Recurso 73/2023
Resolución 105/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 21 de febrero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ENJOYGROUP OCIO Y RESTAURACIÓN S.L.** y **D. B.L.H.,** contra la adjudicación del contrato denominado "Concesión de obra para la redacción del proyecto, ejecución de las obras de construcción del local de restauración y su explotación en parcela sita en Playa Calahonda de Nerja", (Expte 2020/1/S263), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 y 11 de mayo de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, respectivamente, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 11.725.960,47 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

Con fecha 29 de julio de 2022, la entidad ENJOYGROUP OCIO Y RESTAURACION, S.L. y D. B.L.H. -que han participado en la licitación con compromiso de constituir una UTE- presentaron, recurso especial contra el acuerdo de adjudicación previo del presente contrato, de 23 de junio de 2022, que fue tramitado con el número de procedimiento RCT 301/2022 y resuelto por Resolución 484/2022, de 30 de septiembre, que estimó parcialmente las pretensiones de las recurrentes acordando la anulación del acto impugnado y la retroacción de las actuaciones con los siguientes efectos: *«se elabore un nuevo informe suficientemente motivado sobre la viabilidad de la oferta de CIELO DE MONTERA, S.L., y se dicte el acuerdo de admisión o exclusión por parte del órgano de contratación en los términos indicados y, en el supuesto que se admita la viabilidad de su oferta, se requiera a esta entidad para que subsane la solvencia técnica respecto de la obra en la forma anteriormente analizada».*

El 30 de diciembre de 2022, el órgano de contratación acordó volver a adjudicar el contrato a favor de la entidad CIELO DE MONTERA, S.L. El acuerdo fue publicado en el perfil de contratante y remitido a las recurrentes el 12 de enero de 2023.

SEGUNDO. El 2 de febrero de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por ENJOYGROUP OCIO Y RESTAURACION S.L. y D. B.L.H. (en adelante ENJOYGROUP o la recurrente) contra la citada resolución de adjudicación, de 30 de diciembre de 2022. Además la recurrente solicita en su escrito de impugnación el acceso al expediente de contratación y la práctica de determinada prueba.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad CIELO DE MONTERA, S.L. (en adelante la entidad 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.

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el Ayuntamiento de Nerja (Málaga) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva a efectos de la resolución del recurso especial en materia de contratación, por lo que de conformidad con el artículo 10.3 del citado Decreto autonómico, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, resulta competente para su conocimiento 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 acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de concesión de obras, según consta en los pliegos, cuyo valor estimado es superior a tres millones de 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.c) 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la solicitud de la recurrente de acceso al expediente.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita el acceso al expediente en la sede del Tribunal. En este sentido señala que, a raíz del cambio de subcontratista, por falta de solvencia del propuesto en primer lugar (TRANSPORTES ANTELO, S.L.), cobra especial importancia el conocer si por parte de la ahora adjudicataria se pretendió integrar la solvencia con la de su subcontratista, por lo que a fin de interponer un recurso fundado, solicita del Tribunal el acceso al Anexo IV (Modelo de compromiso para la integración de solvencia con medios externos) del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), presentado en su día por la adjudicataria, por considerar que de acreditarse que este integró su solvencia con la del citado subcontratista, no resulta posible que ahora modifique tal elección.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Sobre esta cuestión el órgano de contratación manifiesta en su informe al recurso que ENJOYGROUP ha tenido ya acceso a la totalidad de la documentación presentada por la entidad adjudicataria no declarada confidencial. Sobre el particular afirma que la documentación obrante en el sobre 1 en ningún caso se consideró confidencial y que la recurrente tuvo y sigue teniendo acceso (electrónico) a la misma, acceso autorizado mediante decreto de alcaldía n.º 2022/1849 de fecha 28 de julio de 2022.

Asimismo, manifiesta que en fecha 17 de enero de 2023 se presentó solicitud por la recurrente de acceso a la información contenida en el expediente de contratación, una vez publicado el nuevo anuncio de adjudicación del contrato en concreto a toda la nueva documentación -propia del Ayuntamiento o aportada por el adjudicatario- generada con posterioridad a la Resolución de este Órgano 484/2022. Afirma que en fecha 23 de enero 2023 se acuerda por el órgano de contratación estimar y dar acceso electrónico a la recurrente a la documentación obrante en el expediente generada con posterioridad a la citada resolución.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.

Finalmente, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, y teniendo en cuenta su extensión aquí se dan por reproducidos.

4. Consideraciones del Tribunal.

La recurrente en su escrito de impugnación solicita el acceso al expediente y en concreto al anexo IV del PCAP cumplimentado en la oferta de la adjudicataria. Como se ha indicado anteriormente, ENJOYGROUP solicitó y accedió al expediente en el plazo de interposición de recurso, aunque en dicho trámite no solicita el concreto documento al que ahora pretende acceder. En este sentido en la petición de vista de expediente ante el órgano de contratación solicita acceder a la documentación posterior a la estimación parcial del anterior recurso y ahora

en su escrito de impugnación pretende acceder a la documentación contenida en el sobre 1 de la oferta de la entidad adjudicataria, documentación que como indicamos difiere de la solicitada ante el órgano de contratación. En cualquier caso, el órgano de contratación manifiesta que dicha documentación -el anexo IV formalizado por la la adjudicataria- es inexistente ya que la entidad no lo incluyó en su oferta y así lo ha podido comprobar este Órgano en el expediente administrativo recibido.

Se debe tener en cuenta que el artículo 52 de la LCSP exige para que este Tribunal pueda proceder a conceder trámite de vista del expediente que se haya producido un incumplimiento previo por parte del órgano de contratación. En este supuesto el citado incumplimiento no se ha producido dado que el documento al que quiere acceder ahora la recurrente no fue solicitado ante el citado órgano por lo que no resulta procedente la trámite de vista del expediente ante el Tribunal. En cualquier caso, además la documentación a la que pretende acceder es inexistente por lo que este Órgano acordó, con fecha 10 de febrero de 2023, denegar el acceso solicitado por la recurrente para completar el recurso inicial, que ha seguido su curso legal hasta el dictado de la presente resolución

SEXTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente cuestiona la validez del informe técnico externo de 14 de noviembre de 2022, que analiza la viabilidad de la oferta de la entidad finalmente adjudicataria que había sido detectada como inicialmente en valores anormales o desproporcionados. Asimismo, cuestiona la actuación del órgano de contratación al solicitar asesoramiento externo sin estar previsto en el PCAP. Dicho informe se emite como consecuencia de la citada Resolución 484/2022 en la que se contiene como efectos de la estimación parcial del recurso interpuesto la emisión de un informe suficientemente motivado.

En primer lugar sobre la autoría del informe técnico de viabilidad, afirma que el mismo se encuentra formalizado por una persona cuyas siglas se corresponden con J.A.L.M. siendo el mismo designado por la entidad STANDBY CONSULTORES, S.L.. (en adelante la CONSULTORA). Sobre lo anterior argumenta que el contrato al que se refiere el órgano de contratación con la citada entidad no aparece publicado en el perfil de contratante.

En segundo lugar, manifiesta que desconoce la relación entre la persona firmante del informe técnico y la CONSULTORA, dado que en el informe no se indica que la misma sea un trabajador de la citada entidad mientras que dice tener conocimiento de que J.A.L.M. es administrador único de otra entidad que por su objeto social también podría realizar este tipo de trabajos , por lo que supone que se ha podido producir una subcontratación en un contrato en el que podría no estar permitida.

En tercer lugar manifiesta que desconoce el alcance del contrato formalizado entre el órgano de contratación y la CONSULTORA que supone puede no contemplar la elaboración de informes como el de viabilidad de ofertas. Esta cuestión la enlaza con que no se recoge en los pliegos la posibilidad de que se pudiera acudir a estos informes externos de lo que concluye la recurrente que el órgano de contratación rechazó esta posibilidad.

En cuarto lugar, alega que al haber acudido la mesa de contratación a un asesoramiento externo, materializado en la incorporación de la CONSULTORA como asesor de la mesa de contratación se tuvo que volver a elaborar el informe de valoración de ofertas.

Finalmente, argumenta que no ha existido asesoramiento del servicio correspondiente incardinado en el órgano de contratación por mor del artículo 149.4 de la LCSP, que exige que en el procedimiento para la comprobación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionadas: «*deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente»,* con incumplimiento de lo acordado en la Resolución 484/2022. Considera que la persona designada por la consultora que asesora a la mesa no se encuentra suficientemente cualificada para evaluar la viabilidad de las ofertas atendiendo a las características de la presente licitación. A su juicio, la consecuencia de esta infracción deberá ser la anulación del acto impugnado y la retroacción de las actuaciones para que se elaboren los informes por el servicio técnico correspondiente.

Por lo anterior, la recurrente solicita la estimación de este motivo de recurso al entender que el órgano de contratación ha incumplido con lo establecido en el PCAP, ley entre las partes, por lo que procede la retroacción de las actuaciones para que los servicios técnicos municipales correspondientes elaboren el correspondiente informe técnico.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Manifiesta en el informe al recurso, en primer lugar, que la relación contractual que tiene con la CONSULTORA deriva de un contrato menor (expediente 2020/34/S809), del que aporta, entre otros documentos, la memoria justificativa que incluye junto al expediente de la presente contratación. Sobre esta cuestión manifiesta:

> *«Consta en el expediente 2020/34/S809 la oferta realizada al respecto por STANDBY CONSULTORES SL (documento anexo n.º 2 que se remite adicionalmente al expediente 2020/1/S263 objeto del recurso) en la que se compromete además de la elaboración de los documentos a la asistencia integral, previa y durante toda la fase de licitación, que era una mejora establecida como criterio a tomar en cuenta para la adjudicación del contrato. Dicha asistencia integral durante la licitación se ha de interpretar en un sentido amplio y tendente a la colaboración en el desarrollo de análisis e informes necesarios para la adjudicación del procedimiento, tal como se manifestó en las reuniones preparatorias del estudio y pliego que con dicha mercantil se mantuvieron. Igualmente, se recoge en dicha oferta que los trabajos serán elaborados por J.A.L.M., Director Asociado al Área de Consultoría del Sector Público en Stanby Consultores, recogiéndose la formación del mismo, su experiencia profesional así como trabajos de similares características realizados para otras administraciones públicas, que acreditan su capacidad para ejecutar los trabajos. Igualmente se aporta el curriculum vitae de J.A.L.M. (documento anexo n.º 3 que se remite adicionalmente al expediente 2020/1/S263 objeto del recurso)»*

Con relación a la falta de publicación en el perfil de contratante del citado contrato afirma que: *«dicho contrato se encuentra publicado en el perfil del contratante de este Ayuntamiento alojado en la Plataforma de Contratos del Sector Público desde el 31/03/2020, es decir, desde el día siguiente a su adjudicación, cumpliendo esta administración con su obligación establecida en el artículo 63.4 de la LCSP».* Sobre lo anterior, afirma, respecto a la posibilidad que tuvo la recurrente de acceder a esta documentación, lo siguiente*: «En todo caso, al igual que el recurrente con motivo de la interposición de los dos recursos (301/2022 y 73/2023) pudo solicitar, al igual que solicitó en diversas ocasiones acceso al expediente en cuestión, al órgano de contratación cualquier aclaración sobre el contrato de servicios suscrito por esta administración y la mercantil Standby Consultores SL., con carácter previo a la interposición del recurso, en lugar de solicitarlo como medio de prueba en este momento en el apartado décimo de su recurso».*

Sobre la cuestión relativa a que en el PCAP no se recoge la posibilidad de acudir a informes externos para la

valoración de las ofertas, argumenta que no existe limitación alguna a que la mesa de contratación pueda solicitar los informes externos que considere necesarios en virtud de lo dispuesto en la propia LCSP. Alude además a diversa doctrina que apoyaría esta afirmación.

Con relación a la alegación de la recurrente en la que indica que al incorporar a la CONSULTORA como asesora de la mesa de contratación se tendría que haber vuelto a valorar las ofertas, el órgano de contratación en síntesis manifiesta que se limitó a cumplir con lo contenido en la Resolución 484/2022, de 30 de septiembre, que no indicaba que se tuviera que realizar dicha actuación.

Finalmente, respecto a la alegación de la recurrente relativa a que en el procedimiento para la justificación de la viabilidad de una oferta anormal o desproporcionada se requiere informe de los servicios del órgano de contratación, informe que en el presente supuesto no ha sido emitido, se afirma que:

- No existe propiamente un servicio técnico en el Ayuntamiento que pueda prestar este servicio de asesoramiento. Sobre esta cuestión manifiesta:

> *«El servicio técnico que ha de intervenir es el competente sobre las cuestiones que hay que informar, de manera que podría ser la Secretaria municipal si el motivo fuera de índole jurídica; la arquitecta municipal si fuera de índole técnica (de hecho ya informó a lo largo del expediente la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor o automáticos que tuvieran que ver con el proyecto de las obras), de acuerdo a sus atribuciones y cualificación. En el presente caso se trataba de analizar un canon propuesto en relación a un estudio de viabilidad económica y resto de documentos de la oferta económica presentada. Al momento de realizar el informe este Ayuntamiento seguía y sigue careciendo de Técnico Economista o empleado municipal con similar cualificación, necesaria para el análisis de un documento técnico económico como el que constituye un estudio de viabilidad.*
> *La recurrente obvia que la mayor parte de las entidades locales, por desgracia, no tienen y no pueden permitirse la estructura de empleados municipales de una administración como puede ser la estatal, la de una comunidad autónoma o la de un gran municipio».*

Asimismo manifiesta que «*las cuestiones técnicas cuyo asesoramiento era preciso con arreglo al artículo 149.4 de la LCSP, el análisis del estudio de viabilidad con respecto al canon ofertado, incurso en valor desproporcionado y su comparativa con el estudio de viabilidad aprobado por esta administración y el de los restantes licitadores, eran bastante complejas y exigían un conocimiento profundo del proyecto y de los documentos que componen la licitación. Dado que J.A.L.M. fue el redactor de dichos documentos preparatorios (estudio de viabilidad de la administración y pliego de prescripciones técnicas) se ha considerado que es el sujeto idóneo para dicho asesoramiento técnico, por tal conocimiento y por su cualificación, siendo lo más razonable, adecuado y pertinente, dado que el contrato adjudicado Stanby contemplaba, además, el asesoramiento integral durante toda la licitación».*

Concluye afirmando que no tiene sentido un informe adicional de un servicio municipal emitido por personal sin la cualificación suficiente, al carecer el órgano de contratación del mismo, para poder emitir su parecer sobre el informe externo emitido por un técnico cualificado (economista), con acreditada experiencia y quien además ha elaborado los documentos técnicos preparatorios de la licitación.

Por todo lo anterior solicita la desestimación del presente recurso.

3. Alegaciones de la entidad adjudicataria.
Finalmente, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, y teniendo en cuenta su extensión aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal.

Como se ha ido reproduciendo la recurrente denuncia en su escrito de impugnación diversas cuestiones relacionadas con el informe externo, de 12 de noviembre de 2022, en el que se analiza la viabilidad de la oferta de la adjudicataria incursa inicialmente en valores anormales.

En primer lugar, se cuestiona la publicación en el perfil de contratante de la licitación relativa a la adjudicación a la CONSULTORA del contrato de asistencia a la presente licitación. Sobre lo anterior, y atendiendo a la documentación remitida por el órgano de contratación figura anuncio de adjudicación, el 31 de marzo de 2020, en el perfil de contratante del sector público, Número de Expediente 920200001045, con el siguiente objeto: «*Servicio de redacción de documentos para el expediente de Contratación de Concesión de obra y explotación de servicio de restaurante en parcela municipal en playa Calahonda de Nerja*» mediante contratación menor y del que resulta adjudicataria la CONSULTORA. Lo que conlleva la desestimación de esta alegación.

En segundo lugar, se cuestiona la relación del autor del informe con la propia CONSULTORA adjudicataria del contrato menor. La recurrente supone que en tanto que desconoce la relación entre el autor y la CONSULTORA podría haberse producido una subcontratación no permitida. Dicha aseveración se fundamenta en que el citado autor es administrador de otra entidad. Sobre lo anterior, este Tribunal infiere que la afirmación bien parece buscar alguna manera de invalidar el informe más que denunciar una infracción de la legalidad puesto que la misma no se basa en el conocimiento de una circunstancia determinante sino que; (i) está basada en una mera sospecha, (ii) porque lo pudo alegar en su primer recurso y (iii) porque como indica el órgano de contratación pudo solicitar acceder a la documentación del expediente. Sobre esta cuestión cumple mencionar que este Tribunal ha tenido acceso a la oferta presentada por la CONSULTORA en la que se recoge que la persona que ejecutaría el contrato es la que efectivamente lo evacua y que en el citado documento *«propuesta de asistencia integral»* se indica que J.A.L.M. es Director Asociado del Área de Consultoría de Sector Público en la citada entidad. Lo que supone la desestimación de esta alegación.

Sobre la cuestión relativa a la autoría del informe técnico, alega extensamente la adjudicataria en su escrito de alegaciones, en el que en síntesis, viene a indicar que la participación de esta persona en el procedimiento de licitación era conocida desde un principio por los licitadores, sin que la recurrente alegara nada al respecto hasta el presente momento. Afirma que J.A.L.M. interviene en el procedimiento de licitación: (i) emite a petición del Servicio de Contratación municipal un primer informe el 8 de febrero de 2020 sobre la valoración de los criterios 21.B.1 y 21.B.2 del PCAP de las ofertas presentadas, (ii) un segundo informe de 28 de marzo de 2022 sobre la valoración de la supuesta baja desproporcionada de la oferta de la adjudicataria (iii) un tercer informe evacuado el 4 de mayo de 2022, sobre la valoración de la baja desproporcionada y los criterios 21.A.1, 21.A.4 y 21.A.5 del PCAP de la oferta de la entidad finalmente adjudicataria, afirma lo anterior para concluir que estos *«datos específicos constituyen unas simples muestras que revelan que la actuación de los recurrentes no dispone de explicación verosímil y resulta injustificable en términos de defensa de sus derechos e intereses. Incurren de este modo en numerosas contradicciones que acreditan la incoherencia e inconsistencia de su alegato, al pugnar de forma frontal con la realidad de los hechos y la normativa aplicable».*

Finalmente, respecto al alcance del contrato, se ha de indicar que este Tribunal ha podido comprobar que en la memoria justificativa de la licitación -incluido como mejora, según indica el órgano de contratación- se incluye la prestación del asesoramiento integral durante la licitación y que en el documento presentado por la CONSULTORA se especifica que el mismo comprende:

> *«Nuestra oferta incluye asistencia integral, previa y durante toda la fase de licitación con objeto de facilitar:*
> *1. Elaboración de informes para aclaración de dudas presentadas por los licitadores en el perfil del contratante relativas a contenido e interpretación del pliego y/o estudio de viabilidad de la concesión.*
> *2. Elaboración de informes para alegaciones presentadas al estudio de viabilidad económico financiero.*
> *3. Elaboración de informes necesarios por interposición de recurso especial en materia de contratación (o equivalente) por licitador/es».*

De las alegaciones de la recurrente se desprende que conocía que el objeto del contrato menor de la CONSULTORA comprendía la elaboración del estudio de viabilidad y del pliego de prescripciones técnicas, ya que en el recurso reproduce el contenido del acuerdo del órgano de contratación, de 21 de octubre de 2022, en el que manifiesta que le adjudicó la redacción del estudio de viabilidad y de prescripciones técnicas y que el propio adjudicatario incluía en su oferta *"servicio de asistencia integral de asesoramiento a la mesa y al órgano de contratación, elaborando cuantos informes resultaran necesarios durante el procedimiento de adjudicación".* De lo anterior, la recurrente trata de argumentar que el hecho de que el asesoramiento integral no estuviera contemplado desde un primer momento -deduce que la CONSULTORA lo incluye con una mejora- supone que el órgano de contratación tenía medios suficientes para elaborar los informes por lo que de alguna manera renunciaba a esta posibilidad. También en esta alegación este Tribunal aprecia que el motivo de recurso parece buscar una causa para invalidar la actuación del órgano de contratación al solicitar el informe, basado en presuponer sin ningún fundamento concreto que el órgano de contratación habría actuado infringiendo el ordenamiento jurídico con base en suposiciones o en deducciones. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, es una construcción artificiosa y forzada para tratar de invalidar la actuación del órgano de contratación, dado que el asesoramiento integral estaba incluido en la memoria del contrato menor y en la oferta realizada por la CONSULTORA, y sobre la utilización de esta asistencia externa se manifiesta el órgano de contratación con carácter previo a su emisión en el acuerdo anteriormente mencionado. En cualquier caso, volvemos a indicar que se trata de una cuestión meramente formal pues la recurrente no cuestiona el contenido del informe que debería ser, en su caso, el objeto de la controversia. Además, y en la línea de lo anteriormente argumentado nada de esto se cuestiona en el primer escrito de recurso en el que pudo ponerlo de manifiesto ni este Tribunal tiene conocimiento de que la recurrente solicitase acceso al órgano de contratación de la documentación necesaria para poder sustentar estas afirmaciones que como decimos no responden a la realidad de los hechos que ha podido constatar este Tribunal. Lo que conlleva la desestimación de esta alegación.

Resta analizar ahora la alegación relativa a que el órgano de contratación no previno en los pliegos reguladores que se pudiera acudir a la contratación externa en lo relativo a la valoración de las ofertas de lo que la recurrente extrae que ello no resulta posible.

Sobre lo anterior, procede indicar que la recurrente de nuevo solamente sostiene este motivo de recurso en cuestiones meramente formales, es decir, sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión que es que si del contenido de la propuesta realizada por la mesa de contratación se encuentra suficientemente motivado el acuerdo por el que entiende que la proposición de la adjudicataria es viable a efectos de ejecutar el contrato.

Pues bien, resulta cierto y no cuestiona el órgano de contratación que no se previno en los pliegos reguladores de

la presente licitación que se fuera a acudir al asesoramiento externo para la valoración de las ofertas, o según se indica en la memoria justificativa del contrato menor: del asesoramiento integral durante el procedimiento de contratación, que hubiera sido lo correcto y lo deseable -más en el presente supuesto en el que esta situación se conocía desde un principio-, pero también se ha de tener en cuenta que lo realmente relevante es que la mesa o el órgano de contratación adopte decisiones que se encuentren lo suficientemente motivadas para evitar la indefensión del resto de interesados. En conclusión, se ha de partir de la idea de que la ausencia de dicha previsión no ha de conllevar en todos los casos la anulación de las actuaciones, por este único motivo, como pretende hacer ver la recurrente.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que el órgano de contratación adopta, el 21 de octubre de 2022, entre otras, la siguiente decisión, anteriormente citada, en ejecución de la Resolución 484/2022 de este Tribunal:

> *«Facultar a la Mesa para que incorpore a sus trabajos el asesoramiento por parte del técnico externo a esta administración J.A.L.M., en lo relativo a la valoración y análisis de las ofertas presentadas y de su justificación, pudiendo la Mesa solicitarle cuantos informes estime oportunos en virtud del contrato de servicios suscrito con Standby Consultores S.L.*
> *De conformidad con lo establecido en el fundamento Sexto de la Resolución 484/2022 del TARCJA, los motivos que justifican acudir a personal externo ajeno al órgano de contratación para su asesoramiento son los siguientes:*
> *→ Esta administración carece en su plantilla de personal cualificado, Técnico Economista, para la valoración de las ofertas realizadas en el procedimiento, en la que se deben analizar dichas ofertas sobre el Estudio Económico-Financiero presentado por los licitadores que justifiquen la viabilidad de las mismas.*
> *→ En base a dicha carencia se adjudicó a la mercantil STANDBY CONSULTORES, S.L. el contrato de servicios de redacción del estudio de viabilidad necesario para la licitación así como del pliego de prescripciones técnicas (expediente 2020/34/S809), incluyendo el adjudicatario en su oferta la prestación de servicio de asistencia integral de asesoramiento a la mesa y al órgano de contratación, elaborando cuantos informes resultaran necesarios durante el procedimiento de adjudicación.*
> *→ STANDBY CONSULTORES, S.L designó para dichos trabajos a J.A.L.M., licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Málaga, Master MBA por ESESA, habiendo sido Profesor universitario de Economía Aplicacada en la Universidad de Málaga, y con más de 25 años de experiencia en el sector público en puestos de dirección de las áreas de Comercio, Deporte, Medioambiente y otras responsabilidades en el Ayuntamiento de Málaga. En este sentido, tanto el estudio de viabilidad aprobado por la administración como el pliego de prescripciones técnicas particulares que rigen la presente licitación están firmados por dicho técnico bajo la enseña de STANDBY CONSULTORES, S.L., ambos documentos se hallan publicados desde el inicio del expediente en el perfil del contratante.»*

En este caso, como decimos, la recurrente no cuestiona de forma directa la motivación del acuerdo del órgano de contratación al aceptar la oferta de la adjudicataria, sino que se centra en lo que aquí interesa en manifestar que al no estar previsto en los pliegos, el órgano de contratación no podría de ninguna forma acudir a informes externos para la valoración de la viabilidad de las ofertas. Sin embargo, aceptar esta tesis, nos llevaría a que el órgano de contratación se debería desistir de la licitación puesto que acude a los dichos medios externos porque declara no tener personal cualificado para la elaboración del citado informe, lo que claramente resulta desproporcionado y ausente de justificación. En este sentido, si bien lo correcto es que se recoja en el pliego esta circunstancia este Tribunal no concluye que la ausencia de dicha previsión haya de conllevar la anulación de las actuaciones, máxime cuando de la documentación publicada en el perfil de contratante podía inferirse el asesoramiento al órgano de contratación de una empresa externa.

Respecto a la legalidad desde un punto de vista formal de la actuación de la mesa de contratación al solicitar este asesoramiento externo, ahora emitido por la CONSULTORA nombrada por el órgano de contratación para asesorar a la mesa, se ha de acudir al artículo 326 de la LCSP, que recoge en su apartado 4 lo siguiente: *«Las Mesas de contratación podrán, asimismo, solicitar el asesoramiento de técnicos o expertos independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato. Dicha asistencia será autorizada por el órgano de contratación y deberá ser reflejada expresamente en el expediente, con referencia a las identidades de los técnicos o expertos asistentes, su formación y su experiencia profesional».*

Sobre esta cuestión el Informe 96/2018, sobre composición de las mesas de contratación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, indica refiriéndose al citado artículo 326 de la LCSP:

> *«El precepto no especifica qué tipo de asesoramiento corresponde a estos técnicos o expertos independientes y no limita las funciones que pueden asumir siempre en el marco de esa función de asesoramiento. Por tanto, si la mesa lo considera necesario puede pedir la asistencia de técnicos o expertos independientes para que le ayuden en su labor de valorar las ofertas.*
> *(...)*
> *Esta posibilidad de designar técnicos o expertos independientes, por más que hubiera sido posible preverlo, no se contempla para las mesas de las Corporaciones Locales en la Disposición Adicional 2ª. Esto no obstante, el artículo 326 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público sería aplicable supletoriamente a las entidades locales en virtud de la cláusula competencial residual que, con carácter general, establece respecto de la legislación estatal el artículo 149.3 de la Constitución y, por tanto, cabe concluir que se trata de una posibilidad admisible a pesar del olvido del legislador».*

Sobre la extensión de este tipo de asesoramiento más adelante el citado informe 96/2018, indica: *«Tal asesoramiento no se limita a un trámite concreto sino que se extiende a todos a aquellos en que quepa realizar una labor de asistencia a la mesa».*

Es decir, que dentro de la posibilidad de la mesa de contratación de solicitar asesoramiento externo se encontraría comprendido el correspondiente al análisis de la viabilidad de las ofertas.

Finalmente, sobre el hecho de que dicha posibilidad no se encuentre prevista en los pliegos, que ya decimos que sería lo conveniente, y sobre su repercusión se manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1469/2021, de 5 de noviembre, al manifestar: *«El hecho de que el clausulado del pliego (artículo 122.2º de la LCSP) no haya recogido la posibilidad de encargar a un externo especializado la redacción del informe de valoración de los criterios subjetivos dependientes de juicios de valor, no significa que tal posibilidad queda vetada, dado que existen preceptos legales que amparan dicha facultad»* conclusión que este Tribunal comparte y que resulta de aplicación al presente supuesto, lo que supone la desestimación de este motivo de recurso.

La recurrente también alega en su escrito de impugnación que el hecho de la incorporación de la CONSULTORA como asesor externo a la mesa de contratación debió conllevar la nueva valoración de las ofertas técnicas, alega que ello es una consecuencia lógica. Sobre lo anterior, manifestar que la recurrente no basa jurídicamente sus argumentos en la infracción de precepto alguno ni cita jurisprudencia o doctrina que apoye su afirmación. Por otro lado, como hemos argumentado la mesa puede solicitar el asesoramiento externo sin que legalmente se recoja la limitación a la que se refiere la recurrente lo que hace innecesario un mayor análisis de esta alegación que se ha de entender desestimada.
Finalmente, respecto al incumplimiento por parte del órgano de contratación de solicitar asesoramiento técnico

al servicio correspondiente. Este Tribunal considera que el órgano de contratación ha justificado de forma válida su actuación. En este sentido, argumenta que solicita dicho asesoramiento porque carece de personal suficientemente cualificado para el análisis de la viabilidad de la oferta en el presente procedimiento de licitación situación que precisamente suple con la solicitud de asesoramiento externo. En este sentido y como alega el órgano de contratación este, precisamente, trata de solventar esta ausencia corrigiendo el error cometido anteriormente, motivando de forma extensa los argumentos por los que considera que la oferta de la adjudicataria es viable y así queda recogido en el acta de la sesión de la mesa de contratación de 16 de noviembre de 2022, dicha motivación es la siguiente:

«Dicha justificación realizada por CIELO DE MONTERA se considera suficiente puesto que los parámetros principales que garantizan los ingresos y rendimientos del negocio son básicamente tres:

a. Aforo estimado y ocupación estimada,

b. Precio medio del servicio por tipología y

c. Horario de prestación de servicio.

Además debe haber una dotación de personal suficiente acorde al volumen de negocio esperado. Estos aspectos se han tenido en consideración en el examen de la justificación de CIELO DE MONTERA SL sin que se realice observación o reparo alguno por parte de quien suscribe, al entender que hay coherencia y consistencia en los planteamientos reflejados en su estudio viabilidad económica y su oferta técnica.

• Las desviaciones al alza sobre las previsiones del estudio de viabilidad económica que ha planteado CIELO DE MONTERA SL están en la misma línea que las del resto de licitadores. Debe entenderse que el estudio de viabilidad económica financiera aprobado por la administración es meramente justificativo de la viabilidad de la concesión; sin que estableciera en ningún caso un límite máximo respecto a la capacidad de generación de negocio de la concesión licitada.

• Se entiende suficientemente justificada la oferta CIELO MONTERA S.L., pues se aprecia bien razonada su expectativa de ingreso. Dejando constancia que en cualquier caso será bajo su cuenta y riesgo las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus previsiones.

• Dado que todos los estudios de viabilidad económica financiera presentados por los licitadores se alejan del estudio aprobado por la administración, es evidente que cada licitador ha optado por un modelo de gestión adaptado a su conocimiento; algo que no puede ser discutido por quien suscribe, puesto que no se observan valores absolutamente extraordinarios y que no están acreditados por la capacidad de negocio justificada por el aforo y horarios y demás parámetros que han especificado cada uno de los licitadores. Esto incluye evidentemente a la propia CIELO DE MONTERA S.L.

A la vista, por tanto, de los fundamentos expuestos anteriormente y contenidos en el informe técnico emitido por J.A.L.M. y por los que propone la aceptación de la oferta de CIELO DE MONTERA S.L.; analizada por la mesa el contenido de la oferta económica realizada por dicho licitador, y en concreto su estudio económico y el documento de justificación de su oferta, la mesa considera acreditada la viabilidad de la oferta de CIELO DE MONTERA S.L. por los siguientes motivos:

• Los parámetros esenciales en los que basa su estudio económico, aunque difieren, como el del resto de licitadores, del estudio aprobado por esta Administración, no se encuentran en valores extremos ni distan de los contenidos en los estudios de los demás licitadores, y resultando además en la comparativa que son más prudentes en algunos de ellos, como por ejemplo el ticket medio o la venta por hora trabajada, parámetros muy importantes a la hora de estimar los ingresos de la explotación, o por ejemplo la inversión propuesta para la construcción del inmueble, parámetro muy importante a la hora de estimar los gastos. Del estudio se deduce que el mayor canon ofrecido por dicho licitador a la Administración, que es el parámetro que hace a su oferta incurrir en presunción de anormalidad, lo es a costa de reducir su propio beneficio, a diferencia del beneficio que prevén otros licitadores, y lo consigue sin poner en riesgo la rentabilidad del negocio y por tanto la viabilidad del mismo.

• La justificación de la oferta realizada por CIELO DE MONTERA S.L. se debe analizar según su coherencia respecto el estudio económico y el resto de aspectos de la oferta que realizó (plantilla media, calendario de apertura anual, proyecto básico de construcción). La mesa considera que la justificación realizada por el licitador es coherente con el resto de documentos que componen su oferta. Dicha justificación estaba basada en los siguientes aspectos:

▪ El mayor aforo (de 200 comensales frente a los 145 del estudio de viabilidad de la Administración). Se considera coherente dicha justificación, pues dicha capacidad se encuentra recogida en los planos del local contenidos en su proyecto básico y que representa la distribución de mesas y sillas.

▪ En el mayor horario de atención al público (apertura de los 365 días al año, además de incluir el servicio de tarde). Se considera importante resaltar la facturación prevista por la tarde, ya que en la justificación CIELO DE MONTERA considera que gran parte de la ocupación y de la demanda será en las franjas de mañanas y tardes, correspondiendo la demanda en dichas franjas a desayunos, cafés,repostería, bebidas..., lo cual debe redundar en un menor importe del ticket medio (que debería ser superior en almuerzos y cenas). Así recoge su estudio de viabilidad un ticket medio de 12,82 € que es el que más se aproxima al estudio de viabilidad aprobado por esta Administración y el más prudente respecto a los demás licitadores, y que resulta coherente con la justificación aportada.

▪ En la tasa de esfuerzo de alquiler, que se corresponde al canon a satisfacer a la Administración. En este sentido consta la aportación de declaraciones fiscales de otros negocios explotados por el licitador en los ejercicios 2019 y 2020, y en los que la tasa de coste del alquiler se encuentra entre el 12 y el 13%, y, a pesar de coincidir dichos ejercicios con las restricciones ocasionadas por la pandemia COVID, ha conseguido obtener una rentabilidad. Se considera justificada la afirmación del licitador de poder soportar el canon anual a satisfacer por el importe ofertado, que representaría tan sólo un 5% de tasa de esfuerzo de alquiler en su cuenta de explotación, al quedar acreditado que en negocios similares ha logrado la viabilidad con tasas (canon) muy superiores en proporción a los ingresos generados».

Sobre lo anterior y en la línea de lo anteriormente argumentado, este Tribunal considera suficientemente justificado que el órgano de contratación no haya solicitado asesoramiento a su servicio correspondiente -por inexistente-, sin que en principio y sin prejuzgar su legalidad dado que esta cuestión no es alegada por la recurrente, se aprecie ausencia de motivación en la propuesta de admisión de la mesa de contratación argumento por lo que procede desestimar esta alegación del recurso.

Por tanto, a modo de recopilación se ha de concluir que la persona firmante del informe técnico emitido por la CONSULTORA ya estaba recogida en la proposición de asesoramiento de la entidad sin que se haya probado por la recurrente ninguna cuestión que ponga en duda lo anterior, que la adjudicación del contrato menor del que deriva el asesoramiento se encuentra publicada en el perfil de contratante, que dicho contrato contempla el asesoramiento integral en el procedimiento de contratación y que el hecho de que la utilización de informes externos no se encuentre prevista en los pliegos no conlleva, de forma necesaria, que la mesa de contratación no pueda acudir a este recurso.

Por otro lado, no resulta contrario a derecho que la mesa de contratación haya acudido a un asesoramiento externo en lugar de a los servicios propios del órgano de contratación dado de su inexistencia, como manifiesta el órgano de contratación de forma previa a la elaboración del informe técnico y todo ello porque en conclusión lo fundamental es que el acto final de decisión se encuentre suficientemente motivado por el órgano que ha de adoptarlo de forma que no produzca indefensión a las partes que intervengan en el procedimiento, asunto que como decimos ni siquiera es cuestionado por la recurrente. Por todo lo anterior procede la desestimación del recurso.

OCTAVO. Sobre la solicitud de prueba.

Por último, la recurrente solicita a este Tribunal, al amparo de lo establecido en el artículo 56.4 de la LCSP, la práctica de determinada prueba documental consistente en que se solicite al órgano de contratación el contrato formalizado con la CONSULTORA. Sin embargo, la documentación correspondiente al contrato menor: memoria justificativa, oferta de la CONSULTORA y publicación en el perfil de contratante de la adjudicación del contrato, así como otra adicional, ha sido remitida por el órgano de contratación dentro del expediente administrativo.

En este sentido, el artículo 56.4 de la LCSP dispone que «*Los hechos relevantes para la decisión del recurso podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Cuando los interesados lo soliciten o el órgano encargado de la resolución del recurso no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, podrá acordarse la apertura del período de prueba por plazo de diez días hábiles, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.*
El órgano competente para la resolución del recurso podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada».

Al respecto, la prueba solicitada se estima innecesaria dado que la documentación a la que se refiere la recurrente ya ha sido remitida por el órgano de contratación. Es por ello por lo que la prueba propuesta se estima innecesaria y debe rechazarse.

NOVENO. Sobre la solicitud del órgano de contratación y de la entidad interesada de la imposición de multa a la recurrente.

Solicita el órgano de contratación la imposición de multa a la recurrente por valor de 13.846,36 euros en los siguientes términos:

> *«este órgano de contratación aprecia una evidente MALA FE por parte ENJOYGROUP OCIO Y RESTAURACIÓN SL y D. B.L.H. en la interposición de este recurso, en base a las siguientes consideraciones:*
> *• Las actuaciones a realizar por parte de este órgano de contratación en cumplimiento de la Resolución n.º 484/2022 de este Tribunal se han efectuado con estricta sujeción a la misma, tal como se desprende del contenido de este informe y de todos los documentos obrantes en el expediente. El fondo del asunto ya tenía la consideración de "cosa juzgada". El recurrente, si no estaba de acuerdo con el contenido de dicha resolución debió recurrirla ante el orden jurisdiccional competente. El recurrente es plenamente consciente de ello, ha tenido además nuevo trámite de acceso tras el nuevo acuerdo de adjudicación, facilitado con celeridad por este órgano de contratación, a todos los documentos del expediente y pese a todo ha interpuesto recurso, además en el último día del plazo de 15 días hábiles, con el único propósito bien de dilatar injustificademente el procedimiento de adjudicación o bien con la pretensión de anular todas las actuaciones de un expediente de especial importancia para este Ayuntamiento que se inició hace ya más de dos años y en el que se puede comprobar que se ha tramitado por este órgano de contratación con la máxima garantía para todos los licitadores.*
> *• Pese al acceso que ha tenido a toda documentación del expediente, solicita nuevamente al TARCJA al amparo del artículo 52.3 de la LCSP nuevo trámite en sus oficinas para examinar documentos sobre los que ya formuló análoga petición, la cual fue estimada, y a los que ya ha accedido y puede acceder por sus medios en cualquier momento, constituyendo esta petición a juicio de este órgano de contratación una actuación improcedente, claramente abusiva y fraudulenta, pues solo persigue retrasar la ejecución del contrato en*

claro perjuicio del interés público.

• Basa su recurso en aspectos que ya fueron resueltos por este Tribunal en su Resolución 484/2022, por la que se resolvía el recurso n.º 301/2022 interpuesto por el mismo recurrente: solvencia del licitador propuesto como adjudicatario (de una forma indirecta, podríamos decir torticera, solicitando el Anexo IV cuando ha tenido y tiene acceso a dicha documentación del sobre 1 de todos los licitadores); justificación por parte del órgano de contratación de la necesidad de acudir a asesoramiento externo (que este órgano de contratación ha realizado en cumplimiento de la resolución 484/2022 como queda patente en el expediente), solicitando el contrato suscrito Standby Consultores cuando con independencia del mismo, una vez justificada la necesidad de asesoramiento externo, extremo ya subsanado, la mesa podría solicitar cuantos informes técnicos a esta o cualquier otra persona física o jurídica con la cualificación adecuada fueran necesarios antes de formular su propuesta de adjudicación, aspectos de los que es conocedor el recurrente o entidad que asesora al mismo a la vista de los recursos por él interpuestos.

En cuanto a la valoración del perjuicio ocasionado por el recurso interpuesto con mala fe, a juicio de este órgano de contratación, son múltiples, tanto para este órgano de contratación como para el licitador propuesto como adjudicatario.

• Perjuicio para el órgano de contratación y valoración económica del mismo: en primer lugar, hay que resaltar el enclave de la parcela objeto de la concesión es de vital importancia turística para este municipio. Se trata de una parcela en la principal playa céntrica del municipio de Nerja, junto a su principal referente turístico como es el Balcón de Europa. La demora producida por la interposición del recurso da lugar a que las obras no se puedan ejecutar ya en esta temporada puesto que no se podrán realizar en la temporada estival (junio a septiembre), suponiendo un perjuicio muy relevante al interés general de este municipio la demora en la ejecución del contrato. Este perjuicio "turístico" es difícilmente cuantificable económicamente.

No obstante si es cuantificable el perjuicio económico que provoca el retraso en la formalización del contrato. En este sentido, establece el PCAP en su cláusula 6ª que el canon ofertado por el adjudicatario será satisfecho para la primera anualidad en el plazo de 30 días a contar desde la formalización del contrato. Teniendo en cuenta que el canon anual de adjudicación es de 72.000 euros y teniendo como referencia que la interposición del recurso anterior fue a finales de julio y que la resolución del TARCJA se notificó en octubre, es previsible que la nueva resolución a este recurso del TARCJA demore la formalización del contrato, en el caso de la desestimación del recurso interpuesto, un mínimo de dos meses. Por tanto, 72.000 euros de canon anual dividido entre los doce meses del año y multiplicado por dos meses de demora dan lugar a un perjuicio que se puede cuantificar en 12.000,00 euros.

Igualmente, la tramitación del recurso conlleva gastos del personal al servicio del órgano de contratación debido a la tramitación administrativa del mismo y que obliga a la emisión de este informe por parte de un Técnico municipal, remisión del expediente, publicación en el perfil del contratante, etc., actuaciones administrativas que se podrían cuantificar, en base al tiempo de los empleados municipales para su realización, pero que este órgano de contratación decide no hacerlo y simplemente dejar constancia de las mismas.

Asimismo, este órgano de contratación es consciente del perjuicio que también se causa al propio TARCJA por la gestión administrativa que conlleva la tramitación de un recurso manifiestamente improcedente.

• Perjuicio para el licitador propuesto como adjudicatario y valoración económica del mismo. En este sentido, es de resaltar el coste financiero que a CIELO DE MONTERA SL le causa la interposición del recurso, sobre las garantías constituidas y la financiación aprobada por su entidad bancaria para el proyecto y que la misma valora, de forma prudente, para un retraso de dos meses, en un importe de 1.846,36 euros, desglosado de la siguiente forma:

Concepto	Importe	Coste financiero (Euribor +1,9)	Coste mensual	Coste por dos meses de demora	Observaciones
Importe Garantía de alquiler	90.000,00 €	5,20 %	390,00 €	780,00 €	Actualmente está financiado con una línea de crédito de interés variable
Importe Garantía obra	39.868,24 €	5,20 %	172,76 €	345,52 €	Actualmente está financiado con una línea de crédito de interés variable
Financiación	865.000,00 €	0,50 %	360,42 €	720,83 €	Valoramos el encarecimiento de la financiación ya aprobado pero pendiente de firma por las entidades financieras
			Total:	**1.846,36 €**	

Por tanto, se propone una valoración económica prudente del perjuicio ocasionado que asciende a la cuantía de 13.846,36 euros.».

Por otro lado, la entidad adjudicataria también solicita a este Tribunal la imposición de multa a la recurrente. Sobre lo anterior, en su escrito de recurso argumenta lo siguiente:

«En el presente caso, la falta de seriedad de los recurrentes interponiendo este segundo recurso especial causa a mi mandante no sólo unas pérdidas evidentes ante la previsible pérdida de la temporada turística del presente año en forma de lucro cesante, sino además unos sobrecostes que pueden cuantificarse del modo siguiente, sin perjuicio de acreditarlos si así lo considera preciso V.I.:

1) financiación del Importe de Garantía de Alquiler e importe de Garantía de Obra, que abarca los depósitos realizados como garantía del contrato. Ambos importes podrán ser posteriormente sustituidos por un aval, pero actualmente son cantidades depositadas que están siendo financiadas por una póliza de crédito a EURIBOR + 1,90%. En el caso de mi mandante, supone el 5,20%. Basta multiplicar este tipo de interés por el importe en cuestión y dividir entre 12 para obtener el coste financiero mensual, que equivale a 390€ + 172,76€ = 562,76€. Esto supone 18,75€ por día. Este dinero estará depositado "de más" todo el tiempo que dure la resolución del presente recurso;

2) incremento del coste de financiación: en el escenario actual de subida de tipos de interés, mi representada calcula un notable encarecimiento de la financiación, que alcanza un 0,50% más. Teniendo en cuenta que el importe total de la financiación tal y como se establece en su estudio económicofinanciero es de 865.000€, para un periodo medio de financiación de 5 años, el incremento del coste supone 360,42€ por mes, que en 60 meses supondrá 21.625€;

3) coste de oportunidad de la inversión: el importe total sumando financiación más recursos propios asciende a 1.365.000€, tal y como se establece en el estudio económico-financiero. Teniendo en cuenta que las letras del Tesoro (rentabilidad del activo libre de riesgo) aportan un interés del 3%, si se multiplica ese tipo de interés por la cantidad ociosa, equivale a 3.355,63€ por cada mes en el que mi mandante no haga uso del dinero. Teniendo en cuenta que con este nuevo retraso la construcción de la obra no podrá iniciarse hasta septiembre, esto supone un importe de 26.845€;

4) coste de canon perdido o "no aprovechado": a la firma del contrato mi representada debe aportar el pago del primer año completo. Con el retraso adicional resultante de este nuevo recurso especial, mi mandante no puede empezar las obras hasta septiembre, dado que la normativa municipal no permite su realización en esos meses. Por lo tanto, mi representada debe estar a la espera 3 meses a razón de 6.000€ mensuales de canon, importes que serán irrecuperables.

Por todo ello, procede apreciar temeridad o mala fe en la interposición del recurso y acordar la imposición a los recurrentes de una multa por importe de 67.595,52 euros».

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, por las siguientes razones:

- La recurrente alega cuestiones que en su mayoría o incluso en su totalidad pudieron ser manifestadas en su primer escrito de recurso lo que hubiera evitado la tramitación de este expediente y que además ha conllevado la paralización del expediente de contratación al ser el acto recurrido la adjudicación.
- Se manifiestan cuestiones que bien pudieron ser resueltas en alguno de los varios accesos que ha tenido la recurrente al expediente de contratación, o incluso que pudieron consultarse a través de los procedimientos de acceso a la información pública regulados en la normativa de transparencia.
- La recurrente no realiza manifestaciones sobre lo que debería ser el fondo de la cuestión y que fue parte del objeto del anterior recurso, la ausencia de motivación en la aceptación de la oferta de la adjudicataria, sino que se construyen nuevos argumentos que nada o poco tienen que ver con el recurso original.
- Parte del objeto del recurso se refiere a un contrato menor que no resulta susceptible de impugnación mediante el recurso especial y las alegaciones no tienen soporte sobre hechos ciertos y concretos, sino que se encuentran apoyados en sospechas e hipótesis.
- Los motivos del recurso son meramente formales y parecen buscar de forma en general con poco acierto y fundamento jurídico, algún error en el procedimiento de licitación que permita anular las actuaciones del órgano de contratación, que no debe ser el objeto del recurso especial cuya finalidad es reparar infracciones jurídicas concretas que hayan podido conculcar los derechos de los licitadores.

Además, y como se ha ido argumentando en el presente supuesto resulta que en su mayoría o incluso en su totalidad las alegaciones contenidas en el escrito de recurso pudieron ser planteadas en el escrito de impugnación anterior, Recurso 301/2022, por lo que a pesar de que las mismas se han analizado en virtud del principio de congruencia, cabría incluso cuestionarse si respecto de parte o de la totalidad de este recurso no se ha producido la denominada cosa juzgada administrativa, como se explica en nuestra Resolución 42/2022, de 21 de enero, en la que se indica: *«Al respecto debemos entrar a valorar que conforme el artículo 59 de la LCSP, sin que*

este Tribunal entre a prejuzgar si los motivos esgrimidos por la recurrente en el presente recurso coinciden o no con los alegados en el anterior (recurso 369/2020). En este mismo sentido se expresan otros órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 338/2016, de 29 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). En efecto, tras la resolución de un recurso especial en materia de contratación solo es posible su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, cualquier interpretación relativa a la admisión de un nuevo recurso especial, por los mismos motivos que ya fueron evaluados jurídicamente en su momento o que pudieron haberlo sido si se hubiesen alegado, generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas. Siendo así que la pretensión de la recurrente de generar una segunda instancia administrativa no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico». Lo que de alguna manera viene a reforzar la consideración de temeraria de la actitud de la recurrente que, pudiendo haber alegado las cuestiones relativas al asesoramiento externo de la CONSULTORA en su primer recurso, para dejar zanjada la cuestión desde un primer momento ha esperado a ponerlas de manifiesto ahora, sin siquiera cuestionar si la oferta de la adjudicataria es viable que debería ser el objeto de la controversia.

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».* En el presente supuesto se da la circunstancia de que el órgano de contratación y la entidad adjudicataria han cuantificado los daños que le han sido irrogados como consecuencia de la interposición del recurso.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 20.000 euros atendiendo al perjuicio ocasionado al órgano de contratación y al adjudicatario, ante la evidente falta de fundamento y viabilidad jurídica del recurso. La justificación de la graduación de la multa se basa en que

en el presente supuesto, en cada uno de los motivos de recurso analizados se ponen de manifiesto argumentos que denotan, una especial temeridad como se ha fundamentado en la presente resolución, por lo que se puede considerar especialmente agravada la conducta temeraria de la recurrente lo que merece la graduación de la multa en un hipotético tramo superior, si bien no ha de conllevar la imposición de la multa en su importe máximo en tanto que no ha sido probada la existencia de mala fe en la interposición del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la la entidad **ENJOYGROUP OCIO Y RESTAURACION S.L.** y **D. B.L.H.,** contra la adjudicación del contrato denominado "Concesión de obra para la redacción del proyecto, ejecución de las obras de construcción del local de restauración y su explotación en parcela sita en Playa Calahonda de Nerja", (Expte 2020/1/S263), convocado por el Ayuntamiento de Nerja (Málaga).

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

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 20.000 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado 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.