

Recurso 356/2021

Resolución 349/2021

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

Sevilla, 23 de septiembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A., CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L.**, actuando ambas en representación de la **U.T.E. CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L. – AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A.** (UTE UG21_AYESA), contra la Resolución de 2 de julio de 2021, por la que se acuerda la exclusión de éstas y la adjudicación del contrato denominado *“Revisión, actualización normativa, redacción y adaptación de los proyectos constructivos del Tramo Sur de la Línea 3 del Metro de Sevilla a la Plataforma Reservada SE-03, elaboración de un estudio informativo de su desarrollo y prolongación hasta el Hospital de Valme y redacción de los proyectos de construcción correspondientes”* (Expte. CONTR 2020 0000400151), promovido por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de junio de 2020 se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, junto al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT).

El valor estimado de contrato asciende a 3.710.116,26 €

SEGUNDO. A la presente licitación resulta por tanto 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. Se define en el objeto del contrato que el proyecto tiene los siguientes objetos:

1. La adaptación normativa y elaboración del proyecto constructivo del subtramo I (Borbolla – Eritaña) para el Tramo Sur de la Plataforma Reservada SE-03 (Línea 3 de Metro de Sevilla) que definiese las obras a ejecutar, de acuerdo con el

artículo 233 LCSP, y artículos incluidos en Sec. 2ª del Cap. II, Título I del Libro II del RD 1098/2001, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

2. La realización de estudio informativo, en los términos previstos en Ley 9/2006, de 26 de diciembre, de Servicios Ferroviarios de Andalucía, comprendiendo análisis y definición, en aspectos geográficos y funcionales, de las opciones de trazado soterrado por Avda. La Palmera o Avda. Manuel Siurot del Subtramo II entre Eritaña y la estación Heliópolis y las opciones de trazado soterrado por barriada Los Bermejales o soterrado/superficie por Av. Jerez hasta confluencia con SE-30 del Subtramo III entre Estadio Benito Villamarín y Los Bermejales. Asimismo incluirá las opciones de trazado en superficie de la prolongación de la línea de metro desde Los Bermejales hasta Bellavista y Hospital de Valme, e incluiría análisis de posibles ubicaciones de instalaciones de talleres y cocheras. El resultado sería la selección de la mejor alternativa para conectar el final de la Avenida de la Borbolla con el Hospital de Valme, constituyendo el documento básico a someter a información pública y audiencia del resto de Administraciones Públicas afectadas.

3. La redacción de los proyectos constructivos entre Eritaña y Hospital de Valme que completarían la Línea 3, dando servicio a la Ciudad de la Justicia en Palmas Altas, Cortijo de Cuarto y Bellavista, la redacción del proyecto de construcción del ramal técnico que conectaría la línea de metro con el edificio de talleres y cocheras planificado para el Tramo Sur y el proyecto de construcción del propio edificio de talleres y cocheras que daría servicio a la totalidad del citado Tramo Sur.

CUARTO. El 5 de julio de 2021 la Plataforma de Contratación publicaba Resolución de adjudicación de fecha 2 de julio de 2021 por la que se acuerda, entre otros extremos, lo siguiente:

“PRIMERO. Rechazar las ofertas presentadas por los licitadores que a continuación se relacionan, al no justificar la viabilidad de la misma:

UTE INSE RAIL-EPTISA.

UTE CONSULTORES INGENIERÍA UG21, S.L. – AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A.,

UTE WSP SPAIN-APIA, S.A.U. – AUDINGINTRAESA, S.A.

SEGUNDO. Adjudicar el contrato de servicios (...) a UTE TÉCNICA Y PROYECTOS, S.A.- SUBTERRA INGENIERÍA, S.L. por un importe total de adjudicación de 3.299.591,89 € (...).”

QUINTO. El 22 de julio de 2021, las entidades **AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A., CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L.**, actuando ambas en representación de la UTE UG21_AYESA, presentaron en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de 2 de julio de 2021.

Interesa destacar que la solicitud de acceso al expediente a este Tribunal se realiza junto con la interposición del recurso, el día 22 de julio, en el que las recurrentes alegan que solicitaron a la Consejería, a fin de acceder al



expediente de referencia, permitiéndose el 8 de julio de 2021 examinar el contenido de los documentos interesados, a excepción del contenido del sobre nº 2 de la oferta de UTE TYPASA-SUBTERRA (UTE adjudicataria), que fue negado, y sin que se facilitase copia de los mismos. En el segundo otro sí digo de su escrito de recurso señalan que de acuerdo con el artículo 52.3 de la LCSP, puede 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 (...)*”, solicitan que conceda acceso al expediente completo del presente procedimiento, a fin de que, en su caso, se pudiese completar el presente recurso.

En este sentido, interesa destacar en estos antecedentes que la petición de acceso al expediente que se materializó el día 8 de julio, se realizó el 16 de junio de 2021, cuando tiene entrada a través de correo electrónico escrito de la UTE recurrente, es decir con anterioridad a la resolución de adjudicación que se recurre. Es decir, no se realiza dentro del plazo de interposición del recurso especial, si bien se materializa en el transcurso del mismo.

SEXTO. Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de 5 días hábiles, se han recibido alegaciones por parte de la UTE adjudicataria oponiéndose a las alegaciones realizadas por la UTE recurrente. Asimismo se presentan alegaciones por la UTE CEMOSA-GEOCONTROL.

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 las recurrentes para la interposición del recurso dada su condición de entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Objeto del recurso.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación del órgano de contratación de 2 de julio de 2021, de la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio relativo al contrato denominado “Revisión, actualización normativa, redacción y adaptación de los proyectos constructivos del tramo sur de la Línea 3 del Metro de Sevilla a la Plataforma Reservada SE-03, elaboración de un estudio informativo de su desarrollo y prolongación hasta el hospital de Valme y redacción de los proyectos de construcción correspondientes” a la UTE adjudicataria.

Se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros (3.299.591,89 €), convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de



recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la resolución es de 2 de julio, si bien el 5 de julio, es la fecha de la publicación en la plataforma de contratación, constando que la misma le fue remitida y notificada a la ahora recurrente, pero sin constar justificación de su recepción. No obstante, aun computando desde dicha fecha de publicación en el perfil, el recurso presentado el 22 de julio de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del PCAP (y el informe del órgano de contratación), de tal modo que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que *“se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos”*.

SEXTO. Consideración Previa. Sobre la petición de acceso al expediente que realiza en el recurso a la vista del artículo 52 de la LCSP con relación a las circunstancias concurrentes en el presente supuesto.

1. Inadmisión de la pretensión de vista del expediente, desde un punto de vista formal.

Señala la recurrente que, a la vista de la puntuación y valoración de las ofertas realizadas, en el informe técnico de 11 de febrero de 2021, así como ante los potenciales incumplimientos de los pliegos detectados, solicitó vista y copia del expediente administrativo, en fecha 18 de febrero de 2021 y 16 de junio de 2021, a fin de conocer la documentación obrante en los sobres nº 1, 2 y 3 de algunas proposiciones, así como de los documentos que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente (informes, comunicaciones, requerimientos, notas, etc.) de los que no se hubiese dado traslado. El primer acceso concedido tuvo lugar el 10 de marzo de 2021 y únicamente se permitió acceder y tomar nota de la página nº 13 del sobre nº 2 de la oferta de la UTE adjudicataria. Igualmente, el segundo acceso al expediente, en fecha 8 de julio de 2021, fue solicitado el 16 de junio de 2021, antes de empezar a transcurrir el plazo de interposición del recurso como se ha dicho. El acceso también fue restringido y únicamente se permitió conocer el contenido de la documentación generada durante la tramitación del expediente, sin que se permitiese ver por completo la oferta presentada por la UTE adjudicataria, dada la declaración de confidencialidad por ésta presentada.



Para analizar el presente alegato ha de recordarse lo expresado por el artículo 52 de la LCSP. En efecto, dicho artículo bajo la denominación de “Acceso al expediente”, dispone:

«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».

A la vista de este precepto legal, en lo que aquí interesa, se concluye pues que el artículo 52 de la LCSP, exige, como presupuesto necesario para el acceso al expediente en la sede del órgano competente para resolver el recurso, que previamente las personas interesadas hayan solicitado dicho acceso al órgano de contratación dentro del plazo de interposición del recurso especial y que aquél no se haya facilitado por parte del citado órgano de forma parcial o total. Es decir, la finalidad del precepto es permitir el examen del expediente en el Tribunal cuando el órgano de contratación haya incumplido su obligación legal de dar acceso con carácter previo a la interposición del recurso (v.g., entre otras, Resolución 215/2021, de 27 de mayo).

Lo cierto es que la petición de acceso al órgano resultó concedida, pero lo fue a efectos de la petición de 16 de junio de 2021 (así además lo reconoce en el antecedente de hecho noveno del recurso), y no dentro del plazo de interposición del recurso, por lo que formalmente procedería, pues, inadmitir la petición de acceso en la sede de este Tribunal, y por ello desestimar cualquier alegación de indefensión causada, al no haber utilizado la recurrente las vías legales a su alcance para obtener el acceso, sin que por tanto pueda alegarla por no haber accedido a una documentación que pudo haber solicitado previamente ante el órgano de contratación durante el plazo de interposición de recurso antes de solicitarlo ante este Tribunal en su escrito de interposición del recurso. En cualquier caso, existe una resolución de 5 de julio de 2021 de la Secretaría General Técnica de la Consejería, que motiva la restricción del acceso que a continuación abordamos de forma subsidiaria.

2. Inadmisión del acceso desde un punto de vista material.



No obstante, y dado que la vista del expediente, restringida, se otorgó en el plazo de interposición del recurso, subsidiariamente, consideramos conveniente en este caso, delimitar y determinar materialmente la denunciada indefensión que alega la recurrente, pues es el día 5 de julio de 2021, es decir, con posterioridad a la resolución de adjudicación recurrida, cuando la Secretaría General Técnica de la Consejería emitió resolución sobre el carácter confidencial de la documentación de las empresas licitadoras. Ello podría haber creado confusión a la UTE recurrente, es decir al adoptar la resolución de dar acceso una vez emitido el acto objeto del recurso, podría haberse entendido de tal modo que ésta le impedía acceder al expediente en el transcurso de dicho plazo, pudiendo entender que carecía de sentido práctico volverla a pedir formalmente, cuando la alegada insuficiencia de la información a la que podía tener acceso se estaba materializando durante el transcurso de dicho plazo de interposición. Por ello, dadas las singularidades del caso procede resolver los fundamentos expuestos por la entidad recurrente.

En la resolución que restringía el acceso al expediente en su antecedente de hecho segundo se expone lo siguiente:

“Respecto a la primera documentación de la que se solicita vista, cabe recordar que con fecha 18 de febrero de 2021 la misma licitadora solicitó la vista de los sobres 1, 2 y 3 de varios licitadores, entre los que se encontraba UTE TÉCNICA Y PROYECTOS, S.A. – SUBTERRA INGENIERÍA, S.L. A este respecto, con fecha 24 febrero de 2021, se remite vía correo electrónico requerimiento a las empresas afectadas para que presentasen declaración de confidencialidad respecto a los documentos contenidos en la documentación técnica del sobre número 2, a fin de que identificasen el carácter confidencial de éstos. Para atender dicho requerimiento en plazo de 3 días hábiles”.

Alega en primer lugar, la UTE recurrente, que la cláusula 9.2.1.f) del PCAP facultaba a las licitadoras para declarar la confidencialidad de los documentos que su criterio lo merecieran, poniendo a disposición de éstas el modelo contenido en el Anexo IV del PCAP, a introducir en el Sobre nº 1 de las ofertas. La UTE adjudicataria no señaló la confidencialidad de documento alguno de su oferta presentada, según consta en el Sobre nº 1 de la misma. Alega la entidad recurrente que no es conforme a Derecho que por parte del órgano de contratación el 24 de febrero le requiriera pues entiende que ello supone infringir el procedimiento de contratación, y en concreto conculcar el artículo 133.1 de la LCSP, así como el PCAP, *“por lo que debe considerarse extemporánea e incapaz de producir los efectos que le han sido atribuidos en el presente procedimiento”.*

Sobre este particular debemos pronunciarnos en el sentido de que la confidencialidad como derecho al secreto profesional o comercial no se trata de un derecho de carácter preclusivo en el procedimiento de contratación, es decir, el error en la cumplimentación de un documento del que dependa el acceso no convierte en no confidencial lo que podría serlo. 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 en la cumplimentación de un determinado anexo, ello no determina la inexistencia del derecho, es decir, esta falta de diligencia, 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 ¹(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 (incluida la UTE que recurre) 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 se perjudica para 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.

Por tanto, debemos desestimar como extemporánea la declaración de confidencialidad formulada por la UTE adjudicataria. 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 los licitadores 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 los licitadores manifiesten expresamente qué documentos de la oferta que presentan los licitadores deben ser tratados como confidenciales y el porqué han de tener esa consideración², de tal modo que en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio, de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario³. De este modo debe existir una justificación suficiente del sacrificio realizado por cada licitador, 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 el licitador, al 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:

“1º. 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.

1«...es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores....» y más adelante: «...Los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.»

2Esta posibilidad admitida de forma generalizada, por ejemplo en la resolución del TACRC 114/2017.

3Resoluciones TACRC 592/2014,199/2011, 62/2012, 710/2014 o 1150/2015.



2ª. El conocimiento de las características de la oferta puede ser imprescindible a efectos de que los licitadores que 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 los licitadores. 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, implica 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 del licitador no adjudicatario o excluido, de tal modo que no será necesario dar vista del expediente al recurrente más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para interponer motivadamente el recurso.

En este sentido, 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 los licitadores, no hayan servido de antecedente de la resolución impugnada.⁴ La confidencialidad se extiende solo a documentos que sean verdaderamente secretos, es decir, que no resulten accesibles o puedan ser consultados por terceros.⁵ 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

⁴Resolución TACRC 732/2016.

⁵Resolución TACRC 393/2016.



c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto...”.

En este sentido, una vez requerida la UTE adjudicataria a efectos de determinar el contenido confidencial del sobre 2, ésta no hizo una declaración genérica, sino que determinó y motivó partes del mismo cuando señalaba el 2 de marzo:

“Que los documentos y datos que se relacionan a continuación, presentados en el sobre núm. 2, se consideran de carácter confidencial:

1º) Del Documento CJV-1, los apartados 1), 3), 4) y 5) de la propuesta técnica formulada de acuerdo con el PCAP, relativos, respectivamente, a: la “Descripción de los trabajos”, que se corresponde con la metodología de desarrollo de los trabajos [apdo. 1) págs. 1-12]; “Coordinación de los Trabajos” [apdo. 3), págs. 14-15], que describe las tareas de coordinación necesarias entre especialistas en las diferentes disciplinas para desarrollar los trabajos, la “Programación de los Trabajos” [apdo. 4), págs. 15 a 20], que detalla la Programación de las distintas tareas y la “Guía del Plan de ejecución BIM” [apdo. 5), pág.20] así como la totalidad de los Anejos que, pese a no ser objeto de valoración, justifican la información comprendida en los apartados anteriores.

2º) El Documento CJV-2 “Diseño de las Campañas Geotécnicas”.

La documentación relacionada queda comprendida bajo el concepto legal de secreto comercial (arts. 51.2, 56.5 y 133 de la LCSP) ya que su contenido se encuentra estrechamente relacionado con la aplicación de conocimientos y metodologías (know-how) específicos de TYPESA y de SUBTERRA, o de su personal técnico, y al planteamiento o estrategia de actuación personalizada para el desarrollo y ejecución de los trabajos objeto del contrato. Lo que se consigna de acuerdo con la doctrina legal que ha interpretado el concepto de sector comercial como aquellos aspectos de la oferta que resultan necesarios para la prestación de servicios o la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien accede a los mismos una ventaja competitiva que se justifica conservar en secreto, evitando su divulgación, y sin que pueda otorgarse tal carácter al conjunto de la documentación que constituye la oferta del licitador (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales núms. 343/2015, 1324/2017, y 1092/2020, entre otras; y Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 85/2019, de 21 de marzo, entre otras).

Y así, de acuerdo con la doctrina sentada por la Resolución nº 58/2018 del Tribunal Central de Recursos Contractuales (rec. nº 1324/2017), el acceso a la documentación arriba reseñada comportaría: (i) una ventaja competitiva para la empresa u empresas competidoras que hayan solicitado el acceso; que se pretende obtener sobre (ii) una información verdaderamente reservada, es decir, desconocida por terceros; y que, además, (iii) representa un valor estratégico para la esta parte, cuyo conocimiento por terceros puede afectar a su competencia en el mercado.”

Sobre las causas de la denegación de acceso debemos en nuestro caso atenernos al expediente administrativo remitido, pues en la contestación que realiza el órgano, estimamos fundamentada la restricción en los términos de la resolución de 5 de julio de 2021. Así observamos, tras un análisis de los artículos 133.1 y 154.7 LCSP, que se



fundamenta en los siguientes argumentos para delimitar el acceso, restringiendo el acceso a determinada documentación del sobre 2.

De este modo expresa:

“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, en la que se define en el 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.*

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

....Igualmente, la jurisprudencia ha concretado el concepto de secreto comercial o técnico como el conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos; la prestación de servicios; la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por esta razón procura a quién dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”.

Asimismo, estimamos decisivo observar si la solicitud de la UTE recurrente de acceso está debidamente fundamentada con relación al motivo de su exclusión, es decir qué pretende conseguir expresamente con los documentos que solicita. Así vemos como en el recurso se señala únicamente que *“la información recogida en la oferta de la UTE TYP-SA-SUBTERRA, y en particular del contenido del Sobre nº 2 -no declarado confidencial en la oferta presentada-, es esencial para confirmar el incumplimiento de los Pliegos en materia de subcontratación”*. Sin embargo, no detalla el motivo de la duda de que en la información a la que no ha tenido acceso esté el contenido que refutaría su argumento respecto de la subcontratación.

Además téngase en cuenta la motivación, que sí se explicita en los informes de la comisión técnica de la mesa (páginas 705 a 708 del expediente), o en el acta n.º 5 de la mesa, de fecha 23 de abril de 2021 (página 717) cuando fueron requeridas distintas licitadoras entre ellas la recurrente y la adjudicataria, porque de su contenido deben surgir las dudas. Así se expresa que:

“La cuestión que se plantea la Mesa es la forma jurídica de tales colaboraciones externas, ya que de los datos aportados, en este momento no dispone de elementos de juicio suficientes para determinar si la ejecución de dichas tareas



específicas habría de entenderse como supuestos de subcontratación, con la consiguiente vulneración de las disposiciones del PCAP, o responde a otras figuras jurídicas dentro del marco del poder de dirección de la empresa.”

Por lo cual se requirió justificación a las empresas licitadoras, las cuales las presentaron en plazo.

En el acta n.º 6 de la mesa (folio 730) se señala que respecto de la UTE recurrente y respecto de la adjudicataria se admitieron las justificaciones presentadas, y se estimó que cumplían en base a lo expuesto en el informe de la Comisión Técnica Asesora de 31 de marzo de 2021 .

En relación con la UTE recurrente:

“En relación con la valoración de subcontratación de trabajos de “evaluación independiente de la seguridad”, se entiende que este licitador incorpora una mejora con respecto al PCAP, incluyendo una actividad adicional a los trabajos objeto de este contrato, y, por el hecho de ser “independiente”, ha de ser objeto de subcontratación obligatoria por lo que este Comité Técnico entiende que el razonamiento propuesto por el alegante no sería motivo para no ser valorado”.

En relación con la UTE adjudicataria:

“En primer lugar trae a colación la Resolución 092/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi que, en relación con la subcontratación, señala que:

“no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación”.

En base a ello manifiesta: “Siendo así -como se explicará para cada tarea o actividad concreta- que las que describe la oferta de TYPESA/SUBTERRA para cuya ejecución que se recurre a medios externos, son actividades auxiliares a la prestación del objeto del contrato, carecen de autonomía, y se ejecutan bajo la dirección y responsabilidad de TYPESA/SUBTERRA que es a todos los efectos la UTE autora del trabajo, sin que dichas colaboraciones constituyan una prestación separable o autónoma del mismo, limitándose a complementar al equipo encargado de dirigir y realizar el proyecto, íntegramente formado por personal de plantilla de TYPESA/SUBTERRA.”

(...) “La forma jurídica en la que TYPESA/SUBTERRA articularán dicha colaboración auxiliar es a través de contratos civiles o mercantiles de prestación de servicios, en el marco de una relación de colaboración estable y recurrente, que TYPESA mantiene con esas personas. Las características de esta relación denotan la existencia de una colaboración mutua, lo que permite defender que en este caso no se produce una subcontratación. (En este sentido, sentencia de la Audiencia Nacional de 25-feb-2015 núm. rec. 463/2013). ” (...) “que alguna de esas aportaciones, como las de asesoría en urbanismo o en explotación y mantenimiento, se prevén con carácter eventual y no necesario, de forma que su realización efectiva será o no precisa en razón de las circunstancias que requiera la adecuada elaboración del proyecto”, (...) “Se describe a continuación el alcance de la contribución de los colaboradores externos cuya participación en el proyecto ha sido objeto del requerimiento que se contesta mediante el presente escrito:

- Arqueología. Colaboración en el reconocimiento en campo con y bajo la dirección de personal especialista de TYPESA/SUBTERRA con el objeto de identificar indicios de potenciales yacimientos arqueológicos o bienes patrimoniales afectados por el proyecto cuyo análisis y propuesta de medidas correctoras será preparado por el equipo de TYPESA/SUBTERRA.



Colaboración en los procesos de tramitación ante la Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico que pudieran resultar necesarios durante la Evaluación Ambiental del proyecto.

- Estudio de ruido/vibraciones. Apoyo a la medición en campo de los niveles de ruido y vibraciones existentes con equipos homologados y calibrados y que constituyen el punto de partida para la elaboración de los estudios acústicos y de vibraciones por parte del equipo de trabajo de TYPESA/SUBTERRA.

- Urbanismo. Asesoramiento a la Dirección General de Movilidad sobre posibles trámites de modificación de las figuras urbanísticas existentes si la implantación de la línea de metro así lo requiriese.

- Explotación/Mantenimiento. Asesoramiento sobre cuestiones puntuales relativas al dimensionamiento de la línea que pudieran estar sujetas a criterios de eficiencia durante la fase de servicio de la infraestructura a requerimiento de la Dirección General de Movilidad.”

“Se confirma, así que todas las actividades descritas son tareas auxiliares a la prestación del objeto del contrato, carecen de autonomía, y se ejecutan bajo la dirección y responsabilidad de TYPESA/SUBTERRA que es la UTE autora del trabajo, sin que dichas colaboraciones constituyan una prestación separable o autónoma del mismo, tal y como de forma expresa se refleja en las cartas de compromiso de colaboración incluidas en la oferta”.

A la vista de ello, la mesa concluye que:

“En base a las consideraciones expuestas, y siguiendo los principios de proporcionalidad y concurrencia, se rechazan las alegaciones relativas al incumplimiento de las limitaciones impuestas a la subcontratación por parte de las referenciadas ofertas”.

Es decir, a la vista de la decisión adoptada por el órgano de contratación es posible concluir que éste actuó dentro de los márgenes establecidos, dando más que una detallada motivación de la admisión de la oferta técnica de la UTE adjudicataria, así como de la UTE recurrente, señalando los motivos por los que se entendía justificada en cuanto a los límites de la subcontratación respetando las tareas críticas. Asimismo, debe tenerse en cuenta que se admitieron las alegaciones de la UTE recurrente, pues de ésta también surgieron dudas con relación a forma de articular el contrato, pareciendo en un primer momento subcontratación la propuesta en la oferta. De este modo igualmente fue requerida, por lo que no se atisba en el recurso un motivo válido en derecho para no considerar justificadas la admisión de ambos argumentos de las dos uniones temporales en torno a la subcontratación. Además por este motivo ni siquiera se puede alegar discriminación o quiebra del principio de igualdad de trato.

A más, la UTE recurrente no ataca los motivos del informe reproducido, sino que únicamente pretende el acceso al expediente para “confirmar” (sic) la debida admisión de las alegaciones, no esgrimiendo motivación alguna que ponga en duda el criterio adoptado por la mesa, por lo que la indefensión causada, una vez expuesto lo anterior debe desestimarse por infundada, más aún cuando se observa que en el recurso se ha argumentado por qué entiende transgredidos los límites a la subcontratación.



Concluyendo, la declaración de confidencialidad de la UTE adjudicataria no alcanzaba tampoco a toda la oferta, sino únicamente a una determinada parte de la relativa a la oferta técnica, las relativas a la descripción, la coordinación, la programación de los trabajos así como a la “Guía del Plan de ejecución BIM” y el diseño de las campañas geotécnicas, estando ello comprendido 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 coincidente a la luz de lo expuesto, plenamente con los artículo 51.2, 56.5 y 133 de la LCSP.⁶

Por todo lo expuesto, este Órgano acordó en su momento procedimental oportuno, conforme al precepto legal analizado, denegar el acceso solicitado por la UTE recurrente para completar el recurso inicial, que ha seguido su curso legal hasta el dictado de la presente resolución.

SÉPTIMO. Sobre la cuestión de fondo: la prohibición de subcontratación. Alegaciones de la recurrente y contestación realizada en su informe por el órgano de contratación.

El fondo del recurso trata sobre la limitación de la subcontratación contenida en los pliegos que rigen la licitación. Debe partirse de la configuración en esta licitación de la limitación a la posibilidad de la subcontratación, la cual se hace en torno al concepto de las tareas críticas, lo cual significa que esta prohibición de subcontratar queda previamente definida o justificada y debe estar motivada para poder restringirla, como se dirá a continuación.

La cláusula 16 del PCAP recoge sobre la subcontratación que *“inicialmente todas las tareas serán críticas, debiendo ser obligatoria y directamente ejecutadas por el contratista”*, quedando excepcionadas a tal efecto de dicha prohibición, única y exclusivamente, los trabajos de geotecnia, de cartografía y de topografía.

La UTE recurrente alega que supone incumplir el PCAP, ofertar la subcontratación de las actividades de arqueología, estudio de ruido/vibraciones, urbanismo y explotación/mantenimiento, cuando éstas van a ser ejecutadas por colaboradores externos como hace la oferta de la UTE adjudicataria. Entiende que la afirmación de ésta, cuando menciona en la justificación de la oferta que se trataba de tareas “accesorias” o “auxiliares”, considerando que ello no es cierto, pues esas no presentan carácter auxiliar o accesorio en relación con las prestaciones principales constitutivas del objeto del contrato. Entiende para ello, que a lo largo del PPT, en la detallada descripción de éste, hay determinados trabajos incluidos dentro de subapartados que se refieren a estas actuaciones, y que la UTE adjudicataria ha señalado que será objeto de prestación por colaboraciones externas, entendiendo la recurrente que debe entenderse por actividad principal.

Por su parte el órgano de contratación alega la Resolución 092/2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco enjuiciando un supuesto en el que el PCAP establecía “Subcontratación: no”, señalando:

⁶ También hoy conocido coloquialmente con el anglicismo “know-how”.



“El TRLCSP no contiene una definición expresa de lo que entiende por subcontratación. No obstante, de la intencionalidad de su regulación y de la delimitación que de este concepto (aunque para atender a finalidades ajenas a la contratación pública) se ha hecho doctrinal y jurisprudencialmente en otras ramas jurídicas (ver, por ejemplo, el artículo 1.597 del Código Civil y el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores) se puede deducir que el subcontrato es, a los efectos del TRLCSP, un contrato celebrado entre el contratista adjudicatario y otra empresa o trabajador autónomo mediante el cual el primero encomienda al segundo la ejecución de una parte específica y diferenciable del objeto principal. Por lo que se refiere a la alegación del recurso, es relevante destacar de esta definición que la subcontratación es solo una de las modalidades de externalización de su actividad a las que puede acudir una empresa; dicho de otro modo, no siempre el uso de medios ajenos para realizar una actividad industrial o comercial es subcontratación. Así, no se da esta figura jurídica cuando el contratista adquiere a otras empresas suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación. A la vista de esta consideración, lo que plantea NESTLÉ en su recurso, y este órgano debe dirimir, es si acudir a terceras empresas para la materialización de la entrega debe ser considerado subcontratación por suponer una realización parcial del objeto del contrato o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad externalizada por el contratista que no puede incluirse en esta figura por carecer de la nota de especificidad que la caracteriza. A juicio de este OARC/KEAO, la opción correcta es la segunda, lo que lleva a la desestimación del motivo de impugnación por las razones que se exponen a continuación.”

Señala el órgano de contratación que las actividades denunciadas por la UTE recurrente son tareas auxiliares a la prestación del objeto del contrato, carecen de autonomía, y se ejecutan bajo la dirección y responsabilidad de la empresa contratista, sin que dichas colaboraciones constituyan una prestación separable o autónoma del mismo que deban calificarse como subcontratación. En este sentido, señala que el hecho de ser actividades necesarias para el desarrollo de las tareas principales del objeto del contrato, no excluye su carácter auxiliar o accesorio, porque son las notas de autonomía y sustantividad las que distinguen la subcontratación de un servicio auxiliar que comprende tareas instrumentales respecto a la prestación característica del contrato, que es la adaptación normativa y elaboración del proyecto constructivo del subtramo I (Borbolla - Eritaña) del Tramo Sur de la Plataforma Reservada SE-03 (Línea 3 de Metro de Sevilla), la elaboración de un estudio informativo y la redacción de los proyectos constructivos entre Eritaña y Hospital de Valme que completarían la Línea 3, dando servicio a la Ciudad de la Justicia en Palmas Altas, Cortijo de Cuarto y Bellavista, la redacción del proyecto de construcción del ramal técnico que conectaría la línea de metro con el edificio de talleres y cocheras planificado para el Tramo Sur y el proyecto de construcción del propio edificio de talleres y cocheras que daría servicio a la totalidad del citado Tramo Sur.

Asimismo, entiende que la recurrente incurre en una contradicción, cuando ésta en su oferta técnica incluía prestaciones distintas a las reflejadas en el PCAP como posibles a subcontratar, por lo que compartiría este criterio que señala el propio órgano de contratación. Señala que esto se refleja en el informe técnico de 11 de febrero de 2021:



“Describe y especifica las empresas colaboradoras para la realización de trabajos de topografía y cartografía, ensayos de prospección geotécnica in situ y ensayos de laboratorio, en la verificación independiente del diseño de las estructuras y en la evaluación independiente de la seguridad.”.

A ella le fue requerida justificación, y en el mismo sentido que la respuesta dada a la UTE adjudicataria se admitió que esa forma de colaboración, como ella misma lo denomina, no era subcontratación.

*“En relación con la valoración de subcontratación de trabajos de “evaluación independiente de la seguridad”, se entiende que este licitador incorpora una mejora con respecto al PCAP, incluyendo una actividad adicional a los trabajos objeto de este contrato, y, por el hecho de ser **“independiente”**, ha de ser objeto de subcontratación obligatoria por lo que este Comité Técnico entiende que el razonamiento propuesto por el alegante no sería motivo para no ser valorado”.*

Por otra parte en lo que respecta a la justificación de la UTE adjudicataria ésta alega que:

“...el tratamiento, a efectos organizativos, de los colaboradores ELABORA y GEA CARTOGRAFÍA, encargados de la geotecnia y la cartografía –trabajos para los que el PCAP habilita expresamente la subcontratación- se diferencia del que se da al resto de colaboradores, ya que, mientras que las primeras aparecen siempre en cuadrante independiente como equipo propio y diferenciado, el resto siempre aparecen incluidos dentro de un grupo de trabajo propio de la UTE, integrado con personal de TYPSA y bajo la dirección de un jefe de equipo de ésta. Todo ello, además, sin que ninguno de los colaboradores aparezca como autor de ninguna parte diferenciada del Proyecto, que se atribuye en su totalidad a F.L.A., Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, personal de TYPSA.

Es decir, que mientras que ELABORA y GEA, auténticos subcontratistas, sí tienen encomendada la elaboración autónoma de partes diferenciadas de trabajo, los colaboradores en materias de arqueología, estudio de ruidos/vibraciones, urbanismo y explotación/mantenimiento se introducen como meros coadyuvantes a la ejecución material de partes de los trabajos, sin autonomía ni diferenciación, como parte de equipos más grandes coordinados por un jefe de equipo, responsable último de estos trabajos, que siempre es propio de la entidad adjudicataria”.

Interesa igualmente destacar de sus alegaciones cuando señala que:

“Según esta doctrina, para que la intervención de terceros colaboradores tenga esta calificación, lo relevante no es que el tercero en cuestión asuma tareas que resulten necesarias para la ejecución de la prestación contratada, como pretende hacer ver la Recurrente al señalar que las tareas de revisión, actualización normativa, redacción y adaptación de los proyectos constructivos que se contratan llevan dentro de ellas la elaboración de trabajos de arqueología, estudio de ruidos/vibraciones, urbanismo y explotación/mantenimiento.

*Frente a ello, la identificación de una situación de subcontratación a los efectos de la contratación pública se hace pivotar por la doctrina referida en torno a dos características, que son las de **“autonomía”** y **“sustantividad propia”** de las actividades asumidas por el colaborador”.*



Prosigue argumentando que:

“...las actividades para las que se proyecta el apoyo de terceros colaboradores en materias de arqueología, ruidos/vibraciones, urbanismo y explotación/mantenimiento están configuradas en la propia documentación técnica de la oferta de la UTE TYPASA-SUBTERRA para su eventual ejecución sin autonomía alguna, sino como parte de equipos específicos superiores de planificación y coordinación integrados por personal propio de las integrantes de la UTE TYPASA/SUBTERRA, siempre bajo la dirección técnica, supervisión y responsabilidad última de los jefes de equipo que son profesionales propios de TYPASA.

En definitiva, lo único que aportan estos colaboradores es mano de obra útil para la ejecución material, de carácter parcial y subordinado, de unos trabajos de campo necesarios, como podrían aportarla empleados propios de las sociedades TYPASA y SUBTERRA, sin que en modo alguno puedan considerarse trabajos autónomos ni por sí solo constitutivos de las prestaciones propias del contrato que nos ocupa.

Como se indicó asimismo en el escrito de alegaciones de esta parte antes aludido –íntegramente estimado y acogido por el Órgano de Contratación-, ello se pretendería articular a través de contratos mercantiles privados en virtud del derecho a la auto-organización del empresario, pero no por ello resultarían supuestos de subcontratación, pues faltan las notas de “autonomía”, e incluso de la de “sustantividad propia”.

En consecuencia, en estos casos ni siquiera se produce una verdadera “externalización” de servicios o actividades propias del contratista, que pudiera preocupar al Órgano de Contratación por suponer la pérdida de control o autoría parcial de los trabajos por parte de la entidad adjudicataria.

Frente a ello, lo que se hace es incorporar medios personales o profesionales adicionales a la estructura propia de la UTE TYPASA/SUBTERRA para la realización puntual de ciertos trabajos de campo, nunca constitutivos de trabajos completos que conformen una unidad de servicio por sí sola diferenciable dentro del objeto del contrato, manteniendo aquélla en todo caso el control, autoría y dirección de esos trabajos de campo sobre el colaborador en cuestión.

Lo que resulta del todo desproporcionado es que se pretenda exigir, con intromisión en el derecho de auto-organización del empresario, que todos y cada uno de los profesionales que pudieran prestar servicios dentro de la estructura del adjudicatario para la ejecución del objeto del contrato tengan relación laboral previa con aquél”.

OCTAVO. Consideraciones de este Tribunal respecto a la subcontratación recogida en el PCAP y su aplicación por la mesa de contratación.

La LCSP no define el concepto de subcontratación, pudiendo ser una aproximación entenderlo como un modo de organización implantada por un eventual contratista acudiendo a terceros para la ejecución de ciertas tareas. No



obstante ello no significaría que cualquier tarea encargada por el contratista a un tercero sea subcontratación. Podemos definirla como aquella figura jurídica consistente en contratar o subcontratar por empresarios a otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos. Es decir, cuando se encarga a terceros obras o servicios correspondientes a la propia actividad del contratista.

Debemos partir del ámbito que tiene el órgano de contratación para imponer limitaciones a la subcontratación, y concluir que las tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal deben determinarse en el pliego y justificarse en el expediente, si bien, en la apreciación de lo que sean tareas críticas o trabajos especiales, en el supuesto que se examina, y que deben reservarse al contratista en la ejecución de un contrato, existe un margen de discrecionalidad técnica. Entendemos también que la forma de determinar lo que es crítico, por exclusión respecto de lo que no se considera crítico, según la cláusula 16ª del PCAP y el anexo I, obliga a una mayor labor interpretativa a la vista del artículo 215.2.e) de la LCSP. El artículo 215.2.e) de la LCSP dice:

“De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación”.

Es decir, cada limitación requiere que la parte que se limite sea una tarea crítica y que la determinación de dicha tarea o tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación. En este sentido, la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero es el previsto en el artículo 215.2 d) de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo, en el artículo 215.2 e) de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

Es decir, los pliegos pueden limitar la posibilidad de subcontratar, si bien respetando siempre lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 215.2 citado, en aras a evitar que esta limitación suponga una restricción efectiva de la competencia, y previa justificación adecuada en el expediente de contratación. En este sentido, para justificar la excepción a la regla general de la división en lotes señala la UTE adjudicataria que el Anexo I del PCAP señala:

“La realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulta o pone en riesgo su correcta ejecución, ya sea desde el punto de vista técnico o por la naturaleza de su objeto (artículo 99.3, b) LCSP). En la Memoria de este expediente se completa la justificación de la no división en lotes del contrato”.



Pues bien, en el supuesto examinado, la no división en lotes va a condicionar necesariamente una interpretación extensiva o restrictiva del PCAP, pues como dice el Anexo, lo que se pretende es evitar la independencia de realización de partes del contrato, es decir, entiende que la dirección y coordinación única de los trabajos es una nota esencial en la mayoría de las tareas, y es ello lo que hace que se consideren como tareas críticas. Entendemos que es bajo esta perspectiva, justificada en los términos del conjunto del PCAP, en la que debe entenderse la prohibición de la subcontratación.

Además aparece razonada en el expediente, como exige el precepto legal, la fórmula de limitar la subcontratación dado que es por exclusión, pero de una forma genérica sino interpretable de acuerdo con los argumentos esgrimidos en el anexo I pues así lo señala en el apartado 10 referido a la subcontratación:

*“En virtud de los argumentos esgrimidos respecto **a la no división en lotes del objeto del contrato**, se prevé inicialmente que todas las tareas serán críticas, debiendo ser obligatoria y directamente ejecutadas por el contratista. No obstante, se pueden exceptuar de la consideración anterior los trabajos relacionados con la geotecnia, así como la cartografía y topografía pudiendo dichos trabajos, por consiguiente, ser objeto de subcontratación por parte del contratista. En caso de que el licitador incluya en su oferta procesos de verificación independiente del diseño de los proyectos incluidos en el objeto del contrato, estos servicios de supervisión y verificación independiente, por su propia naturaleza, serán objeto de subcontratación”.*

En cuanto a la división de los lotes estimamos, como apunta la UTE adjudicataria, es importante el modo de configuración que hace de la justificación de la no división, pues ello va a condicionar la posibilidad de ofrecer una oferta técnica por las potenciales entidades licitadoras. Por su parte, la aplicación del artículo 75.4 de la LCSP supone que las limitaciones de intervención de terceros colaboradores, por su consideración de subcontratación, deben entenderse de acuerdo con la justificación que para ello se haya introducido en el expediente de contratación. Cuando se remite la justificación sobre la prohibición de subcontratación a la división en lotes, implícitamente se está reconociendo en los pliegos que lo que con ello se pretende es que no se ejecuten distintas partes del contrato, susceptibles por su entidad de constitución de un lote diferenciado, de forma “independiente”.

Es decir, se prevé inicialmente, entendiendo que el órgano de contratación se reserva una discrecionalidad en el sentido apuntado en la resolución 092/2016 del OARC del País Vasco reproducida por el órgano de contratación en su informe al recurso. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales analiza en la Resolución 734/2020 que:

“No debe olvidarse que la apreciación de lo que sean tareas críticas o trabajos especiales que deben de reservarse al contratista en la ejecución de un contrato cuando éste tiene por objeto prestaciones técnicas puede resultar del propio objeto de un contrato y ser evidentes para un perito o experto. Por esta razón, recordando que el Tribunal en la apreciación de los elementos técnicos que pueden concurrir en al enjuiciar la actuación de la Administración debe limitarse al análisis de los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la



valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuar los vicios del procedimiento, reprochen que no concurren en este caso.»

Es decir, impera también en la apreciación de lo que debe considerarse autónomo de la actividad principal, dado lo técnico del PCAP, esa discrecionalidad técnica. En este sentido, y en el contexto del presente contrato, parece más razonable entender que las prestaciones a subcontratar, dentro de la actividad principal no se entienden como una verdadera subcontratación, sino más bien un elemento que se integra en la prestación contractual, necesario para su ejecución, pero sin autonomía ni especificidad propia dentro de ella. Asimismo, debe tenerse en cuenta que dado que los efectos de esta apreciación es la exclusión de una oferta, los principios de proporcionalidad y transparencia, piden que la causa de exclusión sea clara y de una gravedad suficiente para justificar tan grave conclusión⁷. Tampoco hay motivos que justifiquen (en el expediente no constan, como ya se ha dicho, ni los aporta el informe del poder adjudicador, ni se deducen de los pliegos) qué añade a la mejor ejecución de la prestación la extensiva interpretación de las cláusulas que prohíben la subcontratación. La prohibición de subcontratación, para no ser arbitrario, no puede ser caprichosa, sino que tiene que descansar en un motivo relevante para el buen fin del contrato, siendo complicado acreditar, por ejemplo, que pueda entenderse como subcontratación prohibida la que afecta a una actividad configurada en los pliegos sin especialidades significativas.

Concluyendo, es necesario concretar la actividad principal de un contrato, y es siempre posible diferenciar entre aquellas tareas críticas respecto a las que se puede prohibir la subcontratación de forma motivada, y aquellas otras que formando parte de la actividad principal no tienen la condición de tareas críticas y respecto de las que, por tanto, no puede prohibirse la subcontratación. En este caso, dada la dificultad del pliego que definía las prescripciones del PCAP en materia de subcontratación en principio de forma genérica a todas como críticas, ha sido la mesa de contratación, con relación a la doctrina expuesta, la que ha considerado de forma razonable a éstas como independientes y accesorias de las tareas principales. Ello supuso que la mesa se reservase la posibilidad de pedir justificación a todas las entidades licitadoras de las dudas que suscitaban respecto a la subcontratación. En cualquier caso, este motivo no ha dado lugar a discriminación alguna entre los licitadores, pues se ha de reseñar que varias entidades, entre ellas la UTE adjudicataria así como la recurrente fueron requeridas, y finalmente todas las justificaciones de las entidades licitadoras, en relación al requisito de la subcontratación, fueron admitidas.

Concluimos aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2009 (RJ 2010324), que declara que *"la discrecionalidad técnica parte de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción "iuris tantum" solo puede desvirtuarse 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"*.

⁷Tribunal de Recursos Contractuales del País Vasco 183/2019.



Por lo tanto, atendiendo a las justificaciones, y de acuerdo con la doctrina de la discrecionalidad técnica, este Tribunal ha de limitarse a comprobar si de la valoración realizada derivó falta de motivación. Debemos desestimar la inexistencia de motivación a la luz del expediente remitido, de tal modo que, a su vez, siguiendo los principios de proporcionalidad y concurrencia, se admitieron por la mesa todas las alegaciones relativas al cumplimiento de las limitaciones impuestas a la subcontratación por parte de las referenciadas ofertas. Una interpretación, del modo interesado por la UTE recurrente, no sería respetuosa con lo dispuesto en el artículo 215 de la LCSP que regula la subcontratación, pues debe entenderse de forma restringida, como una posibilidad a la que puede acudir el contratista dentro de ciertos límites y con sujeción a determinados requisitos.

Por último, se ha de hacer referencia igualmente a que cuando la UTE recurrente alega la vulneración de las reglas de la subcontratación supone en parte ir contra sus propios actos, pues la misma, apoyándose en igual argumentación que da el propio órgano de contratación, justificó que su oferta no vulneraba los límites, siendo aceptada. Sin embargo, y sin atender a la misma línea de razonamiento pretende la exclusión de la oferta de la adjudicataria. Entendemos aplicable igualmente, la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino “*venire contra factum proprium non valet*” y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que “(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos”.⁸

NOVENO. Subsidiariamente se plantea que la exclusión de la UTE adjudicataria conllevaría que la oferta de la UTE recurrente no esté en baja temeraria.

Subsidiariamente se plantean otros argumentos (condicionados al argumento de los límites de la subcontratación) por los que la UTE adjudicataria debía ser excluida. Así en el fundamento de derecho VI del recurso expone que el incumplimiento de la oferta de éste justificaría su exclusión del procedimiento, y por tanto del cálculo del umbral de anormalidad de las proposiciones. En este sentido, abriría una hipotética situación, de tal modo que el importe de la oferta económica de la UTE recurrente no superaría en ningún caso al umbral de anormalidad correctamente calculado. Aporta pronunciamientos de tribunales administrativos de recursos contractuales donde alega que no se trata de que una oferta por el mero hecho de ser demasiado baja o por contener elementos desproporcionados deba ser excluida de la adjudicación, sino que esta exclusión sólo será admisible en el caso de que tales circunstancias hagan que el contrato no sea ejecutable.

⁸La reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que <<En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “*venire contra factum proprium*”>>.



No obstante, la desestimación de la pretensión de la exclusión de la UTE adjudicataria, por el motivo anteriormente examinado, hace que este argumento no tenga ninguna virtualidad al no prosperar la exclusión reclamada.

DÉCIMO. Subsidiariamente, sobre la debida justificación de la anormalidad de la oferta de la UTE recurrente.

Alega la UTE recurrente, en el fundamento de derecho séptimo de su recurso que, *“la justificación de la viabilidad de la oferta fue rechazada sin más motivación que la somera expuesta en el Acta nº 7 de la Mesa de Contratación, de la que se sirve la Resolución de 02.07.2021 para acordar la exclusión de nuestra representada sin tampoco añadir más fundamentación a la decisión”*. Señala que los datos de su oferta *“justifican y desglosan de forma razonada y detallada hasta el nivel de precios y costes ofertados, y cuantifica de forma exhaustiva y justificada el ahorro económico estimado por cada uno de los conceptos y circunstancias consideradas”*.

Parece atacar una falta de motivación a la exclusión de su oferta y a sus informes de viabilidad. Al respecto, revisado el expediente, debemos añadir que previamente, el acta nº 6 de la Mesa de Contratación⁹, publicada en el perfil de contratante, contiene una detallada explicación de las razones por las que se habían considerado insuficientes las explicaciones dadas por esa licitadora a su extraordinaria baja económica, dejando la decisión sobre la cuestión en manos de la propia mesa.

Entre esas razones expuestas para rechazar la justificación ofrecida por la UTE recurrente se mencionaba que el hecho de tener conocimiento suficiente para el desarrollo de los trabajos y que puede suponer un ahorro, es aceptable, pero que no tenía fundamento suponer que es del 5% sobre todo cuando aún no se sabe la tipología de metro que se va a realizar (pantallas o tuneladora). Asimismo se mencionaba que el hecho de que tengan sus sedes en Sevilla no supone una circunstancia excepcional, entre otras razones propias de la direccionalidad técnica de la mesa.

Hay que poner de manifiesto que la mesa, en el acta nº 7, manifestó que, a la vista de los dos informes del Servicio de Infraestructuras del Transporte, dado que en el informe de 27 de marzo de 2021 se concluía que las condiciones de ahorro en gastos de movilización de personal y conocimiento y experiencia en servicios similares, a pesar de ser favorables no son excepcionales ya que pueden ser predicables de otros muchos licitadores así como que no estaban respaldadas por un estudio económico que las cuantificara, y dado que, tras haber solicitado a la licitadora documentación aclaratoria, el informe de 31 de mayo de 2021 se pronuncia en iguales términos sobre otras justificaciones que no se dieron por válidas, de tal modo que tiene por no justificada la baja de la oferta de la recurrente.

Asimismo, téngase en cuenta previamente los motivos por lo que se le requería que justificase la baja anormal (folio 734 del expediente), donde en la mesa celebrada el 6 de mayo, se acordó requerir a la UTE recurrente para *“que presente, si a su derecho conviene, la documentación acreditativa y el estudio de costos que permita valorar el ahorro económico que suponen las cuestiones alegadas en su escrito de justificación de viabilidad de la oferta. En cuanto a la reducción del*

⁹ Informes técnicos de 27 de marzo y 31 de mayo de 2021.



beneficio industrial deberá aportar un informe pormenorizado de cómo la reducción de éste no afecta negativamente a la ejecución del contrato”.

El acta de la mesa nº7 de 14 de junio de 2021 señalaba:

“En el presente expediente, a la vista de los dos informes del Servicio de Infraestructuras del Transporte, dado que en el informe de 27 de marzo de 2021 se concluía que las condiciones de ahorro en gastos de movilización de personal y conocimiento y experiencia en servicios similares, a pesar de ser favorables no son excepcionales ya que pueden ser predicables de otros muchos licitadores así como que no estaban respaldadas por un estudio económico que las cuantificara, y dado que, tras haber solicitado a la licitadora documentación aclaratoria, el informe de 31 de mayo de 2021 se pronuncia en iguales términos sobre las justificaciones que no se dieron por válidas en el primer informe, al no haber sido justificadas económicamente, la Mesa de Contratación decide elevar al órgano de contratación propuesta motivada de rechazo de la oferta del licitador antes indicado: UTE CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L.- AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A., así como de las ofertas de UTE INSE RAIL-EPTISA y UTE WSP SPAINAPIA, S.A.U.- AUDINGINTRAESA.”

Es decir, se entiende que la UTE recurrente en su informe complementario para la justificación de la viabilidad de la oferta no responde especialmente a valorar económicamente el ahorro. Así por ejemplo este Tribunal observa como en el punto 2 del informe, respecto al cumplimiento de obligaciones laborales, justifica la oferta, y no el ahorro. Sí explica el ahorro en otras partidas como en el conocimiento de la metodología en el punto 3. No obstante, se apoya en una experiencia concreta, es decir exclusiva entendemos. Sin embargo, también debe ser rechazada pues, si bien se apoya en la experiencia que dice poseer en el tramo norte de la misma línea del metro, quiere trasladar solo una previsión de ahorro de costes, que no puede cuantificar exactamente como lo hace porque aún no puede materializarse pues señala que esa experiencia deriva de un contrato adjudicado en 2020 que aún entendemos no se ha terminado de ejecutar, pues no es capaz de cuantificarlo más que en tantos por ciento de los que no se conoce la fuente de la que emanan los cálculos. Es decir es comprensible ese ahorro de costes en función de un pretendido conocimiento que no justifica en qué medida concreta supone un ahorro concreto, sino solo una estimación.

Por ello compartimos la afirmación del órgano de contratación cuando dice que *“no se trata, por tanto, de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos”.*

La doctrina de este Tribunal¹⁰ y de los restantes órganos de resolución de recursos contractuales en la determinación de si una oferta, incurso inicialmente en baja anormal o desproporcionada, está o no justificada su viabilidad rige el principio de discrecionalidad técnica, según el cual la actuación administrativa esta revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la

¹⁰Resolución 90/2019, de 21 de marzo.



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.

La Resolución 90/2019, de 21 de marzo, de este Tribunal, fue recurrida ante la jurisdicción contencioso administrativa, recurso 379/2019, que fue desestimado mediante Sentencia de 3 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que señala en lo que aquí interesa en su fundamento quinto lo siguiente:

«Los órganos de contratación gozan de discrecionalidad técnica para valorar si la oferta es anormalmente baja, que encuentra su fundamento en la presumible imparcialidad del órgano de contratación, especialización de sus conocimientos, e intervención directa en el procedimiento de selección, de forma que solamente en los supuestos en que sea evidente la existencia de error en la valoración efectuada por el órgano de contratación es posible sustituir la decisión adoptada.

En el caso de autos, la decisión se ve amparada por un informe efectuado por órgano técnico extenso y motivado que analiza los aspectos de la oferta de la recurrente y la justificación dada por la misma respecto de la corrección de la oferta y la posibilidad de correcta ejecución del contrato.

(...)

En definitiva, el Órgano de Contratación a través del informe técnico ha motivado ampliamente las razones por las que no se entiende justificada la oferta, siendo esta desproporcionada o anormalmente baja en atención al criterio establecido en la Ley de Contratos y el Pliego.».

En el supuesto que se examina, la recurrente no cuestiona el procedimiento contradictorio seguido para la justificación de la proposición de la UTE adjudicataria, sino que entiende que la decisión de no estimarla viable está injustificada. Por tanto, la controversia se suscita en torno a la apreciación técnica del ahorro que puede suponer su oferta. Procede invocar como se ha expuesto la doctrina de la discrecionalidad técnica, según la cual (v.g., entre otras muchas, Resolución 105/2020, de 1 de junio, de este Tribunal) los informes técnicos están dotados de una presunción de acierto y veracidad por la cualificación técnica de quienes los emiten y que solo puede desvirtuarse 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.

En el supuesto examinado, a la vista de los argumentos expuestos por las partes, la justificación de la anormalidad de la oferta, el informe técnico de viabilidad de la misma emitido por el servicio correspondiente del órgano de contratación y lo analizado a lo largo de la presente resolución, a juicio de este Tribunal, constituyen una valoración paralela y alternativa a la realizada por el órgano evaluador que se mueve, como señala la jurisprudencia, dentro del principio de



libre apreciación, pero que, como se ha señalado, no puede prevalecer sobre el criterio de un órgano técnico especializado, al que se presume imparcial y cuyas apreciaciones se hallan amparadas en el supuesto analizado por la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos evaluadores, que debe ser respetada salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, circunstancias que no concurren en el presente supuesto.

Por todo ello, concluimos desestimando el recurso en cuanto a este motivo por los fundamentos expuestos.

UNDÉCIMO. Subsidiariamente, sobre la alegada indebida valoración de la oferta de la UTE adjudicataria dado que la ha presentado formalmente en un formato no previsto en el PCAP.

La recurrente estima que la UTE adjudicataria no puede ser valorada en el Criterio JV-1 porque en el subcriterio “D) Programación de las distintas tareas”, incluye las actividades o subactividades a desarrollar para cada uno de los trabajos incluidos en el objeto del contrato presentando la oferta en formato A2, sin que tal formato estuviese expresamente contemplado en el PCAP. La fijación de un formato, dice el órgano de contratación en su informe, con una extensión máxima y de un formato de la oferta técnica en el PCAP tiene un doble objetivo, que son facilitar el proceso de valoración de las ofertas, y tratar de homogeneizar las ofertas de los licitadores entre sí.

Hay que mencionar que no se ha incluido en el PCAP, para el caso del incumplimiento de dicho requisito formal por parte de las licitadoras, ninguna consecuencia. En este sentido, si bien estimamos que lo que la recurrente exige es igualdad de trato, no obstante se ha de preservar también por la concurrencia y la proporcionalidad.

Es conocido igualmente que en estos casos existe predominantemente un criterio antiformalista que sólo determina el rechazo de proposiciones si el incumplimiento de requisitos formales se considera sustancial no estimándolo así en el presente supuesto, pues tampoco se justifica.

El TACRC tiene declarado¹¹ que, como regla general, *“un requisito formal relativo a la extensión de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven, y no facilitar la valoración de las ofertas por los técnicos”*.

El Tribunal Supremo¹² afirma que *“en cualquier caso, la simple superación del límite de folios de las ofertas presentadas carece de entidad suficiente como para determinar la anulación de las adjudicaciones, debiendo convenirse con la sentencia recurrida en el carácter de una mera irregularidad no invalidante de la resolución adjudicadora de las concesiones”*.

¹¹ Resoluciones TACRC 1038/2016 y 297/2015.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 26 de noviembre de 2012 (Roj STS 9164/2012).



A nuestro juicio, un requisito formal relativo al formato de los documentos de la oferta no puede convertirse en causa de exclusión de la licitación, so pena de vulnerar tanto el principio de concurrencia como el objeto del procedimiento de licitación que es la búsqueda de la proposición que mejor satisfaga el interés general al que los entes del sector público sirven. Igualmente, el incumplimiento de ese aspecto formal tampoco tiene suficiente entidad como para no valorar la oferta.

No obstante, en resoluciones posteriores del TACRC¹³, se ha matizado la doctrina así expresada, afirmando que, si bien es cierto que *“en principio, este tipo de prescripciones puramente formales de los Pliegos que no afectan para nada a la naturaleza y calidad de las ofertas presentadas deben interpretarse con cierta flexibilidad evitando que un insignificante incumplimiento de los mismos pueda derivar en la exclusión automática de ofertas que pueden ser plenamente aceptables en todos los demás aspectos”, ello debe reconocer como excepción aquellos supuestos en que el exceso alcance relevancia tal que suponga “un incumplimiento flagrante de un Pliego que ha sido “incondicionalmente aceptado” por el licitador al haber presentado su oferta sin recurrirlo previamente”*.

En el caso del presente recurso, el tamaño del papel, no puede concluirse que tenga importancia cualitativa, en tanto no se ha acreditado un exceso que justifique una quiebra de la igualdad de trato, y la obtención de una ventaja respecto a los demás licitadores.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidades **CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L. – AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A.** actuando ambas en representación de la **U.T.E. CONSULTORES DE INGENIERÍA UG21, S.L. – AYESA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA, S.A.** contra la resolución de 2 de julio de 2021, por la que se acuerda la exclusión de éstas y la adjudicación del contrato en favor de la UTE TYPASA-SUBTERRA, del contrato denominado *“Revisión, actualización normativa, redacción y adaptación de los proyectos constructivos del Tramo Sur de la Línea 3 del Metro de Sevilla a la Plataforma Reservada SE-03, elaboración de un estudio informativo de su desarrollo y prolongación hasta el Hospital de Valme y redacción de los proyectos de construcción correspondientes”*, (Expte. CONTR 2020 0000400151), promovido por la Consejería de Fomento, Infraestructuras y Ordenación del Territorio.

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

¹³Resolución 1060/2015.



TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

