Recurso 152/2023
Resolución 204/2023
Sección Segunda

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

Sevilla, 14 de abril de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DÍAZ CUBERO, S.A.** (en adelante, **DÍAZ CUBERO**) contra la resolución de declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Obra de sustitución a centro de dos líneas de infantil y primaria, tipo C2, en el CEIP Bernardo Barco de La Campana (Sevilla) (401/ISE/2021/SC), con origen de financiación en fondos europeos", (Expte. CONTR 2022 0000910279)» convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación (en adelante, APAE) este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con 2 de noviembre de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 4.028.053,59 € . En dicha fecha los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil.

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.

Mediante acuerdo de fecha 5 de diciembre de 2022 de la mesa de contratación se resuelve elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del contrato a favor de la entidad GRULOP 21 S.L, a los efectos de que, una vez aceptada, se efectué por los servicios correspondientes el requerimiento establecido en la 10.7del PCAP, para la presentación de la documentación previa a la adjudicación.

En la sesión de la mesa de contratación celebrada el 23 de diciembre de 2022 se acuerda excluir a la empresa que había sido propuesta como adjudicataria, a la vista del escrito que presentó donde manifiesta la pérdida de la clasificación con la cual accedió a la licitación. En la citada acta queda reflejado que se eleva propuesta de adjudicación a favor de la entidad ahora recurrente, que ocupaba el segundo lugar en el orden decreciente de proposiciones admitidas a la licitación.

La mesa de contratación, en la sesión celebrada el día 19 de enero de 2023, examina el escrito presentado por la hoy recurrente donde comunica que ha perdido los medios personales que se comprometió adscribir a la obra,

según lo establecido en el Anexo I y IIIA del PCAP, y manifiesta además, de manera expresa y por propia voluntad la retirada de su proposición, resultando por tanto la entidad hoy recurrente excluida del procedimiento de adjudicación, acordándose que se inste a la Dirección General de la Agencia Publica como órgano de contratación para el inicio de los trámites para la incautación de la garantía provisional de la empresa DÍAZ CUBERO, S.A, y que se eleve al órgano de contratación la propuesta de declaración de desierto.

Con fecha 16 de marzo de 2023 se publica el anuncio de la resolución de fecha 15 de marzo de 2023 de declaración de desierto del expediente CONTR 2022 0000910279 para la contratación de las obras de sustitución a centro de dos líneas de infantil y primaria, tipo C2, en el CEIP Bernardo Barco de La Campana (Sevilla) por no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego.

Consta en el expediente remitido que, con fecha 22 de marzo de 2023 se notifica a la recurrente la Resolución de 21 de marzo de 2023 de la Dirección General de APAE por la que se acuerda el inicio del expediente de incautación total de la garantía provisional constituida por la empresa DÍAZ CUBERO, S.A en el procedimiento de adjudicación del contrato de obras para las obras de sustitución a centro de dos líneas de infantil y primaria, tipo C2, en el CEIP Bernardo Barco de La Campana (Sevilla) (401/ISE/2021/SC), con origen de financiación en fondos europeos", (Expte. CONTR 2022 0000910279) y en la que se le concede un trámite de audiencia de diez días hábiles para alegaciones.

SEGUNDO. El 24 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la recurrente contra el citado acuerdo de declaración de desierta de la licitación.

Con fecha 27 de marzo de 2023 la Secretaría del Tribunal solicitó del órgano de contratación la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue reiterada mediante oficio de fecha 30 de marzo de 2023 y que tuvo entrada finalmente el mismo día.

Con fecha 31 de marzo se ha dictado la Resolución MC 36/2023 por la que adopta la medida cautelar de suspensión del acto impugnado y sus efectos.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, consta que con fecha 13 de abril de 2023 se ha presentado escrito de alegaciones por la entidad GRULOP 21, S.L.

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.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, el recurso se interpone contra la declaración de desierto de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de 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.a) y 2.c) de la LCSP.

En este sentido, 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. Así se viene pronunciando de modo reiterado y constante este Tribunal (v.g. Resoluciones 187/2017, de 26 de septiembre, 49/2018, de 23 de febrero, 35/2019, de 14 de febrero y 530/2021, de 3 de diciembre, y 191/2022 entre las más recientes) y el resto de órganos de revisión de decisiones en materia contractual.

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, no consta que haya sido notificada individualmente, pero sí consta la publicación del anuncio el 16 de marzo de 2023 en el perfil de contratante de la Junta de Andalucía, por lo que, aun computando desde dicha fecha, el recurso presentado el 24 de marzo de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 g) 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 la cláusula 4 y por remisión de esta, el apartado 2 del anexo I del PCAP, 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*".

SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta, comenzando por las alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita de este Tribunal "*que ESTIME este recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección General de la Agencia Pública Andaluza de Educación adoptado en fecha 15 de marzo de 2023, por el que se resuelve declarar desierta la licitación y consecuentemente la exclusión de las dos empresas licitadoras, ANULE dejando sin efecto el referido Acuerdo y DECLARE la caducidad del procedimiento de adjudicación por no haberse producido dentro de los plazos señalados (art. 158 LCSP), dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones y acuerde la devolución de las garantías provisionales constituidas por los licitadores".*

Fundamenta su pretensión en la falta de motivación del acuerdo de declaración de desierto considerando que no cumple el requisito de motivación suficiente del artículo 151.4 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público, referencia que ha de entenderse efectuada al artículo 151.2 de la vigente LCSP. Tal pretensión la ejercita sobre la base de las alegaciones que se exponen a continuación.

En primer lugar, y tras relatar de manera pormenorizada, todas las vicisitudes acaecidas en el seno del procedimiento de adjudicación, denuncia las irregularidades cometidas en el seno del procedimiento de adjudicación que relata y que, a su juicio, le generan indefensión y le producen un perjuicio irreparable.

En segundo lugar, denuncia que el acuerdo recurrido vulnera los principios de interdicción de la arbitrariedad de las Administraciones Públicas, proporcionalidad y buena fe. En este sentido, cuestiona determinados extremos que afirma desconocer e insiste en que, a la vista de las vicisitudes acontecidas, la Administración, en lugar de suspender el procedimiento de adjudicación, ha dejado transcurrir el plazo máximo establecido por la ley para hacer la adjudicación del contrato, por lo que defiende que los licitadores ostentan legitimación para proceder a la retirada de la oferta económica con devolución de las garantías provisionales.

Asimismo, expone que, ante la falta de respuesta por parte de la Administración a su petición de vista y acceso al expediente de contratación, se ha visto abocado a la interposición del recurso especial, ocasionándole la falta absoluta de documentación a la que no ha podido acceder, una situación generadora de indefensión al impedirle ejercitar su defensa con plenas garantías.

Invoca el artículo 35.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) considerando que nos encontramos ante el ejercicio de una potestad que comporta una consecuencia tan perjudicial como es la incautación de una garantía por importe de 120.841, 61 euros que implica no solo un empobrecimiento injusto sino que representa una posible pérdida de una línea de avales.

Alega que la Administración ha vulnerado los principios de proporcionalidad y buena fe, al no haber realizado el más mínimo esfuerzo por motivar la adopción de una decisión de tal trascendencia, dejándole en una situación de absoluta indefensión, lo que contraviene, a su juicio, claramente el artículo 24 de la Constitución Española y determina la nulidad de pleno derecho del acuerdo de desierto del contrato ex artículo 47.1ª) LPAC. Específicamente se refiere, por un lado, a la ausencia en el acuerdo recurrido de la verdadera razón por la que se excluye la oferta de la entidad licitadora GRULOP 21, que fue la inicialmente propuesta como adjudicataria, al entender que la motivación que figura en aquel –la pérdida sobrevenida de la clasificación- es un error y que se debió a una falta de comprobación o verificación por parte del órgano de contratación, que la empresa no solo conservaba en el momento de la propuesta de adjudicación la clasificación sino que nunca la perdió. Por otro lado, denuncia la ausencia del motivo de exclusión de su oferta, ya que el acuerdo no entra a valorar los motivos de la imposibilidad de ofertar el personal técnico de los medios personales comprometidos a adscribir a la ejecución del contrato, que afirma sí justificó en el escrito que presentó con fecha 10 de enero de 2023, en el que solicitaba también la vista y acceso al expediente de contratación, trámite que no ha sido cumplimentado, causándole indefensión.

2. Alegaciones del <u>órgano de contratación.</u>

El órgano de contratación en el informe al recurso relata los antecedentes procedimentales acaecidos en el procedimiento de adjudicación, solicitando, en primer lugar, la inadmisión del recurso al exponer que, por motivos que se desconocen, las dos únicas empresas concurrentes a la licitación, han venido realizando una serie de acciones encaminadas a dificultar o impedir la adjudicación del contrato, indicativas de mala fe que ha culminado con la presentación del presente recurso especial con el que la recurrente no tiene otra finalidad real que impedir la incautación de la garantía provisional.

Subsidiariamente, y para el caso de que no se acordase la inadmisión, el órgano de contratación se opone a la pretensión de la recurrente señalando que la declaración de desierto impugnada está suficientemente motivada y obedece a actuaciones expresas de las dos únicas licitadoras, que han manifestado ambas su intención de retirar su proposición por diferentes motivos.

A continuación y respecto del expositivo sexto del escrito de recurso, el informe rebate las alegaciones de la recurrente indicando que, respecto de la otra licitadora, se ha iniciado ya el correspondiente procedimiento para declararla incursa en causa de prohibición de contratar por presentar una declaración responsable que no se corresponde con la realidad, puntualizando que dicho procedimiento, de conformidad con el artículo 72.6 de la LCSP, puede iniciarse en el plazo de tres años desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato, si la causa es la retirada indebida de proposiciones o candidaturas.

Con relación al expositivo séptimo del escrito de recurso, en el que la recurrente alega que no ha sido tenido en cuenta su escrito de fecha 10 de enero de 2023 en el que comunicaba que no contaba con el medio personal, técnico, jefe de obra previsto como medio de adscripción permanente, y solicitaba tener por retirada la oferta, el informe del órgano indica que no es excusa el motivo argumentado por la recurrente para retirar su proposición sin más consecuencias. Al respecto, invoca el artículo 76.2 de la LCSP; la clausula 10.7.3 del PCAP, el apartado 7 del anexo I; el artículo 150.2 de la LCSP y el artículo 62 del Reglamento General de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas con relación a las consecuencias de la retirada injustificada de la oferta por un licitador.

Con relación al expositivo octavo del escrito de recurso en el que se denuncian determinadas irregularidades cometidas en el seno del procedimiento de adjudicación como generadoras de una situación de indefensión, el informe rechaza frontalmente tales imputaciones, y afirma que todas las actas de las reuniones de la mesa de contratación, se encuentran publicadas en el perfil del contratante, así como el resto de documentación que compone el expediente, y que la adjudicación del contrato no ha tenido lugar por causa imputable a la recurrente.

El órgano solicita la imposición de multa por mala fe y temeridad.

3. Alegaciones de GRULOP 21.

La entidad GRULOP 21 formula escrito de alegaciones en el que, básicamente, sostiene que la resolución de declaración de desierta de la licitación es ajustada a derecho, una vez constatada la inexistencia de ofertas admisibles, y considera que la actuación de la recurrente va contra los actos propios, tergiversando los mecanismos de impugnación de decisiones de la Administración.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

En el presente supuesto, la recurrente solicita la anulación de la resolución de declaración de desierto y la exclusión de su oferta a fin de que se declare la caducidad del procedimiento al considerar que ha transcurrido con creces el plazo de los dos meses que marca la LCSP para adjudicar el contrato solicitando que se acuerde la devolución de la garantía provisional constituida.

Pues bien, lo primero que ha de analizarse es la alegación de inadmisión del recurso por acto no susceptible de recurso, que formula el órgano de contratación en su informe, y que basa en que la recurrente impugna una resolución de declaración de desierto, que se produce como consecuencia de su propia actuación, considerando que las resoluciones de declaración de desierto no son actos de trámite susceptibles de recurso especial. Al respecto, y como hemos señalado en los requisitos de admisión del recurso, ha de indicarse que la recurrente efectivamente impugna la resolución de declaración de desierto que, como acto finalizador del procedimiento, ha de equipararse a la resolución de adjudicación, según la doctrina consolidada de este Tribunal, figurando sobre este asunto entre las más recientes, la Resolución 191/2022, por lo que no asiste la razón al órgano de contratación y no puede apreciarse la causa de inadmisión alegada.

Por otro lado, conviene precisar, asimismo, que, si bien la recurrente se refiere, en el suplico de su escrito, a la procedencia de la devolución de la garantía provisional constituida a los licitadores, la legitimación de la recurrente para impugnar el acto de declaración de desierto y sus eventuales consecuencias, alcanza solamente a la repercusión, directa o indirecta, del acto impugnado en su esfera jurídica, pero no puede alcanzar obviamente a las consecuencias que pudiera deparar el acto impugnado en la esfera jurídica de la otra licitadora, que también, y por otros motivos, ha resultado excluida de la licitación.

Expuesto lo anterior, procede, a continuación, abordar el análisis de la cuestión controvertida que, a la vista de la pretensión ejercitada por la recurrente, se circunscribe a determinar las consecuencias del posible incumplimiento del plazo para adjudicar el presente contrato por el órgano de contratación que achaca la recurrente, y si ello puede "revertir" las consecuencias que para la entidad recurrente va a suponer la retirada injustificada de su oferta, según constata el órgano de contratación, que ha motivado en última instancia la declaración de desierta de la licitación que nos ocupa.

Interesa reproducir, en primer lugar, el artículo 150.2 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

> «*Una vez aceptada la propuesta de la mesa por el órgano de contratación, los servicios correspondientes requerirán al licitador que haya presentado la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de las circunstancias a las que se refieren las letras a) a c) del apartado 1 del artículo 140 si no se hubiera aportado con anterioridad, tanto del licitador como de aquellas otras empresas a cuyas capacidades se recurra, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del apartado 3 del citado artículo; de disponer efectivamente de los medios a que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76.2; y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente(…)*
> *De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la persona licitadora ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 (...)»*

Por su parte, el artículo 158.2 de la LCSP establece:

> *«1. Cuando el único criterio para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio, la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.*
> *2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*
> *Si la proposición se contuviera en más de un sobre o archivo electrónico, de tal forma que estos deban abrirse en varios actos independientes, el plazo anterior se computará desde el primer acto de apertura del sobre o archivo electrónico que contenga una parte de la proposición.*
> *3. Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el apartado 4 del artículo 149 de la presente Ley.*
> *4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta.»*.

En el supuesto que nos ocupa, la cláusula 10.7.3 del PCAP regulador de la presente licitación, bajo la rúbrica Documentación previa a la adjudicación, dispone lo siguiente:

> *«Presentada la documentación a través de SiREC-Portal de licitación electrónica, la Mesa de contratación procederá a su examen.*
> *Si la persona licitadora no presenta la documentación, la Mesa de contratación procederá a su exclusión del*
> *procedimiento de adjudicación.*
> *(….)*
> *De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que la persona licitadora ha retirado su oferta, procediéndose a exigirle el importe del 3 % del presupuesto base de licitación, IVA excluido, en concepto de penalidad, que se hará efectivo en primer lugar contra la garantía provisional, si se hubiera constituido, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, de conformidad con lo previsto en el artículo 150.2 del citado texto legal.»*(el subrayado es nuestro)

En el apartado 7 del anexo I (Cláusulas 9,10,23 y 27) -relativo a la garantía provisional- se prevé en la letra c) lo siguiente: «*Penalización en caso de retirada injustificada de la proposición: SI. 3% del presupuesto de licitación que se hará efectiva, en su caso, con la incautación de la garantía provisional, sin perjuicio de lo establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP*».

Pues bien, de lo acaecido en la presente licitación y de los preceptos reproducidos y cláusulas transcritas pueden extraerse las siguientes consideraciones:

1. En el supuesto que es objeto de examen, el plazo máximo para efectuar la adjudicación era de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2022, según consta en el acta nº1 (Documento n.º 10 del expediente administrativo, EA). Esto es a partir de la referida fecha de apertura, el plazo de dos meses para efectuar la adjudicación finalizaría el 29 de enero de 2023.

2. Recordemos que en el supuesto que analizamos, dos fueron las licitadoras que concurrieron al procedimiento de licitación, aconteciendo en el procedimiento de adjudicación, las vicisitudes que exponemos a continuación y que culminaron en la declaración de desierta de la licitación efectuada por el órgano de contratación ante la inexistencia de ofertas admisibles:

-Según consta en el acta n.º 3 de fecha 5 de diciembre de 2022 (Documento n.º 12 EA) la mesa de contratación elevó al órgano de contratación la propuesta de adjudicación a favor de la entidad GRULOP 21, y con idéntica fecha se le requirió la documentación previa a la adjudicación, de conformidad con lo previsto en el artículo 150.2 de la LCSP y en la cláusula 10.7 del PCAP.

- Según consta en el acta n.º 5 de fecha 23 de diciembre de 2022 (Documento n.º 15 EA) cuando se procede al desencriptado y apertura de la documentación previa a la adjudicación presentada por la entidad propuesta como adjudicataria, se constata que aquella ha presentado un escrito en el que manifiesta la pérdida de la vigencia de la clasificación, no poseyendo la solvencia económica ni técnica que declaró estar en posesión en el momento de presentación de la oferta, por lo que la mesa acuerda excluirla de la licitación y elevar propuesta a favor de la persona licitadora siguiente por el orden en que han quedado clasificadas, esto es, la entidad hoy recurrente. Con idéntica fecha consta la notificación individual a GRULOP 21 de la exclusión de la licitación, que no nos consta haya sido recurrida por la referida entidad.

- Con fecha 10 de enero de 2023 (Documento n.º 24 EA) la recurrente, en respuesta al requerimiento de la documentación previa a la adjudicación notificado el 27 de diciembre de 2022, comunica que procede a retirar la oferta presentada en fecha 28 de noviembre de 2022, solicitando que no se le imponga penalidad alguna. Justifica dicha renuncia en que el licitador inicialmente propuesto como adjudicatario con fecha 5 de diciembre de 2022 fue la entidad GRULOP 21 y que "*en fecha posterior a dicha adjudicación el 15/12/2022, la compañía DÍAZ CUBERO, S.A. deja de contar con el técnico que había designado para dicha Obra en tanto que, por razones meramente objetivas y organizativas, éste no puede ser ubicado en obra alguna, debiendo prescindirse de sus servicios en la citada empresa".*

En el mismo escrito solicita el acceso y la vista del expediente, después de exponer que la entidad GRULOP 21 sí cuenta, a fecha 5 de enero de 2023, con la clasificación empresarial vigente que declaró, según resulta de las averiguaciones que ha efectuado, siendo a su juicio, inadmisible que aquella presente su oferta ante un procedimiento de licitación declarando estar en posesión de la clasificación requerida, y posteriormente manifieste que no reúne la solvencia sin que ello no le depare ningún tipo de penalidad.

- Con fecha 12 de enero de 2023 (Documento n.º 20 EA) figura la consulta efectuada el jueves, 12 de enero de 2023 las 10:29 horas por el órgano de contratación a la dirección de correo electrónico: clasificaciondeempresas@hacienda.gob.es para clarificar la duda suscitada sobre la vigencia de la clasificación empresarial de la entidad GRULOP 21.

- Según consta en el acta de la reunión celebrada el día 13 de enero de 2023 entre representantes de la APAE y de la empresa DÍAZ CUBERO, S.A (Documento n.º 21 EA) la empresa solicita vista y acceso al expediente de contratación para poder comprobar la documentación aportada por GRULOP 21, y en respuesta a dicha solicitud, se le comunica que se solicitará el consentimiento de la empresa implicada. Por otra parte, en la referida acta se deja constancia de que se informa a la empresa hoy recurrente que, por iniciativa de esta, se ha procedido a comprobar

la clasificación que actualmente tiene GRULOP y verificar que tiene la clasificación correcta, se va a convocar una nueva reunión de la mesa a fin de analizar las acciones oportunas a llevar a cabo.

- Según consta en el acta n.º 6 de fecha 19 de enero de 2023 (Documento n.º 22 EA) se procede a informar de la situación del expediente, dejándose constancia de que, tras verificarse que GRULOP 21 mantiene la clasificación, y que ha imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor, de manera deliberada, la mesa insta al órgano de contratación a que inicie los trámites para declararla incursa en la causa de prohibición para contratar, prevista en el artículo 71.2 letra a) de la LCSP y que se proceda a la incautación de la garantía provisional según lo establecido en la letra f) de la cláusula 9.2.1 del PCAP.

- Consta comunicación de fecha 26 de enero de 2023 de GRULOP 21 S.L (Documento n.º 23 EA) por la que, en respuesta a la solicitud de autorización para la vista del expediente por la entidad recurrente, niega otorgar la autorización al considerar que la documentación responde a una información de carácter interno entre la Administración y un licitador, que tiene carácter sensible, y por tanto, que no reúne los requisitos para hacerla pública.

- Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 15 de marzo de 2023 (Documento n.º 26 EA) se declara desierta la licitación del expediente CONTR 2022 0000910279 para la contratación de las obras de sustitución a centro de dos líneas de infantil y primaria, tipo C2, en el CEIP Bernardo Barco de La campana (Sevilla) Feder Marco 2021-2027, con origen en financiación de Fondos europeos (401/ISE/2021/SC), mediante el procedimiento abierto, tomando como base varios criterios de adjudicación, al no existir oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuran en el pliego, y dar por finalizado el expediente de contratación de la obra de referencia.

- Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 21 de marzo de 2023 (Documento n.º 28 EA) se acuerda el inicio del expediente para la incautación total de la garantía provisional constituida por GRULOP 21, S.L mediante seguro de caución, concedido por la entidad aseguradora INSURANCE JOINTSTOCK COMPANY DALLBOGG: Life and Health AD. Dicho acuerdo fue notificado a GRULOP 21 con fecha 22 de marzo de 2023, según consta en el EA.

- Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 21 de marzo de 2023 (Documento n.º 30 EA) se acuerda el inicio de los trámites para la incautación total de la garantía provisional constituida por DÍAZ CUBERO, S.A. mediante seguro de caución número ……..., concedido por la entidad aseguradora AXA SEGUROS GENERALES SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS. Dicho acuerdo fue notificado a la entidad hoy recurrente con fecha 22 de marzo, según consta en el Documento n.º 31 del EA.

- Mediante Resolución del órgano de contratación de fecha 21 de marzo de 2023, y según consta en el EA remitido, se acuerda el inicio del expediente para la declaración de la prohibición para contratar con la empresa GRULOP 21, S.L. como consecuencia de haber imposibilitado la adjudicación a su favor del contrato que nos ocupa, según lo establecido en el artículo 71.2 a) de la LCSP, y el informe de la Dirección de Contratación y Gestión Patrimonial de fecha 15 de marzo de 2023, por un plazo de duración de tres años, abarcando su alcance al ámbito de la Agencia Pública Andaluza de Educación.

La recurrente insta de este Tribunal que declare la caducidad del procedimiento -por no haberse producido la adjudicación del contrato dentro de los plazos señalados, esto es, dos meses a contar desde la apertura de las

proposiciones- y la devolución de la garantía provisional constituida, solicitando, en definitiva, que no se acuerde la imposición de ninguna penalidad.

Sobre la alegación de la caducidad del procedimiento de adjudicación del contrato se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 16/2015, de 22 de enero; en ella, ante la denuncia de la recurrente de que se declare la caducidad de todo el expediente por haberse sobrepasado ampliamente el plazo para la adjudicación del contrato, se resolvió lo siguiente:

> «*Al respecto, el artículo 161.2 del TRLCSP establece que "Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, 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".*
> *En el supuesto examinado, la apertura de las proposiciones se produjo en la sesión de la mesa de contratación de 16 de octubre de 2013, por lo que cuando se dicta la resolución impugnada (20 de marzo de 2014) había transcurrido con creces el plazo para efectuar la adjudicación. No obstante, la única consecuencia derivada de la adjudicación fuera del tiempo establecido en el precepto legal es que los licitadores tienen derecho a retirar su proposición, tal y como dispone el artículo 161.4 del TRLCSP, sin que el incumplimiento del plazo genere otra consecuencia legal, ni suponga la anulabilidad del acto.*».

Asimismo, este Órgano en su Resolución 74/2019, de 14 de marzo, dispuso lo siguiente*:*

> *«Lo anterior pone de manifiesto que dicha disposición normativa [artículo 161.4 del TRLCSP] no contiene previsión alguna que permita concluir la invalidez del acuerdo de adjudicación finalmente adoptado por haber sido dictado más allá del plazo legalmente previsto, por lo que de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera del TRLCSP, debemos acudir a la regla general prevista en el artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC) que dispone "La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto, cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo".*
>
> *Al respecto se ha pronunciado este Tribunal en sus Resoluciones 107/2012, de 2 de noviembre y 230/2014, de 20 de noviembre, al señalar que "(...) se ha de tener en cuenta que, como regla general, el incumplimiento por la Administración de los plazos legales o reglamentarios constituye una irregularidad no invalidante, como ya se señaló por este Tribunal en la Resolución 107/2012, de 2 de noviembre:*
>
> *«Pues bien, el plazo establecido en el artículo 161 para la adjudicación de los contratos en el procedimiento abierto no es un plazo esencial, cuyo incumplimiento invalide el acto de que se trate. En este supuesto, prevalece la satisfacción de la necesidad administrativa a la que atiende la adjudicación del contrato, sin perjuicio de la posibilidad que asiste a los licitadores de retirar su proposición si la adjudicación no se produce dentro del plazo señalado, tal y como establece el artículo 161.4 del TRLCSP».*

En la Resolución 431/2020, de 3 de diciembre, aplicando la doctrina anterior a la luz de la normativa contractual actualmente vigente, afirmábamos lo siguiente:

«Al respecto, actualmente los apartados 2 y 4 del artículo 158.4 de la LCSP, con una redacción muy similar a los citados apartados 2 y 4 del artículo 161 de la normativa contractual anterior, establecen que «2. Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios, o utilizándose un único criterio sea este el del menor coste del ciclo de vida, el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses (...), salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares (...).
4. De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición, y a la devolución de la garantía provisional, de existir esta.».

En definitiva, el carácter no esencial del plazo previsto para que el órgano de contratación adjudique el contrato, implica que de su incumplimiento no se derive un defecto invalidante de dicha adjudicación, siendo la única consecuencia legal del mismo la posible retirada de su proposición por la licitadora. En este mismo sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 11/2011, de 4 de mayo, al considerar que «La potestad de adjudicación del contrato no se halla sometida a ningún tipo de plazo preclusivo o régimen de caducidad, por ello el transcurso del plazo de su ejercicio no implica la invalidez de su actuación, sino una irregularidad no invalidante.».

Por tanto, en el supuesto examinado, aun cuando se constatara la inobservancia del plazo previsto en el artículo 158.2 de la LCSP, anteriormente citado, dicha circunstancia no puede en ningún caso y de acuerdo con lo expuesto, tener las consecuencias anulatorias de la resolución de adjudicación impugnada que pretende la recurrente.

Es más, las Sentencias de 13 marzo de 2008 y 4 de junio de 2019 del Tribunal Supremo, alegadas por la recurrente, en las que señala que se refieren a que los procedimientos administrativos de contratación están sometidos a plazo de caducidad, no pueden ser compartidas por este Tribunal, dado que dichos pronunciamientos judiciales se refieren no a procedimientos de contratación sino de resolución de una concesión administrativa, así, la de 4 de junio dispone expresamente en su fundamento de derecho segundo entre otras cuestiones que «El análisis de este motivo impugnatorio exige dejar sentado que el procedimiento para resolver una concesión administrativa está sujeto a un plazo de resolución y que el instituto de la caducidad, para el caso de que se supere dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, es aplicable igualmente a este procedimiento.
Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005) y de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009).».
Procede, pues, desestimar en el sentido expresado el cuarto motivo del recurso».(el subrayado es nuestro).

Entendemos que no puede prosperar la pretensión ejercitada por la recurrente, y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, y como hemos analizado, el carácter no esencial del plazo previsto para que el órgano de contratación adjudique el contrato, implica que de su incumplimiento no se derive un defecto invalidante de dicha adjudicación, siendo la única consecuencia legal del mismo la posible retirada de su proposición por la licitadora. En el caso que nos ocupa, y como el propio informe del órgano señala, la imposibilidad de adjudicación en plazo de la presente licitación -que debería haber acontecido con anterioridad al 29 de enero de 2023- es imputable

exclusivamente a la conducta de las dos únicas licitadoras concurrentes que han abocado a la declaración de desierta de la licitación, por no existir ninguna oferta o proposición admisible.

En efecto, el presupuesto de hecho necesario para que nazca el derecho de las entidades licitadoras a retirar su oferta y, en su caso, a que se le devuelva la garantía provisional, es que no tengan conocimiento de la adjudicación del contrato, dentro del plazo señalado en el artículo 158.2 de la LCSP, sin que sea necesaria más justificación para que puedan ejercitar dicho derecho.

En el supuesto examinado, el plazo a contar desde la apertura de las proposiciones finalizaría el 29 de enero de 2023, y sin embargo, la entidad recurrente comunica al órgano de contratación la retirada de su oferta, en un momento anterior al transcurso del plazo de los dos meses que marca la ley, en concreto el 10 de enero de 2023, fecha en la que estaba comprometida a mantener la oferta que había presentado, sin que pueda escudarse, como pretende hacer valer, en el hecho de que se había efectuado una propuesta de adjudicación a favor de otra licitadora, la inicialmente propuesta como adjudicataria. Tal justificación no puede enervar la consecuencia anudada a la retirada "prematura" de la oferta a que se había comprometido fuera del momento procedimental en que nacería el derecho a la retirada de la oferta sin imposición de penalidad alguna, que no es otro sino la superación por el órgano de contratación del plazo de dos meses que marca la ley para la adjudicación del contrato a contar desde la fecha de la apertura de las proposiciones.

El motivo en que pretende ampararse la recurrente no es admisible, ni justifica en modo alguno la retirada de su oferta ya que parece ignorar que la propuesta de adjudicación -inicialmente a favor de GRULOP 21- no crea derecho alguno a favor de aquella, y pudiera suceder, como efectivamente aconteció después, que la entidad propuesta como adjudicataria no acreditase el cumplimiento de los requisitos previos, y tuviera que solicitarse (como así sucedió) la documentación a la siguiente licitadora por el orden en que hubieren quedado clasificadas, en este caso, la propia recurrente. En este sentido, no enervan la conclusión anterior las vicisitudes relacionadas con la manifestación de la pérdida de la clasificación empresarial por la empresa GRULOP 21, relatadas de manera prolija, tanto en el recurso como en el informe del órgano de contratación, y con las que la recurrente pretende justificar su actuación. Estima este Tribunal que tales vicisitudes, con independencia de que además no afectan directamente al objeto propiamente del presente recurso, a fecha de hoy -tal y como queda acreditado en el expediente administrativo- han motivado el acuerdo de inicio de los trámites para la declaración de estar incursa la entidad GRULOP 21 en prohibición de contratar, por la concurrencia de la causa prevista en el artículo 71.2 letra a) de la LCSP y la consecuente incautación de la garantía provisional constituida por aquella licitadora. De ahí que no asista la razón a la recurrente para impetrar el derecho a retirar su oferta.

Debe desestimarse la pretensión ejercitada, y con ello, el motivo alegado.

En segundo lugar, la recurrente denuncia la falta de motivación del acuerdo de declaración de desierta de la licitación, por no contener la información necesaria que permita al licitador excluido interponer un recurso suficientemente fundado contra la decisión adoptada por el órgano de contratación.

Pues, bien, con relación a la motivación de los acuerdos de adjudicación, y por ende, a los acuerdos de declaración de desierta de las licitaciones, este Tribunal tiene una doctrina consolidada en reiteradas resoluciones. Por todas, se cita la Resolución 93/2017, de 12 de mayo, que si bien fue dictada bajo la vigencia del anterior texto normativo, su doctrina sigue siendo perfectamente aplicable en la actualidad. En la misma se señalaba:

«(…) en cuanto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal -manifestada, entre otras más recientes, en las Resoluciones 431/2015, de 29 de diciembre, 28/2016, de 11 de febrero, 69/2017, de 6 de abril y 75/2017, de 21 de abril- que la adjudicación y por ende, la exclusión se entenderán motivadas adecuadamente si al menos contienen la suficiente información que permita al licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

Por su parte, el artículo 151.4 del TRLCSP exige que la resolución de adjudicación del contrato sea motivada y se notifique a todas las licitadoras y respecto a las excluidas, el precepto legal señala que deberá expresarse en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta.
(...)
Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que las licitadoras puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.

En el caso que nos ocupa, procede pues examinar si la notificación del acuerdo de exclusión de la oferta de RELIEVE MDC, contiene la motivación suficiente en el sentido expuesto en este fundamento de derecho para que la recurrente pueda interponer un recurso suficientemente fundado.

En este sentido, dicha notificación le informa que la puntuación que ha obtenido en el criterio de adjudicación evaluable mediante juicio de valor "Calidad de la metodología propuesta o, en su caso, memoria en relación con los trabajos objeto de licitación", ha sido de 13 puntos por lo que no supera el umbral mínimo exigido de 15 puntos en el Anexo VII del PCAP. Sin embargo, en la notificación de la exclusión de la oferta no se mencionan ni siquiera en forma resumida las razones por las que su oferta ha obtenido los 13 puntos.

Como se ha expuesto anteriormente, la motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto, circunstancia que no ocurre en el supuesto examinado en el que la recurrente desconoce por completo cuáles han sido las concretas reflexiones que se han llevado a cabo por el órgano de contratación para otorgarle dicha puntuación a su oferta, sin que pueda llegar a comprender la justificación de la misma (…)»

La recurrente menciona entre las deficiencias de motivación que alega: (i) que no se haya indicado la ausencia de la verdadera razón por la que se excluye la oferta de la licitadora GRULOP 21, (ii) la ausencia de las razones "*justificadas por la empresa DÍAZ CUBERO y motivo por el que se excluye su oferta".* (sic)

Pues bien, este Tribunal estima que la resolución de declaración de desierta no adolece de la falta de motivación que se denuncia, ya que relata, entre los antecedentes administrativos, las actuaciones procedimentales de interés, con relación a las dos únicas licitadoras, que determinaron la inexistencia de ofertas admisibles, y que han abocado al órgano de contratación a declarar desierta la licitación, en aplicación *a sensu contrario* del artículo 150.3 de la LCSP. Por lo tanto, se cumplen las exigencias de motivación que exige la Ley.

Por otra parte, no puede compartir este Tribunal que la falta de indicación exhaustiva de los extremos que alega haya impedido a la recurrente interponer un recurso contra el acto que impugna, máxime cuando no solamente es conocedora de las vicisitudes con relación a la comunicación de la pérdida de la clasificación empresarial por la entidad GRULOP 21, sino que es plenamente conocedora, como no puede ser de otro modo, de las razones que esgrimió para motivar la retirada de su oferta.

Otra cosa es que pretenda "forzar" en la declaración de desierta de la licitación, como en el fondo pretende hacer valer, la declaración por parte de la Administración de que ha retirado de manera justificada su oferta y por tanto, que no proceda la imposición de penalidad alguna, pero tal pretensión ni encuentra acomodo en este momento procedimental, y excede del objeto de la resolución de declaración de desierta que se limita simplemente a constatar la inexistencia de ofertas admisibles, que es lo que ha sucedido, y a dar por finalizado el procedimiento de licitación. Cuestión distinta es la determinación de las consecuencias anudadas a la conducta de ambos licitadores, que abocaron a la declaración de desierta de la licitación, y que han dado origen, como ha quedado acreditado en el expediente administrativo, a los acuerdos de inicio de sendos procedimientos para la declaración de estar incursa en causa de prohibición para contratar, y la incautación de la garantía provisional, en el caso de GRULOP 21 y la imposición de la penalidad prevista en el pliego, en el caso de la recurrente, ante la retirada injustificada de su oferta.

Finalmente, y con relación a la alegación de indefensión generada, a juicio de la recurrente, por la falta de respuesta por parte de la Administración a la petición de vista y acceso al expediente de contratación, a fin de comprobar la documentación que había aportado y acreditado la entidad GRULOP en el procedimiento de contratación así como si le ha sido impuesta penalidad alguna e incautación de la garantía provisional, hemos de recordar que, tal y como se ha expuesto con anterioridad, la recurrente solicitó el acceso y la vista del expediente en el mismo escrito en el que comunicó al órgano de contratación la retirada de su oferta del procedimiento de licitación. Cabe cuestionarse, por tanto, en primer lugar, la legitimación de la recurrente para ejercitar una pretensión –la de acceder a la documentación de otro licitador- que en nada afectaba a la esfera jurídica de sus intereses, y al derecho de defensa del mismo, toda vez que ya había retirado su oferta y, en consecuencia, el acceso pretendido a la documentación de otro licitador nada le reportaba en orden a fundamentar la pretensión ejercitada de que se declarase la caducidad del procedimiento y por extensión, que no le fuese impuesta a él penalidad alguna como consecuencia de la retirada voluntaria de su oferta.

Por tanto, este Tribunal no aprecia la indefensión denunciada, máxime cuando, como se ha indicado, nada tiene que ver la finalidad pretendida con el acceso a la documentación del otro licitador con la pretensión ejercitada en el recurso de evitar en última instancia, la imposición de penalidad por la retirada injustificada de su oferta.

Procede la desestimación del motivo alegado, y con ello, la desestimación íntegra del recurso interpuesto.

OCTAVO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

El órgano de contratación fundamenta su solicitud en los siguientes motivos:

En primer lugar, por la finalidad última que revela la recurrente con la interposición del recurso, suspender un expediente de incautación de garantía provisional por retirada injustificada de su proposición, con el fin de beneficiarse de una paralización de un procedimiento sancionador, enmascarándolo a través de un recurso contra un acto no de trámite.

En segundo lugar, porque la empresa recurre una resolución de declaración de desierto, que se produce como consecuencia de su propia actuación siendo doctrina conocida que las declaraciones de desierto nos son actos de trámites recurribles ante este Tribunal como objeto de recurso especial.

Pues bien, sobre la imposición de multa, el artículo 58.2 de la LCSP establece lo siguiente: «*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:

> *"Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)".*

Al respecto, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita».*

Sin embargo, la mala fe tiene un sentido más restringido, porque precisa de un componente malicioso que no concurre en la temeridad. Supone un comportamiento deliberado en la formulación de pretensiones jurídicas,

que a sabiendas se aparta de la exigible acomodación a la normativa jurídica de la institución de que se trate. La mala fe exige una intencionalidad manifiesta de bordear o incumplir la norma con peticiones que no se corresponden con las que se derivan del derecho ejercitado. Podría decirse que la temeridad asemeja una actitud culposa, mientras que la mala fe, precisa de un notable componente doloso.

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia que la interposición del presente recurso representa un supuesto paradigmático de actuación del licitador temeraria y bordeando la finalidad torticera o maliciosa, en la medida que va en contra de sus actos propios, al recurrir una declaración de desierta de la licitación a la que se ha visto abocada la propia Administración como consecuencia, entre otras, de la retirada injustificada de su oferta. Ello supone una infracción clara de la doctrina de los actos propios que significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio que se resume en el aforismo latino: «*venire contra factum proprium non valet*».

Este comportamiento es indicativo de manifiesta temeridad y supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, como señala el órgano de contratación al manifestar que la auténtica finalidad que revela el recurso es la suspensión del procedimiento de incautación de la garantía provisional, que es una consecuencia ineludiblemente aparejada a la retirada voluntaria de su oferta.

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, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad y mala fe.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.».

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación o a los licitadores en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues el órgano de contratación tampoco los cuantifica, pero las circunstancias expuestas de temeridad manifiesta 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 manifiesta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DÍAZ CUBERO, S.A.** contra la resolución de declaración de desierto del procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Obra de sustitución a centro de dos líneas de infantil y primaria, tipo C2, en el CEIP Bernardo Barco de La

Campana (Sevilla) (401/ISE/2021/SC), con origen de financiación en fondos europeos", (Expte. CONTR 2022 0000910279)» convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

SEGUNDO. Acordar el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del acto impugnado acordada en la Resolución MC 36/2023 de este Tribunal de fecha 31 de marzo de 2023.

TERCERO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP en la cuantía máxima de 1.500 euros.

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.