Recurso 61/2023
Resolución 81/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 15 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **XPERIENCIA VIRTUAL S.L.** contra la resolución, de 10 de enero de 2023, del órgano de contratación por la que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación (lote nº 1), del contrato denominado "Suministro de equipos para la dotación inicial del centro de innovación en tecnologías de la fabricación avanzada (CFA), en Puerto Real, Cádiz", (Expte. CONTR 2022 0000566992), convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de noviembre de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El 3 de noviembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, con un valor estimado de 13.062.276,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En cuanto al lote número 1, las licitadoras presentadas fueron tres, la entidad recurrente, la entidad finalmente adjudicataria y una tercera. Por parte de la mesa se procedió a acordar por unanimidad, excluir su oferta por haber presentado una proposición económica por importe de 194.904,27 €, IVA excluido, al superar el presupuesto de licitación del citado lote que asciende a 188.422,30 €, IVA excluido, del lote 1, al no poderse admitir ofertas que lo superen de acuerdo con lo previsto en el *"Anexo XII. Modelo de Proposición Económica"* del PCAP.

SEGUNDO. El 30 de enero de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad XPERIENCIA VIRTUAL S.L. (en adelante la recurrente), contra la resolución, de 10 de enero de 2023, del órgano de contratación por la que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas en el procedimiento de licitación del contrato mencionado en el encabezamiento de esta resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido, previa reiteración, en este Órgano el día 3 de febrero de 2023.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad propuesta como adjudicataria VIRTUALWARE 2007, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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, respecto del lote 1, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. 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 anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional), con una tasa de cofinanciación del 80 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues 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, 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".*

CUARTO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de 10 de enero de 2023, del órgano de contratación por la que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, de un contrato de suministro 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 en principio podría ser susceptible de recurso especial en materia de contratación, por no ser un acto definitivo pero sí de trámite cualificado, al contener la admisión de determinada entidad licitadora, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Son susceptibles del recurso previsto en el citado artículo 44, toda vez que el mencionado precepto establece, en su apartado 2 b), que *"Podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones: b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación,*

determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149".

Por otro lado, la admisión de la proposición, aun cuando no constituye un acto expreso dictado en el procedimiento de adjudicación, supone un acto tácito o implícito derivado del acuerdo expreso adoptado por la mesa de contratación, toda vez que la declaración de voluntad de dicho órgano, en cuanto a la decisión de admitir aquella oferta se manifiesta de modo inequívoco a través del contenido del acuerdo formalmente impugnado, por el que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas. En dicha resolución, se aprueba el informe de valoración de las ofertas finales presentadas, asimismo no se estima que ninguna de las de ese lote puede considerarse anormal o desproporcionada, así como se propone al órgano de contratación que requiera la documentación previa a la adjudicación, por considerarse su oferta la económicamente más ventajosa en el lote 1.

Así pues, la voluntad administrativa respecto a la admisión de la proposición no se presume, sino que existe aun cuando no se manifieste de modo expreso. Ello implica que su tratamiento, a efectos del recurso especial, deba ser el mismo que el de los actos expresos.

En tal sentido, no debe olvidarse la acepción amplia del concepto de «*decisión*» de un poder adjudicador a que se refiere el artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989; cuestión a la que alude expresamente la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15 (Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), dictada en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuando señala que *"(...) el tenor literal del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 implica, por el uso de los términos «en lo relativo a los [procedimientos de adjudicación de los] contratos», que toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva.*

(…) Esta interpretación del concepto de «decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores» que sean susceptibles de recurso no resulta afectada por la circunstancia de que el Tribunal de Justicia haya declarado, en el apartado 35 de la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5), que no son recurribles las actuaciones que formen parte de la reflexión interna de la entidad adjudicadora con vistas a la celebración de un contrato público. En efecto, cuando se trata de la admisión de la oferta de un licitador, decisión sobre la que versa el litigio principal, procede considerar que tal decisión, por su propia naturaleza, rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora".

Por lo demás, nuestra jurisprudencia también viene admitiendo el recurso contencioso-administrativo contra los actos tácitos (v.g. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2010. RJ 2010\5663).

Asimismo, llegados a este punto, hemos de puntualizar que la procedencia del recurso especial contra el acto que venimos examinando, habrá de analizarse necesariamente a la luz de la concurrencia de los restantes requisitos de accesibilidad al mismo y especialmente de la legitimación, lo que exigirá un análisis caso a caso, pues una

ausencia clara de legitimación tendría que abocar a la inadmisión del recurso. En el mismo sentido expuesto, se vienen pronunciado otros Tribunales de Recursos Contractuales como el de la Comunidad de Madrid en sus Resoluciones 131/2018, de 25 de abril y 157/2018, de 22 de mayo).

En el supuesto aquí enjuiciado, el interés legítimo que ostenta la recurrente en la impugnación del acto resulta claro, pues al haber solo dos ofertas en el procedimiento (tras la exclusión de la oferta de la tercera por haber superado la misma el precio máximo), la eventual estimación del recurso contra la admisión de una de ellas determinaría que la recurrente pudiera acceder a la adjudicación si finalmente la oferta que recurre resultase excluida. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia antes citada señala que *"(…) incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665. A este respecto, procede observar que, según lo dispuesto en el artículo 1, apartados 1, párrafo tercero, y 3, de dicha Directiva, para poder considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho (...)".*

Además, la legitimación de la entidad recurrente encuentra su apoyo en la previsión del artículo 48.1 de la nueva LCSP que, con un sentido amplio comprensivo del perjuicio no solo directo sino indirecto, 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".*

A la vista de cuanto se ha expuesto, una vez analizado que el acto de admisión aquí impugnado es una decisión susceptible de infringir la normativa contractual, que se manifiesta tácitamente a través de hechos concluyentes y cuya eventual anulación otorga a la recurrente una ventaja en orden a la adjudicación del contrato, hemos de concluir que el mismo ostenta la naturaleza de acto de trámite cualificado susceptible de recurso especial al amparo del artículo 44.2 b) del LCSP.

QUINTO. Plazo de interposición.

En el supuesto analizado, la resolución fue publicada en el perfil de contratante el 10 de enero de 2023, sin que conste entre la documentación enviada por el órgano de contratación ni la remisión ni la notificación de la misma a la entidad ahora recurrente; en cualquier caso y aun cuando se inicie el cómputo del plazo desde el día siguiente a la publicación en el perfil de contratante, el recurso presentado el 30 de enero de 2023 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto. Sobre la necesaria acreditación de determinadas mejoras en el trámite previo a la adjudicación del contrato.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución que da por admitida la oferta de la entidad que resulta propuesta como adjudicataria sobre la base de los siguientes motivos:

1. Alegaciones de la recurrente.

Por un lado, afirma la recurrente que se habría conculcado "*el principio de la transparencia y el conjunto de mecanismos que lo integran son esenciales en este sentido, junto a los principios de publicidad y libre concurrencia*". Entiende que existe vulneración por la no valoración de su oferta "*que determina su exclusión del procedimiento a pesar de haber cumplido con todos los requerimientos incluidos en los pliegos del procedimiento de selección que nos ocupa".*

Por otro lado, afirma la recurrente que en el Anexo II de la resolución las puntuaciones obtenidas por la empresa propuesta como adjudicataria suponen que la fórmula matemática incorporada en el criterio de adjudicación, pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) Anexo I apartado 8, que valora el precio ofertado, *"ha sido aplicada e interpretada de forma errónea y contraria a la normativa vigente en materia de contratos del sector público, que establece como uno de los principios rectores de la contratación pública la selección de la oferta económicamente más ventajosa".* Señala que otorgar "*la máxima puntuación de 50 puntos*" a *"la oferta económica más baja de las admitidas",* les pone en una "*situación de inferioridad al habernos concedido a la empresa a la que represento una puntuación de proposición económica de 31,28*". Critica que "*la fórmula utilizada no se ajusta al principio de selección de la oferta económicamente más ventajosa".*

Alude para defender su postura al considerando 90 de la Directiva 2014/24/ UE, de 26 de febrero de 2014, y al preámbulo de la LCSP, así como al artículo 100.2 de la citada Ley, con relación al presupuesto base de licitación.

Asimismo, entiende que la propuesta económica planteada "*resulta completamente inviable económicamente, en tanto en cuanto, los propios productos y servicios que son objeto del cuerpo de la licitación disponen de una serie de precios objetivos en el mercado, que se han visto sustancialmente alterados por la mencionada propuesta*". Señala que tal propuesta de presupuesto al poderse subsumir indiscutiblemente en lo que el propio pliego califica como "*constitutivo de «presunción de anormalidad» y teniendo en cuenta los perjuicios potenciales y directos que el mismo ha generado y puede llegar a generar para otras empresas licitadoras -pudiéndose calificar incluso de «prácticas colusorias»- es el objeto principal de nuestra impugnación".*

Por último, impugna "*la valoración de la mesa efectuada el 11 de enero de 2023*", por estar en "presunción de anormalidad", y que se debía haber declarado la exclusión de la sociedad y haber asignado los puntos mayoritarios para la futura adjudicación. En términos hipotéticos estima que la oferta de la entidad, que a su juicio está indebidamente admitida, se encuentra en *"una potencial «bajada temeraria», en tanto en cuanto, supone una reducción de hasta 72.606,05 euros -sin incluirse, adicionalmente, la correspondiente cuantía remanente de IVA-".* Añade que estima que "*el presupuesto aportado por la licitadora se encontraría inserta dentro de los vértices de tal «presunción de anormalidad» que se recoge en el propio pliego administrativo de la licitación, instamos a que se proceda a revocar la resolución del director general de la mesa de contratación en lo que respecta a la «declaración de mejor oferta» del lote primero y, sin solución de continuidad, que se proceda -tras la exclusión de la otra licitadora competencia nuestra- a la asignación de la calificación de «mejor oferta» por el lote I a mi principal".*

Solicita pues que se *"declare la nulidad de la Resolución por la que se determina la mejor oferta en el Lote Nº 1",* que se *"proceda a la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno con el objeto de realizar la valoración de la oferta presentada por esta mercantil a los Lotes nº 1 del procedimiento de referencia, en atención a la realidad de la misma y las exigencias de los pliegos".*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Sobre la alegación de la recurrente de vulneración de los principios de igualdad de trato y transparencia y de la competencia, niega que ello haya ocurrido, remitiéndose a una exposición sobre las circunstancias acaecidas en dicho lote.

En segundo lugar, sobre la alegación de la recurrente acerca de que la máxima puntuación de 50 puntos la obtiene la oferta económica más baja de las admitidas, concediendo por tanto a la entidad que se propone como adjudicataria los 50 puntos situando en una situación de inferioridad a la entidad recurrente al habérsele concedido una puntuación de proposición económica de 31,28, y ello supone "*premiar al licitador que realiza una oferta anormalmente baja*", el órgano de contratación contesta que *"si la recurrente consideraba que los criterios de adjudicación no se ajustaban a derecho, debería haber interpuesto el recurso contra el contenido de los pliegos, debe recordarse que tal como establece el artículo 50.1 b) de la LCSP* ".

Expone que "*en nuestro Derecho, el principio general es que los Pliegos, tanto el de cláusulas, como el de prescripciones técnicas, constituyen la "lex contractus", que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes, sin más excepciones, que los casos en los que aquéllos estén incursos en causas de nulidad de pleno derecho. En todo caso, incluso si entramos a considerar el fondo de lo alegado, consideramos que es conforme a derecho, pues los criterios de adjudicación ya tienen en consideración la relación calidad-precio, dado que hasta 50 puntos se reparten en base a criterios ajenos al precio, siendo la fórmula establecida una función lineal fácil de comprender por los licitadores, y ajustada a los criterios del artículo 146.2 de la LCSP".*

En tercer lugar, sobre la consideración de que la oferta presupuestada por la entidad recurrente podría ser constitutiva de una potencial *«bajada temeraria»,* en tanto en cuanto, supone una reducción de hasta 72.606,05 euros -sin incluirse, adicionalmente, la correspondiente cuantía remanente de IVA-, el órgano de contratación alega que es "*una manifestación errónea sobre la propuesta ofertada por la recurrente, dado tal como se establece en el Pliego que rige la presente licitación, los parámetros objetivos contenidos en el apartado 8 del Anexo I del PCAP para considerar una oferta como anormalmente baja, que resultaban de aplicación en función del <u>número de ofertas presentadas y admitidas en el lote nº1</u>, tras la exclusión de la licitadora TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, se considera anormalmente baja <u>la oferta</u> <u>que cumpla los dos criterios siguientes:</u>*
-Que la oferta económica sea inferior en más de un 25% a la otra oferta económica.
-Que la puntuación que le corresponda en el resto de los criterios de adjudicación distintos del precio sea superior en más de un 25% a la puntuación más baja".

Termina señalando en su informe que: *"En suma, el acuerdo propuesto por la Mesa de Contratación y adoptado por este órgano de contratación es conforme a Derecho, ajustándose a los preceptos establecidos en el PCAP, en la LCSP y así como al resto de la normativa aplicable, por lo que solicita al Tribunal Administrativos de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía que desestime el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad XPERIENCIA VIRTUAL S.L., en relación con el contrato denominado "Suministro de equipos para la dotación inicial del Centro de Innovación en Tecnologías de la Fabricación Avanzada (CFA), en Puerto Real, Cádiz ", (Expte. CONTR 2022 0000566992)".*

3. Alegaciones de la entidad propuesta como adjudicataria.

Señala que "*el recurso especial en materia de contratación interpuesto por XPERIENCIA VIRTUAL, S.L. no tiene ningún fundamento jurídico, siendo incorrectas todas y cada una de las fundamentaciones de hecho y de Derecho*

que hace. No ha habido, y en ningún momento demuestra lo contrario la recurrente, ninguna irregularidad en la adjudicación del Lote 1 a VIRTUALWARE".

Arguye que incorrectamente se utilizan los términos, a efectos de dar a entender que "*es una baja temeraria, o desmesuradamente baja, o que es de contenido imposible, o la "presunción de anormalidad".*

Expresa que "*por indicar uno de los errores, y el más importante en la argumentación de su recurso, ya que en él se basa todo lo que solicitan, basta acudir al fundamento de Derecho 4º, apartado 5º.*
Señalan que la bajada de 72.60,05 € en la oferta presupuestada por VIRTUALWARE podría ser constitutiva de una bajada temeraria, sin más justificación. Después hablan de una oferta desmesuradamente baja de conformidad con el art. 10.5 del pliego administrativo.
Pues bien, en dicho art. 10.5 del pliego administrativo se indica:
"En el Anexo I-apartado 8 se deberán incluir los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en los que una oferta se considere anormalmente baja. En tal caso, se deberá dar audiencia por medios electrónicos a la persona licitadora para que justifique la viabilidad de su oferta de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la LCSP, y solicitar el asesoramiento técnico del servicio correspondiente." .

Para defenderse alude al apartado 8 del Anexo I del PCAP, de tal modo que solo en ese caso se puede considerar anormalmente baja la oferta que cumpla los dos criterios que son:
"- Que la oferta económica sea inferior en más de un 25% A LA OTRA OFERTA ECONÓMICA.
- Que la puntuación que le corresponda en el resto de criterios de adjudicación distintos del precio sea superior en más de un 25% a la puntuación más baja." .

A continuación, detalla la aplicación de los parámetros a las distintas ofertas:

"La oferta económica presentada por XPERIENCIA VIRTUAL, S.L. es de 143.000 €.
La oferta económica presentada por VIRTUALWARE 2007, S.A. es de 115.816,25 €.
*143.000 € * 25%= 35.750 €*
143.000 € - 35.750 €= 107.250 €
115.816,25 € > 107.250 €
Para que la oferta de VIRTUALWARE pudiera ser considerada anormalmente baja hubiera tenido que ser inferior a 107.250 €, por lo que, al ser la oferta de VIRTUALWARE 115.816,25 €, en ningún caso puede considerarse baja temeraria u oferta anormalmente baja.
Por otro lado, en el segundo párrafo del Fundamento de Derecho 4º, apartado 5º del recurso, se dice que la propuesta de VIRTUALWARE es de 72.606,05 €, cosa totalmente falsa ya que como queda acreditado en el propio expediente, la oferta de VIRTUALWARE es de 115.816,25 €.
Con todo, consideramos que el recurso interpuesto por XPERIENCIA VIRTUAL, S.L. carece de fundamento alguno, incurriendo incluso en mala fe a la hora de exponer los hechos y fundamentos de derecho, por ser totalmente falsos e inventados y no ajustarse en nada a la realidad, como ha quedado patente".

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Admitido el recurso contra la resolución, de 10 de enero de 2023, del órgano de contratación por la que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación, dado que contiene la admisión de la oferta de la propuesta como mejor oferta, y por ende propuesta como adjudicataria del

lote número 1, procede que abordemos la cuestión relativa a la invocada presunción de anormalidad de la misma.

Pues bien, para el análisis de la controversia, ha de partirse necesariamente, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto, 113/2020, de 14 de mayo, 297/2020, de 8 de septiembre y 3/2021, de 14 de enero, entre otras muchas), de que los pliegos son la ley del contrato entre las partes que, una vez aprobados y aceptados por las licitadoras, vinculan tanto a éstas como al órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

Habiéndose invocado expresamente por la entidad recurrente en el principio de su recurso, la necesidad de una licitación conforme al principio de igualdad, en este sentido, ha de tenerse en cuenta que cuando el órgano de contratación en los pliegos o en los documentos que rigen la licitación define las condiciones que pretende imponer a las entidades licitadoras, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de las entidades licitadoras, sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre las mismas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que «*Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)*».

Al respecto, la jurisprudencia europea viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus proposiciones como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

Como conclusión de cuanto antecede, siendo ya los pliegos actos firmes y consentidos al no constar impugnación de los mismos en los extremos particulares que se analizan, tanto las entidades licitadoras como la mesa y el órgano de contratación han de estar y pasar por su contenido.

En definitiva, la mesa primero y luego el órgano de contratación han de velar por su cumplimiento.

En este sentido, el PCAP establece en su Anexo I, apartado 8, los parámetros a aplicar, teniendo en cuenta que únicamente es aplicable a este lote en el que solo quedan dos ofertas, la de la entidad recurrente y la de la propuesta como adjudicataria, (dado que ya se había excluido una por haber superado la misma el precio máximo). Los parámetros objetivos contenidos en el apartado 8 del Anexo I del PCAP son los que han de ser tenidos en cuenta para considerar una oferta como anormalmente baja.

Tras aplicar el citado parámetro a las ofertas admitidas a cada lote, se aprecia que no existen ofertas anormalmente bajas en ningún lote, es más, la recurrente en su escrito de recurso no hace mención a estos parámetros, de tal modo que por parte de la mesa se procede a la aplicación de los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, tras observar que ninguna de ellas incurría en dicha baja, y a la clasificación de conformidad con lo establecido en la cláusula 10.6 del PCAP.

Los parámetros objetivos en función de los cuales se aprecia que las proposiciones no pueden ser cumplidas, como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos, cuando concurren dos empresas licitadoras, supone que se debía inclumplir con dos criterios:

- Que la oferta económica sea inferior en más de un 25% a la otra oferta económica.
- Que la puntuación que le corresponda en el resto de criterios de adjudicación distintos del precio sea superior en más de un 25% a la puntuación más baja.

En este sentido, el anexo II de la resolución el resultado de aplicación de dichos parámetros:

LOTES	LICITADORES	PUNTUACIÓN PROPOSICIÓN ECONÓMICA	Grado Mejora 1	Grado Mejora 2	PUNTUACIÓN MEJORAS	PUNTUACIÓN GARANTÍA ADICIONAL	PUNTOS TOTALES
1	XPERIENCIA VIRTUAL	31,28	1	0,33	23,97	20,00	75,25
	VIRTUALWARE 2007, S.A.	50,00	1	0,66	26,94	20,00	96,94
	TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA (OFERTA EXCLUIDA)						

Así, se han cumplido con dichos dos parámetros, pero lo que no se puede hacer es exigir en los pliegos determinada acreditación antes de la adjudicación y después pretender construir parámetros inexistentes de anormalidad que no figuran en los pliegos.

La argumentación que realiza la entidad recurrente, supone que también se resientan los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia. Pues bien, para el análisis de la controversia ha de tenerse en cuenta que este Tribunal ha manifestado en diversas ocasiones (v.g. Resoluciones 241/2018, de 16 de agosto, 339/2019, de 18 de octubre, 349/2020, de 22 de octubre y 232/2021, de 10 de junio, entre otras) que: *«(...) no es posible determinar la inviabilidad de una oferta o si está inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, si no se acredita que incumple con los parámetros objetivos para su apreciación previstos en los pliegos o en la documentación que rige el procedimiento de licitación, como acontece en el recurso examinado».*

En este sentido, este Tribunal en su Resolución 139/2019, de 3 de mayo, dispone que *«(...) no debe olvidarse que, en el actual marco legal, el eventual rechazo de una oferta económica durante la licitación debe responder a alguna de las causas previstas en el artículo 84 del RGLCAP, (…) o ser consecuencia de una falta de viabilidad tras su previa identificación como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP (véase el artículo 149 de la LCSP).*

Asimismo, como señala la Resolución 373/2018, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), «la justificación de la oferta y su eventual rechazo solo debe efectuarse en el caso de que se identifique como anormal en aplicación de los parámetros objetivos establecidos en el PCAP. Por tanto, la primera cuestión a dilucidar es si la oferta adjudicataria resultaba presuntamente anormal de acuerdo con esos parámetros. Solo en caso afirmativo resultarían relevantes las restantes cuestiones planteadas en el recurso: si la oferta de (...) está por debajo del convenio colectivo sectorial y si la norma de aplicación sobre el acto de adjudicación impugnado debe ser la LCSP».

Y en parecidos términos se pronuncia la reciente Resolución del mismo Tribunal 353/2019, de 15 de marzo, al abordar si la organización del personal propuesto por la adjudicataria se ajustaba a la realidad y esta podía cumplir con la obligación de mantenimiento de condiciones laborales durante la vigencia del contrato, extremos negados por la entidad recurrente. La citada resolución señala que «En el presente caso, el órgano de contratación ha efectuado la propuesta de adjudicación a favor de (...), por ser la oferta económica con la mejor relación calidad-precio (de acuerdo con la puntuación obtenida), y no estar incursa en baja anormal o desproporcionada, de acuerdo con el criterio fijado en el PCAP.

(...) los datos ofrecidos por la recurrente no son suficientes per se para deducir que la empresa adjudicataria incumple la normativa laboral y de Seguridad Social, sin perjuicio, claro está, de las medidas que pueda adoptar el órgano de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LCSP, para garantizar el respeto de tal normativa por parte del adjudicatario».

En el supuesto aquí analizado, la recurrente no discute que la oferta económica presentada por la entidad ahora adjudicataria no estaba incursa en presunción de anormalidad de acuerdo con los parámetros objetivos previstos en el PCAP, razón por la cual no es posible presuponer sin más que va a incumplir sus obligaciones laborales en base a los motivos alegados, ya que de acuerdo con lo expuesto sólo procedería la exclusión de su oferta cuando estando incursa inicialmente en anormalidad -circunstancia que no concurre-, y tras la tramitación del correspondiente procedimiento contradictorio, no hubiera justificado la viabilidad de la misma. De lo anterior, este Tribunal concluye que no se aprecia la infracción alegada por la recurrente. En este mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 197/2021, de 20 de mayo, entre otras.

OCTAVO. Sobre actitud temeraria de la entidad recurrente a efectos de imposición de multa.

A nuestro entender, la interposición del presente recurso supone un uso abusivo de la figura del recurso especial y un comportamiento que podría calificarse al menos de temerario, que provoca un uso improductivo de los medios públicos, tanto de esa Administración como de este Tribunal. En ese sentido, entiende la entidad propuesta como adjudicataria, aunque no solicita multa, que el recurso se ha interpuesto sin ningún fundamento, e incluso señala que se habría interpuesto con mala fe.

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece que *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la*

imposición de una multa al responsable de la misma». En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional señala que:

«Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».

En este supuesto, el Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, dada la argumentación sesgada, hablando de presunciones de anormalidad con desprecio absoluto a las cláusulas del pliego que aborda los parámetros de anormalidad.

Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería desestimado.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan*

repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*. Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues éste tampoco los cuantifica, pero las circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso que ahora se analiza.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación por la entidad **XPERIENCIA VIRTUAL S.L** contra la resolución, de 10 de enero de 2023, del órgano de contratación por la que se resuelve la determinación de las mejores ofertas presentadas en el procedimiento de adjudicación (lote nº 1), del contrato denominado "Suministro de equipos para la dotación inicial del centro de innovación en tecnologías de la fabricación avanzada (CFA), en Puerto Real, Cádiz", (Expte. CONTR 2022 0000566992), convocado por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, adscrita a la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos.

SEGUNDO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que se procede la imposición de multa en la cuantía máxima de 1.500 euros en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

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.