

Recurso 29/2024
Resolución 53/2024
Sección Tercera

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

Sevilla, 1 de febrero de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACTIVIDADES DE CONSULTORÍA TÉCNICA, INVESTIGACIÓN Y SERVICIOS AVANZADOS S.L.** contra el acuerdo de 21 de noviembre de 2023 por el que se la excluye del procedimiento de contratación denominado “Redacción de estudios de carreteras en Andalucía. (5 LOTES)” (Expte. CONTR 2023-454124), respecto del lote 2, convocado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de julio de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, así como en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, del servicio indicado en el encabezamiento, el valor estimado del presente acuerdo marco asciende a la cantidad de 1.712.319,14euros.

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 21 de noviembre de 2023 acuerda la exclusión de dicha entidad ahora recurrente, respecto del lote 2.

SEGUNDO. El 8 de diciembre de 2023, la entidad recurrente interpone en el Registro Electrónico General de la Junta de Andalucía, escrito dirigido a la mesa de contratación, calificado como recurso contra la exclusión respecto del lote 2, que habría sido acordado por la mesa el día 21 de noviembre de 2023.

El órgano de contratación ante el escrito de recurso se aquieta hasta el 16 de enero de 2024, cuando vuelve a reunirse la mesa de contratación en su octava sesión, y es cuando decide mandarlo como recurso especial en materia de contratación y remitirlo, por tanto, para su resolución al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía. A pesar de reunirse el día 16 de enero de 2024, dicho recurso no se remite al Tribunal hasta el día 22 de enero de 2024.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por el órgano de contratación a la Secretaría de este Tribunal, con la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles al resto licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido alegaciones por ninguna entidad en plazo.

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 2, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión, respecto del lote 2, de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil 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.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.

La razón de la exclusión de este lote 2 se encuentra en el acta en la siguiente causa que se transcribe: *“de conformidad con lo dispuesto en el PCAP en el que se establece “En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera”, la Mesa acuerda su exclusión del presente procedimiento de licitación.”*

Es decir, la causa de exclusión se produce por una infracción del pliego, la cual trae causa de la aplicación del artículo 157, y del tercer párrafo del artículo 146.2.b) LCSP que dispone que *“en todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*.



1. Alegaciones de la recurrente.

Recorre contra su exclusión afirmando por un lado una cuestión procedimental, señalando que el acto de exclusión no le había sido notificado. En segundo lugar, sobre el fondo del asunto expresa que en el PCAP se recoge una literalidad que podría dar lugar a confusión en cuanto a la documentación a incluir en el sobre número 2, que ha hecho que incluya determinada información que la mesa ha considerado que debía ir en el sobre número 3.

Afirma que el PCAP establece: *“El licitador elaborará una programación detallada de los trabajos de consultoría a realizar, analizando en un organigrama las funciones y cometidos del personal que se detalle en la oferta, así como analizando el o los caminos críticos y valorando parcialmente y acumulado a origen el presupuesto del contrato”*.

Señala que *“a diferencia de otros pliegos de la Junta que no dan lugar a duda, en este caso se añade la coetilla “del personal que se detalle”. Esto aparece en la página 62 del PCAP, lo que claramente induce a error, pues es incongruente con el criterio de no incluir información del sobre 3 en el sobre 2.*

Por el mismo criterio, y no siendo de afección a nuestra oferta técnica, la inclusión de un programa de trabajos valorado con cantidades económicas, podría desvelar la oferta económica del contratista en el sobre número 2, por lo que sólo un programa expresado en términos porcentuales podría ser aceptado.

Por todo lo anterior, y dado que no queda claro cuáles son los criterios que se han aplicado en la supervisión de las ofertas técnicas para motivar su exclusión, y dada la incongruencia relativa al personal de la oferta que se genera en el PCAP, solicitamos la readmisión y evaluación de nuestras ofertas técnicas para el lote 2”

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en cuanto a la cuestión procedimental señala que el artículo 151.2 LCSP solo obliga al órgano de contratación a la notificación de la exclusión al tiempo de realizar la notificación de la resolución de adjudicación.

Sobre el fondo del asunto señala que el PCAP configura como criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas la *“Experiencia adicional del personal ofertado”* del siguiente modo:

“El equipo presentado deberá tener como mínimo los componentes y experiencia mínima indicada en el apartado 4D de este Pliego. Por cada año adicional de experiencia en las mismas condiciones indicadas en el PCAP, se otorgará 1 punto hasta el máximo indicado a continuación.

Delegado del Consultor; máximo 3 puntos.

Jefe de Proyecto; máximo 3 puntos.

Persona con experiencia en Trazado; máximo 3 puntos

Persono con experiencia en Medio Ambiente; máximo 2 puntos.”

Alega además que el Anexo X del PCAP, al referirse al sobre electrónico nº2, relativo a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor, que se *«establece taxativamente que:*



En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera».

Se funda en los informes que constan en el expediente de la comisión técnica asesora de fecha 7 de noviembre de 2023, expresando que *"presenta un organigrama completo con el equipo de personal ampliado respecto a la dotación mínima requerida en el PCAP. En el organigrama indica de forma esquemática las funciones del personal. Igualmente especifica la experiencia de los integrantes del equipo redactor, inclusive de aquellos perfiles sujetos a valoración por experiencia adicional en el sobre nº3"*.

Afirma que *"los organigramas de los trabajos que se presentan identifican con nombre y apellidos a los distintos técnicos que forman el equipo de trabajo ofertado detallándose los años de experiencia de cada uno de ellos, siendo ésta superior a la mínima indicada en el apartado del PCAP por lo que puede deducirse que dicha empresa obtendría la máxima puntuación en el antedicho criterio automático del sobre número 3"*.

Concluye que ha adelantado la información relativa a experiencia de los perfiles que es objeto de valoración como criterio de adjudicación del sobre número 3 y que la información requerida en el criterio *"Programación de los Trabajos"*; exigía solo expresar un organigrama con las funciones y cometidos del personal que se oferte.

Por todo ello solicita que sea desestimado el recurso.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la tramitación del recurso.

Asiste la razón al órgano de contratación con relación a la notificación de la exclusión de que no existe obligación de notificar separadamente la exclusión a los licitadores. Así, expresa el artículo 151.2 LCSP:

"2. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 155, la notificación y la publicidad a que se refiere el apartado anterior deberán contener la información necesaria que permita a los interesados en el procedimiento de adjudicación interponer recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, y entre ella en todo caso deberá figurar la siguiente:

a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b) Con respecto a los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, los motivos por los que no se haya admitido su oferta, incluidos, en los casos contemplados en el artículo 126, apartados 7 y 8, los motivos de la decisión de no equivalencia o de la decisión de que las obras, los suministros o los servicios no se ajustan a los requisitos de rendimiento o a las exigencias funcionales; y un desglose de las valoraciones asignadas a los distintos licitadores, incluyendo al adjudicatario.

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de este con preferencia respecto de las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas; y, en su caso, el desarrollo de las negociaciones o el diálogo con los licitadores".



Por lo que no llega a cometerse ninguna irregularidad que revista el carácter de vicio de nulidad. En cualquier caso, e incluso si fuera obligatoria la notificación separada de la exclusión (en una hipotética elección del legislador), habría quedado subsanado, pues el recurso especial se ha admitido finalmente, no produciéndose indefensión.

Por otro lado, como se ha expuesto en los antecedentes, el recurso interpuesto ante el órgano de contratación se ha tramitado de una forma muy deficiente. Desde su interposición hasta la remisión a este Tribunal han transcurrido un mes y 15 días. Trata de fundamentar el órgano de contratación en el informe al recurso especial que el recurso no había sido calificado como recurso especial para motivar su demora en la remisión a este Tribunal.

Al respecto se ha de recordar el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) que señala: *“El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

Baste recordar que el propio pliego señala cual es el único recurso que cabe ante la Administración.

También se le ha de recordar el contenido del artículo 51.3 de la LCSP que recoge que:

“El escrito de interposición podrá presentarse en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Asimismo, podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.

Los escritos presentados en registros distintos de los dos citados específicamente en el párrafo anterior, deberán comunicarse al Tribunal de manera inmediata y de la forma más rápida posible”.

Es decir, no existe ninguna justificación posible para que habiendo tenido entrada el día 8 de diciembre en el registro de la Consejería a la que está adscrito el órgano de contratación no se haya dado traslado hasta el día 22 de enero de 2024. Más aún cuando la mesa, sin ser su cometido, dado que no es competente para examinar ningún recurso, decida remitirlo a este Tribunal el día 16 de enero de 2024. Es decir, el órgano de contratación remite la documentación necesaria fuera de todo plazo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

2. Sobre la anticipación de información del sobre 3 cuando existe sobre 2, relativo a los criterios de adjudicación valorables mediante juicio de valor.

Sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, tiene este Tribunal una doctrina muy consolidada. Así cabe destacar entre las primeras su Resolución 137/2014, de 10 de junio. En ella, se reproduce parte del artículo 150.2 de la normativa contractual anterior, con una redacción idéntica al antepenúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP, así como los artículos 26 y 30.2 del Real Decreto 817/2009. Asimismo, con apoyo en la normativa contractual anterior, este Órgano se ha pronunciado al respecto entre otras en sus Resoluciones 51/2018, de 23 de febrero, 204/2018, de 29 de junio, 275/2019, de 6 de septiembre y 315/2020, de 24 de septiembre. También ha sido profusa la doctrina de este



Tribunal ya con la nueva LCSP, entre las que cabe destacar entre las más recientes las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concorra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.*

La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas.».

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009 establece que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.»* y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.».*

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de la misma y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas.

Así pues, el mandato legal de separación y valoración en momentos procedimentales diferentes de una y otra documentación, lejos de ser tildado de formalista, responde a la necesidad de preservar la objetividad e imparcialidad en la valoración de las proposiciones, en aras a hacer efectivo el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 1.1 de la LCSP, piedra angular sobre la que se vertebra cualquier licitación pública.

En este sentido, lo relevante es que se haya anticipado cualquier información sobre aspectos de la oferta sujetos a una evaluación automática, pues ese conocimiento, por mínimo que sea, ya es susceptible de influir en la valoración de la oferta con arreglo a un juicio de valor, sin que haya que demostrar que, en efecto, tal influencia se ha producido, pues basta la mera posibilidad de que así pueda ser para que aquellas garantías legales se vean vulneradas, con quebranto, asimismo, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.



En este sentido, el contenido de los pliegos sí es explícito, en cuanto a los documentos e información que debe aportar la licitadora como oferta, así como el archivo en el que debe introducirlos, y las consecuencias de no respetar las normas de presentación, teniendo en cuenta el artículo 139.2 LCSP, que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las mismas, la mera inclusión en el sobre 2 de información que revele la puntuación a obtener en la valoración de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, a incluir en el sobre 3, vulneraría el carácter secreto de la oferta, y las garantías de imparcialidad y objetividad en la valoración de las ofertas que preservan los preceptos legales y reglamentarios antes invocados, teniendo en cuenta que la apertura del sobre 3 ha de tener lugar tras conocer la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor, y en acto público, en el que se hacen efectivos, entre otros, los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, igualdad de trato de las licitadoras e integridad, a los que ha de ajustarse la contratación del sector público. Es decir, ya se adelante en el sobre relativo a la documentación administrativa, o en el sobre relativo a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor.

3. Sobre la inclusión en el sobre relativo a los criterios de adjudicación evaluable mediante juicio de valor de información reservada a un sobre relativo a criterios sujetos a fórmulas.

En la Resolución 324/2022, de 20 de junio, y 392/2022, de 21 de julio, nos pronunciábamos sobre la cuestión que nos ocupa, a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 523/2022, de 4 de mayo, (también referida en la Resolución 25/2023, de 13 de enero) manifestando lo siguiente:

«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación.»

En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia n.º 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. En segundo lugar, para el caso de que quepa la exclusión automática, si es necesario, por aplicación del principio de buena administración, tal y como sucede con las bajas anormales, otorgar trámite previo de audiencia al licitador afectado.

La Sentencia del TS analiza en casación, la sentencia dictada por el TSJ Castilla-La Mancha la cual estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una entidad mercantil al entender que la empresa adjudicataria del contrato controvertido, había infringido el secreto de las propuestas en la licitación. En el sobre B, relativo a los criterios no valorables en cifras o porcentajes, incorporó información que permitía conocer, al menos en parte, la oferta relativa a criterios valorables en cifras o porcentajes que debía reflejarse en el sobre C. Consideraba el TSJ que para adelantar el conocimiento de la información correspondiente al sobre C no es preciso que se anticipe o pueda conocerse con carácter previo la puntuación exacta que la adjudicataria iba a obtener por los criterios de adjudicación del contrato evaluables automáticamente sino que resulta suficiente con que se pudiera conocer que



se iba a ofertar en el sobre C el criterio de adjudicación en cuestión. Las partes codemandadas, alegaban que la infracción del deber de secreto de las ofertas no era un incumplimiento relevante o determinante a efectos de la adjudicación y que al haberse anulado el acuerdo de adjudicación por una infracción de escasa relevancia se había vulnerado el principio de proporcionalidad.

La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo.

La finalidad de la norma, por tanto, es evitar la contaminación de los sobres, sobre la base de las circunstancias del caso concreto y valorarlo de acuerdo con el principio de proporcionalidad, excluyendo la oferta únicamente en los casos en que verdaderamente se haya producido esa contaminación. Por tanto, la respuesta debe analizarse caso a caso, y siempre en función de si se han vulnerado las garantías de objetividad e imparcialidad. Algo que en el presente procedimiento no puede sostenerse que haya ocurrido con la revelación de los años de garantía, pues era el tiempo mínimo, de tal modo que ninguna relevancia tuvo cuando se incluyó la información en el sobre anterior, y no en el archivo o sobre 3. (...)»

El apartado 8 del Anexo I del PCAP que rige la contratación establece entre los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor la “Programación de los Trabajos” en los siguientes términos: “El licitador elaborará una programación detallada de los de los trabajos de consultoría a realizar, analizando en un organigrama las funciones y cometidos del personal que se detalle en la oferta, así como analizando el o los caminos críticos y valorando parcialmente y acumulado a origen el presupuesto del contrato. El programa de trabajos debe ser coherente con las fases de entrega indicadas en el PPTP. El PCAP configura como criterio de adjudicación valorado mediante la aplicación de fórmulas la “Experiencia adicional del personal ofertado” del



siguiente modo: “El equipo presentado deberá tener como mínimo los componentes y experiencia mínima indicada en el apartado 4.D de este Pliego. Por cada año adicional de experiencia en las mismas condiciones indicadas en el PCAP, se otorgará 1 punto hasta el máximo indicado a continuación.

- Delegado del Consultor: máximo 3 puntos.
- Jefe de Proyecto: máximo 3 puntos.
- Persona con experiencia en Trazado: máximo 3 puntos.
- Persona con experiencia en Medio Ambiente: máximo 2 puntos.”

Por último, el Anexo X del PCAP, al referirse al sobre electrónico nº 2, relativo a la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor, establece que “En ningún caso la persona licitadora incluirá en la documentación del sobre número 2, referencia alguna ni documentación que deba incluirse en el sobre número 3, siendo causa de exclusión, si así lo hiciera.”

La oferta técnica, en la página 22 del lote 2, contiene en los organigramas, sin necesidad de hacerlo con la aportación en la propuesta técnica, y en contravención con lo señalado claramente en el PCAP que los organigramas de los trabajos que se presentan identifican con nombre y apellidos a los distintos técnicos que forman el equipo de trabajo ofertado detallándose los años de experiencia de cada uno de ellos, siendo ésta superior a la mínima indicada en el apartado 4.D del PCAP, de lo que puede deducirse que dicha empresa obtendría la máxima puntuación en el antedicho criterio automático del sobre número 3, siendo ello claramente contrario al artículo 157 y al párrafo tercero del artículo 146.2.b) LCSP.

Analizado este caso, y realizado el juicio de proporcionalidad, ni siquiera solicitado por la entidad recurrente en su recurso especial, no es posible en el presente caso poder estimar que la contaminación, imputable exclusivamente a dicha entidad dada la claridad de los pliegos, pueda ser considerada irrelevante a los efectos de dictar la resolución de adjudicación asegurando que el adelanto de la información no haya podido ser relevante a los efectos de poder influenciar el juicio de valor. Lo contrario, en el presente supuesto conllevaría una ruptura para los demás licitadores de los principios de seguridad jurídica e igualdad de trato a las partes.

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

Entendemos 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 respecto de su exclusión.

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 era obvio el contenido del pliego en cuanto a las consecuencias de introducir la información del sobre 3 en un sobre anterior.

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.

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.



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.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ACTIVIDADES DE CONSULTORÍA TÉCNICA, INVESTIGACIÓN Y SERVICIOS AVANZADOS S.L.** contra el acuerdo de 21 de noviembre de 2023 por el que se la excluye del procedimiento de contratación denominado “Redacción de estudios de carreteras en Andalucía. (5 LOTES).” (Expte. CONTR 2023-454124), respecto del lote 2, convocado por la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

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.

TERCERO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de plazos expuesto en los antecedentes de esta resolución.

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.

