

Recurso 374/2024
Resolución 412/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 24 de septiembre de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSTRUCTORA SAN JOSÉ S.A.**, contra la resolución, de 5 de septiembre de 2024, de modificación del contrato denominado «Obras de reforma de edificio administrativo en Plaza de la Constitución s/n, Córdoba enmarcado en el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia y Financiado por la Unión Europea – “NEXT GENERATION EU”», (Expediente CONTR 2022/568771), convocado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de noviembre de 2022, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 18 de noviembre 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. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado de 12.051.655,36 euros.

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

Por Resolución de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de fecha 10 de febrero de 2023 fue adjudicado el contrato de “Obras de reforma de edificio administrativo en Plaza de la Constitución s/n, Córdoba” a la empresa recurrente, por un importe de 9.736.524 euros, IVA excluido, siendo el importe total, IVA incluido, de 11.781.194,04 euros,

El 5 de septiembre de 2024, se dicta resolución de aprobación de modificación del contrato, la cual resulta notificada a la empresa contratista el mismo día.

No se tiene constancia de que la resolución de modificación posteriormente haya sido objeto de formalización y su publicación en el perfil de contratante, conforme al artículo 63, 203 y 207 LCSP.

SEGUNDO. El 13 de septiembre de 2024, la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución, de 5 de septiembre de 2024, de modificación del contrato

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación y le solicitó la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha sido recibida en este Tribunal con posterioridad. En concreto se ha recibido el día 24 de septiembre de 2024, pero sin la relación de los licitadores, pues dado que el objeto del recurso es una resolución de modificación, los interesados son conocidos.

No se ha solicitado medida cautelar de suspensión, aunque debe tenerse en cuenta que es objeto del recurso una resolución de modificación del contrato no formalizada por lo que no tendría eficacia ad extra.

Tres días más tarde de la interposición se ha presentado escrito de desistimiento del recurso especial, es decir, incluso con anterioridad a la remisión del expediente por parte del órgano de contratación. No obstante, previamente a considerar desistido del recurso debemos advenir los requisitos de procedibilidad del recurso especial, a efectos de su admisión, para que, en su caso, proceder a declarar concluso el procedimiento de recurso especial incoado como consecuencia del desistimiento.

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. Preferencia en la tramitación del recurso especial.

El recurso que se examina se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por NEXT (MRR- Next Generation EU), con una tasa de cofinanciación del 100 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, dado que el artículo 58.2 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del plan de recuperación, transformación y resiliencia, señala que *«Los recursos especiales en materia de contratación que se interpongan frente a los actos y decisiones dictados en relación con los contratos a que se refiere este artículo tienen carácter de urgentes y gozan de preferencia absoluta ante los respectivos órganos competentes para resolver»*, y 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 tendrán preferencia 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»*.

TERCERO. Acto recurrible y legitimación.

Como se ha comentado, se ha presentado escrito de desistimiento del recurso especial, pero previamente a considerar desistido del recurso especial, debemos advenir los requisitos de procedibilidad del recurso especial, a



efectos de determinar si procede su admisión, para posteriormente proceder a declarar concluso el procedimiento de recurso especial incoado como consecuencia del desistimiento.

1. La recurrente impugna formal y sustantivamente la resolución de modificación de un contrato de obras (no formalizado, ni publicada la formación), cuyo valor estimado es superior a 3 millones de euros, que resultó convocado por un ente del sector público con la condición de Administración pública. Por tanto, el recurso es cuanto al acto objeto del recurso, desde un punto de vista objetivo sería procedente de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2.d) de la LCSP. La cuestión debatida está relacionada con la supuesta insuficiencia del plazo otorgado al contratista para ejecutar la modificación impuesta por el órgano de contratación.

2. Con relación a ello debe realizarse un inciso, sobre el acto objeto de recurso, dado que la remisión expresa del artículo 203 de la LCSP al artículo 153 de la misma para la formalización de los modificados, plantea la posibilidad de que los efectos de la resolución de modificación sean diferentes a los efectos de su formalización. Es decir, diferenciar entre un acto que vendría a ser la adjudicación, aquí representado por la resolución de modificación, y la formalización de la modificación. El modificado viene a ser una suerte de adjudicación directa, si bien no sujeta a un procedimiento de adjudicación por los órganos de contratación, admitida legalmente en determinados supuestos, cumpliendo las condiciones establecidas en el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203.1 de la LCSP la tramitación de la modificación de un contrato requiere un primer acto administrativo que es el acuerdo del órgano de contratación donde se toma la decisión de modificación (artículo 191.4 LCSP), y después la posterior formalización (artículo 153 de la LCSP por remisión del 203.3 como hemos citado). El artículo 153.3 LCSP, en materia de adjudicación supone imponer un plazo suspensivo entre la notificación de la adjudicación y la formalización cuando el acto recurrible a través del recurso especial en materia de contratación sea la adjudicación. Sin embargo, esto no se cita, en cuanto al efecto suspensivo cuando se trate de actos distintos a la adjudicación, por lo que se concluye que la resolución de modificación no puede equipararse al acto de adjudicación, de tal modo que el expediente administrativo para la modificación del contrato finaliza por acuerdo del órgano de contratación, al que el artículo 191.4 de la LCSP atribuye dos consecuencias, una primera, poner fin a la vía administrativa, y otra segunda, la ejecutoriedad.

Esto implica, por un lado, que en el caso de que supere el umbral para la interposición de recurso especial en materia de contratación, este acuerdo modificadorio que pone fin a la vía administrativa es, objetivamente susceptible del recurso especial en el plazo de 15 días hábiles, pues el acuerdo de modificación es inmediatamente ejecutivo, de acuerdo con el artículo 98.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante, se requiere la formalización, siendo la misma el momento en que se perfecciona un contrato, y la ejecución no puede iniciarse con carácter previo a su formalización. En una modificación, que supone ser un acto de mera ejecución contractual, supone que el contrato ya está perfeccionado y con el acuerdo modificativo se cumple con una de las posibilidades previstas en el propio pliego o en la LCSP, ejecutando el contrato, aunque se requiera su constancia formal reflejando las nuevas condiciones en cuanto difieren del contrato inicial.

Por lo que a pesar de la remisión del artículo 203.3 LCSP a las normas de adjudicación, no se trata de una decisión de adjudicación y por consiguiente ni ha de tener un procedimiento de adopción igual a la adjudicación, ni el mismo efecto en cuanto al plazo suspensivo de la formalización para permitir la interposición de recurso fundado. Es decir, la decisión de modificación, cuando es una decisión ajustada a la LCSP no supone un procedimiento de adjudicación distinto, sino un incidente de ejecución.



La Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, con la finalidad de garantizar un recurso eficaz contra la decisión de adjudicación de un contrato, considera necesario establecer un plazo suspensivo que permita entablar recurso antes de la formalización. Pero según la directiva, no es necesario que todas las decisiones tengan efectos suspensivos de la celebración de los contratos, estableciendo tal obligación solo respecto de los actos de adjudicación. La relación de estas excepciones que pueden aplicar los Estados miembros está recogida en el artículo 2 ter de la directiva de recursos.

Por tanto, cabe concluir que, a efectos de poder controlar vía recurso especial si cumplen las condiciones legalmente establecidas o si encubren una adjudicación ilegal que debió ser objeto de nueva licitación, los acuerdos modificativos tienen la consideración de decisión de adjudicación directa admitida legalmente, que si cumple los requisitos legales es un acto de ejecución del contrato formalizado.

3. Una vez sentada esta conclusión, lo cierto es que según el índice remitido solo ha existido acuerdo de modificación, sin formalizar aun, por lo que obviamente tiene el efecto de que no ha podido aún iniciarse la ejecución so pena de incurrir en vía de hecho. No obstante, existen publicaciones del anuncio de la resolución de la modificación que no de la formalización del acuerdo de modificación que es lo que exige el artículo 207 de la LCSP.

La falta de formalización supone que no pueda tampoco publicarse en el perfil del contratante conforme al artículo 207 de la LCSP, por lo que aún no podría ser público para terceros interesados, entre otros, los licitadores que intervinieron en la licitación que deben indemnizar al menos en cuanto a la posibilidad de poder quedar informados a través de la publicación en el perfil del contratante conforme al precepto citado.

4. En cualquier caso, si se llega a interponer el recurso especial contra un acuerdo de modificación el único motivo de recurso será el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la LCSP, por entender que debió ser objeto de una nueva licitación.

Es decir, no cabía alegar infracción del procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la Administración, ni de las especialidades del 207, ni cualquier otra infracción de la regulación de los modificados como parece poner de manifiesto la recurrente con su recurso. Ello supone que cada vez que se interpone recurso contra el acuerdo de modificación que la recurrente considera ilegal, de tal modo que este Tribunal como encargado de su resolución lo primero que ha de advenir es su admisibilidad entrando al fondo y comprobando que realmente es una nueva adjudicación ilegal o realizada sin el procedimiento legalmente establecido.

Ello va lógicamente anudado a quienes deben considerarse legitimados a efectos del recurso especial. La posibilidad de interponer recurso especial en un modificado de acuerdo con la claridad que se expone en el artículo 44 de la LCSP, podrá ser utilizada únicamente por los interesados que participaron en el procedimiento de adjudicación del contrato inicial que resultaron no adjudicatarios y que considerasen que ese acto de modificación, no se ajusta a los supuestos legales, y cuando el mismo oculte en sí mismo un nuevo acto de adjudicación y no una mera decisión de ejecución contractual, pues de haber conocido la posibilidad habrían presentado su oferta en otras condiciones, y lo son también los potenciales licitadores capacitados para realizar la prestación que se ha adjudicado directamente al contratista del principal, si consideran que dicha modificación les ha impedido participar en un procedimiento de adjudicación con publicidad.

El adjudicatario, por su propia condición, en términos generales es patente que no puede utilizar este recurso especial, pues la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Lo anterior teniendo en cuenta la pretensión explicitada en el recurso, una insuficiente ampliación del



plazo para la ejecución de la modificación, claramente se observa que no se encuentra en el supuesto del artículo 48 de la LCSP, pues únicamente de forma hipotética podría considerarse interesado si pretendiere una nueva licitación porque esta le resulte perjudicial, algo que no solicita en su recurso. Pretende una ampliación de plazo para la ejecución del modificado para evitar un perjuicio, pero no a través de un nuevo contrato, ni justifica siquiera que debiera acordarse un nuevo contrato porque no estuviésemos ante un supuesto de modificación. Es decir, utiliza la vía del recurso siendo ostensible y patente que no está ante el supuesto del artículo 44 de la LCSP, con relación al artículo 48 de la misma.

Es decir, no está legitimado en el presente caso, dada su condición de adjudicataria, dado el acto impugnado y el motivo.

Todo ello, sin entrar a analizar si la modificación que se propone estaba o no prevista en el contrato, es decir, por lo pretendido se constata que, en su caso, la posibilidad de recurso especial en este modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Es decir, que con el objeto de la contratación la prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato, a los que se les notificará la presente resolución, pues no se le ha podido dar trámite de alegaciones dado que el recurso se ha interpuesto contra una resolución de modificación que aún no está ni formalizada ni publicada su formalización.

En consecuencia, el adjudicatario, en el presente caso, por su propia condición y dada la pretensión ejercitada, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «*ius variandi*» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito, teniendo en su caso que seguir a las reglas ordinarias de revisión de los acuerdos administrativos y no la vía especial en este supuesto concreto.

CUARTO. Sobre las circunstancias concurrentes en el momento de la interposición del recurso: valoración sobre la rectificación del órgano de contratación y el desistimiento de la persona recurrente. Sobre la temeridad y/o mala fe en la interposición del recurso.

Consta en el expediente que el 12 de julio de 2024 se emitió informe de supervisión favorable por la Oficina de Supervisión de Proyectos y, acto seguido, se aprobó técnicamente el mismo. El 15 de julio de 2024, se concedió trámite de audiencia a la empresa contratista de conformidad con el artículo 242.4 de la LCSP para que realizara las alegaciones que considerara oportunas, tanto en relación con el proyecto modificado como en relación con los precios nuevos que habían quedado fijados en el mismo y, por último, también, con relación a la ampliación del plazo de ejecución del contrato en 45 días más. Realiza alegaciones a la misma, estimando que la ampliación de plazo ha de ser por 3 meses dadas las modificaciones introducidas en el proyecto. Posteriormente con fecha 25 de julio de 2024, el órgano de contratación amplió el plazo de ejecución en 45 días.

La modificación del contrato se sometió a informe de la Asesoría Jurídica de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos de la Junta de Andalucía, que lo emite el día 13 de agosto de 2024, y de la Intervención de la citada Consejería que fiscalizó el compromiso de gasto adicional.

Como se ha puesto de manifiesto el día 5 de septiembre de 2024, se dicta resolución de aprobación de modificación del contrato que es notificado el mismo día. Se ha publicado anuncio de modificación, que no la formalización de la modificación, (que es lo que exige en puridad el artículo 207 en interpretación conjunta con el artículo 203 y 153 de la LCSP), en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos.



Siendo interpuesto el recurso especial el día 13 de septiembre de 2024, suponiendo ello el inicio de la tramitación del procedimiento, y con ello la petición del expediente, el informe al órgano de contratación y la relación de los licitadores, es desproporcionada la forma de proceder de la recurrente pues solo dos días hábiles después se desiste del procedimiento de recurso sin justificar este comportamiento, únicamente en que tiene dudas. En efecto, en el escrito de recurso especial expresa dudas sobre su procedencia legal pero aun así lo interpone, no justificando que posteriormente al desistimiento haya interpuesto un recurso ordinario interpuesto frente al órgano de contratación. Lo prudente y no temerario, dado que aún tenía plazo más que suficiente sería haber actuado conforme al artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a efectos de modificar en su caso el pie de recurso, pues el mismo es un requisito para la eficacia del acto administrativo, aunque no parte del mismo, sino de la notificación, un acto de ejecución distinto.

A ello se une que, desde la notificación de dicha resolución de modificación hasta la interposición del recurso, ni habrían transcurrido la mitad del plazo de interposición del recurso especial, y en cualquier caso el plazo siempre debería computarse desde la publicación de la formalización, hecho que no ha acaecido aún, por lo que tenía tiempo más que suficiente para poder en su caso, haber solicitado la aclaración del pie de recurso si tenía dudas sobre el mismo como se ha expuesto.

En este sentido, y respecto de la posible indefensión que el error en el pie de recurso le habría provocado, este error como invencible o inevitable, no puede sostenerse ya que reconoce las dudas en el propio recurso interpuesto y en el desistimiento, por lo tanto era conecedor. En este sentido, se ha de poner de manifiesto, que el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, en la sentencia 215/2023, de 21 de febrero de 2023, (rec. 4279/2021), dictada en interés casacional, señala que no pueden invocarse los derechos del artículo 23 de la Constitución para justificar conductas contrarias a la colaboración que se debe exigir a todos, de tal modo que trasladado a este caso, el error de establecer un pie de recurso distinto, no conlleva ello necesariamente indefensión, de tal modo que deben analizarse cada caso de manera individual atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, estimando este Tribunal que el recurso especial podría haberse utilizado con otra finalidad distinta.

Concurren, en síntesis, en el presente supuesto distintas circunstancias que podrían poner de relieve que el uso del recurso especial se ha realizado incurriendo en las circunstancias que recoge el artículo 58.2 de la LCSP. A estos efectos se ponen de manifiesto las siguientes circunstancias:

- El escaso lapso de tiempo transcurrido entre la interposición del recurso y el desistimiento, reconociendo en ambos documentos sus dudas. A ello se le une que el hipotético plazo de 15 días hábiles no estaba próximo a perecer, y que no ha justificado que ante dichas dudas procediesen a oponerse a la modificación a través de un recurso ordinario de forma coherente a las dudas.
- La vaga justificación realizada en el desistimiento, que, aunque no sería necesaria para surtir efectos, su motivación sí debe tenerse en cuenta a los efectos de estimar si en la interposición ha existido mala fe o temeridad.
- La imposibilidad de surtir efectos su desistimiento ante la falta de legitimación a efectos del recurso especial que el mismo recurrente conocía, que impide siquiera la admisión del recurso a efecto de que pudiera surtir efectos el desistimiento.
- La diligencia que le es exigible en este tipo de licitaciones dada la naturaleza y experiencia del licitador conforme a la jurisprudencia citada. La entidad recurrente es un licitador conecedor de los efectos de la interposición de un recurso especial, más aún en un contrato financiado con fondos europeos que está sujeto a unos plazos más exiguos.



- La contradicción que supone que se haya procedido a ingresar la garantía el día 19 de septiembre de 2024, sin que se haya resuelto aparentemente, si tenía intención de recurrir la resolución de modificación.

- La existencia de todas estas circunstancias permite deducir la falta de diligencia con relación a la interposición del recurso constanding además en la resolución de modificación en cuanto al plazo en el antecedente noveno que:

“Tras estas discrepancias manifestadas por la empresa contratista, el 22 de julio de 2024 se reúnen los representantes de la misma con la Dirección Facultativa y con representantes de la Administración, y concretan que la ampliación de plazo será por 45 días. Dicha ampliación fue aprobada por el órgano de contratación el 25 de julio de 2024. En consecuencia, el programa de trabajo se ha adaptado a esta ampliación del plazo de ejecución”.

Siendo necesaria la formalización, el plazo debía entenderse concedido desde que la misma se suscribiese, es decir, en 5 días desde la resolución, interpretación que resulta de la lectura conjunta del artículo 203 y 207 de la LCSP. En este sentido, consta en el expediente un borrador de formalización de la modificación donde se expone:

“Conforme al proyecto redactado el importe de la modificación ha quedado finalmente fijado en la cantidad de 1.456.087,90, IVA excluido, correspondiendo a esta cantidad una IVA de 305.778,46 euros, por lo que el importe total, IVA incluido asciende a 1.761.866,36 euros. De este modo, el incremento por el modificado representa un 14,95% respecto al precio primitivo del contrato, no superándose el 15% previsto para las modificaciones no sustanciales tal como se dispone en el artículo 205.2 c) de la LCSP ni el 20% previsto para que la modificación del contrato resulte obligatoria para el contratista tal como dispone el artículo 206 de la LCSP.

Asimismo, se determina la necesidad de ampliar el plazo de ejecución de la obra en 45 días”.

Es decir, se confirma que, en el expediente a la fecha la interposición del recurso, existían documentos que permitían deducir que el plazo de 45 días la Administración lo otorgaba desde la formalización. Plazo con el que finalmente parece estar de acuerdo a la vista de que no se tiene constancia, pues no consta en el expediente haber recurrido a través de un recurso ordinario. Así lo explica el informe al recurso emitido por la Dirección General de Patrimonio cuando señala:

“Como quiera que el documento de formalización de la modificación del contrato aún no se ha firmado porque estaba pendiente de la constitución de la garantía por parte de la empresa contratista, en dicho documento se prevé que la modificación del contrato tendrá un plazo de duración de 45 días adicionales al plazo de ejecución del contrato, tal como se especifica en el proyecto modificado, plazo que ha considerado suficiente la Dirección Facultativa de este contrato”.

Una vez puesto de relieve todas estas circunstancias, debe tenerse en cuenta el artículo 58.2 de la LCSP que 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 que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica puesto que como ya se ha analizado en las consideraciones, adolece de rigor la interposición de un recurso especial, por una entidad de la experiencia de la licitadora, aun señalándose por error otro recurso, pues tenía medios y plazo para haber evitado accionar el mecanismo del recurso especial, procedimiento especial que requiere de una rápida resolución, máxime en este caso que al estar financiado con fondos europeos goza de preferencia en su tramitación y resolución ante este Tribunal.

La falta clara de legitimación con relación al acto impugnado dada su condición de adjudicataria, y los restantes argumentos expuestos es indicativo de lo que supone un ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. En este sentido, y con independencia de lo anterior, la recurrente utiliza la vía del recurso especial en materia de contratación cuando resultaba evidente que, independientemente de que el recurso procedente fuera o no el recurso especial, no tenía legitimación activa para la interposición de este último en tanto que la citada legitimación se encuentra limitada a los supuestos en los que una modificación encubra una nueva licitación (ex. Artículo 44.2.b). Es decir, que, con independencia del pie de recurso indicado en el acto impugnado, la recurrente utiliza la vía del recurso especial para defender unos intereses que nada tienen que ver con los previstos en el artículo 44 de la LCSP para que sea posible la impugnación de una modificación contractual, por lo que resultaba evidente que el mismo iba a ser inadmitido, sin ningún género de dudas.

A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento completamente prescindible en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su improcedencia, inviabilidad e inadmisibilidad, 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.».

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.

Por los motivos ya expuestos, y realizando una necesaria motivación de la cuantía en la que esta debe quedar impuesta, 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 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.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CONSTRUCTORA SAN JOSÉ S.A.**, contra la resolución, de 5 de septiembre de 2024, de modificación del contrato denominado «Obras de reforma de edificio administrativo en Plaza de la Constitución s/n, Córdoba enmarcado en el Plan de Recuperación Transformación y Resiliencia y Financiado por la Unión Europea – “NEXT GENERATION EU”», (Expediente CONTR 2022/568771), convocado por la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, por falta de legitimación con relación al acto impugnado, de acuerdo con lo establecido en el Fundamento Jurídico Tercero.

SEGUNDO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que 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.

