

Recurso 435/2023
Resolución 493/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 9 octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **CLUB DEPORTIVO FANTASIA**, contra la exclusión de su oferta, con relación al lote 8, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463), convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de abril de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 2 de mayo de 2023 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento. El valor estimado del presente acuerdo marco es de 46.338.486,08 €.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 29 de agosto de 2023 acuerda la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al lote 8 por no subsanar correctamente la documentación requerida, en concreto, por el siguiente motivo: «*No aporta la subsanación de la documentación previa a la adjudicación en el plazo concedido al efecto a través del SIREC-PORTAL DE LICITACIÓN ELECTRÓNICA*».

Con fecha 30 de agosto de 2023 se notifica a la recurrente la exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación.

El 1 de septiembre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el acuerdo marco citado en el encabezamiento. En dicha resolución se contiene la exclusión de la oferta presentada por la entidad recurrente por el motivo anteriormente indicado, respecto del citado lote 8. La resolución de adjudicación fue notificada a la recurrente y publicada en el perfil de contratante el 4 de septiembre de 2023.

SEGUNDO. El 13 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación respecto del lote 8 y contra la adjudicación.



El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano con fecha 21 de septiembre.

Dados los numerosos licitadores intervinientes en este lote, y en otros en esta misma licitación, y visto que no había transcurrido a la fecha de interposición del recurso el plazo para interponer recurso contra las exclusiones acordadas en dicho lote y en otros, este Tribunal no procedió a remitir este recurso para alegaciones hasta la expiración de dicho plazo, a efectos de agilizar la tramitación de los recursos, pues las notificaciones en todos los lotes han sido muy numerosas.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles el día 28 de septiembre de 2023 al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna a fecha de 5 de octubre, día último para poder presentarlas.

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, respecto del lote 8, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco 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.b) y 2.b) 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

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



La recurrente interpone el presente recurso contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, solicitando de este Tribunal: «Asunción Sánchez Sánchez, en nombre y representación de CLUB DEPORTIVO FANTASIA, con domicilio en Sevilla, Plaza Alegre, nº 5 y CIF nº G90418484.

EXPONE:

Que he recibido notificación de exclusión de lotes 8 según expediente CONTR 2022 0000637463, por no aportar la documentación de subsanación en el plazo requerido. Ante lo anterior deseo efectuar las siguientes

ALEGACIONES:

Con fecha 25/08/2023, recibí la notificación en la que se me solicitaba la subsanación de los defectos en la solicitud de licitación, indicando en la misma, que el plazo para presentación, era el indicado en el PORTAL DE LICITACIÓN – SIREC, al cual accedí en varias ocasiones para aportar dicha documentación, desde el momento en el que recibí la misma, pero sin poder hacerlo, debido a que el plazo indicado en dicho portal, era anterior a la fecha de recepción de la notificación (21/08/2023).

Es por lo que,

SOLICITO:

La apertura de un nuevo plazo para la presentación de la documentación requerida para la subsanación del expediente, ya que, considero que, la recepción de la notificación es posterior a la fecha de finalización del plazo.

Sevilla a trece de septiembre de dos mil veintitrés.».

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras relatar las principales actuaciones procedimentales, interesa, la desestimación de este sobre la base de las alegaciones que, de manera sucinta, pasamos a exponer:

En primer lugar, alega que puede comprobarse a través de la evidencia generada por el sistema informático SIREC Portal de licitación que el envío de la notificación de subsanación a la entidad recurrente se realizó el 16 de agosto de 2023 (Puesta a disposición: 16/08/23 13:21)y que, en esa misma fecha, se publicó el acta de la sesión de la mesa de contratación en el perfil del contratante (referencia de publicación 2023- 0001296030) donde se detallaban las personas licitadoras que, tras haber sido analizada por la mesa de contratación la documentación aportada en el trámite de requerimiento previo, se observaban incidencias consideradas subsanables. En la página 32 del acta 4 se detallaban los aspectos que la ahora recurrente debía subsanar, que son:

“- Deberá aportar escritura o documento de constitución, los estatutos o acto fundacional debidamente inscritos en el Registro Público que corresponda, así como el número de identificación fiscal. (Solo aporta Estatutos).

- Deberá aportar bastanteo de los poderes de representación. Y DNI del representante o documento que haga sus veces.

- Deberá acreditar su solvencia económica con los libros de contabilidad debidamente legalizados en el Registro oficial (Registro Andaluz de Actividades Deportivas) o declaración fiscal que corresponda.

- Debe aportar los certificados de los servicios relacionados en el Anexo XIII-A debidamente cumplimentado en cuanto a los periodos estipulados en el apartado 4 del Anexo I del PCAP e importes de los servicios ejecutados en los citados periodos. Debe aportar el Anexo XIII-A siguiendo las indicaciones establecidas en el PCAP.

- Deberá aportar certificado positivo expedido por la AEAT de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

- Deberá aportar certificado positivo expedido por la Admon. Tributaria de la Junta de Andalucía de la inexistencia de deudas de naturaleza tributaria con la administración autonómica.



- Deberá aportar certificado positivo expedido por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

- Si la persona licitadora se hubiera dado de alta en el Impuesto sobre Actividades Económicas en el ejercicio corriente, deberá presentar justificante de estar dada de alta en el cualquiera de los siguientes epígrafes del citado impuesto correspondiente al objeto del contrato, esto es, en las Sección 1: 933.9 – 966.9 – 967.2 o Sección 2: 822 – 823- 824 - 826. En caso de que se hubiera dado de alta en otro ejercicio, deberá presentar el justificante de pago del último recibo.

En ambos supuestos, se acompañará una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado impuesto.

En caso de estar exenta de este impuesto presentarán declaración justificativa al respecto.

- Deberá aportar Anexo XVI del PCAP, de DECLARACIÓN CUMPLIMIENTO OBLIGACIÓN DEL 2% DE PERSONAS TRABAJADORAS CON DISCAPACIDAD O ADOPTAR MEDIDAS ALTERNATIVAS Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA VIGENTE PARA LA IGUALDAD, debidamente cumplimentado y firmado.

- Deberá aportar Anexo XIX de DECLARACIÓN SOBRE EL LUGAR DONDE SE UBICARÁN LOS SERVIDORES Y DESDE DONDE SE PRESTARÁN LOS SERVICIOS ASOCIADOS A LOS MISMOS, debidamente cumplimentado y firmado.

- Deberá aportar pólizas de seguros que se indican en el Anexo I-apartado 13, entre cuyos beneficiarios se incluirá a la Agencia Pública, por los conceptos, cuantías, coberturas, duración y condiciones que se establecen en el mismo. Además, debe aportarse el compromiso expreso de la persona licitadora propuesta adjudicataria de renovar anualmente la póliza de seguro durante toda la vigencia del acuerdo marco y de los contratos basados. Capital mínimo asegurado de TRECIENTOS MIL QUINIENTOS EUROS (300.500 euros).”

Continúa el informe alegando que:

“De este modo, tal y como se establece en el pliego y en la LCSP, el plazo de subsanación era de 3 días naturales desde la fecha de envío de la notificación de subsanación, al cumplirse los preceptos legales para ello. Su plazo de subsanación conforme a lo dispuesto en el PCAP concluía el 21 de agosto a las 23:59 horas, tal y como establece Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 55/2019, sobre subsanación de documentos en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en cuyas consideraciones jurídicas se recoge lo siguiente: “Tanto el artículo 141 de la LCSP que establece claramente un plazo de tres días al empresario para que corrija los defectos observados, como la Disposición Adicional 15ª, que fija la regla según la cual los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el perfil del contratante del órgano de contratación, establecen normas completas, claras y precisas, que no requieren ser suplidas ni completadas por la normativa general.”

Como se desprende de la evidencia de la notificación de subsanación obrante en el expediente, el envío de la notificación de subsanación a la entidad recurrente se realizó el 16 de agosto de 2023, siendo el mismo 16 de agosto cuando se publicó en el perfil del contratante (referencia de publicación 2023- 0001296030) el acta de la sesión de la mesa de contratación donde acordó requerirle de subsanación.

Expresamente afirma que:

“Miente la recurrente al decir que recibió la notificación el 25 de agosto de 2023 y que la recepción de la notificación es posterior a la fecha de finalización del plazo de subsanación concedido pues la citada notificación estaba puesta a su disposición el 16/08/23 13:21, no siendo objeto de lectura por la recurrente hasta el día 25/08/23 09:13 concluido ya el plazo de subsanación concedido conforme a la ley.

Y ello es así pues la disposición adicional decimoquinta de la LCSP dispone que el plazo de subsanación de la documentación referente a los requisitos previos para contratar ha de contarse desde la fecha de la comunicación



que, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, le haya dirigido al licitador el órgano de contratación, con independencia de la fecha en que el licitador acceda al contenido de la misma, siempre que se cumpla la condición de que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación, como así acontece en relación con la recurrente.

En consecuencia, y dado que el estado de la Plataforma de Contratación del Sector Público con el que se inicia el cómputo de los plazos para proceder a la subsanación de la documentación correspondiente a los requisitos previos para contratar es el de “puesta a su disposición” puesto que dicha fecha coincide con la fecha de publicación en el Perfil de contratante del órgano de contratación del acta donde se acuerda tal subsanación, el plazo de subsanación vence el 21 de agosto a las 23:59 horas siendo responsable la ahora recurrente de su no lectura hasta el 25 de agosto momento en el que ya era imposible presentar la documentación requerida no pudiéndosele conceder ahora la apertura de un nuevo plazo para la presentación de la documentación requerida para la subsanación del expediente como pretende la recurrente con la interposición del recurso siendo la actuación de la Mesa de Contratación conforme a derecho.”

No cabe atender a la pretensión de la recurrente y admitir la apertura de nuevo plazo de subsanación para presentar ahora la documentación que no presento en el plazo concedido, sin vulnerar el principio de igualdad de trato. (...)

Lo anterior, determina la imposibilidad de, como pretende la recurrente, la apertura de nuevo plazo de subsanación para presentar ahora la documentación que no presento en el plazo concedido, no pudiendo en ningún caso trasladar al órgano de contratación las consecuencias de su falta de diligencia, más aun cuando consta en el expediente la evidencia de que la notificación de subsanación enviada a la recurrente estaba a su disposición desde el 16 de agosto no siendo objeto de lectura por la recurrente hasta el 25 de agosto.

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en diversas Resoluciones, tales como la Resolución 214/2018, de 13 de julio, al disponer que “En definitiva, el principio de igualdad de trato supone que las licitadoras deben poder conocer con claridad los requisitos y trámites procedimentales que resultan aplicables y la imposibilidad de modificar a favor de una licitadora los requisitos exigidos para todas ellas. Si la licitadora no cumplimenta adecuadamente el requerimiento dentro de los plazos concedidos, ello determinará la exclusión del procedimiento (v.g. Resoluciones de este Tribunal 306/2016 y 309/2016, de 2 de diciembre, 37/2017, de 27 de enero y 21/2018, de 31 de enero, entre las más recientes)”.

Por lo tanto, estableciendo el pliego como consecuencia de no atender a la subsanación la exclusión definitiva de la persona licitadora, estima que la mesa de contratación actuó correctamente al excluir la oferta presentada por la recurrente del procedimiento de adjudicación. A más invoca el pronunciamiento contenido en el referido Informe 55/2019, sobre subsanación de documentos en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, que analizando un supuesto similar, concluye que “(...) el estado de la Plataforma de Contratación del Sector Público con el que se inicia el cómputo de los plazos para proceder a la subsanación de la documentación correspondiente a los requisitos previos para contratar es el de “enviado” puesto que el envío de la comunicación de aviso de remisión de comunicación electrónica correspondiente a la necesidad de subsanación es simultáneo a su puesta a disposición del licitador en la Plataforma de Contratación del Sector Público y, además, el licitador puede acceder a la comunicación electrónica correspondiente directamente desde dicho correo de aviso mediante un enlace ad hoc”

En el informe además se alega la falta de legitimación activa del licitador excluido para recurrir el acto de adjudicación, resultando apreciable incluso cuando su exclusión no haya adquirido firmeza, siempre y cuando es definitiva en vía administrativa.



Finalmente, solicita la imposición de multa en cuantía mínima de 3000 euros a la vista de las alegaciones del recurso y dado el carácter temerario de la pretensión del recurso, y con la finalidad de evitar que el derecho al recurso especial se utilice de manera abusiva, pues en la contratación pública también está presente el interés general, digno de tutela.

SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal. Previa: sobre la causa de inadmisión alegada por el órgano de contratación.

El órgano de contratación en el informe al recurso solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación activa del recurrente excluido, alegando la ausencia de interés legítimo de aquella para recurrir la adjudicación del contrato.

Pues bien, no puede prosperar el motivo de inadmisión del recurso, por falta de legitimación activa, alegado por el órgano de contratación puesto que como el propio informe del órgano señala, el acto identificado como recurrido en el presente recurso es precisamente el acto de exclusión que le fue notificado individualmente, y no la resolución de adjudicación.

SÉPTIMO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal sobre la conformidad a derecho de la exclusión de la oferta de la recurrente.

Con carácter previo, al objeto de centrar la actuación impugnada, procede relacionar, si bien de manera breve, las actuaciones de la mesa de contratación desde su constitución para el examen de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos hasta el acuerdo de exclusión que ahora se recurre.

En lo que aquí concierne, la recurrente fue requerida para que, en un plazo de diez días hábiles, a contar desde el envío del requerimiento, presentara ante el órgano de contratación, la documentación contenida en la cláusula 10.7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Una vez aportada la citada documentación, según consta en el acta número 4, la mesa de contratación en sesión celebrada el 11 de agosto de 2023 acuerda requerir a la ahora recurrente para que subsane, en lo que aquí concierne, la documentación que ya ha sido expuesta en las alegaciones del órgano de contratación.

El pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece en el apartado II:

“ADJUDICACIÓN DEL ACUERDO MARCO.

8. Procedimiento de celebración del acuerdo marco.

El acuerdo marco se adjudicará mediante procedimiento abierto. En el Anexo I-apartado 6 se indicará la forma de tramitación del expediente. En el mismo apartado del Anexo I también se establecerá la posibilidad o no de incluir variantes.

Conforme al apartado tres de la disposición adicional decimoquinta de la LCSP, la licitación del presente acuerdo marco tendrá carácter exclusivamente electrónico, por lo que la presentación de las ofertas y la práctica de las notificaciones y comunicaciones derivadas del procedimiento de adjudicación se realizarán por medios electrónicos.

A estos efectos, las personas licitadoras deberán estar registradas en el Sistema de Información de Relaciones Electrónicas en materia de Contratación, SiREC-Portal de licitación electrónica (en adelante SiREC-Portal de licitación electrónica), según las especificaciones recogidas en el Manual de servicios de licitación electrónica SiREC-Portal de licitación electrónica publicado en el siguiente enlace:

<https://juntadeandalucia.es/temas/contratacion-publica/perfiles-licitaciones/licitacion-electronica.html>

(...)



El registro en el SiREC-Portal de licitación electrónica requiere el alta de la persona usuaria en la dirección electrónica habilitada de la Junta de Andalucía para la práctica de las notificaciones electrónicas que deriven del presente procedimiento de adjudicación. Las notificaciones electrónicas estarán disponibles en el servicio de notificaciones “Expediente de contratación Junta de Andalucía” de la entidad de emisora “Contratación de la Junta de Andalucía”.

A la vista está que no presenta ningún documento de acuerdo con el art. 51 LCSP en el que fundamenta su derecho, es decir, no se pone en evidencia el correo electrónico del que se sirve para poder apoyar sus manifestaciones en el escrito de recurso. Parece desprenderse que la recurrente confunde la recepción de la notificación con la remisión a efectos del cómputo del plazo de conformidad con la D.A. 15, es decir, la recurrente desconoce que en este supuesto el cómputo del plazo se inicia al día siguiente de la remisión de la notificación y no con el acceso al contenido, por lo que la fundamentación que realiza en el escrito de recurso no tiene cabida, en tanto que trata de aplicar el régimen general de notificaciones que no se aplica al presente procedimiento.

No acredita que lo que recibiera lo fue el día 25 de agosto. No explica nada acerca de esto la persona recurrente, además obviando que recibió el correo electrónico como acredita el justificante de Sirec.

Examinado el contenido del recurso, el mismo adolece de la concreción debida, que supondrá la carencia del mismo del contenido impugnatorio suficiente pues nada se alega sobre los aspectos sobre los que este Tribunal debe pronunciarse, así como tampoco acompaña documentos conforme al artículo 51 de la LCSP en la que se funde su Derecho.

Pues bien, lo primero que se observa es que en el escrito de impugnación no se invoca infracción de ningún precepto de la LCSP, ni vulneración de principio básico alguno de la contratación pública, como se ha indicado, el recurso se circunscribe a conjeturas sin llegar a ninguna conclusión que ponga de relieve la nulidad o anulabilidad de la resolución de adjudicación.

Al respecto cumple señalar, por un lado, que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (valga por todas una de las primeras resoluciones, la 62/2012, de 29 de febrero y la 143/2021, de 15 de abril), sobre la función que ostenta exclusivamente revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, en el marco de lo dispuesto en el artículo 57 de la LCSP.

Sobre lo anterior, como hemos señalado en otras ocasiones (v.gr. Resolución 302/2020, de 10 de septiembre) «*El artículo 51.1 de la LCSP exige que en el escrito de interposición de recurso se especifiquen los motivos que lo fundamenten, puesto que el Tribunal no puede sustituir a la entidad recurrente en su obligación de presentar un recurso debidamente fundado, construyendo un argumento o fundamentación que compete a aquella. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en supuestos similares al presente, valga por todas la Resolución 304/2019, de 24 de septiembre*».

Lo anterior determina, pues, la inadmisión del alegato por su falta de contenido impugnatorio en relación con las competencias que tiene atribuidas este Órgano, respecto de la exclusión, que es lo que verdaderamente le otorga legitimación material para acceder al recurso, pues nada concreto se expone sobre la cuestión que pudiera ser la controvertida y qué es lo que se ha acreditado ante el órgano de contratación.

El artículo 57.2 de la LCSP establece que “*La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones no conformes a derecho adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el*



anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. En todo caso la estimación del recurso que conlleve anulación de cláusulas o condiciones de los pliegos o documentación contractual de naturaleza análoga, determinará la anulación de los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación”.

Finalmente, el presente recurso incide únicamente en que la notificación la recibió el día 25 de agosto, con posterioridad al vencimiento del plazo para subsanar, pero no presenta ninguna evidencia junto con el recurso especial presentado.

Lo expuesto conduce a que, en el presente supuesto, debe estimarse que dicha legitimación decae por cuanto se ha argumentado en el cuerpo de la presente resolución, la falta de contenido impugnatorio en cuanto a la exclusión lo que conlleva la inadmisión del escrito de recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.b) de la LCSP.

Por tanto, con base en las consideraciones realizadas en el cuerpo de esta resolución, el recurso debe ser inadmitido por falta de contenido impugnatorio respecto de la exclusión.

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

Estimamos que el recurso adolece de una falta de viabilidad jurídica y que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, debido a la falta de contenido impugnatorio. El órgano de contratación en el informe al recurso especial solicita multa.

Sobre lo anterior, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma»*, en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional: *«Es criterio de esta Sala que “La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución” (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular “algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas” (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014).*

Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)).



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

En este supuesto, el Tribunal, tras el análisis del contenido del presente recurso, aprecia la evidente falta de fundamentación y de viabilidad jurídica del mismo en tanto que la fundamentación respecto a la exclusión carece del contenido impugnatorio mínimo. Articula un recurso fundado en una serie de irregularidades de la resolución de exclusión de carácter genérico, e impreciso.

Lo anterior evidencia un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación.

Ello ha dado lugar a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2023, dictada en el procedimiento ordinario 0001329/2021 contra la resolución de 5 de febrero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido a calificar la posibilidad de establecimiento de la multa recogida en el artículo 58.2 LCSP, de tal modo que reconoce que *“la previsión de tales penalidades encuentra su razón en las peculiares características del recurso especial, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de reforma de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que transpuso a nivel interno la Directiva 2007/166/CE, de 11 de diciembre, de regulación de los recursos en materia de contratación con la finalidad de reforzar los efectos de la impugnación contractual permitiendo obtener una resolución eficaz, lo que pretendía conseguirse mediante la suspensión del acuerdo de adjudicación hasta el transcurso del plazo de interposición del recurso y su mantenimiento hasta su resolución, cuya implantación, sin embargo, llevó al establecimiento al mismo tiempo de medidas dirigidas a impedir la indebida utilización de dicho recurso.*

Como esta Sección ha señalado ya, por ejemplo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2020 (recurso 297/2018), ante el silencio al respecto de la Directiva 2007/66/CE, el dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 emitido en relación con el anteproyecto de ley que dio lugar a aquella Ley 34/2010, echaba "en falta la articulación de algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial. Así, se ha señalado en el expediente que la regulación proyectada podría completarse introduciendo la posibilidad de inadmitir el recurso en los supuestos tasados legalmente; o incluso podría atribuirse al órgano independiente la facultad para sancionar al recurrente en casos de temeridad o mala fe (...). Es cierto que la Directiva 2007/66/CE pone el acento en la articulación de un sistema de recursos rápido y eficaz para garantizar una adecuada protección de los derechos de licitadores y candidatos. Pero no lo es menos que 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". Como se ha dicho en la Sentencia de esta Sección de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014), "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".



Asimismo, reconoce la sentencia ser una “*sanción dirigida a hacer efectivo el medio de impugnación utilizado, es decir, una especie de la categoría de las denominadas sanciones de autoprotección*”. Es decir, el recurso interpuesto, era, dada la obviedad de su inadmisión, totalmente prescindible, pudiendo calificarse como temeraria la actitud al interponerlo. El mismo ha dado lugar a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su inadmisibilidad e inviabilidad jurídica, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano. Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad.

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

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación.

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras, si bien no en su cuantía inferior, dado que el recurso especial ha supuesto una carga adicional prescindible en la tramitación del procedimiento de contratación

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLUB DEPORTIVO FANTASIA**, contra la exclusión de su oferta, con relación al lote 8, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, dada falta de contenido impugnatorio por los motivos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

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

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

