Junta de Andalucía

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

D.T. de Regeneración, Justicia y Administración Local en Sevilla

Trajano nº 17, C.P. 41002

delegadosevilla.ctrjal@juntadeandalucia.es

Fecha: 22 de noviembre de 2021
Ref.: SPM/MSR
Asunto: Rtdo. Resolución Tribunal 459/2021
Recurso Tribunal: 232/2021

Se notifica que con fecha 11 de noviembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía ha dictado la Resolución 459/2021, cuya copia se adjunta, por la que se resuelve el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TAXO VALORACIÓN, S.L.**, contra la Resolución de 3 de mayo de 2021, por la que se adjudica a la entidad M.B. AGENCIA TÉCNICA DE PERITACIONES S.L. el contrato denominado "Servicio de peritaciones judiciales en los procedimientos instruidos por los órganos Judiciales de Sevilla capital y de la provincia" (Expediente: Contr 2020/811246), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local en Sevilla.

Asimismo se hace constar que la resolución remitida es copia auténtica del documento original que obra en este Tribunal.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Fdo: Susana Elena Palma Martos

Es copia auténtica de documento electrónico

C/ Castelar, 22 · 41001 Sevilla
Telf.: 671 53 08 56 - 671 53 08 53 · Fax: 955 51 50 41
comunicaciones.tarcja@juntadeandalucia.es

Junta de Andalucía

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Recurso 232/2021
Resolución 459/2021

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

Sevilla, 11 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TAXO VALORACIÓN, S.L.**, contra la Resolución de 3 de mayo de 2021, por la que se adjudica a la entidad M.B. AGENCIA TÉCNICA DE PERITACIONES S.L. el contrato denominado "Servicio de peritaciones judiciales en los procedimientos instruidos por los órganos Judiciales de Sevilla capital y de la provincia" (Expediente: Contr 2020/811246), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local, en Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 11 de diciembre de 2021 se declara la urgencia en la tramitación del expediente de contratación ante la finalización del contrato en vigor el próximo 31 de enero de 2021.

En el DOUE[1] fue publicado anuncio de licitación el 26 de enero de 2021. En el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el 25 de enero, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 1.599.509,10 euros.

Durante el plazo de presentación de ofertas se reciben diversas consultas sobre la licitación de las futuras licitadoras. Las consultas originan rectificación en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), para subsanar un error material y en el PCAP, a efectos de clarificar la documentación a presentar. Son objeto de nuevo de publicación en el perfil del contratante. Así mismo, se publica en el perfil del contratante un resumen con todas las consultas y respuestas a las mismas por parte del órgano de contratación.
Fue publicado de nuevo el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente.

SEGUNDO. 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.

TERCERO. Tras el examen de las proposiciones presentadas, entre ellas las de la entidad adjudicataria y la recurrente, el órgano de contratación dictó el 3 de mayo de 2021 resolución de adjudicación del procedimiento de licitación a favor de la entidad adjudicataria arriba citada.

CUARTO. El 24 de mayo 2021 tiene entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad TAXO VALORACIÓN, S.L., contra la resolución de 3 de mayo de 2021 por la que se adjudica el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. La Secretaría del Tribunal dio traslado del citado escrito de interposición a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de

1Diario Oficial de la Unión Europea.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 2/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad adjudicataria y la clasificada en segundo lugar.

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.

Ostentan legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el contrato objeto de licitación es 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. Se recurre la resolución de adjudicación por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

A. Sobre la consideración de oferta anormalmente baja de las propuestas de la adjudicataria y la clasificada en segundo lugar.

Siendo la propuesta económica un criterio de adjudicación valorado mediante fórmula, hasta 49 puntos sobre 100, la recurrente alega que si bien, la propuesta más económica tiene una bajada del 44%, seguida de la de la adjudicataria con el 43% y por último, la recurrente con un 31%, según los pliegos, y de manera incomprensible, las propuestas de la adjudicataria y de la segunda clasificada no se consideraron que incurrían en ofertas anormalmente bajas por el criterio que establece el pliego de baremación de las valores anormales.

Recurre a la siguiente expresión: *"El sentido común y la experiencia, nos dicen que una bajada del -43% y -44% en todo concurso es considerado como ofertas anormalmente bajas, y, es más, en este concurso lo seria si se hubiesen presentado como un único licitador. Desde luego, es sorprendente que, dependiendo del número de licitadores, bajar más de un -25% no se considere oferta anormalmente baja, y más si cabe, cuando el adjudicatario, ha aplicado para el cálculo de la oferta económica, en siete de las quince especialidades propuestas de tarifa unitaria de un 1,00 € que representa una bajada del -99,99% con respecto a la tarifa unitaria de la licitación".*

Alega que en la tarifa B relativa a los bienes inmuebles, que representa en este caso el 20% de la facturación, la adjudicataria plantea una tarifa de 40,00 € que está por debajo de lo que establece la sentencia 2119/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en el Recurso nº 614/2016 y Resolución 238/2019, la cual falla anulando.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 3/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

B. Infracción del artículo 145 b) y c) de la LCSP, con relación a una posible inconcreción del PCAP en cuanto a los criterios de mejora del Anexo X, apartado 2.1.

Respecto al compromiso de poner a disposición de la Administración Pública, para realizar la prestación objeto de esta contratación, personal con una preparación académica superior a la requerida como solvencia técnica o profesional en el ANEXO XV del presente PCAP, se debía presentar el MODELO A (incluido en el ANEXO VIII del presente pliego) debidamente cumplimentado y firmado junto con la documentación acreditativa de lo que relacionen. Se señala que se otorgaría, sobre la solvencia técnica inicial, por:

a) Doctor/a: 6 puntos por título acreditado.
b) Máster Universitario: 5 puntos por título acreditado.
c)Grado/Licenciatura: 4 puntos por título acreditado.
d)Diplomatura/Ingenierías Técnicas/Arquitecturas Técnicas: 3 puntos por título acreditado.
e) Cursos especializados en la materia de la especialidad a la que pertenezcan: 2 puntos por certificado.

La recurrente realizó una consulta la cual consistía en una serie de dudas sobre los siguientes títulos:

1) Los másteres "NO" universitarios (hechos en escuelas de negocios, en los colegios profesionales, por la Junta de Andalucía…).
2) Los cursos formativos de especialización que imparte empresas especializadas, como Tinsa en Valoración de inmuebles.
3) Título no universitario como Técnico de Riesgos laborales, que lo imparten organismos privados o formación profesional.
4) Asistencia a ponencias, seminarios, etc. Específicos de la especialidad.

A ello se respondió por el órgano señalándose que sería la propia mesa de contratación la que definiría los criterios definitivos de baremación una vez entregados las ofertas expresando que esto les ha generado una importante indefensión por desconocimientos de los criterios definitivos y así poder aportar otros peritos que aportasen mayor puntuación en base a los criterios definitivos.

C. Sobre el error cometido presuntamente por haberlo inducido el PCAP a ello.

Señala que existe un error inducido por el PCAP, que consiste en no baremar al perito "JM" porque en la misma hoja resumen indicamos por error que los cursos era de la especialidad M y no de la E. Señala que la mesa no vio la letra E que aparece en la parte superior de la hoja y de manera estricta no puntuó a este perito, dejando sin valoración a la especialidad E, donde solo piden un perito y claramente se interpretaba que se trataba de esa especialidad. Dichos errores, señala, que vienen motivados por una falta de criterios claros para baremar las titulaciones, y por la dificultad, así confirmada por la propia mesa de contratación.

No obstante, reconoce que los pliegos de una licitación como regla general no son susceptibles de una impugnación autónoma en plazo, pero pasan a ser inatacables por la vía del recurso especial, estimando que estamos ante un caso excepcional de recurso indirecto.

D. Sobre la imposibilidad de acceso a determinada documentación de la oferta de la adjudicataria.

Hace referencia a que en una vista del expediente producida ante el órgano de contratación, antes de la interposición de este recurso especial, no ha tenido acceso, so pretexto de secreto comercial, a determinada información de la oferta del sobre 3. A estos efectos por el órgano de contratación se les ha solicitado, a las 3 licitadoras ofertantes en esta licitación, que concretasen, respecto a su declaración de confidencialidad de la documentación presentada en los sobres 1 y 3, qué documentos, datos e informaciones son confidenciales, así como que motivasen las razones específicas y objetivas que justifiquen tal confidencialidad. La adjudicataria y la segunda clasificada contestaron que consideraban confidenciales toda la documentación que relacionase datos personales. No obstante, no determina a qué documentos quieren acceder, motivando su petición en la

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 4/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

posibilidad genérica de poder apreciar fallos en la valoración. A pesar de ello, no procede en este antecedente de hecho a solicitar acceso, así como tampoco en el suplico del recurso.

2. Alegaciones del órgano de contratación

A. Acerca de la consideración sobre la oferta de la adjudicataria, en cuanto puede suponer una baja desproporcionada y anormal.

Frente a ello procede manifestar lo siguiente: se remite en primer lugar al artículo 149 de la LCSP, es decir, establece los requisitos y trámites para considerar una oferta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja. Observados los criterios del art. 149 LCSP, a continuación se remite a los parámetros objetivos del Anexo IX del PCAP para considerar que concurriendo en baja las tres licitadoras por la forma en la que se ha presentado las ofertas económicas, y teniendo en cuenta la forma en la que se ha calculado la posible anormalidad conforme al PCAP, ello supone que la mesa de contratación no ha podido considerar conforme al PCAP, en ningún momento, la existencia de una oferta anormalmente baja, pues no se dan los dos requisitos establecidos en el Pliego para ello, que están referidos a cada oferta en su conjunto.

Señala que algo distinto es que la mesa haya decidido solicitar aclaraciones, en base a la necesidad de que quede aclarado el alcance de las tarifas que se han ofertado para algunas de las peritaciones por parte de los ofertantes. Dichas aclaraciones solicitadas, a diferencia de lo establecido para una oferta en la que se aprecie que es anormalmente baja, no precisa de ningún trámite posterior.

B. Respecto al incumplimiento de los criterios de baremación por mejoras en la calidad establecidos en el Anexo X del PCAP.

Ante la alegación de la recurrente que mantiene el criterio de que se han incorporado nuevos criterios de baremación no incluidos en los pliegos, como son los Especialistas Universitarios, los Expertos Universitarios y los Diplomas no universitarios valorándose todos ellos con 2 puntos, el órgano de contratación señala que la mesa de contratación no ha establecido un criterio nuevo, sino que ha seguido el criterio establecido en el pliego, el cual ha sido aceptado por los licitadores.

C. Existencia de errores en la baremación realizada por la mesa de contratación en lo relacionado a la mejora de la calidad.

Señala que con relación a la preparación académica de los peritos que se advierte la existencia de los siguientes errores de baremación, que nada tienen que ver con irregularidades en las bases de la licitación:

- En la especialidad A Bienes muebles, semovientes y vehículos al perito A, “GS” en el apartado de Diplomaturas Universitarias, se debería haber valorado con 9 puntos.
- En la especialidad E Comprobaciones tipográficas, edificación, seguridad e higiene laboral, la entidad recurrente había puesto en el cuadro que la especialidad era M, mientras que en la misma hoja señala que se refiere a la especialidad E. La mesa no detecta el punto E de la hoja y sólo se fija en el punto M del cuadro por lo que a este perito se valora en la especialidad M.

Aceptando este órgano de contratación que se ha cometido un error material en la baremación de este apartado, el perito JM, ML se debe valorar con 36 puntos en el apartado de Cursos en la especialidad E y valorar, con 22 puntos, en la especialidad M al perito A. L. M., que no fue valorado en su momento, al baremar la mesa de contratación el perito antes mencionado en esta especialidad, según los criterios adoptados por esta mesa.

Señala que *“revisado los datos, la puntuación de la empresa (recurrente) en las MEJORAS A sería de 26 puntos, al ser la licitadora con la mayor puntuación en este apartado, en lugar de 24,23 puntos que fue valorada por la Mesa de Contratación”*.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 5/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Supondría que, en vez de tener 88,70 puntos, tendría 89,27 puntos.

Termina señalando el órgano de contratación que "*esta rectificación del error material no afectaría en nada a la adjudicación del contrato dado que dicha entidad seguiría quedando en tercer lugar, al quedar el orden de puntuación de las licitadoras igual que la recogida en la Resolución de Adjudicación de fecha 3 de mayo del 2021"*.

D. En cuanto a la indefensión manifestada por la entidad recurrente derivada de la denegación de vista del expediente, previa a la interposición del recurso.

Sobre el acceso a la documentación del sobre 3 del resto de los licitadores, señala la dicotomía entre la publicidad y la confidencialidad, así como se refiere a los arts. 133 y 52 de la LCSP para terminar señalando que en el presente procedimiento no se ha incumplido, por parte del órgano de contratación, la obligación legal de tener acceso a la documentación solicitada, sino que ha considerado que la documentación solicitada es confidencial.

E. En cuanto al cuestionamiento de que no existe justificación económica detallada de costes, gastos y beneficios acreditativos de que la entidad adjudicataria pueda ofertar 7 de las 15 tarifas con precio 1,00 € se va a poder ejecutar el contrato con un nivel de calidad exigible. Señala que los pliegos que han regido el procedimiento de contratación del servicio de peritaciones judiciales no han sido cuestionados por el recurrente en el momento procedimental oportuno, siendo la valoración que ha efectuado la Administración en dicho procedimiento ajustados a los mismos, y la oferta de la adjudicataria no está incursa en valores anormales o desproporcionados.

F. Sobre que las tarifas ofertadas a 1,00 €, son ficticias por irreales y constituyen una oferta en fraude de ley.

Señala que según lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil, debería considerarse que le son de aplicación los artículos 145 y 149 de la LCSP. Así señala la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos n.º 386/2019. No obstante, contesta que dicha resolución no refleja un supuesto análogo pues se trata de ofertas incursas en valoras anormales y además la declaración de fraude de ley que se realiza en la misma lo hace relacionando tarifas ofertadas a 1,00 euro con otros requisitos del pliego que rige el contrato sobre el que versa el recurso, ajenos totalmente al objeto de este recurso.

3. Alegaciones de la adjudicataria.

A. Respecto a la supuesta baja temeraria.

Señala que la recurrente realiza una serie de alegaciones sin que las mismas supongan *"ningún incumplimiento por parte de la mesa o de los pliegos"*. En el presente caso, el Anexo XI del PCAP establece los parámetros objetivos para que una oferta pueda considerarse como anormalmente baja, sin que la oferta de la adjudicataria incurra en los requisitos establecidos por el pliego, sobre los que no consta formulada ninguna impugnación y todas las licitadoras formularon sus ofertas aceptando el contenido íntegro de los mismos, por lo que las reglas en ellos contenidas son válidas y ninguna ha sido infringida en la adjudicación.

B. Respecto a las mejoras de calidad.

Señala que el Anexo X del PCAP era suficientemente claro respecto de los títulos que fueron objeto de consulta por la entidad recurrente, indica que "*lo que no pueden hacer las licitadoras es intentar adaptar lo que no dicen los Pliegos a su propio beneficio. Es responsabilidad de la licitadora aportar documentación con la errónea previsión de que sea valorada de manera distinta a la que ya viene establecida en los Pliegos, es problema de la Licitadora no preparar su oferta según las exigencias del Pliego. Lo que no puede ahora en vía de recurso pretender que se le valore de manera distinta a la que establecen los Pliegos, porque considera que cierta formación debe ser catalogada dentro de una categoría u otra".*

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 6/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

A su vez, *"reconoce además la recurrente que su oferta contenía errores propios a la hora de indicar la especialidad de los peritos. Eso es responsabilidad exclusiva de la recurrente, no pudiendo la mesa valorar algo distinto que lo que se le oferta. Los errores en la oferta son responsabilidad de quien los comete".*

C. Respecto al recurso indirecto.

Señala que "*no se ha producido ninguna irregularidad en las bases de la licitación y menos que se haya manifestado con posterioridad a presentar las ofertas".* Asimismo, indica que *"precisamente lo que pretende la recurrente es dar una interpretación distinta al contenido de los Pliegos, la Mesa de Contratación ha actuado conforme a los Pliegos sin separarse de ellos, que es justo lo que hace la recurrente, separe de los Pliegos para intentar obtener una mayor puntuación".*

D. Sobre los precios ofertados.

Señala que no cabe entrar a valorar este punto puesto que no se ha incurrido en presunción de oferta anormalmente baja.

4. Alegaciones de la entidad clasificada en segundo lugar.

Señala que su oferta no es anormal, conforme al anexo correspondiente del PCAP.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

1. Previa: Sobre la legitimación ad causam de la entidad recurrente. Doctrina sobre la legitimación ad causam, cuando la recurrente no ostenta el segundo lugar de la clasificación. Sobre el orden de abordar los motivos del recurso.

Téngase en cuenta que siendo la tercera clasificada su legitimación en el presente procedimiento se encuentra condicionada a la satisfacción de su pretensión respecto de la entidad adjudicataria del contrato, así como respecto a la entidad clasificada en segundo lugar.

Sin perjuicio del orden en el que han sido expuestas los motivos del recurso, considerando que la legitimación de la recurrente tiene relación siempre que pueda ser ella propuesta como adjudicataria, debe partirse de que la misma ha quedado clasificada en tercer lugar.

De este modo, antes de analizar las alegaciones de la recurrente, respecto a las entidades que han quedado clasificadas antes que ésta, y por orden descendiente, como quedaron clasificadas tal y como se alega en el recurso, con carácter previo, a efecto de determinar si esto es correcto es necesario y previo examinar detenidamente la legitimación ad causam de la entidad ahora recurrente.

Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)».*

En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y, por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o levitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 7/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor del presente contrato. En consecuencia, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con la estimación de la pretensión de revisión de los puntos otorgados tras la apertura del sobre 3, respecto de la adjudicataria, si previamente no resultan igualmente revisadas la de la segunda clasificada. Es decir, la recurrente no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella, si no fuera anulada la puntuación de la segunda, pues de otro modo no resultaría adjudicataria.

En el presente supuesto, como se ha expuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente ha quedado situada en tercer lugar, por lo que la eventual estimación de la presente pretensión en la que se denuncia la indebida admisión de la entidad clasificada en primero y segundo lugar, si bien en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, si no resultaren estimadas sus pretensiones de anulación en el orden inverso.

Por ello, y por economía procesal deben analizarse así las posibilidades de que la entidad recurrente pudiere ser adjudicataria ante una eventual estimación del recurso, analizando los motivos del recurso, pero en el orden inverso a su clasificación respecto de la tercera clasificada, la recurrente, es decir desde la segunda hasta la adjudicataria, pues en el caso en el que no se estimare respecto de la segunda clasificada, no obtendría en el recurso ya beneficio alguno, más allá de la mera defensa de la legalidad, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno.

2. Respecto de la consideración como oferta anormalmente baja las de ambas entidades clasificadas antes que la recurrente.

A. Se ha de destacar el contenido del artículo 149 LCSP ya que en el mismo se establece lo siguiente:

"En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo".

"La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificarlas ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal".

"La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

...b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto."

"4 (…) identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta-" (…). "En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente". (...). "Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 8/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico". (…).

"6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación. En ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150. En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica".

Por tanto, los criterios que permiten identificar los casos en los que una oferta se considera anormalmente baja están establecidos en el anexo XI del PCAP, que dispone, respecto a la consideración de concurrencia de oferta anormalmente baja, que:

"Los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que las proposiciones no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos serán los siguientes:
3.- Si concurren tres o más empresas licitadoras, se considerará anormalmente baja la oferta que cumpla con los dos criterios siguientes:
a) Que la oferta económica sea inferior en más de un 10 por ciento a la media aritmética de todas las ofertas económicas presentadas.
b) Que la puntuación que le corresponda al resto de criterios de adjudicación distintos del precio sea superior a la suma de la media aritmética de las puntuaciones de todas las ofertas y la desviación media de estas puntuaciones.
Para calcular la desviación media de las puntuaciones se obtendrá, para cada oferta, el valor absoluto de la diferencia entre su puntuación y la media aritmética de las puntuaciones de todas las ofertas. La desviación media de las puntuaciones es igual a la media aritmética de estos valores absolutos".

Del artículo 149 LCSP transcrito se deriva que para determinar si una oferta inicialmente incursa en presunción de anormalidad puede o no ser cumplida, ha de seguirse un procedimiento contradictorio en el que constituyen trámites fundamentales y previos a la adjudicación, la justificación de la oferta por parte del licitador afectado y el informe del servicio correspondiente de la Administración. En tal sentido, si el órgano de contratación considera, a la luz de los trámites anteriores, que la oferta no puede ser cumplida, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor del licitador siguiente.

En el procedimiento, objeto del recurso, se presentaron tres ofertas. No habiéndose impugnado en su día el PCAP respecto a los requisitos que han de concurrir para considerar una oferta anormalmente baja, no procede admitir las alegaciones de la recurrente sobre la inviabilidad económica de la propuesta presentada por las dos entidades clasificadas por delante de la entidad recurrente.

En este sentido, y conforme al artículo 139. 1 de la LCSP que establece que "*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna",* que el licitador que, teniendo la oportunidad de impugnar los pliegos no lo hizo en tiempo y forma, no puede alegar contra los actos posteriores en la licitación la hipotética ilegalidad de los pliegos.

Así lo ha recogido la jurisprudencia que resume la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de febrero de 2016 la cual señala que: *"(…) en el supuesto enjuiciado la impugnación*

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 9/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia[2]*, el pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo".*

Por ello, no es posible cuestionar los pliegos de cláusulas con ocasión o con posterioridad a la adjudicación del contrato, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que *«[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos" […]»*

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad de las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno los pliegos que no ha combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la adjudicación del contrato, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

La citada Sentencia, primera aludida, procede entonces confirmar "*el acuerdo del TARCR, sin más razonamientos y sin que proceda que esta Sala se pronuncie sobre el contenido de los pliegos y sus condiciones, toda vez que en este caso no pueden ser objeto de revisión con ocasión de la impugnación del acto de adjudicación, rechazando con ello las subsidiarias pretensiones formuladas puesto que exceden del objeto del presente recurso. (…)".*

B. Sobre la sentencia alegada.

Alega que la segunda clasificada hace una bajada del 44%, seguida de la adjudicataria con el 43% en la oferta económica. Se quiere hacer especial referencia a que la recurrente hace una rebaja del 31%.

La recurrente como más arriba se señala alega que en la tarifa B relativa a los bienes inmuebles, que representa en el presente caso el 20% de la facturación, la adjudicataria plantea una tarifa de 40,00 € que está por debajo de lo que establece la sentencia 2119/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Sevilla) Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en el Recurso nº 614/2016 y la Resolución 238/2019, la cual falla anulando.

Bien al respecto cumple realizar distintas consideraciones:

- En primer lugar, la recurrente es conocedora que, en fecha de 28 de octubre de 2021, este Tribunal ha resuelto otro recurso presentado por la misma entidad, en la que viene a sostener la misma argumentación, en el contrato promovido en su ámbito territorial en la provincial de Málaga[3].

Ha sido conocedora por tanto antes de poner fin a este recurso de las consideraciones vertidas en dicha Resolución por este Tribunal. Cumple señalar igualmente, y como se dirá que este motivo del recurso es el único que permite sostener su legitimación, pues es el único de los motivos que permitiría la exclusión de las dos primeras clasificadas.

2 STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º), que recuerda a las SSTS de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06).

3Resolución 421/2021, de 28 de octubre (recursos 191/2021 y 192/2021).

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 10/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Pues bien, en aquel recurso de este Tribunal, ya se dijo, que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de febrero de 2019 (recurso 614/2016) se refería a la impugnación de un pliego, algo que en este procedimiento no ha sucedido. Asimismo, que se refería a una situación temporal distinta a la actual.

En la resolución de aquel recurso se advertía, a efectos de considerarlo conforme o no a la buena fe, que era fundamental la actitud de la recurrente. Se señalaban contradicciones, evidenciadas por el propio órgano de contratación, que ponía de relieve que una de las entidades recurrente (la aquí adjudicataria también) "*en la especialidad D, "la oferta para otros contratos de esta Comunidad Autónoma precios de 0,01 y € 1, 21 € (Almería, exp 02/17; Huelva, exp. 4/2017; Cádiz, exp 14/2014) y la propia (adjudicataria) oferta el precio de 0,01 € en contratos ejecutados o en ejecución en las provincias de Huelva, Jaén y Almería. Respecto a la especialidad H, la empresa MB oferta la cuantía de 0,01 € y de 1 € en los contratos ejecutados o en ejecución en Cádiz o en la propia Málaga (Exp 6/17 SJI), y la propia (adjudicataria) oferta 30 € y 0,01 € en Huelva y Jaén*".

A mayor abundamiento, es contradictorio además que la entidad recurrente (y teniendo en cuenta que la misma ha realizado una oferta a la baja del 31% en el presente procedimiento), en un contrato promovido por la Delegación territorial en Málaga "(Exp 6/17 SJI), ha resultado ser "la empresa adjudicataria", y que "*ha estado prestando el servicio en la especialidad D por una tarifa de 5€ y la especialidad H por una tarifa de 1 €".*

Por todo ello, la argumentación iría contra los propios actos de la recurrente, pues a pesar de su alegación la cuestión es que su oferta no solo es muy similar en el presente contrato, sino que ha estado ofe rtando por tarifas similares para estos servicios.

Por lo tanto, esto no solo no desvirtúa la afirmación de que las tarifas no se encuentran en presunción de anormalidad según los pliegos, sino que además es un indicador manifiesto de la buena fe exigible a los recurrentes en sus argumentos y pretensiones, de tal modo que considerando el conjunto de las pretensiones primera y segunda, siendo las clasificaciones finales de la adjudicataria de 98,77 puntos, de la segunda entidad clasificada de 91,73 puntos, y la de la entidad recurrente de 88,70 puntos, queda por concluir sobre la existencia de algún otro motivo que pudiera suponer adelantar en puntuación a las dos primeras clasificadas.

3. Sobre el alegado error en los pliegos, así como el error de hecho en la baremación reconocido. Efectos.

El Anexo X del PCAP relativo a los "criterios de adjudicación y baremos", establecía entre los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, en el punto 2 referido a las mejoras relacionadas con la calidad (Hasta 51 puntos) una con el siguiente tenor y valorable hasta 26 puntos:

"2.1. Compromiso de poner a la disposición de la Administración Pública, para realizar la prestación objeto de esta contratación, personal con una preparación académica superior a la requerida como solvencia técnica o profesional en el ANEXO XV del presente PCAP. (Hasta 26 puntos).

Deben presentar el MODELO A (incluido en el ANEXO VIII del presente pliego) debidamente cumplimentado y firmado junto con la documentación acreditativa de lo que relacionen:
a) Doctor/a: 6 puntos por título acreditado.
b) Máster Universitario: 5 puntos por título acreditado.
c) Grado/Licenciatura: 4 puntos por título acreditado.
d) Diplomatura/Ingenierías Técnicas/Arquitecturas Técnicas: 3 puntos por título acreditado.
e) Cursos especializados en la materia de la especialidad a la que pertenezcan: 2 puntos por certificado.".

En éste se establecen 5 categorías puntuables (Doctor, Máster Universitario, Grado/Licenciatura, Diplomatura/Ingenierías Técnicas Arquitecturas Técnicas y Cursos especializados en la materia de la especialidad a la que pertenezcan). Esa clasificación era conocida por las licitadoras desde su publicación y así debían preparar su oferta, es decir el pliego establece una serie de documentos acreditativos de formación cuya distinción principal radica en si la formación es universitaria o no, considerando la no universitaria dentro de la categoría de "Cursos especializados en la materia", no generando esto ninguna duda. Se ha de valorar en este

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 11/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

sentido, de forma necesaria la respuesta que da el órgano de contratación ante la petición de información, cuando señala que "*lo que si le podemos confirmar es que se valorará conforme a lo que se exige en el PCAP"*, es decir, según las categorías indicadas.

Fuerza el argumento la entidad recurrente pues intenta adaptar lo que no dicen los pliegos a su propio interés, siendo responsabilidad de la licitadora aportar documentación. Es únicamente achacable a la misma que su oferta, sino se ajusta al PCAP, no cumpla con su errónea expectativa, de que sea valorada de manera distinta a la que ya viene establecida en los pliegos.

Parece pretender en vía administrativa, que se le valore de manera distinta a la que establecen los pliegos, porque considera que cierta formación debe ser catalogada dentro de una categoría u otra. Algo que en cualquier caso no tendría lugar, pues en su caso se anularía y se retrotraerían las actuaciones, aunque no estamos en ese supuesto porque ninguna infracción del PCAP ha existido. Por todo ello, no cabe la revisión de la puntuación otorgada por este criterio de adjudicación consistente en la mejora 2.1 del Anexo VIII.

Conforme a las alegaciones de fondo planteadas por el órgano de contratación se admite la existencia de un error de valoración mínimo. Consistente en que habría existido un error en la cumplimentación de las tablas de otorgamiento de puntos siendo las clasificaciones finales de la adjudicataria no de 98,77 puntos, sino de 97,68, de la segunda entidad clasificada no de 91,73 sino de 90,99 puntos, y la de la entidad recurrente no de 88,70 sino de 89,27 puntos.

Por lo que por economía procesal, dado que siendo las clasificaciones finales de la adjudicataria de 98,77 puntos, de la segunda entidad clasificada de 91,73 puntos, y la de la entidad recurrente de 88,70 puntos, y exigiéndose para reconocer legitimación activa conforme a la interpretación que se ha venido haciendo de este concepto, se concluye la imposibilidad de poder pretender la retroacción de las actuaciones, siendo esta conclusión la solución más plausible desde la perspectiva de la economía procesal, con relación a aquellos vicios que se invocasen con la finalidad de alterar la valoración de las ofertas y conseguir que, como consecuencia, la recurrente viera su oferta mejor posicionada si en ningún caso tal mejora pudiera llegar a determinar la adjudicación en su favor, dado que el interés genérico en la legalidad o la mera satisfacción moral de ver estimadas sus pretensiones no constituye un interés legítimo en materia de contratación.

4. Sobre la impugnación indirecta del pliego.

A mayor abundamiento, y aunque no se hace ninguna otra alegación que permita sostener la viabilidad del recurso, pues no se ataca directamente las puntuaciones de las dos entidades que la preceden en la clasificación nos ocupamos a continuación de las alegaciones diversas que tienen un denominador común, que es la consideración del PCAP como un instrumento que rige la licitación que contienen cláusulas nulas, y que lo hacen susceptible de su impugnación indirecta (aunque sin embargo en el "suplico" no lo pide expresamente).

Al respecto cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que sienta la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: *«[…] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva. […]».*

Recordemos que la jurisprudencia europea admite esa impugnación de los pliegos si resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente, algo que en el presente supuesto no concurre, por ello se debe desestimar.

La reciente sentencia de la Sala tercera desestima el recurso pues considera que no tiene encaje en los motivos

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 12/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

tasados la supuesta ilegalidad del pliego, siendo uno de los motivos trasladables a nuestro caso, por no darse, y es que la sentencia solo lo admite en los términos que la impugnación indirecta la admite el Tribunal Europeo, que es cuando nos encontramos ante cláusulas oscuras, pero no a las que se tildan en el recurso de discriminatorias o desproporcionadas. Concluye diciendo que no hay más excepciones a dicha impugnación directa que las jurisprudencialmente contempladas, es decir, solo en casos tasados de nulidad de pleno derecho, y además objeto de consideración restrictiva.

Justificación que, en el recurso, conforme a dicha jurisprudencia en ningún momento se justifica, por lo que deben desestimarse también estas alegaciones referidas a las tarifas contempladas.

Por último, acierta el órgano de contratación respecto a la alegación de la existencia de tarifas ficticias por irreales y por constituir ofertas en fraude de ley. En este sentido, manifiesta sobre las tarifas ofertadas a 1,00 € que la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos n.º 386/2019, alegada por la recurrente, no se refiere a un supuesto análogo al que se analiza en este recurso, pues se trata de ofertas incursas en valoras anormales y además la declaración de fraude de ley que se realiza en la misma lo hace relacionando tarifas ofertadas a 1,00 euro con otros requisitos del pliego que rige el contrato.

5. Sobre el acceso al expediente.

A mayor abundamiento, abordaremos esta consideración al final, dado que ya se ha determinado la falta de legitimación activa ad causam de la entidad recurrente.

Sobre el derecho instrumental de acceso al expediente el artículo 133 de la LCSP señala que *"los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta".*

La documentación de los sobres número 3 ha sido designada por las dos licitadoras distintas de la impugnante, como confidenciales y contienen datos personales, de tal modo que el órgano de contratación está obligado a la confidencialidad, y así lo ha declarado.

El artículo 52 de la LCSP, bajo la denominación de "Acceso al expediente", dispone la forma de materializarse el *acceso al expediente de contratación:*
"1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación de forma previa a la interposición del recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la Ley.
2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, debiendo el órgano de contratación facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para la interposición del recurso especial.
3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el apartado 1 anterior no eximirá a los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. Ello, no obstante, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso, en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas por plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que proceda a completar su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que tuvieran por conveniente".

En el presente caso no se ha incumplido, por parte del órgano de contratación, la obligación legal de tener acceso a la documentación solicitada, sino que ha considerado que la documentación solicitada es confidencial.

No obstante, lo señalado por el órgano de contratación, lo cierto es que no depende solo de lo declarado como confidencial, pues hay que encontrar el oportuno equilibrio entre la publicidad y el secreto comercial o empresarial.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 13/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Aparte de ello, en el recurso no se solicita el acceso al expediente a este Tribunal conforme al artículo 52 de la LCSP en el "suplico", sino que se hace referencia a la infracción sin más de este derecho. Si bien, y esto es importante destacarlo, no arroja ni un solo argumento para considerar fundamental el acceso a una determinada información, que tampoco señala (sino de forma genérica, sería justificable desde el punto de vista de su legitimación y sobre la viabilidad del recurso).

La confidencialidad como derecho al secreto profesional o comercial debe partirse que no se trata de un derecho de carácter preclusivo en el procedimiento de contratación, es decir, el error en la cumplimentación de un documento o la falta de cumplimentación del mismo, o bien un requerimiento de subsanación, del que dependa el acceso, no convierte en no confidencial lo que podría serlo. Tampoco existiría aquiescencia en el acceso si se diera autorización para ello, algo que no se da en el presente supuesto.

Existiendo el derecho al acceso sobre determinada información y su posibilidad de limitación, y en concreto sobre la oferta de un licitador, el hecho de no haber sido diligente o el error material, no supone que pueda ser considerada como el derecho del órgano de contratación a poder revelar documentos o informaciones que suponen una ventaja competitiva para la empresa, y que ésta mantiene en secreto, porque de ser conocidas por la competencia se perdería esa ventaja. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su sentencia de 14 de febrero de 2008 (Asunto C450/06, VAREC S.A. contra el estado belga así lo ha recogido. Esas ventajas industriales o comerciales, no es proporcionado pretender que pueden perderse por un simple olvido, pues las empresas con seguridad han invertido esfuerzo en capital humano y material. Una participación en una licitación pública no puede implicar por el mero hecho de un olvido el riesgo de ir en provecho de la competencia si se hiciera público, pues no solo perjudica la licitación en curso, sino también tiene alcance para el futuro, pudiéndose perjudicar posteriores licitaciones desalentando la concurrencia en el futuro ante el riesgo de poder perder el secreto de una información sobre la que se basa la buena marcha económica de una empresa.

El deber de confidencialidad de las ofertas del artículo 133.1 LCSP, no alcanza sólo al órgano de contratación, sino también a sus servicios dependientes, lo que incluye a la mesa de contratación y al resto de órganos consultivos o auxiliares que intervienen en el expediente. En este sentido, vincula incluso en vía de recurso especial en materia de contratación, de tal modo que este Tribunal cuando conoce de un recurso en materia de contratación debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de las licitadoras y el secreto de dicha información. Resulta por tanto adecuado que el Tribunal correspondiente requiera al órgano de contratación la manifestación expresa sobre las declaraciones de confidencialidad si éstas no constan en el expediente. Todos estos motivos suponen que se deba ser especialmente proactivo para que las licitadoras manifiesten expresamente qué documentos de la oferta que presentan deben ser tratados como confidenciales y por qué han de tener esa consideración de tal modo que, en el conflicto entre el derecho de defensa de la licitador ya descartada y el derecho a la protección de los intereses comerciales de la licitadora adjudicataria, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario.

De este modo debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitadora, el que solicita el acceso, y el que se opone al mismo; pues ni el principio de confidencialidad es absoluto, ni tampoco lo es el de publicidad. Sí tiene derecho la licitadora a la que se le restringe una motivación sobre la denegación parcial o completa de acceso al expediente.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 46/2009, de 26 de febrero realiza una interpretación del alcance de este derecho, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

"1ª. La adjudicación del contrato está sujeta en todo caso a los principios de publicidad y transparencia, que se manifiestan no solo en la exigencia de dar a conocer a través de los medios especificados en la Ley las licitaciones convocadas, sino sobre todo y por lo que aquí interesa, en la publicación de las adjudicaciones y en la notificación a los licitadores de los motivos que han llevado preferir una oferta y descartar las restantes.
2ª. El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 14/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

no hubieran resultado adjudicatarios puedan ejercer su derecho a interponer recurso.
3ª. Finalmente, la confidencialidad sólo procede cuando el empresario, al formular su oferta, haya expresado qué extremos de ésta se encuentran afectos a la exigencia de confidencialidad".

A lo que este Tribunal estima conveniente añadir en los términos antes expresados, la posibilidad de designación posterior a instancia del órgano de contratación.

Es decir, corresponde a la empresa licitadora declarar la confidencialidad, y, por otro lado, el órgano de contratación (y este Tribunal) no está vinculado absolutamente por esta declaración, sino que, antes, al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de las licitadoras. El contrapeso a esta facultad se encuentra en la motivación, en que se expliquen las razones por las que se deniega el ejercicio de un derecho, en este caso, el de acceso a la información de las ofertas. En este sentido, el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales determina que los principios de publicidad y transparencia propios de la contratación administrativa exigen que el acceso a los documentos que obran en el expediente sea la regla general, y la salvaguarda de la confidencialidad de los datos contenidos en las ofertas la excepción, por ello se ha justificar adecuadamente la limitación del acceso. El derecho de acceso al expediente tiene carácter instrumental, y para hacerse efectivo necesita estar relacionado con la debida motivación como presupuesto del derecho de defensa de la licitadora no adjudicataria o excluida, de tal modo que no será necesario dar vista del expediente a la recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para interponer motivadamente el recurso.

El derecho de acceso al expediente, ex artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no se extiende a otros documentos que, aun cuando hubieran sido aportados por las licitadoras, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada. La confidencialidad se extiende solo a documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros. La Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales delimita el concepto de secreto empresarial cuando señala que lo es cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones:

"a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas;
b) tener un valor empresarial, ya sea real o potencial, precisamente por ser secreto, y
c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto…".

En este sentido, una vez requerida la empresa adjudicataria y la segunda clasificada, a efectos de determinar el contenido confidencial del sobre 3, éstas no hicieron una declaración genérica, sino que la determinaron a todos los datos personales.

A la vista de lo alegado debe ponerse de manifiesto que desde la Directiva 2016/943, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, se definía ya en su artículo 2 el secreto comercial como aquella información que reúne los requisitos siguientes:

• Ser secreta en el sentido de no ser, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión, ni fácilmente accesible por estas.
• Tener un valor comercial por su carácter secreto.
• Haber sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias del caso, por mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente ejerza su control.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 15/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

En el mismo sentido lo establece la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales.

Asimismo, estimamos decisivo observar si la solicitud de información de la recurrente está debidamente fundamentada con relación a un error evidente que ha supuesto una menor valoración de su oferta, es decir qué pretende conseguir expresamente con la vista de todos los documentos. No esgrimiendo motivación alguna que ponga en duda el criterio adoptado por el órgano especializado, por lo que la indefensión que pudiere haberse causado, una vez expuesto lo anterior debe desestimarse por infundada, más aún cuando se observa que el recurso se ha interpuesto argumentando por qué entiende que debe anularse la adjudicación, y es porque presume con una mera sospecha que el informe del órgano técnico especializado no es adecuado.

Por todo lo cual, estimamos que la respuesta dada por el órgano de contratación en este aspecto está comprendida bajo el concepto legal de secreto comercial (y 133 de la LCSP) ya que su contenido se encuentra estrechamente relacionado con la aplicación de conocimientos y metodologías coincidentes a la luz de lo expuesto, plenamente con los artículos 51.2, 56.5 y 133 de la LCSP.

Asimismo, no existe ningún fundamento para dudar de la debida valoración realizada por el órgano técnico especializado de la oferta.

Por todo lo cual, este Tribunal considera que procede la desestimación del recurso en base a este motivo, no procediendo ni la declaración de vulneración de este derecho, ni la petición de acceso al expediente.

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

Procede en este momento abordar la apreciación de posible temeridad en la interposición del recurso.

Sobre el particular, como 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)".

En este supuesto, nos encontramos que la recurrente es una entidad licitadora en un procedimiento de contratación, a la que se le presume un mínimo conocimiento jurídico en lo relativo a los requisitos de procedibilidad básicos del recurso especial en materia de contratación como es la infracción legal en la que debe

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 16/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

basarse el recurso y no en meras suposiciones. Carece de fundamento pues no contiene una impugnación de la valoración otorgada basada en infracción legal alguna.

La recurrente ha tenido conocimiento de la resolución de este mismo Tribunal, a la que hemos aludido en la consideración anterior, que, por idéntico motivo a éste, ha sido desestimado. En aquel recurso los motivos de impugnación eran sustancialmente idénticos, y aun conociéndolo ha persistido en el recurso.

La recurrente, no ha presentado justificación alguna sobre las alegaciones contenidas en el recurso, dado que era la tercera clasificada, no justificando en cada motivo su legitimación concreta, pues debía pretender mejorar la posición no solo de la adjudicataria sino también de la segunda clasificada.

Debemos recordar que en ella recae la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula (así lo explicamos ya en nuestra resolución 406/2014, de 23 de mayo), ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su improcedencia, 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, si bien en este caso no sabedora de que su recurso en ningún caso puede ser estimado, sí actuando con temeridad. Así no podemos presumir la mala fe en este caso, aunque pudiera serle atribuida una finalidad torticera en el recurso si con ello estuviera obteniendo un beneficio, como pudiera ser la prórroga obtenida de un contrato anterior como consecuencia de la suspensión automática del procedimiento, al ser el acto recurrido la adjudicación, conforme establece el artículo 53 de la LCSP.

Sobre lo anterior, 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 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 evidencia al menos dicha temeridad, sin haber podido analizar más datos sobre el beneficio que habría podido obtener por la interposición de este recurso.

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 1500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes licitadoras.

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

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 17/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **TAXO VALORACIÓN, S.L.**, contra la Resolución de 3 de mayo de 2021, por la que se adjudica a la entidad M.B. AGENCIA TÉCNICA DE PERITACIONES S.L. el contrato denominado "Servicio de peritaciones judiciales en los procedimientos instruidos por los órganos Judiciales de Sevilla capital y de la provincia", (Expediente: Contr 2020/811246), promovido por la Delegación Territorial de Regeneración, Justicia y Administración Local, en Sevilla.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en la cuantía máxima de 1500 euros en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso y ante la inexistencia de una cuantificación del perjuicio ocasionado a la entidad adjudicataria y al órgano de contratación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	22/11/2021	PÁGINA 18/18
VERIFICACIÓN	Pk2jm8NGXL64UWPXWL9ZY846NKKLHF	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	