

Recurso 236/2021

Resolución 413/2021

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

Sevilla, 21 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SIMMONS & SIMMONS LLP**, Sucursal en España de Sociedad Profesional contra la resolución de 3 de mayo de 2021 de adjudicación del contrato denominado “Servicio de consultoría para la elaboración de estudio de viabilidad económica financiera y jurídica y asistencia en el proceso de colaboración público privada para la ejecución de proyectos de una Sede Administrativa en el solar sito en la Avenida de Cádiz s/n, Parcela A, UA-SB-6 San Bernardo, Sevilla” (Expte.: CONTR 2020 769634, promovido por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de diciembre de 2020 se publica en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores en el citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 189.025,00 euros, no estando sujeto a regulación armonizada.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

SEGUNDO. Tras tramitarse el procedimiento de contratación, por resolución de fecha 26 de marzo de 2021, la Directora General de Patrimonio de la Consejería de Hacienda y Financiación Europea acepta la propuesta de la mesa de contratación, en relación a la clasificación, por orden decreciente, de las proposiciones admitidas atendiendo a los criterios de adjudicación señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que rige en esta licitación. Se requiere a la propuesta como adjudicataria la documentación previa a la



adjudicación. El 26 de abril de 2021, la mesa, tras un trámite de subsanación, acuerda instar al órgano de contratación que adjudique el contrato a la entidad licitadora que obtuvo la mayor puntuación.

TERCERO. La entidad recurrente el mismo 26 de abril, con anterioridad a la resolución de adjudicación solicita vista del expediente al órgano de contratación. La vista del expediente tuvo lugar el día 10 de mayo.

CUARTO. El 3 de mayo de 2021 se resuelve adjudicar el contrato de referencia y el día 4 de mayo de 2021, se notifica a las entidades licitadoras.

QUINTO. El 25 de mayo de 2021 la entidad recurrente presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal. EL procedimiento quedó suspendido automáticamente conforme al artículo 53 LCSP.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, que fue posteriormente recibida en este Órgano.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, se han recibido en el plazo legal establecido las de la entidad adjudicataria la cual se opone al recurso, así como las de la entidad clasificada en segundo lugar que se adhiere a los motivos del recurso respecto de la entidad que resultó adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación de referencia, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. La misma quedó clasificada en cuarto lugar, pero al impugnar la puntuación otorgada no solo a la adjudicataria sino también a las dos siguientes queda justificado, en principio, su interés en el recurso.



TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra una resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado d) de la LCSP, es de 15 días hábiles a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado la resolución de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, con lo que de acuerdo con los antecedentes, se interpuso en plazo.

QUINTO. Fondo del asunto: argumentos de las partes.

1. Argumentos de la entidad recurrente.

Ordenando sus alegaciones, la entidad recurrente centra su atención en torno al Anexo VIII del PCAP, es decir, en relación con la cláusula 9.2.3 del PCAP, en concreto, con relación a los documentos a incluir en el sobre electrónico nº 3, la “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas”, pues además de la proposición económica debía añadirse una: *“Relación de trabajos de igual o similar naturaleza al presente contrato, realizados y/o dirigidos en los últimos quince años por el Director y/o Jefe/s de Equipo propuestos. Para su valoración, el importe de estos trabajos deberá haber sido como mínimo de 50.000€, o alternativamente, el valor de inversión del proyecto equivalente al menos al 50% del volumen de inversión estimado para el proyecto objeto del presente contrato, conforme a Anexo I del PPT. Como medio de acreditación se presentará un certificado expedido por la entidad contratante que acredite la realización de estos trabajos en el que conste como mínimo su participación, el objeto, importe del contrato y fecha de finalización, o a falta de este certificado, declaración responsable acompañada de documentos suficientes que acrediten la realización de la prestación.*

Se señalarán en este sobre nº 3 los trabajos similares realizados adicionales a los señalados a los efectos de la acreditación de la solvencia técnica exigida en el Anexo XV del presente Pliego”.

Sobre la base de la literalidad de la cláusula, la recurrente expresa que *“ninguno de los tres primeros licitadores clasificados ha acreditado una relación de trabajos en dichos términos por lo que lejos de recibir la puntuación*



máxima deberían obtener cero puntos en este criterio de adjudicación, resultando la oferta presentada por mi representada como la primera clasificada”.

A. En primer lugar, respecto a la entidad que resultó ser la adjudicataria alega que cuando ésta presenta una declaración responsable en la que, por parte del representante del licitador, se manifestaba que el Director y/o Jefe del equipo propuesto habían realizado y/o dirigido en los últimos quince años los trabajos que en la declaración responsable se enumeraban, junto a la misma no se acompañaba documento alguno que acreditase la veracidad de la declaración, por lo que concluye que la mesa de contratación no debió otorgar por este criterio ninguna puntuación. Alega que esa asignación o valoración supone una infracción del anexo VIII del PCAP en relación con los medios de acreditación del criterio denominado “trabajos similares”.

Señala expresamente que la mesa cuando analiza la declaración responsable con los siete trabajos enumerados, considera que de conformidad con el Anexo X del PCAP le corresponde por este criterio de adjudicación la máxima puntuación de 35 puntos, afirmando que *“estos trabajos no han sido acreditados en los términos que exige el Anexo VIII del PCAP porque la declaración responsable no se acompaña de ningún documento que acredite la realización de estas prestaciones”*. *“El licitador solo hace una declaración responsable y no aporta documento alguno que la soporte. En este punto la oferta debe ser por tanto calificada con cero puntos. Por consiguiente, es notorio que los trabajos declarados no cumplen con los términos descritos en el Anexo VIII del PCAP y no pueden recibir ningún punto de conformidad con lo previsto en el Anexo X del PCAP”*.

B. Respecto a la licitadora que quedó en segundo lugar, la cual aporta una declaración responsable, afirma que el Director y/o Jefe del equipo propuesto ha realizado y/o dirigido los siguientes trabajos en los últimos quince años, y a diferencia del anterior sí resulta acompañada de certificados, contratos y certificados de ejecución, pero respecto a la documentación que contiene esos trabajos, estima que no han sido acreditados en los términos que exige el Anexo VIII del PCAP por los siguientes motivos:

a) “Al menos los certificados núm. 4, 5 y 6 no son nominativos y, por consiguiente, no acreditan que el Director y/o Jefe del equipo ofertado hayan participado en los mismos tal y como exigen los Pliegos;

b) Al menos los certificados núm. 1, 2 y 3 son de empresas privadas para las que el Director del equipo ofertado habría prestado servicios pero no del receptor de los trabajos, que según la naturaleza de los trabajos declarados son las entidades contratantes”;

c) En todo caso, la relación de trabajos declarada no es de igual o similar naturaleza al presente contrato porque:
(i) todos ellos versan única y exclusivamente sobre el estudio de viabilidad y estructuración financiera de una concesión cuando el objeto del contrato también incluye el apoyo, asistencia técnica y emisión de informes, documentación y pliegos en materia jurídica y (ii) aun cuando no se aceptase lo anterior, todos ellos (con excepción de los certificados núm. 4 y 5 que no son nominativos) giran en torno a la estructuración de concesiones de países



extranjeros en lo que no son de aplicación las normas de concesiones españolas y que, por definición no pueden ser “iguales o similares” a los que se contratan por la Junta de Andalucía.

Esto último es especialmente relevante porque la asistencia técnica y emisión de informes, documentación y pliegos, en materia jurídica y económico-financiera, necesarias durante la fase de preparación, licitación y adjudicación de un proyecto de colaboración pública privada exige un conocimiento de la normativa aplicable en materia de contratación pública, patrimonio de las Administraciones públicas, etc.

Si bien es cierto que en el ámbito comunitario dicha normativa está en cierto punto armonizada por las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es evidente que la normativa aplicable para la estructuración de una concesión en Andalucía no tiene nada que ver con la normativa aplicable en Lima (Perú), Puerto Cortés (Honduras), Chinchero (Perú), Salvarrey (Perú), Bahamas, Buenos Aires (Argentina), Ciudad de México (México), Zambia o Ucrania. Por todo ello, no es posible sostener que los trabajos realizados únicamente en la vertiente de estudio de viabilidad y estructuración financiera de una concesión (olvidando por completo la parte jurídica) y en países no comunitarios (Perú, Honduras, Bahamas, Argentina, México, Zambia o Ucrania) son de igual o similar naturaleza al presente contrato. Por consiguiente, los trabajos declarados no cumplen con los términos descritos en el Anexo VIII del PCAP y no pueden recibir ningún punto de conformidad con lo previsto en el Anexo X del PCAP”.

C. Respecto de la entidad licitadora clasificada en tercer lugar, la recurrente alega, que en su propuesta, el Director y/o Jefe del equipo propuesto ha realizado y/o dirigido una serie de actuaciones a las que acompaña certificados. Expresa contra la propuesta de esta entidad que el contenido de los trabajos desarrollados no han sido acreditados en los términos que exige el Anexo VIII del PCAP:

a) En primer lugar, porque no son de igual o similar naturaleza al presente contrato porque *“todos los trabajos declarados son de asesoramiento a una sociedad concesionaria para presentar una oferta a una licitación no de asesoramiento a una Administración en la estructuración de una concesión”*, de tal modo que entiende que no tienen relación con el objeto de este contrato dado que de conformidad con lo expuesto en el epígrafe anterior, el objeto de este contrato *“es el estudio de viabilidad y modelo económico-financiero, el apoyo, asistencia técnica y emisión de informes, documentación y pliegos, en materia jurídica y económico financiera, necesarias durante la fase de preparación, licitación y adjudicación de un proyecto de colaboración pública privada a una Administración”*.

Dice a su vez que *“es evidente que los trabajos realizados en el asesoramiento a una entidad privada en la participación de una licitación pública no tiene el mismo contenido que el que es objeto del presente contrato que pasa por estructurar no una oferta sino un proyecto de colaboración público-privada”*. Lo explica expresando que en *“el primer caso se trata de asesorar a una empresa en preparar una licitación pública y, por ello, preparar unos pliegos, condiciones técnicas y financieras para poder estructurar una licitación pública. NADA DE ESO SE HACE EN*



NINGUNO DE LOS PROYECTOS APORTADOS POR ESTE LICITADOR pues al ayudar a un licitador (que es en todos los casos lo que propone como experiencia) a presentar una oferta no se redactan, como es lógico, pliegos, ni condiciones técnicas de licitación, ni estudios de viabilidad del proyecto objetivos y que sirvan para comparar ofertas entre licitadores”.

b) En segundo lugar, señala que los trabajos no han sido acreditados en los términos que exige el Anexo VIII del PCAP porque los trabajos declarados giran en concesiones de países no comunitarios.

Concluye sus alegaciones solicitando que dado que *“los tres primeros licitadores clasificados no han acreditado una relación de trabajos de conformidad con lo dispuesto en el Anexo VIII del PCAP () no pueden recibir ningún punto en el criterio de adjudicación trabajos similares desarrollados por el equipo propuesto”*. Termina solicitando que se *“acuerde retrotraer las actuaciones de la Mesa de Contratación hasta el momento previo a la valoración del criterio de adjudicación “trabajos similares desarrollados por el equipo propuesto” y se ordene otorgar en la puntuación de dicho criterio a los tres primeros licitadores clasificados con cero puntos para, a partir de dicho momento, continuar con la valoración de la ofertas y proceder a la adjudicación al licitador que corresponda”*.

Si bien no lo solicita expresamente, se sobreentiende que **insta** la anulación de la resolución de adjudicación, a efectos de que lo que pide pueda llevarse a cabo.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Pasamos a resumir las alegaciones que este órgano realiza sobre los motivos del recurso anteriormente expuesto:

1. Sobre la documentación que se debía acompañar al Anexo VIII, y a efectos de poder otorgar los puntos conforme al Anexo X, e interpretando la literalidad de la forma de acreditación a efectos de que fuera valorado una vez abierto el sobre 3, realiza las siguientes consideraciones:

A. Respecto de las alegaciones vertidas contra la calificación obtenida por la adjudicataria.

a) Que el concepto jurídico de declaración responsable en materia de contratación debe armonizarse con el de declaración responsable del artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), a fin de que acojamos una interpretación de lo que era exigido según el Anexo VIII en el sentido de que no es necesario, o no era necesario acreditar el requisito en el momento de la apertura del sobre 3, sino que era suficiente con una declaración de que dispone de dicha información o documentación. Asimismo invoca el principio antiformalista que estima rige la licitación pública. No obstante, el



informe priva a este Tribunal de una interpretación de dichas declaraciones responsables con relación a los documentos que alternativamente o conjuntamente con la declaración se requerían a efectos de su presentación en el Anexo VIII del PCAP, privando de un importante juicio a efectos de la resolución del recurso.

Así expresa que *“...la interpretación del contenido del PCAP necesariamente ha de cohonestarse con la de las normas básicas de derecho público cuyo contenido -por motivos de jerarquía- no puede ser orillado”*. Estimamos que quiere decir el órgano de contratación que el artículo 69 de la LPCAP debe ser tenido en cuenta en el procedimiento de contratación, pues considera que por razones de jerarquía sería aplicable en sus propios términos, tal y como se desarrolla en el informe que se ha remitido.

b) Señala además, que el requerimiento de documentación respecto a la declaración responsable que figuraba en el sobre número 3, y que la entidad adjudicataria realizó el 19 de enero de 2021, fue cumplimentado el 27 de mayo de 2021, por ende una vez que fue adjudicado el contrato. Entiende que ello es válido, así dice *“Desarrollemos el aserto.*

Incluso en el caso de considerar -se insiste, a efectos discursivos- que la oferta presentada por la entidad adjudicataria no se ajustaba a lo establecido en el citado anexo VIII (pues para la acreditación de los trabajos similares debió acompañarse a la declaración responsable documentación suficiente que probase la efectiva realización de los trabajos similares en los términos relacionados) la decisión de la mesa en ningún caso podría haber sido despreciar la oferta en este criterio, otorgando cero puntos, sino requerir la aclaración de la misma velando, eso sí, porque en dicha aclaración no se variase los términos de la oferta”.

Alude a una resolución de este Tribunal, expresando que también *“ha hecho suyo ese criterio antiformalista -sustentado en los principios de igualdad y fomento de la concurrencia- en resoluciones como la 190/2020, de 1 de junio”*.

Termina señalando que: *“el efecto de la estimación del motivo impugnatorio”*... debería ser el de ordenar la retroacción del procedimiento al momento de la valoración del sobre 3, para que la mesa requiriese la aclaración de la oferta acompañando a la declaración responsable presentada, documentación suficiente que, sin variar los datos contenidos en dicha declaración, acreditase la efectiva ejecución de los trabajos relacionados en los términos que se detallaban en la declaración.

Y como quiera que dicha documentación ya ha sido requerida por el órgano de contratación e incorporada al expediente , todo ello en ejercicio de la facultad que otorga el art. 69 de la LPAC (que admite que el requerimiento se haga “en cualquier momento”) sería absolutamente contrario a un elemental principio de economía procesal ordenar la retroacción del procedimiento de licitación para llevar a cabo una actuación que se ha materializado.



Por todo lo expuesto, este motivo del recurso debe ser rechazado.

B. Respecto de las alegaciones vertidas contra la calificación obtenida por la segunda licitadora clasificada.

a) Respecto a que los certificados núm. 4, 5 y 6 no son nominativos, es decir, que no acreditan que el Director y/o Jefe del equipo ofertado hayan participado en los mismos tal y como exigen los pliegos, el órgano señala que se valoró la documentación y la declaración responsable realizada por el representante del licitador en la propia oferta, en la que se expresaba que los trabajos relacionados con los números 4, 5 y 6 habían sido dirigidos por Don F.I.S., el cual se propone por el licitador como Director de Equipo para el presente contrato. Todo ello igualmente fundamentado en el art. 69.1 de la LPAC.

b) Sin haber sido alegado ni por la recurrente, ni por las otras entidades que presentaron alegaciones, justifica por qué no se ha requerido subsanación a esta entidad, señalando que ello se debe a que por un lado, no resultó adjudicatario, y en segundo lugar por resultar irrelevante por cuanto que habiendo presentado una relación de 12 trabajos y siendo 7 los trabajos suficientes para lograr la máxima puntuación de 35 puntos, no tendría relevancia en la valoración otorgada por la mesa de contratación. Es decir, afirma que en todo caso, según su criterio y sin necesidad de subsanación, la segunda entidad clasificada, obtendría en todo caso los 35 puntos (el máximo).

c) Cuando la recurrente alega respecto de la segunda clasificada que los certificados núm. 1, 2 y 3 son de empresas privadas para las que el Director del equipo ofertado habría prestado servicios pero no del receptor de los trabajos, justifica el órgano que según el PPT el objeto del contrato *“es un contrato que contiene un complejo trabajo de consultoría para la elaboración de estudio de viabilidad económico-financiera y jurídica y asistencia en el proceso de colaboración público privada en las fases de análisis previo, preparación, tramitación del expediente que proceda o acompañamiento en el asesoramiento en la ejecución de un proyecto de colaboración público privada en cualquiera de sus modalidades”*. Añade que el contrato no exigía que los mismos *“se hubiesen realizado para una Administración o entidad pública, baremándose también los desempeñados para empresas privadas siempre que el objeto de tales trabajos fuera el análisis jurídico y/o financiero de un proyecto de inversión mediante colaboración público privada”*.

d) Respecto a la alegación que señala que *“la relación de trabajos declarada no es de igual o similar naturaleza al presente contrato porque todos ellos versan única y exclusivamente sobre el estudio de viabilidad y estructuración financiera de una concesión cuando el objeto del contrato también incluye el apoyo, asistencia técnica y emisión de informes, documentación y pliegos en materia jurídica”*. Considera que esta alegación puede ser contestada en el sentido de que el PPT permitía cierta discrecionalidad, *“que se siguió, en fin, un criterio amplio, favorecedor de la*



conurrencia y, sobre todo, se aplicó dicho criterio por igual a todos los licitadores. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que en su sobre 3 incluyó como trabajos similares -los cuales fueron valorados- algunos que iban referidos a una fase preliminar de análisis de viabilidad en los que la fórmula jurídica ya estaba definida (concesión) lo cual es algo que como se ha dicho, debe ser objeto de depuración previa en el contrato que nos ocupa y otros en los que el objeto solo abarcaba una de dichas fases (asesoramiento técnico financiero para la tramitación del contrato de colaboración público-privada para el mantenimiento y renovación del alumbrado público de la ciudad de Madrid)”.

e) Respecto a la alegación de que existen “trabajos similares” que “...giran en torno a la estructuración de concesiones de países extranjeros en lo que no son de aplicación las normas de concesiones españolas y que, por definición no pueden ser “iguales o similares” a los que se contratan por la Junta de Andalucía”, señala que el PCAP no hacía distingo en tal sentido. Pero sobre todo porque la propia recurrente presentó a efectos de valoración, trabajos como estudios de viabilidad para la implantación de un hospital piloto en Turquía, estudios de consultoría para la rehabilitación y mantenimiento de la vía Ferroviaria Uruguaya o asesoramiento en el proyecto del Túnel del Puerto de Miami.

C. El órgano de contratación justifica las alegaciones que la recurrente hizo respecto al tercer licitador clasificado, cuando ésta alega que no están bien otorgados los puntos por los siguientes motivos:

a) Así, respecto a las alegaciones de la recurrente respecto a que los trabajos no han sido acreditados en los términos que exige el Anexo VIII del PCAP, contesta el órgano de contratación en términos similares a los del segundo clasificado.

b) Y respecto a la alegación de que los trabajos declarados giran en concesiones de países no comunitarios, igualmente expresa que ninguna limitación imponía al respecto el PCAP. Además alega, en relación a las consideraciones de la entidad recurrente, que ello iría contra la doctrina de los propios actos dado que la recurrente en su oferta presentaba trabajos que suponen manejar legislación de países de fuera de la Unión Europea.

3. Alegaciones de la segunda clasificada.

Se opone a los motivos del recurso que hacen referencia a que los trabajos presentados por ella no puede considerarse como similares, por los motivos que constan en dicho escrito, fundándose en los términos de la propia LCSP y el PCAP. Asimismo muestra su disconformidad respecto a la valoración realizada a la adjudicataria.

4. Alegaciones de la entidad adjudicataria.



Apoya la defensa de legalidad del acto recurrido desde la posición jurídica de los argumentos del órgano de contratación.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

A continuación abordaremos los distintos motivos de impugnación de la resolución de adjudicación.

1. Previa: doctrina sobre la legitimación ad causam. Sobre el orden de abordar los motivos del recurso.

Sin perjuicio del orden en el que han sido expuestos los motivos del recurso, en el recurso (tal y como se han expuesto en los antecedentes), considerando que la legitimación de la recurrente tiene relación siempre que pueda ser ella propuesta como adjudicataria, debe partirse de que la misma ha quedado clasificada en cuarto lugar.

De este modo, antes de analizar las alegaciones de la recurrente, respecto a las entidades que han quedado clasificadas en una posición mejor que ésta, (y por orden descendiente, tal y como se alegan en el recurso, con carácter previo), estimamos preciso examinar detenidamente la legitimación ad causam de la entidad ahora recurrente, dado que la posibilidad de estimación del recurso respecto de la adjudicación, estará condicionada por la estimación previa del recurso respecto de las entidades licitadoras que han quedado en un posición anterior a ella en la clasificación de las ofertas.

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

En numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, en la 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre y 25/2020, de 30 de enero) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso especial o la reclamación en materia de contratación. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o levitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.



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

En el presente supuesto, como se ha expuesto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas, la recurrente ha quedado situada en cuarto lugar, de tal modo que la eventual estimación del recurso, en dónde se denuncia la indebida valoración de las ofertas de las entidades clasificadas en primer, segundo y tercer lugar, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, si no resultaren estimadas sus pretensiones en el orden inverso a cómo quedaron clasificadas. Es decir, solo resultará posible estimar el recurso contra la adjudicataria siempre que se estime el recurso contra la tercera y la segunda.

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

2. Sobre los motivos de impugnación respecto de la tercera clasificada:

A. En primer lugar se menciona que los trabajos similares aportados por ésta a efectos de acreditar la experiencia previa no son de igual o similar naturaleza a los del presente contrato. Lo motiva en que los trabajos declarados son de asesoramiento a una sociedad concesionaria para presentar una oferta a una licitación, es decir que los trabajos no resultan ser de asesoramiento a una Administración en la tarea de estructuración de una concesión. Señala que el objeto de este contrato es el estudio de viabilidad y modelo económico-financiero, el apoyo, asistencia técnica y emisión de informes, documentación y pliegos, en materia jurídica y económico financiera, necesarias durante la fase de preparación, licitación y adjudicación de un proyecto de colaboración pública privada a una Administración, de tal modo que no es lo mismo el objeto de este contrato que realizar trabajos de asesoramiento a una entidad privada en la participación de una licitación pública, pues no tiene el mismo



contenido que el que es objeto del presente contrato, pues pasa por estructurar, no una oferta, sino un proyecto de colaboración público-privada. Termina concluyendo que se tratan de proyectos diferentes, y motiva por qué los define con el término “completamente diferentes”, porque (resalta en negrita) *“preparar unos pliegos, condiciones técnicas y financieras para poder estructurar una licitación pública. nada de eso se hace en ninguno de los proyectos aportados por este licitador pues al ayudar a un licitador (que es en todos los casos lo que propone como experiencia) a presentar una oferta no se redactan, como es lógico, pliegos, ni condiciones técnicas de licitación, ni estudios de viabilidad del proyecto objetivos y que sirvan para comparar ofertas entre licitadores”*.

Al respecto cumple advertir que, el PPT, cuando define el objeto del contrato lo hace claramente configurando un contrato que desde luego parece que no responde al usual o común de consultoría, sino que viene predeterminado por las singulares características del trabajo concreto a desarrollar. Así se define como un trabajo complejo de consultoría para la elaboración de estudio de viabilidad económico-financiera y jurídica y asistencia en el proceso de colaboración público privada en las fases de análisis previo, preparación, tramitación del expediente que proceda o acompañamiento en el asesoramiento en la ejecución de un proyecto de colaboración público privada en cualquiera de sus modalidades, enfocado además a una futura ejecución de un proyecto de inversión que cristalizará en un edificio con destino de sede administrativa. Estima este Tribunal que, solo por el objeto será muy difícil encontrar en el mercado trabajos realmente semejantes, si quiere entenderse que similar es idéntico o algo próximo. Por ello quizás el término similar deba ser entendido en el sentido semántico del término y teológico del propio criterio (de solvencia en el art.90 de la LCSP), es decir premiar con puntuación a aquellos licitadores que oferten experiencia en tipos de proyectos relacionados con el que será objeto de los servicios. Es decir, debe estimarse un cierto grado de discrecionalidad técnica en esa valoración de qué debe la mesa entender por “similar”. De este modo, la complejidad del trabajo de consultoría que se licita, según el PPT consiste en distintas fases, por un lado, el análisis previo de la viabilidad financiera y jurídica de las distintas fórmulas en que materializar el proyecto de inversión; por otro lado, colaborar en la fase de tramitación de la licitación que proceda; asesorar en el desarrollo del proyecto elegido; y por último, a que el proyecto inversor ha de llevarse a cabo mediante la colaboración público privada, hace que veamos que deba existir un cierto grado de discrecionalidad en la calificación de los contratos como similares.

El PCAP, a efectos de valoración del criterio “trabajos similares” por otro lado, tampoco exigía que los mismos se hubiesen realizado para una Administración o entidad pública. Es decir, se abre la posibilidad a que, fundamentado en la discrecionalidad técnica, pueda valorarse, siempre que se den los requisitos mínimos, es decir que coincida con el objeto, los trabajos similares desempeñados para empresas privadas siempre que el objeto fuera el análisis jurídico y/o financiero de un proyecto de inversión mediante colaboración público privada. A más téngase en cuenta en este sentido que el artículo 90 a) LCSP, si bien en materia de solvencia, utiliza este criterio de la experiencia cuando señala expresamente:



“a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato en el curso de, como máximo los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado de los mismos”.

Es decir, por analogía, se señala sin distinción, ambos sectores, y observando el criterio de experiencia, en el que se funda el criterio de adjudicación establecido en el pliego, consideramos que no cabe desplazar a los trabajos realizados en lo privado si expresamente el pliego no lo ha mencionado expresamente, pues las diferencias, además, que la recurrente alega que existen entre lo público o lo privado en la experiencia, si bien se exponen, no quedan realmente determinadas hasta el punto que quepa considerar que ello impide ser considerado como experiencia a efectos de obtener la puntuación si estos trabajos se acreditan. Consideramos en este caso, esa exigencia excesiva, pues limita desproporcionadamente la concurrencia en abierta contradicción con el espíritu mismo de la propia ley, ya que estimamos que los únicos que podrían optar al desarrollo de los trabajos sería sólo aquél reducidísimo número de entidades que han desarrollado un determinado trabajo, de exactamente las mismas características, cercenando indebidamente de este modo las legítimas oportunidades de aquellos otros que, sin embargo, han adquirido por su experiencia, en unas circunstancias análogas suficientes como para poder afrontar de manera ciertamente satisfactoria un trabajo como el que nos ocupa.

De este modo, la utilización de un criterio de adjudicación como propone la recurrente tan limitador como el que nos ocupa produce un efecto contrario a los principios esenciales que informan todo el sistema legal de contratación pública, a saber; la instauración de una suerte de proceso de retroalimentación o círculo vicioso en cuanto a las adjudicaciones, que opera en la práctica como infranqueable barrera a la posible entrada de nuevos licitadores que no tienen experiencia porque no pueden acceder a las licitaciones por no tener experiencia. ¹Por ello el motivo del recurso debe desestimarse.

B. Respecto a la alegación relativa a la acreditación de trabajos declarados, cuando alude a las concesiones de países no comunitarios, cuando señala que ello no puede estimarse como una experiencia similar, concluimos que podemos trasladar, mutatis mutandi, los argumentos expuestos en la consideración anterior. Es decir, que el PCAP no señala nada en concreto para poder descartar esos trabajos, pudiendo este Tribunal al respecto apreciar cierto margen de discrecionalidad técnica a la vista de las concretas circunstancias del objeto del contrato para valorar esos trabajos que se acrediten por las licitadoras, de tal modo que el argumento deba ser rechazado igualmente por los motivos ya expuestos. Lo sostenido por la recurrente al respecto es una interpretación del PCAP que no tiene cabida más que porque es conforme a sus intereses.

A más, compartimos el criterio del órgano de contratación en lo que se refiere a la doctrina de los actos propios, pues la propia recurrente presentó a efectos de valoración, trabajos como estudios de viabilidad para la

¹IOARC resolución 181/2018.



implantación de un hospital piloto en Turquía, estudios de consultoría para la rehabilitación y mantenimiento de la vía Ferroviaria Uruguaya o asesoramiento en el proyecto del Túnel del Puerto de Miami, es decir, presenta a efectos de valoración, trabajos que suponen manejar legislación de países de fuera de la Unión Europea.

3. Innecesariedad de entrar sobre los motivos de impugnación respecto de la segunda clasificada y primera clasificada tras la desestimación de los motivos del recurso respecto de la tercera clasificada.

En este sentido, como apuntábamos anteriormente debe analizarse si por el hecho de haber participado en el procedimiento de licitación ello conlleva en sí mismo que la licitadora que no ha resultado adjudicataria de un contrato ostente un interés legítimo para impugnar el acto de adjudicación. La doctrina mayoritaria, compartida por este Tribunal, no solo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales sino de otros Tribunales especializados en materia de contratación de ámbito autonómico, es, claramente negativa, pues han sido numerosos los supuestos en los que se ha resuelto la inadmisión de aquellos recursos interpuestos por licitadoras no adjudicatarias (o incluso excluidas), sobre la base de carecer su pretensión de legitimación, dado que ningún beneficio le reportaría una posible estimación.

En el presente recurso desestimada la pretensión respecto del tercer clasificado, que obtuvo 90'16 puntos, respecto de la recurrente que obtuvo 77'52 puntos, observamos que en el caso de incluso prosperar los motivos respecto del segundo y del primer clasificado, la recurrente, al no haber recurrido tampoco la puntuación por él obtenida, debe concluirse que no es posible que la misma resultare adjudicataria.

Por ello y volviendo a la legitimación respecto de aquellas licitadoras no excluidas, pero cuyas ofertas no han sido las mejores valoradas ni, por tanto, las seleccionadas como adjudicatarias, la doctrina mayoritaria, (entre ella la de este mismo Tribunal), viene negando legitimación a aquél cuya oferta no quedaría posicionada en mejor lugar -resultando por tanto adjudicataria- aun cuando se estimasen sus pretensiones,² sin ni siquiera adentrarse en la naturaleza de los motivos de impugnación del acto de adjudicación, por entender que en tales casos no concurre el interés legítimo que se materializaría en una adjudicación, cuando ésta es imposible en su favor. En definitiva, la negación de legitimación en tales supuestos se justifica en el hecho de que, aunque se estimasen las pretensiones de la recurrente, su oferta nunca resultaría adjudicataria del contrato, por lo que no puede apreciarse que en el mismo concorra el interés legítimo que se exige para reconocer legitimación activa conforme a la interpretación que se ha venido haciendo de este concepto. Esta conclusión supone además que sea la solución más plausible desde la perspectiva de la economía procesal, respecto de aquellos vicios que se invocasen con la finalidad de alterar la valoración de las ofertas o de excluir a otras licitadoras y conseguir que, como consecuencia, la recurrente viera su oferta mejor posicionada si en ningún caso tal mejora pudiera llegar a

² Resoluciones del Tribunal Central de Recursos Contractuales nº 442/2015, de 14 de mayo; nº 746/2014, de 3 de octubre; 319/2011; 162/2013, de 24 de abril, o 171/2013.



determinar la adjudicación en su favor, dado que el interés genérico en la legalidad o la mera satisfacción moral de ver estimadas sus pretensiones no constituye un interés legítimo en materia de contratación.

Por todo lo expuesto, desestimadas las pretensiones respecto del tercer clasificado, siendo la recurrente la cuarta no existe legitimación del mismo pues su oferta no puede ser ya, ni aun estimándose el resto de sus pretensiones, la económicamente más ventajosa y, por tanto, resultar adjudicataria.

4. Respetto de las alegaciones realizadas por la segunda clasificada.

Ha de subrayarse que no existe en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación un trámite de adhesión al recurso que permita plantear cuestiones nuevas no incluidas en el mismo o, simplemente, formular pretensiones, más allá de las alegaciones, como es la interposición de un recurso por un interesado. No siendo el trámite de alegaciones adecuado para articular pretensiones no contempladas en el escrito de interposición del recurso, aun cuando estuviesen íntimamente ligadas a su objeto, pues el hacerlo supondría admitir un nuevo recurso, sin observar las previsiones para su interposición establecidas el artículo 44 del TRLCSP, por lo que no se pueden atender las pretensiones de la entidad interesada. En ningún caso las alegaciones realizadas por la segunda clasificada darán lugar a la estimación del recurso, no siendo necesario entrar en el fondo del asunto respecto del razonamiento de la valoración y de la puntuación otorgada a la entidad adjudicataria, dado que el recurso, como se ha expuesto en las anteriores consideraciones no pueda ya prosperar. En este sentido nuestra resolución 277/2017, de 22 de diciembre.

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 **SIMMONS & SIMMONS LLP**, Sucursal en España de Sociedad Profesional contra la resolución de 3 de mayo de 2021 de adjudicación del contrato denominado “Servicios de Consultoría para la Elaboración de Estudio de Viabilidad Económica Financiera y Jurídica y Asistencia en el proceso de Colaboración Público Privada para la ejecución de proyectos de una Sede Administrativa en el solar sito en la Avenida de Cádiz s/n, Parcela A, UA-SB-6 San Bernardo, Sevilla” (Expte.: CONTR 2020 769634, promovido por la Consejería de Hacienda y Financiación Europea, respecto de la puntuación otorgada a la tercera clasificada, e inadmitirlo respecto de la segunda clasificada y la adjudicataria.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.



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 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.

