

Recurso 76/2020

Resolución 241/2020

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

Sevilla, 9 de julio de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VSV EUROGLOBAL ESPAÑA S.L.** contra la resolución que acuerda su exclusión de 30 de enero de 2020, y la resolución de adjudicación, de 5 de febrero de 2020, del Consejero Delegado de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, EXTENDA, entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, en relación al contrato denominado “Prestación de servicios relacionados con la internacionalización de empresas andaluzas en Brasil” (expediente 2019-029), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de abril de 2019, se publicó en el perfil de contratante de EXTENDA ubicado en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, mediante procedimiento de licitación con negociación, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 125.000 euros.

SEGUNDO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la nueva LCSP.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Mediante resolución de 30 enero de 2020 del órgano de contratación de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, EXTENDA, se excluye a la recurrente del procedimiento y mediante Resolución de 5 de febrero de 2020 se adjudica el contrato a la entidad INTERNACIONALIZAÇÃO BRASIL SERVIÇOS COMBINADOS DE APOIO ADMINISTRATIVO LTDA. (en adelante INTERNACIONALIZAÇÃO).

CUARTO. El 26 de febrero de 2019 tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial interpuesto por VSV EUROGLOBAL ESPAÑA S.L., (en adelante VSV) contra las citadas resoluciones de exclusión y de adjudicación del contrato.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 26 de febrero de 2020, se solicita al órgano de contratación la aportación el expediente de contratación, informe sobre el recurso, así como el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 4 de marzo de de 2020..

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. El artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha levantando con efectos desde el día 1 de junio la citada suspensión.

SÉPTIMO. La Secretaría del Tribunal, mediante escrito de 18 de junio de 2020, dio traslado del recurso a la entidad INTERNACIONALIZAÇÃO, única licitadora en el procedimiento junto con la recurrente,



concediéndole un plazo de 5 días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la citada entidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, 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. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP..

TERCERO. Procede ahora determinar si el recurso presentado se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto, los actos impugnados, la exclusión y la adjudicación, han sido dictados en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera los 100.000 euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador. Por tanto, 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) y c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) y d) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción



d) Cuando se interponga contra la adjudicación del contrato el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado esta de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta a los candidatos o licitadores que hubieran sido admitidos en el procedimiento.”

La disposición adicional decimoquinta en su apartado 1 establece que *“Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.”

Los acuerdos impugnados fueron publicados en el perfil de contratante el 5 de febrero de 2020 y remitidos el mismo día a la entidad ahora recurrente, por lo que el recurso presentado el 26 de febrero de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto dentro del plazo legalmente previsto.

QUINTO. Entrando en los motivos del recurso, la entidad recurrente recurre contra dos actos: el que acuerda su exclusión por no haber justificado su oferta incurso en presunción de anormalidad y el acto de adjudicación.

En su primer alegato, la recurrente cuestiona la falta de motivación tanto del acuerdo de exclusión de 30 de enero de 2020 como del acuerdo de adjudicación de 5 de febrero de 2020.

En su segundo alegato, la recurrente sostiene la incorrecta valoración de su oferta por ser posible su cumplimiento, con infracción del artículo 149 de la LCSP.

Y en el tercer alegato, relacionado también con la viabilidad de su oferta, cuestiona la cláusula 2.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares que contempla la exclusividad, y su aplicación.

El órgano de contratación en su informe al recurso se opone al mismo, en los términos que se expondrán en los siguientes fundamentos de derecho.



Ha presentado alegaciones la empresa INTERNACIONALIZAÇAO cuyas consideraciones constan en el expediente.

SEXO. Pasando al análisis del recurso abordaremos en primer lugar la supuesta falta de motivación alegada por la entidad recurrente tanto del acto de exclusión como del acto de adjudicación.

Tras reproducir el artículo 151 de la LCSP, se alega que dicho precepto ha de ser aplicable igualmente a los acuerdos de exclusión, invocando nuestras Resoluciones 69/2017, de 6 de abril y 97/2017, de 12 de mayo. Igualmente sostiene la falta de motivación de la resolución de adjudicación.

El órgano de contratación alega que el acuerdo de exclusión de 30 de enero de 2020 fue notificado conjuntamente con el acuerdo de adjudicación de 5 de febrero, conforme permite el artículo 151.2.b) de la LCSP, y que a dicha notificación se le adjuntaron los siguientes documentos:

- Acta de 16 de enero de 2020, tras la resolución del anterior recurso presentado por la misma recurrente
- Informe del Departamento de Red Exterior donde se recogen las argumentaciones y motivaciones punto por punto, respecto de la justificación de la oferta desproporcionada realizada por parte de la empresa (en el email de notificación se le denomina a este informe “informe Dpto. Técnico Baja Temeraria”).
- Acta de la mesa donde se asume dicho informe y se argumenta a su vez la propuesta de rechazo de la oferta.
- Acuerdo de exclusión del órgano de contratación.
- Resolución de adjudicación.

Pues bien, antes que nada conviene recordar lo que dijimos en las Resoluciones citadas por la recurrente, y en particular, en la primera de ellas, ya que tienen un contenido similar. Señala nuestra Resolución 69/2017, de 6 de abril:

“Al respecto, en cuanto a la falta de motivación del acuerdo de exclusión, es doctrina reiterada de este Tribunal -manifestada, entre otras más recientes, en las Resoluciones 306/2015, de 3 de septiembre, 431/2015, de 29 de diciembre y 28/2016, de 11 de febrero- que la adjudicación y por ende, la exclusión se entenderán motivadas adecuadamente si al menos contienen la suficiente información que permita al



licitador interponer el recurso en forma suficientemente fundada. De no ser así, se le estaría privando de los elementos necesarios para configurar un recurso eficaz, produciéndole por tanto indefensión.

El TRLCSP no exige la notificación expresa de la exclusión de ofertas al amparo del artículo 152.4 cuando el órgano de contratación *“estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados”*.

Ahora bien, el artículo 151.4 del TRLCSP sí establece que la resolución de adjudicación del contrato sea motivada y se notifique a todos los licitadores y respecto a los licitadores excluidos, el precepto legal señala que deberá expresarse en forma resumida las razones por las que no se haya admitido su oferta. Quiere decirse, pues, que cuando el acto de exclusión de la oferta sea susceptible de recurso especial independiente -como sucede en el supuesto examinado- por haberse notificado individualmente a la recurrente, se impone su motivación como mínimo en los términos que recoge el artículo 151.4 del TRLCSP para la exclusión notificada a los licitadores con motivo de la comunicación de la adjudicación del contrato.

Al respecto, como señala la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto.

Abundando en el criterio expuesto, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2013, dictada en el asunto T-165/2012 señala que la obligación de motivación de las entidades adjudicadoras puede cumplirse por medio de comentarios sucintos sobre la oferta seleccionada y la no seleccionada y que lo determinante es que los licitadores puedan comprender la justificación de sus puntuaciones.”

Pues bien, consta en el expediente el citado correo electrónico al que se refiere el órgano de contratación en su informe, y al que se adjuntan los mencionados documentos, entre los que se encuentra el acuerdo de exclusión. Este acuerdo dispone:



“Vista la documentación presentada por VSV EUROGLOBAL ESPAÑA, S.L en justificación de su oferta económica, tras haber sido considerada anormalmente baja teniendo en cuenta los valores estimados en el Anexo IX, y visto el informe del Dpto. Técnico así como la propuesta de la Mesa de Valoración,

ACUERDO

Primero: Rechazar y por tanto excluir, la oferta de la empresa VSV EUROGLOBAL ESPAÑA, S.L., una vez tenida en cuenta la justificación realizada por la misma, al estimar que la justificación realizada no explica satisfactoriamente el bajo nivel del importe propuesto y que en consecuencia y a tenor de la Ley, la oferta no puede ser cumplida.”.

Es decir, el Acuerdo de exclusión se basa tanto en el informe del Departamento técnico como en la propuesta de la mesa de valoración. Estos dos últimos documentos le fueron notificados conjuntamente con el acuerdo de exclusión.

El informe del Departamento de Red Exterior analiza la información facilitada por la empresa para acreditar la viabilidad de su oferta y concluye que no se considera justificada. El acta de la mesa de 23 de enero de 2020 recoge la propuesta de exclusión en los siguientes términos:

“Vistas las justificaciones realizadas por VSV EUROGLOBAL ESPAÑA, S.L., así como el informe realizado por el Dpto. de Red Exterior, el cual es asumido por esta Mesa como suyo, se concluye que no queda debidamente justificada por la empresa la oferta económica presentada debido a que gran parte de la argumentación esgrimida, se fundamenta en aspectos que vienen referidos a la solvencia exigida y que no suponen una justificación que sea determinante para entender justificado el precio ofertado. Así como tampoco el resto de argumentos atendiendo al razonamiento expuesto en el informe.

De todos los argumentos esgrimidos, el único dato objetivo que podría situarla en ventaja con respecto a otros licitadores sería el ahorro en costes inmobiliarios, que podría suponer un ahorro máximo de 8.300 € sobre los 9.500 € máximos para ese concepto. Por tanto, no quedaría justificada una bajada de 20.700 € (22.5%) sobre los 92.000 € que marcan el límite para no ser considerada desproporcionada.

De otra parte no se ha podido tener tampoco en cuenta el argumento relativo al ahorro que permite la ejecución de los procedimientos del contrato cuya argumentación por la empresa ha sido la siguiente: *“Ser delegados de IVACE en Brasil desde 2019 a 2021 ocasiona que tanto la oficina de VSV Euroglobal en Brasil como la Jefa de Proyecto M.G.B tengamos cubiertos todos los gastos”* y que ha sido especialmente puesto



de manifiesto en el informe del Dpto. técnico, dado que el ahorro en materia de personal que indican implica una incompatibilidad recogida en el PCP que rige la licitación.

Durante el periodo de subsanación de la solvencia técnica se alertó de este detalle a la empresa, dado que el currículum del analista vinculado propuesto constaba que era delegado comercial de IVACE en Brasil. Por tal motivo se les remitió un correo electrónico con fecha 30 de abril que indicaba: “...De otra parte en el punto 2.2 del pliego de cláusulas particulares se indica que “Habrá exclusividad por parte de la empresa que resulte adjudicataria, no pudiendo realizar el mismo tipo de prestación de servicios en Brasil para otras entidades u organismos homólogos a Extenda del resto de España.

Evidentemente en caso de que VSV resultase finalmente adjudicataria de la presente licitación, dicho candidato no podría seguir formando parte de IVACE en tanto que se incumpliría lo establecido en el pliego, siendo ello en caso contrario causa de resolución, por lo que aprovechamos para dejar aclarado este extremo, solicitando de su parte confirmación de que ello será así llegado el caso, lo cual evidentemente sería comprobado por parte de Extenda en fase de ejecución.”.

En la justificación ahora propuesta declaran que no sólo parte del equipo está vinculado a IVACE sino también la propia consultora. Ello no resulta un incumplimiento del deber de exclusividad a día de hoy, en tanto que sólo operaría tras una posible adjudicación, pero por dicho motivo el argumento del ahorro de costes esgrimido no puede tenerse en cuenta pues para ello sería necesario que se siguiera manteniendo la prestación de servicios con IVACE, lo cual no resulta posible.

En conclusión, la justificación realizada por VSV EUROGLOBAL ESPAÑA, S.L., no explica satisfactoriamente la oferta desproporcionada presentada por la misma.

Por todo lo anterior se acuerda por parte de esta Mesa de Valoración proponer al órgano de contratación, 1º.- Rechazar la oferta de la empresa VSV EUROGLOBAL ESPAÑA, S.L.”

Es decir, el acta de la mesa no se limita a remitirse al informe técnico, sino que recoge sus principales consideraciones, añadiendo sus propias observaciones.

En consecuencia, no puede reputarse la denunciada falta de motivación del acuerdo de exclusión, ya que parte de lo dispuesto tanto en el informe técnico como en la propuesta de la mesa. Nos encontramos ante un supuesto de motivación in aliunde.



Un caso parecido al presente fue resuelto por este Tribunal en su Resolución 237/2019, de 18 de julio:

“Por lo demás, el propio Tribunal Supremo avala la técnica empleada por el órgano de contratación para motivar la resolución de adjudicación impugnada.

Así, en la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, dictada por la Sala Tercera (recurso n.º 161/2009), se declara que *“siguiendo con las exigencias propias de la motivación, debemos añadir que la motivación puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 89.5 de la Ley 30/1992 [actualmente, artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas], cuando se incorporen al texto de la misma.”*

En el caso que nos ocupa, a la resolución de adjudicación -enviada a FISSA según obra en la documentación del expediente el mismo 11 de febrero de 2019- se acompañó la también impugnada acta de la sesión de 21 de diciembre de la mesa de contratación, e informe, de 7 de diciembre de 2018, de la comisión técnica en el que se contiene la valoración de los sobres n.º 2 de las ofertas, el cual, como ha sido indicado, permite conocer los motivos que determinaron la baremación de las proposiciones con arreglo a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor.

Pero es que, a mayor abundamiento, no solo consiente nuestro Alto Tribunal esta manera de motivar los actos, sino que incluso considera también ajustada a Derecho la denominada “técnica in aliunde”, ampliamente tratada por este Tribunal (v.g. Resolución 212/2017, de 23 de octubre) y por el resto de Tribunales de recursos contractuales. Al respecto, continúa en la mencionada Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, manifestando que “Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 89.5 “in fine”, ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo – Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990– en el sentido de considerar que si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo, la motivación mediante esta técnica in aliunde satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración”

Por otro lado, el conocimiento de las razones de la exclusión queda acreditado al combatir la misma en los siguientes motivos del recurso, como se expondrá en los fundamentos de derecho posteriores de esta Resolución.



Al haberse considerado motivado el acuerdo de exclusión, que es realmente el acuerdo que pretende combatir el recurso, por este motivo, no puede imputarse falta de motivación en relación con este extremo al acuerdo de adjudicación.

En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. El segundo motivo del recurso se centra en considerar que no es correcta la valoración en el informe técnico de su oferta por ser posible su cumplimiento, denunciando la infracción del artículo 149 de la LCSP.

Alega en primer lugar la incongruencia del órgano de contratación ya que ha presentado la misma justificación en esta licitación para Brasil que la presentada en los contratos de prestación de servicios relacionados con la internacionalización de empresas andaluzas en Chile y en Perú.

Y en segundo lugar, tras señalar que el único criterio del PCAP para apreciar que las ofertas estaban incursas en presunción de anormalidad es el criterio económico, alega que ha quedado acreditada la viabilidad de su oferta, de manera que se ha aceptado por el órgano de contratación la baja en el coste inmobiliario, y que donde reside la discrepancia es en el coste de personal, indicando que sus cálculos se han realizado con la guía salarial 2020 para Brasil de la consultora Robert Half, cálculo que no ha sido desvirtuado por el órgano de contratación, que ha utilizado una aplicación del ICEX para el cálculo de los costes de establecimiento, que es meramente orientativa.

Al primer alegato responde el órgano de contratación que esos servicios son totalmente distintos, respondiendo a una modalidad diferente a la que es objeto de la presente licitación. En las prestaciones de los contratos referidos a Perú y Chile, se trata de servicios que la entidad denomina “Antenas”, en contraposición a la prestación objeto de la presente licitación, que son servicios que denomina “Oficinas”.

Explica que las prestaciones de servicios “Antenas” son acuerdos puntuales con consultoras para la ejecución de una serie cerrada de acciones. Los trabajos a desarrollar tienen un precio unitario ofertado, y el precio definitivo es el que resulta de aplicar los importes unitarios a los servicios realmente ejecutados, en función de los encargos realizados por EXTENDA. Por ello no se exige una dedicación del personal a



tiempo completo y con exclusividad, ni una sede con determinadas condiciones y requisitos de solvencia. Sin embargo en la presente licitación estamos ante un servicio de “Oficina”, siendo el importe del contrato al alza, y ello porque el país en el que se licita ya es un mercado consolidado para el que hay muchas solicitudes para realizar acciones por parte de las empresas andaluzas, habiendo una actividad continua por la empresa adjudicataria. Dado el volumen de trabajo, EXTENDA necesita contar con una infraestructura, con personal a tiempo completo y en exclusiva, exigiéndose además la disponibilidad de una sede que se exige que reúna una serie de requisitos. Añade que la justificación de la baja temeraria en las licitaciones referidas a las antenas de Perú y Chile era tan sólo para uno de los conceptos concretos del tipo de acción como era la “agenda individual” a una empresa, no por ser este el único concepto en el que la recurrente incurrió en baja anormal, sino por ser el único en el que el pliego estableció criterios para poder considerar que estaba incurso en baja.

En cuanto a la discrepancia mostrada en el recurso con la valoración de la viabilidad de la oferta, el informe señala que queda desacreditada la viabilidad de la oferta en primer lugar con la pretendida justificación idéntica a la realizada para licitaciones totalmente distintas. Y en segundo lugar, alega que fundar esa acreditación en que se ha aceptado la baja en el coste inmobiliario y que en el coste de personal es donde está la discrepancia, no hace sino demostrar que el recurrente ha sido conocedor de la motivación que ha llevado al rechazo de su oferta y consecuente exclusión, y demuestra igualmente que EXTENDA ha valorado y contraargumentado cada uno de los conceptos que ha pretendido justificar. Respecto de los cálculos realizados por la recurrente de los costes de personal, sostiene que ha utilizado una guía de una consultora privada que, si bien es de reconocido prestigio, tampoco crea certeza, mientras que el utilizado por EXTENDA es el que rige en todas sus licitaciones, por provenir de una entidad pública adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, cuya información le da garantía de credibilidad.

Pues bien, en primer término, se ha de manifestar que es doctrina reiterada de este y de los restantes Órganos de resolución de recursos contractuales que en la determinación de si una oferta anormal o desproporcionada está o no justificada rige el principio de discrecionalidad técnica, según la cual la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del



criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (v.g. Resolución 336/2018, de 30 de noviembre, de este Tribunal).

Partiendo de esta doctrina, asiste la razón al órgano de contratación cuando señala que el hecho de que determinada documentación haya sido considerada en otros expedientes como acreditativa de la viabilidad de la oferta no implica que deba igualmente serlo en el presente expediente, dadas las diferentes características de ambas clases de expedientes.

Por otro lado, respecto de la pretensión de rebatir la valoración que se ha hecho respecto de los costes de personal, entra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración la elección de los instrumentos para su cálculo, sin que la elección de una aplicación de una entidad pública adscrita al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo pueda considerarse que incurre en desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación.

En cualquier caso, y adicionalmente a lo expuesto, hay que destacar que en el informe técnico sobre la documentación presentada para justificar la viabilidad de la oferta se analizan aspectos recogidos en distintos apartados, divididos en las letras a) a d), y con unas consideraciones a continuación adicionales, entre las que se encuentra el método utilizado para el cálculo de los costes de personal. Pues bien, el recurso se centra en estos costes, y en la cláusula de exclusividad que se abordará en el siguiente fundamento de derecho, sin que se cuestione pues la valoración que se hace en el informe técnico de todos los demás extremos analizados.

En consecuencia procede desestimar este motivo del recurso.

OCTAVO. El último motivo del recurso se centra en la cláusula de exclusividad que viene recogida en la cláusula 2.2. del PCAP, y pretende rebatir uno de los aspectos que fue tenido en cuenta en el informe técnico sobre la viabilidad de la oferta. Señala el recurso que conforme a la doctrina civil y mercantil, la exclusividad debe tener una contrapartida, ya sea económica, o de otra índole. Añade que considera que dicha cláusula de exclusividad se refería sólo a cuestiones de personal contratado, no de la entidad, para lo que invoca un correo que recibió de EXTENDA.



Considera pues que cumple el PCAP, y que no puede ser este motivo causa de exclusión. Añade que considera que esta cláusula de exclusividad podría ser nula, ya que la misma sólo se contempla expresamente para los contratos de servicios de mantenimiento que se concierten conjuntamente con el de la compra del bien a mantener, del artículo 29.4, párrafo tercero, de la LCSP, y por tanto, está prohibida para cualquier otro tipo de licitación.

El órgano de contratación alega que la recurrente está pretendiendo interponer un recurso indirecto contra el pliego; que es incongruente que la empresa eche en falta una contrapartida por la exclusividad y se permita realizar una oferta incurso en presunción de anormalidad; que el correo que se le remitió lo fue en relación con el jefe del proyecto; y que la cláusula es clara en cuanto a la exclusividad de la empresa. Destaca lo reseñado en el acta de la mesa en el sentido de que el argumento del ahorro de costes para sostener la viabilidad de su oferta no puede tenerse en cuenta pues para ello sería necesario que siguiera manteniendo la prestación de servicios con el Instituto Valenciano de Competitividad Empresarial (en adelante IVACE), lo que no es posible.

El informe finaliza señalando que el hecho de que la recurrente reconozca que tiene un contrato con IVACE hasta 2021 no es el motivo de exclusión, como sostiene, sino que de ser así determinaría un incumplimiento de la exclusividad a futuro, pero como en el caso de que resultara adjudicataria no podría mantener ese contrato, el ahorro en el coste de personal que justifica decaería.

Expuestas las alegaciones de las partes, debemos comenzar por la pretendida impugnación de la cláusula 2.2 del PCAP, que dispone: *“Habrá exclusividad por parte de la empresa que resulte adjudicataria, no pudiendo realizar el mismo tipo de prestación de servicios en Brasil para otras entidades u organismos homólogos a Extenda del resto de España.”*

Como señala el órgano de contratación y es reiterada doctrina de este Tribunal, los pliegos son lex inter partes, de manera que una vez aceptados, no pueden cuestionarse con ocasión de un recurso contra un acto de aplicación.

Al respecto, procede señalar que si la recurrente no estaba conforme con la redacción del pliego sobre este extremo, debió poner de manifiesto dicha circunstancia en el plazo establecido para ello en la LCSP,



transcurrido el cual los pliegos adquirieron firmeza, resultando su contenido inalterable, no siendo posible una impugnación indirecta del pliego con ocasión del recurso interpuesto ahora con ocasión de su exclusión.

En este sentido son numerosos los pronunciamientos de este Tribunal, sobre las consecuencias de la no impugnación de los pliegos en el momento procedimental oportuno, entre otras sus Resoluciones 399/2019, de 22 de noviembre, 221/2016, de 16 de septiembre, 45/2017, 2 de marzo, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 25/2019, de 31 de enero, 411/2019, de 3 de diciembre y 399/2019, de 22 de noviembre, al disponer que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Es más, la entidad recurrente es consciente de esta doctrina, ya que en el primer recurso que interpuso en este procedimiento de licitación y que fue tramitado con el número 275/2019, en la Resolución 3/2020, de 14 de enero, fundamento de derecho sexto, ya desestimamos por este motivo una pretensión dirigida contra determinadas cláusulas del pliego.

En segundo lugar, cabe añadir que la cláusula del pliego es clara, en cuanto refiere la incompatibilidad a la empresa, y no simplemente al personal. Esto no cambia por el correo alegado por la recurrente, que hay que entenderlo en un determinado contexto.

En tercer lugar, el informe técnico sobre la documentación presentada por la entidad recurrente para justificar la viabilidad de su oferta señala que:

“Ser delegados de IVACE en Brasil desde 2019 a 2021 ocasiona que tanto la oficina de VSV Euroglobal en Brasil como la Jefa de Proyecto M.G.B tengamos cubiertos todos los gastos”. El ahorro expuesto en este apartado no puede ser tenido en cuenta dado que el equipo de trabajo debe estar al 100% vinculado al proyecto Extenda, lo que implica que los gastos no pueden ser soportados por otro cliente homólogo cuando a tenor de lo establecido en el apartado 2.2 del PCP se establece “Habrá exclusividad por parte de la empresa que resulte adjudicataria, no pudiendo realizar el mismo tipo de prestación de servicios en Brasil para otras entidades u organismos homólogos a Extenda del resto de España.”



(...)

Además por otra parte y a efecto de conocimiento por parte de la Mesa, como ya se ha indicado con anterioridad en el apartado a), se deja constancia que en la justificación expuesta por la empresa, al indicar que *“Ser delegados de IVACE en Brasil desde 2019 a 2021 ocasiona que tanto la oficina de VSV Euroglobal en Brasil como la Jefa de Proyecto M.G.B. tengamos cubiertos todos los gastos”* la consultora está reconociendo que hay una previsión de mantener el contrato con IVACE, lo que conllevaría un incumplimiento de la obligación de exclusividad, obligación establecida en apartado 2.2 del PCP.

A la vista de este informe, la mesa de contratación, según consta en el acta n.º 2, señala:

“De otra parte no se ha podido tener tampoco en cuenta el argumento relativo al ahorro que permite la ejecución de los procedimientos del contrato cuya argumentación por la empresa ha sido la siguiente: *“Ser delegados de IVACE en Brasil desde 2019 a 2021 ocasiona que tanto la oficina de VSV Euroglobal en Brasil como la Jefa de Proyecto M.G.B tengamos cubiertos todos los gastos”* y que ha sido especialmente puesto de manifiesto en el informe del Dpto. técnico, dado que el ahorro en materia de personal que indican implica una incompatibilidad recogida en el PCP que rige la licitación.

Durante el periodo de subsanación de la solvencia técnica se alertó de este detalle a la empresa, dado que el curriculum del analista vinculado propuesto constaba que era delegado comercial de IVACE en Brasil. Por tal motivo se les remitió un correo electrónico con fecha 30 de abril que indicaba: *“...De otra parte en el punto 2.2 del pliego de cláusulas particulares se indica que “Habrá exclusividad por parte de la empresa que resulte adjudicataria, no pudiendo realizar el mismo tipo de prestación de servicios en Brasil para otras entidades u organismos homólogos a Extenda del resto de España.*

Evidentemente en caso de que VSV resultase finalmente adjudicataria de la presente licitación, dicho candidato no podría seguir formando parte de IVACE en tanto que se incumpliría lo establecido en el pliego, siendo ello en caso contrario causa de resolución, por lo que aprovechamos para dejar aclarado este extremo, solicitando de su parte confirmación de que ello será así llegado el caso, lo cual evidentemente sería comprobado por parte de Extenda en fase de ejecución.”.

En la justificación ahora propuesta declaran que no sólo parte del equipo está vinculado a IVACE sino también la propia consultora. Ello no resulta un incumplimiento del deber de exclusividad a día de hoy, en tanto que sólo operaría tras una posible adjudicación, pero por dicho motivo el argumento del ahorro



de costes esgrimido no puede tenerse en cuenta pues para ello sería necesario que se siguiera manteniendo la prestación de servicios con IVACE, lo cual no resulta posible.”.

En consecuencia procede desestimar este último motivo del recurso.

NOVENO. El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa. Señala que a la vista de las alegaciones del recurso, que como colofón denuncia la vulneración del PCAP, de la LCSP y de toda la legislación y jurisprudencia en materia de tramitación de las ofertas anormalmente bajas así como valoración de la justificación de la misma, no puede sino entenderse que ha habido temeridad, cuando no mala fe, desconociendo las consecuencias que dicha conducta depara, siendo conocedor de las implicaciones que la paralización de la adjudicación del contrato conllevaba, y que ha conllevado desde la interposición del primer recurso, al ser adjudicataria de otras dos licitaciones, de manera que la suspensión actual está originando que en la actualidad no se disponga de una “oficina” en Brasil que dé cobertura a las demandas de las empresas andaluzas que tienen ya su negocio en dicho mercado, y que no pueden contar con el apoyo de EXTENDA.

Pues bien, el artículo 58.2 de la LCSP contempla la posibilidad de que este Tribunal pueda imponer multa en los siguientes términos: *«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.*

El importe de la multa 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».

Al respecto, este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que *«Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte*



contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene.».

En este sentido, señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, recurso 297/2018, en el último párrafo de su fundamento tercero, lo siguiente:

«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).».

Así las cosas, en el supuesto examinado, concurren las siguientes circunstancias reveladoras de mala fe.

En primer lugar, se alega la falta de motivación del acuerdo de exclusión, cuando la recurrente tuvo cumplido conocimiento del contenido del informe técnico y del acta de la mesa que propuso su exclusión, a los que hace



referencia el propio acuerdo. Igualmente, la alegada falta de motivación del acuerdo de adjudicación no existe, como se ha señalado.

En segundo lugar, impugna de forma indirecta la cláusula 2.2. del PCAP cuando ya conocía que ello no era posible en virtud de lo expuesto en nuestra Resolución 3/2020.

Y en tercer lugar pretende que se dé por justificada la viabilidad de su oferta con la misma documentación que aportó en otros expedientes de licitación cuando las prestaciones de los contratos eran de distinta naturaleza.

Lo expuesto es clave para apreciar mala fe y temeridad en la interposición del recurso, a lo que cabe añadir el perjuicio originado a los intereses públicos por la demora en la formalización del nuevo contrato.

Ahora bien, en cuanto a la determinación de su cuantía, este Tribunal ha de estar a los parámetros legales que señala el artículo 58.2, párrafo segundo, de la LCSP en cuya virtud se determinará la 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.

Del precepto resulta que en la fijación del importe de la multa -entre 1.000 y 30.000 euros- ha de atenderse al grado de mala fe apreciada, al perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a las restantes entidades licitadoras, así como al cálculo de los beneficios obtenidos.

En el supuesto analizado, en las consideraciones anteriores, se ha fundamentado la mala fe y la temeridad apreciada con la interposición del recurso. No obstante, no ha quedado debidamente cuantificado por el órgano de contratación el perjuicio que se le ha originado, si bien pone de manifiesto la imposibilidad de haber realizado determinadas actuaciones durante el año 2019 y 2020. No obstante cabe precisar respecto del año 2019 que el primer recurso que se interpuso fue estimado. Por todo ello se acuerda imponer multa a VSV por importe de 2.000 euros.

DÉCIMO. Solo resta dar respuesta a la pretensión formulada por INTERNACIONALIZAÇAO en la que solicita a este Tribunal que le permita presentar un recurso por daños y perjuicios que le ha ocasionado la presentación de los recursos.



En relación con esta pretensión debe señalarse que si bien el artículo 58.1 de la LCSP (en sentido similar al artículo 57.3 del TRLCSP) dispone que *“El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación”*. Por su parte el artículo 33 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que *“El Tribunal, en el caso de estimar el recurso, podrá apreciar en su resolución, a instancia del recurrente, los daños y perjuicios derivados para él de la actuación del órgano de contratación fijando al efecto la indemnización a satisfacer por ello”*. En consecuencia no es en el seno de este procedimiento de recurso especial en el que deberá solventarse la pretensión de la entidad interesada, por lo que procede inadmitir dicha solicitud.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VSV EUROGLOBAL ESPAÑA S.L. contra la resolución que acuerda su exclusión de 30 de enero de 2020, y la resolución de adjudicación, de 5 de febrero de 2020, del Consejero Delegado de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, EXTENDA, entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, en relación al contrato denominado “Prestación de servicios relacionados con la internacionalización de empresas andaluzas en Brasil” (expediente 2019-029).

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

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa de 2.000 euros en atención a la mala fe y temeridad apreciada en la interposición del recurso y a los perjuicios ocasionados al interés público, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.



CUARTO. Notificar 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.

