en relación con la documentación técnica a presentar por el licitador para la valoración de las ofertas, sobre nº 3, y en relación con d) el diseño de las zonas de carga refiere la página 6: "Memoria y proyecto definitorio de la compartimentación de la zona de carga mediante planos, fotografías, dibujos en formato papel o

digital. La presentación debe ser lo suficientemente clara para entender cumplidas las obligaciones a las que se refiere este apartado". Señala que con relación al apartado f) relativo a los elementos de estibado este recogía que la **"***Memoria y proyecto definitorio de la estibación de la zona de carga" (…)* se presentaría *"mediante planos, fotografías, dibujos en formato papel o digital. La presentación debe ser lo suficientemente clara para entender cumplidas las obligaciones que a las que se refiere este apartado."* .

Posteriormente en al apartado relativo a la documentación del sobre nº 3, señala que "*en el ANEXO IX-B: SOBRE 3.- PLANTILLA PARA CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS …"* se recogía un apartado "*D) DISEÑO DE LAS ZONAS DE CARGA, y F) ELEMENTOS DE ESTIBADO".*

Al respecto afirma que *"se aportó en las páginas 5 a 17 de la documentación técnica, sobre nº 3, desarrollo explicativo, de contenido gramatical y gráfico en 17 representaciones digitales a escala, por un lado: todas las zonas de carga del vehículo, tanto en perfil, frontal como lateral, superior y trasera, que permiten conocer la ubicación de los ocupantes del vehículo, y, por otro, la estibación de todos y cada uno de los equipamientos en modo extinción y en modo prevención, de forma extensa, clara y perfectamente reconocible para comprender el íntegro cumplimiento de las exigencias de estibado de los elementos individuales, también representados, en la zona de carga".*

En este sentido, sobre el aspecto de elementos de estibado, señala que se adjudica a la entidad recurrente puntos, y señala no estar conforme con la motivación. Al respecto añade que:

"*Llama poderosamente la atención en este aspecto el hecho de que la memoria presentada por AUTO OLSAN, SL, no desmereciendo en absoluto respecto a otras presentadas en la licitación y que han sido merecedoras de una asignación de 8 puntos, se ha desechado absolutamente, pese a que se incorpora la información precisa y gráfica, no habiendo motivo alguno para considerar irrealizable la estiba en el vehículo de todos los elementos precisos.*

Adviértase, sobre este particular, que el órgano de contratación desecha absolutamente la propuesta de AUTO OLSAN SL, porque no constan detalles de la estiba que reclama, la que, no obstante, no pone en duda de su capacidad de realización, y sin embargo da por bueno un dato técnico, tal como el de emisiones de CO2 en favor de SURTUCK SL, a sabiendas de que no podrá alcanzarse".

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Señala al respecto que: *"Examinando el fondo del asunto, el recurrente utiliza la misma estructura que en su anterior recurso. Con objeto de no resultar reiterativos nos remitimos a nuestro escrito de alegaciones presentado en contestación al Recurso 99/2022 y la Resolución 223/2022 del Tribunal, de la que extractamos las conclusiones a las que llega en cada una de las cuestiones recurridas".*

Dice que es necesario poner de manifiesto que, todas y cada una de las cuestiones alegadas por la recurrente fueron resueltas por el Tribunal "*siendo el presente recurso solo un intento de la empresa recurrente de volver a plantear las mismas cuestiones. Todas ellas fueron ampliamente examinadas con ocasión del Recurso 99/2022 y resueltas en la Resolución 223/2022. Así las cosas, concurre un supuesto de cosa juzgada administrativa, y las eventuales discrepancias que la recurrente pudiera tener contra dicha resolución, definitiva en vía administrativa, deben articularse a través del correspondiente recurso contencioso-administrativo*".

Señala la existencia de firmeza administrativa en cuanto al fondo de la cuestión que pone en duda la recurrente, señalando que "*en lugar de hacer valer sus discrepancias respecto al criterio de dicha la Resolución por el cauce procesal legalmente previsto y expresamente indicado en ella (interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo), intenta, a través del presente recurso especial, reabrir un debate ya resuelto por este Tribunal, sin tener en cuenta las dilaciones y perjuicios que ello pueda ocasionar a la Administración, a los restantes licitadores, y al interés general al que responde esta contratación. Por este motivo consideramos que el recurrente actúa con temeridad y mala fe".*

Por último, estima la existencia de un comportamiento procesal reprobable:

"Dado que es conocido por el licitador, la repercusión que tiene la dilación del procedimiento en relación con la fuente de financiación Fondos europeos REACT-EU en el marco operativo FEDER 14-20 y que los compromisos presupuestarios de estos fondos tienen que formalizarse antes de 2022 y los fondos tienen que estar ejecutados, pagados, verificados y certificados antes de 31/12/2023, y que por tanto está poniendo en riesgo la renovación del parque automovilístico, consideramos la existencia de mala fe y temeridad por parte del recurrente, acción que debe sancionarse con una multa que se estima en 5.000 euros dado que el órgano de contratación carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso. A una conclusión similar llegó el Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía con objeto del Recurso 340/2022 Resolución 462/2022".

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal: sobre la causa de inadmisión alegada de la existencia de firmeza administrativa.

Al solicitar el órgano de contratación que no se entre en el fondo del recurso, por haberse pronunciado ya este Tribunal *"ampliamente"* con ocasión del recurso 99/2022, el cual fue resuelto en la resolución 223/2022, al respecto sobre el fondo del asunto, se está alegando una causa de inadmisión, la cual debe abordarse antes de entrar en el fondo del asunto. Es decir, con la notificación de las resoluciones citadas por el órgano de contratación se afirma que se habrían iniciado los plazos para interponer contra la misma el recurso contencioso administrativo. Existiría un acto consentido, impidiendo un posterior recurso judicial por la prohibición del art. 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Es decir, la denominada como *"cosa juzgada administrativa",* institución jurídica propia de las resoluciones judiciales que tiene dos aspectos, uno de carácter negativo, que se identifica con la firmeza o impugnabilidad; y por otro lado, otro que consiste en la imposibilidad de sustituir con otra la resolución pasada en autoridad de cosa juzgada, otro de carácter positivo, el de la efectividad u obligado respeto del Tribunal a lo dispuesto en la resolución con fuerza de cosa juzgada, con la consiguiente necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto.

Al respecto dicha resolución ya se pronunciaba con relación a las emisiones de CO2 (g/km), en cuanto a la certeza del dato de emisiones WLTP del vehículo propuesto por OLSAN, y procedencia de la puntuación.

La citada resolución 223/2022 de este Tribunal, en la consideración jurídica séptima, señalaba que:

"Como se ha mencionado, la recurrente sostiene en este motivo de recurso que la mesa de contratación realizó una primera valoración en la que le reconoce determinada puntuación a su oferta respecto de los criterios de adjudicación de aplicación automática y que posteriormente la mesa de contratación solicita un informe técnico no previsto en la tramitación del procedimiento que le retira la valoración previa de su proposición.

Como cuestión previa se debe mencionar que según se desprende del anexo VII del PCAP, en el presente procedimiento de adjudicación no se configuran criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, siendo todos de aplicación mediante fórmulas.

Según consta en el expediente remitido por el órgano de contratación, el 5 de octubre de 2021, tuvo lugar sesión de la mesa de contratación en la que se procede a la apertura del sobre 3 de las ofertas y se da lectura de la documentación contenida en las proposiciones, recogiéndose el resultado en el Anexo I de la misma. En la mencionada acta se recoge de forma literal lo siguiente: «la Mesa de Contratación acuerda remitir el expediente a la Subdirección solicitante de la contratación para que proceda a revisar la documentación aportada por los licitadores y elaboren el informe pertinente. Las ofertas que se han leído en el acto de apertura pública y que se reflejan en la tabla anexo será objeto de estudio y valoración por la citada Subdirección solicitante de la contratación a los efectos de contrastar que la documentación aportada justifica las declaraciones recogidas en el anexo IX».

De lo anterior, queda claro -en el sentido que indica el órgano de contratación en su informe- que la mesa de contratación no realiza una valoración de las ofertas en el acto que tuvo lugar el 5 de octubre, sino que simplemente procede a recopilar las distintas cuestiones ofertadas en cada una de las proposiciones y procede a solicitar informe técnico a los servicios del órgano de contratación para la verificación de la documentación. Por tanto, se concluye que no es cierta la aseveración de la recurrente relativa a que se le concedió una primera puntuación que posteriormente fue modificada.

En segundo lugar, respecto a la posibilidad que tiene la mesa de contratación de solicitar informes técnicos, el artículo 146.2.b) de la LCSP es claro al establecer que: «la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, así como, en todo caso, la de los criterios evaluables mediante la utilización de fórmulas, se efectuará por la mesa de contratación, si interviene, o por los servicios dependientes del órgano de contratación en caso contrario, a cuyo efecto se podrán solicitar los informes técnicos que considere precisos de conformidad con lo previsto en el artículo 150.1 y 157.5 de la presente Ley». En este sentido, el mencionado artículo 150.1. de la LCSP regula sobre la cuestión relativa a la valoración de las ofertas por parte de la mesa de contratación lo siguiente: «Para realizar la citada clasificación, se atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego, pudiéndose solicitar para ello cuantos informes técnicos se estime pertinentes». Finalmente, el citado artículo 157.5. de la LCSP establece que:

«Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos.
Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego».

En definitiva, queda claro que la mesa de contratación no concedió una puntuación inicial, sino que simplemente indicó los distintos aspectos ofertados en cada una de las proposiciones presentadas y que solicitó a los servicios técnicos del órgano de contratación la verificación de la documentación incluida en cada oferta para que procediera a proponer una puntuación, estando completamente legitimada para ello a la luz de los preceptos analizados. Por tanto, procede la desestimación de este motivo de recurso".

La misma resolución 223/2022 de este Tribunal, en la consideración jurídica décima, señalaba en relación a las emisiones de CO2 (g/km), en cuanto a la certeza del dato de emisiones WLTP del vehículo propuesto por OLSAN, y procedencia de puntuación que:

"La recurrente en este motivo cuestiona la valoración de su oferta respecto del criterio de adjudicación denominado «elementos de estibado» al considerar, en síntesis, que la solución que incluye en su proposición no resulta de menor calidad que la incluida en la oferta de SURTRUCK por lo que solicita que le sea reconocida la misma valoración, de 8 puntos. Además, solicita que a la oferta de ITURRI no se le reconozca puntuación en este criterio de adjudicación.

Pues bien, en el anexo VIII del PCAP se establece dentro de la documentación a incluir en el sobre 3, el apartado «f) Elementos de estibado» sobre el que se indica lo siguiente: «Memoria y proyecto definitorio de la estibación de la zona de carga mediante planos, fotografías, dibujos en formato papel o digital. La presentación debe ser lo suficientemente clara para entender cumplida las obligaciones a las que se refiere este apartado». Esta cuestión es valorada según queda recogido en el anexo X del PCAP, en el que se configura el criterio de adjudicación: «1.6 Elementos de estibado para el acoplamiento del equipo descrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas» al que se le otorgan hasta 8 puntos de la siguiente forma: «Se valorará que el licitador opte por el diseño del estibado de la carga comprendida en el anexo I (herramientas de extinción y prevención). En caso de que el licitador opte por este diseño obtendrá la máxima puntuación. Se comprobará que las herramientas previstas en el anexo queden perfectamente estibadas para su transporte».

Sobre esta cuestión en el informe técnico de valoración de ofertas, de 15 de octubre de 2021, se recoge la siguiente motivación respecto de la oferta de la recurrente: «no valorable (se aporta solo representación de elementos a estibar» y no se le asigna puntuación. Dicha valoración es confirmada posteriormente por la mesa de contratación en sesión de 18 de octubre de 2021.

OLSAN viene a cuestionar en su recurso la forma de aplicación del criterio de adjudicación en tanto que no resulta modulable y alega que su oferta no desmerece a otras que se han presentado y a las que se le han otorgado 8 puntos, por lo que solicita el mismo trato para su proposición.

Pues bien, sobre esta cuestión se ha de mencionar como indica el órgano de contratación en su informe al recurso, que no procede en este momento cuestionar la configuración del criterio de adjudicación dado que, lo cierto es que está establecido en el pliego rector, que es la ley del contrato al no haber sido impugnado en el momento preciso para ello, por lo que ahora se debe estar a su contenido.

Con relación a la no valoración de la oferta de OLSAN respecto al criterio de adjudicación relativo a los elementos del estibado, el órgano de contratación amplía en su informe al recurso la motivación contenida en la valoración de las ofertas -cuya insuficiencia no es cuestionada por la recurrente-, indicando:

«La información aportada por AUTO OLSAN S.L. en cuanto a la estiba no es suficientemente clara y no define un diseño que se pueda considerar válido para considerarla, así en la página 16 del documento presentado se aporta una representación de los elementos a estibar sin indicar cómo se posicionarían en el vehículo, tampoco se aportan las medidas del habitáculo, el estudio de volúmenes y/o pesos necesarios para justificar que las representaciones se corresponden con un diseño viable para la estiba del material. Por otro lado, se representan distintas opciones de configuración de zonas de carga sin indicar cuál es la ofertada, añadiendo con ello confusión sobre la solución definitiva».

Sobre esta cuestión, el órgano de contratación concluye: «La memoria presentada por AUTO OLSAN no se puede considerar equivalente a las memorias presentadas por las empresas que menciona en su recurso dado que no aporta apenas información del vehículo ofertado ya que no presenta una solución técnica, sino que la definición del diseño pretende aplazarla a la realización de una jornada práctica con los usuarios».

Finalmente, la recurrente argumenta, respecto a la valoración de la oferta de ITURRI, que las herramientas a estibar que se incluyen en su proposición incumplen las medidas establecidas en el PPT, por lo que la mesa de contratación no debió otorgar a la mencionada entidad puntuación en este criterio de adjudicación.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación argumenta en su informe al recurso que:

«En comparación a la documentación que justifica el estibado ofertado por ITURRI S.A., esta empresa presenta un estudio de reparto de cargas por eje, dimensiones de cada una de las zonas de carga, estudio de volúmenes con la descripción de cada zona de carga y el estibado con la distribución de la maquinaria y herramientas, cálculo del centro de gravedad y ángulo de vuelco demostrando la viabilidad de la solución de estibado ofertada además de otros cálculos».

En este sentido en el informe técnico de valoración de ofertas, de 15 de octubre de 2021, se indica lo siguiente:

«Presentan ilustración exacta, mediante documentación técnica, del material a transportar en los vehículos a los efectos del diseño que plantean de la zona de carga declarando haber escaneado todos los elementos reales en 3D mediante un sistema informático propio. Consta a este Área de Recursos Materiales que ITURRI SA, en base a lo indicado en el PCAP, retiró una dotación completa del equipamiento a los efectos de configurar la compartimentación».

(…)

"Pues bien, efectivamente, es oportuno traer a colación la ya reiterada doctrina sobre la discrecionalidad técnica recogida por este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas su Resolución 198/2019, de 19 de junio, en la que indicaba que «(...) la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación. Asimismo, como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia, 9 de 16 de diciembre de 2014 (Recurso 3157/2013), la solvencia técnica y neutralidad que caracteriza a los órganos calificadores impone respetar su dictamen mientras no conste de manera inequívoca y patente que incurre en error técnico. Igualmente, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010\324), declara que "la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega"».

En el presente supuesto, a la vista de lo anteriormente argumentado, no ha quedado desvirtuada la presunción de certeza o razonabilidad predicable con respecto al informe técnico ni acreditada la existencia de patente error, por lo que procede desestimar también este motivo de recurso.

"Como se ha mencionado, la recurrente sostiene en este motivo de recurso que la mesa de contratación realizó una primera valoración en la que le reconoce determinada puntuación a su oferta respecto de los criterios de adjudicación de aplicación automática y que posteriormente la mesa de contratación solicita un informe técnico no previsto en la tramitación del procedimiento que le retira la valoración previa de su proposición".

De este modo, cumple advertirse por tanto que la cuestión ya quedó resuelta con la resolución 223/2022, de 8 de abril.

Sobre los efectos de la firmeza de dicha resolución, en cuanto a las pretensiones que ya la entidad recurrente sostuvo en dicho procedimiento cumple mencionar que este Tribunal abordó todas las cuestiones y motivos de impugnación que ahora se vuelven a reiterar, adoptando un criterio que no puede desconocer sin vulnerar el efecto de cosa juzgada administrativa o firmeza administrativa de su propia resolución. De este modo nada ha impedido, a la actual recurrente, que ha conocido como parte interesada las resoluciones de este Tribunal, recurrirlas ante la Jurisdicción contencioso-administrativa,siendo precisamente esa vía la única manera de revisar la decisión de este Tribunal sobre el fondo de las cuestiones controvertidas. En este mismo sentido la Resolución 945/2019 (Recurso 933/2019) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Debe tenerse en cuenta que la Resolución anterior tiene, en relación con el actual recurso sometido al conocimiento de este Tribunal, el efecto de cosa juzgada al ser de plena aplicación al ámbito administrativo. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *«que entra a resolver el fondo de la controversia, estimando o desestimando las pretensiones deducidas en la demanda, deja definitivamente zanjada la cuestión». En el mismo sentido se pronuncia igualmente el Tribunal en la Sentencia de 12 de junio de 1997 al decir que las resoluciones que concluyen los procedimientos «de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a la sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)».*

Se produce por tanto un efecto similar a la cosa juzgada judicial que, vedaría ahora un nuevo examen por el Tribunal. A mayor abundamiento, aparte del efecto de la cosa juzgada, y como ya señalaba el Tribunal Administrativo Central en su Resolución 107/2012, de 11 de mayo, la desestimación del recurso se impone "*por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado entonces en el artículo 319 de la Ley de Contratos del Sector Público y hoy en el artículo 49 del Texto Refundido)".*

En efecto, y por lo que se refiere al supuesto analizado en la presente resolución, si pudiera enjuiciarse de nuevo la adecuación a derecho de la valoración de la oferta se estaría implícitamente admitiendo una revisión de la resolución ya dictada por este Tribunal cuando resolvió dicho recurso, resolución que ya es irrevocable en vía administrativa por aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.1 de la LCSP al proclamar que "*Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11 letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

A la vista de lo expuesto, resulta obvio que la Resolución 223/2022, de 8 de marzo, de este Tribunal, en cuanto ha desestimado un recurso previo por los mismos motivos que los alegados en el recurso ahora analizado, produce

efectos de cosa juzgada en este nuevo procedimiento y es irrevocable en vía administrativa, lo cual impide analizar otra vez pretensiones que ya fueron definitivamente resueltas y desestimadas en aquélla.

Así las cosas, si la recurrente decidió emprender la vía del recurso especial contra la adjudicación al amparo del artículo 44.2 b) de la LCSP, no puede reiterar su impugnación en otro posterior contra otra la adjudicación pues, bajo la apariencia formal de estar combatiendo actos diferentes, sustantivamente está impugnando el mismo acto que ya fue recurrido. La resolución citada necesariamente produce efectos de cosa juzgada en el presente procedimiento, sin perjuicio del eventual recurso jurisdiccional que la recurrente pudo interponer contra aquella de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la LCSP. No puede, pues, este Tribunal volver a pronunciarse sobre la validez del mismo acto y por las mismas razones que ya ha enjuiciado y resuelto, so pena de incurrir en una revisión de su propia decisión vedada por el propio artículo 59 de la LCSP.

Por último, hemos de señalar que, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, la resolución del presente recurso determina el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

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

Señala el órgano de contratación que, de todo lo anterior, se concluye que "*el recurrente, en lugar de hacer valer sus discrepancias respecto al criterio de dicha la Resolución por el cauce procesal legalmente previsto y expresamente indicado en ella (interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo), intenta, a través del presente recurso especial, reabrir un debate ya resuelto por este Tribunal, sin tener en cuenta las dilaciones y perjuicios que ello pueda ocasionar a la Administración, a los restantes licitadores, y al interés general al que responde esta contratación. Por este motivo consideramos que el recurrente actúa con temeridad y mala fe".*

Añade diciendo que "*ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justifica la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho".*

Sobre esta cuestión, la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señala lo siguiente:

«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 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 la recurrente pretende que este Órgano reabra una cuestión litigiosa que ya quedó zanjada en una resolución anterior, intentando forzar un cambio o modificación del criterio por parte del Tribunal que, legalmente, no es posible, puesto que no cabe que este Órgano pueda revisar sus decisiones, siendo así que la única vía de que dispone la recurrente para combatir los argumentos de este Tribunal es la jurisdiccional contencioso-administrativa, conforme dispone de manera clara y meridiana el artículo 59 de la LCSP, que viene a señalar que la resolución del recurso especial solo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, siendo directamente ejecutiva y sin que proceda la revisión de oficio de la misma.

Lo anterior, supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A ello 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 incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Asimismo, se ha de tener en cuenta la suspensión automática del procedimiento de licitación, pues la misma surtió sus efectos desde la interposición del recurso. También consta en el recurso que el órgano de contratación ha solicitado la imposición de multa en la cuantía de 5000 euros dado que es conocido por el licitador, la repercusión que tiene la dilación del procedimiento "*en relación con la fuente de financiación Fondos europeos REACT-EU en el marco operativo FEDER 14-20 y que los compromisos presupuestarios de estos fondos tienen que formalizarse antes de 2022 y los fondos tienen que estar ejecutados, pagados, verificados y certificados antes de 31/12/2023, y que por tanto está poniendo en riesgo la renovación del parque automovilístico".*

En la ponderación, y a pesar de serle solicitado por este Tribunal, señala el órgano de contratación que el mismo carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado.

Además, este Tribunal añade, que debía también tenerse en cuenta la cantidad de recursos que ya se han resuelto sobre el mismo procedimiento, citados en los antecedentes de esta resolución, donde ha ido quedando a través de las distintas resoluciones clarificadas distintas cuestiones conexas y circunscritas a la interpretación de los pliegos y los criterios, así como el retraso en la adjudicación que han ido provocando los distintos recursos, en este caso, de todos ellos tres han sido interpuestos por la recurrente, siendo inadmitidos o desestimados, lo cual ha provocado un retraso innecesario, al menos, en este último.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, sino un desconocimiento del mismo, imputable a él, de las causas de inadmisión. Todo ello, 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 igualmente 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, pero por las circunstancias expuestas de temeridad agravada 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 3.000 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad manifiesta ante la evidente inconsistencia del fondo del recurso, entre otras circunstancias, como anteriormente se ha fundamentado.

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 **AUTO OLSAN, S.L.**, contra la resolución, de 4 de octubre de 2022, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de vehículos todo terreno para el dispositivo de prevención y extinción de incendios forestales de la Comunidad Autónoma de Andalucía” (Expte. NET177502), promovido por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de Andalucía, por estimar la existencia de firmeza administrativa en cuanto el objeto del recurso, es decir a los pronunciamientos solicitados en cuanto al fondo del asunto.

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.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 3.000 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 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.