

### **Temeridad por el ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación**

Jaime Pintos Santiago y María Dolores Fernández Uceda. Departamento Legal Jaime Pintos Abogados & Consultores

Ha de calificarse como agravada la temeridad en la interposición del recurso especial cuando pretende retrasar el proceso en beneficio propio y, además, incrementa de manera abusiva la carga de asuntos del Tribunal.

Así lo ha determinado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA) en la Resolución nº 522/2021, de 3 de diciembre, con motivo del recurso especial en materia de contratación interpuesto por una licitadora contra la resolución de adjudicación del contrato denominado “Concierto social para la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana en Andalucía (Expte. 2020-524487, 77/2020), respecto del lote 7.B.8. Málaga (Este), convocado por la Consejería de Salud y Familias.

La temeridad de la recurrente comienza poniéndose de manifiesto al solicitar el acceso al expediente, que el TARCJA rechazó por haber formulado la solicitud cuando restaban menos de cinco días hábiles para la conclusión del plazo de formulación del recurso, incumpliendo el plazo previsto en el artículo 52 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

También constituyó motivo de rechazo el hecho de que la recurrente no concretó ni la documentación que deseaba examinar ni el interés o motivo concreto que pudiera justificar el acceso solicitado, resultando que “el derecho de acceso debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otro licitador”. [1]

A continuación, el TARCJA analiza la legitimación de la recurrente, invocando la doctrina del Tribunal Supremo [2] sobre la legitimación activa, de donde resulta que “siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso sólo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato”. En el presente caso, la oferta de la recurrente en el orden de clasificación de ofertas había quedado situada en quinto lugar.

La recurrente manifestaba su desacuerdo respecto a la valoración de dos de los criterios de adjudicación y consideraba que la Mesa de Contratación le debió conceder un plazo para la subsanación de los defectos u omisiones que pudiera contener su oferta. Y el Tribunal puntualiza

que, en caso de una eventual estimación de sus pretensiones, la oferta de la recurrente sólo obtendría 20 puntos adicionales, por lo que en ningún caso podría dar lugar a que se alzase con la adjudicación del contrato.

Por este motivo, el TARCJA concluye que se aprecia causa de inadmisión del recurso, lo que hace innecesario examinar los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos de fondo en que el mismo se ampara. No obstante, analiza si la Mesa de Contratación debió haber concedido la posibilidad de subsanar su oferta a la recurrente, que admite que no presentó determinada documentación necesaria para la valoración de uno de los criterios de adjudicación y no facilitó la información necesaria para la valoración del otro de los criterios.

En relación al trámite de subsanación, manifiesta el Tribunal que está previsto para deficiencias con relación al cumplimiento de los requisitos previos y la documentación previa a la adjudicación, pero no respecto a la parte de la oferta susceptible de valoración mediante los criterios de adjudicación previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pues ello podría conllevar la modificación de la propuesta inicial presentada.

En este sentido, señala [3] que la jurisprudencia europea[4] viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora, siendo este principio la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. En el presente caso, añade el TARCJA, “si la mesa de contratación hubiera permitido a la recurrente subsanar las deficiencias de su proposición le habría dado la opción, de forma inevitable, a modificar su oferta inicial presentada lo que supondría – como anteriormente se ha dicho – la conculcación del principio de igualdad de trato entre licitadores proscrito por la jurisprudencia europea, motivos por los que se habría procedido en cualquier caso a la desestimación del recurso”.

Por su parte, el órgano de contratación solicitó la apreciación de temeridad o mala fe en la interposición del recurso, pues la pretensión de la recurrente carece de fundamento y la interposición del recurso había perjudicado directamente la ejecución normal de la licitación, tanto por la especial sensibilidad de su objeto – prestación dirigida a la población infantil menor de seis años con trastornos del desarrollo o riesgo de presentarlos – como por haber forzado al órgano de contratación a prorrogar a las entidades prestatarias del servicio en tanto se levantaba la suspensión del procedimiento, con el consiguiente perjuicio económico directo causado sobre las entidades adjudicatarias, quienes, en sus escritos de alegaciones, se manifestaron en términos similares al órgano de contratación.

Y el TARCJA, recordando que la jurisprudencia [5] viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica, determina que el recurso especial analizado carece de una falta clara de viabilidad jurídica, no sólo por la falta de

consistencia de las alegaciones sino porque, aunque se estimaran las pretensiones de la recurrente, ésta no resultaría adjudicataria del contrato.

Ello supone un ejercicio abusivo del recurso especial que, unido a 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 soporta este Órgano”. Y, de acuerdo con lo anterior, califica como agravada la temeridad en la interposición del recurso, por lo que determina que la multa a imponer sea superior en cuantía al mínimo legal.

Asunto, pues, este que nos recuerda otros similares, como la Resolución OARC del País Vasco número 077/2019, que en referencia a la mala fe o temeridad establece que procede la imposición de sanción en su grado mínimo porque no hay controversia jurídica o técnica en la impugnación, que se basa en sospechas fácilmente verificables, con lo que retrasar la formalización parece que sea el único objetivo, dando lugar a un abuso de derecho contrario:

- al adjudicatario impugnado,

- al interés del poder adjudicador

- y al de los propios usuarios del servicio.

Elementos a los que ahora el TARCJA podríamos decir que de alguna manera añade con esta resolución como contrario a la carga adicional de asuntos que soporta el Tribunal administrativo en cuestión, ergo, al interés general.

También, la Resolución nº 022/2019, de 23 de enero, Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, por recoger otro tribunal autonómico, nos recuerda el caso en que la parte recurrente fundamenta su recurso especial en materia de contratación en causas de exclusión que derivan del incumplimiento de unas características técnicas que no se cuestionan en el expediente de contratación, por lo que las razones recogidas en el informe técnico como fundamentos para excluir la oferta de la parte recurrente, nada tienen que ver con las razones técnicas que son objeto del escrito de recurso, lo que motiva su desestimación y la imposición de multa por temeridad.

Por lo que, a la hora de interponer recurso especial o reclamación en materia de contratación pública, habrá que estar atento a factores distintos, teniendo presente en todo caso si la eventual estimación del recurso nos haría resultar adjudicatarios del contrato.

[1] Véanse las Resoluciones del TARCJA nº 329/2016, de 22 de diciembre y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 710/2016, de 16 de septiembre, entre otras. Sobre el acceso al expediente también puede consultarse el artículo de PINTOS SANTIAGO, J. y CARRODEGUAS MÉNDEZ, R. El acceso al expediente de contratación pública.

[2] Véanse las Resoluciones del TARCJA nº 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 33772018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 172/2020, de 1 de junio y 254/2021, de 24 de junio.

[3] Véanse las Resoluciones del TARCJA nº 55/2019, de 27 de febrero y 377/2021, de 8 de octubre.

[4] Sentencias del TJUE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, y de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros.

[5] Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 y 10 de abril de 1990.