Resolución 7/2024

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE ALMERÍA

Almería, a 5 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don M. J. M. T., en nombre y representación de 2MTARQUI S. L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios "Asistencia técnica para redacción de proyectos y dirección facultativa de las obras de edificio plurifamiliar para 92 viviendas de protección oficial, locales y garajes en la Parcela RP-A-1/1 del Sector SUP ACA 09/802 Almería" (Expte. AT-01/2023) promovido por la Empresa Municipal Almería XXI S. A. del Ayuntamiento de Almería, este Tribunal ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 5 de mayo de 2023 se publicó por la Empresa Municipal Almería XXI S. A. apertura del procedimiento abierto de licitación del contrato de servicios reseñado, publicándose el 18 de julio de 2023 relación de los licitadores admitidos al mismo.

SEGUNDO. Con fecha 31 de julio de 2023 se recibe comunicación por la ahora recurrente sobre desestimación de la oferta presentada por incumplimiento de determinadas prescripciones técnicas, cuya adaptación a la normativa reguladora supondría, a juicio de la Comisión Técnica de valoración, una modificación sustancial del proyecto y una alteración de la propuesta con incidencia en los parámetros urbanísticos fundamentales de la misma y en los criterios de valoración de las ofertas. En esa misma fecha se publica la baremación de la oferta técnica de las proposiciones presentadas.

TERCERO. Ante la inadmisión de varias de las ofertas técnicas presentadas, varios licitadores alegaron en contra de dicha baremación técnica, entre ellos la entidad ahora recurrente. Consecuencia de las alegaciones presentadas, la Empresa Municipal Almería XXI realizó consulta

sobre la normativa aplicable al Ayuntamiento de Almería, produciéndose posteriormente, con fecha 5 de diciembre de 2023, la readmisión de algunas de las ofertas excluidas. El motivo de la solicitud de informe complementario a la Gerencia Municipal de Urbanismo era poder disponer, para una mejor preparación de las ofertas, del Estudio de Detalle correspondiente, como último eslabón del planeamiento.

CUARTO. Con fecha 18 de diciembre de 2023 se publicó nueva baremación de las proposiciones admitidas, cuyo conocimiento por la ahora recurrente no tuvo lugar hasta el 27 de diciembre de 2023, fecha de notificación de la apertura del sobre 3. Señala sin embargo el órgano de contratación en su informe que consta en el expediente (págs. 266 y 267) que con fecha 5 de diciembre de 2023, mediante publicación en VORTAL, fue publicada, para general conocimiento de los licitadores, la nueva relación de las propuestas técnicas admitidas y la indicación al Comité de Expertos para la realización de una nueva baremación de todas las propuestas técnicas admitidas. Y, efectivamente, con fecha 18 de diciembre de 2023, mediante publicación en VORTAL, se publicaría la nueva baremación de las propuestas técnicas, permitiendo pues su conocimiento por todos los licitadores implicados.

QUINTO. Ante el resultado de la baremación técnica, la ahora recurrente presentó escrito de "Solicitud de justificación" de la misma, de forma pormenorizada y comparativa (aunque según el órgano de contratación no consta ninguna alegación o reclamación a la publicación de la segunda baremación técnica publicada el 18 de diciembre, en particular por la entidad ahora recurrente). El día 11 de enero de 2024, la Empresa Municipal Almería XXI contestó a dicha solicitud poniendo a disposición de la recurrente los informes técnicos y las propuestas presentadas por los licitadores para su examen personal, a fin de conocer los criterios utilizados y el desglose de las distintas puntuaciones derivadas de dicha baremación técnica. Tras el análisis presencial de dicha documentación, el 23 de enero de 2024 la ahora recurrente presentó nuevas alegaciones a la baremación técnica, discrepando tanto de la puntuación obtenida en su oferta técnica como de la puntuación obtenida por la entidad adjudicataria del contrato. El día 6 de febrero de 2024 se recibe contestación a dichas alegaciones con ratificación de las valoraciones técnicas otorgadas.

SEXTO. Finalmente, el 13 de febrero de 2024 se recibe comunicación de la adjudicación del contrato. Para la preparación del posible recurso especial en materia de contratación pública, el representante de la recurrente se persona los días 26 de febrero y 5 de marzo en las dependencias de la Empresa Municipal Almería XXI, solicitando algunos documentos de forma puntual (no el expediente completo), recibiendo determinada información aclaratoria el 29 de febrero de 2024.

SÉPTIMO. El presente recurso se interpone mediante email en la plataforma de contratación Vortal el día 6 de marzo de 2024, dirigido formalmente al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Andalucía.

De acuerdo con el art. 56.2 LCSP, el órgano de contratación ha remitido a este Tribunal el informe correspondiente y el expediente de contratación.

En el plazo de cinco días hábiles previsto igualmente en el art. 56.3 LCSP han tenido entrada en este Tribunal dos alegaciones del resto de licitadores concurrentes. La primera de ellas presentada por Javier Peña Arquitectos SLP y la segunda por la entidad adjudicataria del contrato, Arquitectura Lotoarq S. L. (aunque centrada únicamente en determinados aspectos técnicos del proyecto arquitectónico presentado, pero manifestando el cumplimiento íntegro de la normativa y planificación urbanística aplicable).

OCTAVO. La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y disposiciones reglamentarias de aplicación y desarrollo, en cuanto no se opongan a lo establecido en dicha Ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el art. 46 LCSP y en el art. 2 del Reglamento Orgánico del mismo aprobado definitivamente por Acuerdo del Pleno de la Corporación municipal de fecha 21 de abril de 2022 (BOP de 20 de mayo de 2022). El error en la calificación del recurso (Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, no Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Andalucía) no determina de por sí su inadmisión, al apreciarse de oficio su verdadero carácter, en virtud de la aplicación subsidiaria del principio antiformalista derivado del art. 115.2 de la Ley 39/2025, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDO. Sobre la consideración de la Empresa Municipal Almería XXI del Ayuntamiento de Almería como poder adjudicador

Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisibilidad del recurso, es necesario examinar si la entidad contratante –Empresa Municipal Almería XXI S. A.- ostenta o no la condición de poder adjudicador conforme a la LCSP. Como señala el art. 44.1 de la misma, sólo serán susceptibles de recurso especial los actos y decisiones relacionados en el apartado segundo cuando se refieran a determinados contratos que pretendan concertar las Administraciones públicas o las restantes entidades que posean la condición de poderes adjudicadores.

Como dice el art. 3.3 LCSP, se considerarán poderes adjudicadores a efectos de dicha ley las siguientes entidades: a) Las Administraciones Públicas; b) Las fundaciones Públicas; c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; y, en lo que aquí interesa, d) todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distinta de las expresadas en las letras anteriores que

hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios del mismo art. 3.3 LCSP, bien financien mayoritariamente su actividad, bien controlen su gestión, o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Para que una entidad del sector público especializada y dependiente de gestión pueda ser considerada poder adjudicador, a los efectos de la normativa de contratos, es necesaria, pues, la concurrencia acumulada de estos tres requisitos: a) gozar de personalidad jurídica propia; b) que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia; y c) que haya sido creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

La consideración de la Empresa Municipal Almería XXI como poder adjudicador, sobre la base de los requisitos exigidos en su día por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (hoy derogado), sustancialmente coincidentes con los establecidos hoy en el art. 3.3 LCSP, fue abordada por la Resolución TARCJA 72/2017, de 10 de abril. Se señala en ella que esta Empresa Municipal tiene personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 1 de sus Estatutos), su capital social está íntegramente suscrito y desembolsado en el momento de su constitución por el Ayuntamiento de Almería (art. 5 de los Estatutos) y su órgano de administración es el Consejo de Administración, integrado por el número de Consejeros que determine la Junta General, en una banda comprendida entre nueve y trece consejeros, designados y cesados por la Junta General (art. 17 de sus Estatutos, redactado por Acuerdo de la Junta General de fecha 25 de junio de 2020).

Por tanto, la empresa municipal Almería XXI cumple dos de los requisitos exigidos, quedando por examinar el tercero, es decir, su finalidad, más allá de su régimen jurídico, como entidad o no de mercado, es decir, de creación para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.

Tras un exhaustivo análisis de la jurisprudencia comunitaria recaída sobre el concepto funcional de "organismos de derecho público", sostiene la Resolución TARCJA 72/2017 que "*el art. 2 (objeto social) de los Estatutos de Almería XXI dispone que «la sociedad tendrá por objeto social la competencia municipal de promoción y gestión de viviendas, con especial atención a las de Protección Oficial, de equipamiento comunitario y de suelo edificable y la realización de actividades urbanísticas, dentro de la competencia general establecida en el art. 25.2.d) de la Ley de Bases de Régimen Local, de acuerdo con las directrices municipales y coordinadas por su Consejo de Administración»*", por lo que "*la literalidad del precepto estatutario define el objeto social aludiendo a competencias municipales, lo que sin duda determina que la actividad desplegada por Almería XXI deba calificarse como de interés general, concepto que además es*

consustancial al propio concepto de Administración pública, por lo que estando Almería XXI participada en su totalidad por el Ayuntamiento de Almería difícilmente tal participación podría perseguir otro fin o interés que no fuera de carácter general".

Más allá por tanto de tratarse, formalmente, de una entidad de Derecho privado, funcionalmente tiene por objeto el desarrollo genérico de auténticas competencias municipales propias –al margen de la discusión sobre el carácter atributivo directo de las mismas o no del art. 25.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local-, conectadas y fundamentadas inmediatamente en necesidades de interés general de la propia Administración matriz. Puede decirse, pues, que Almería XXI fue creada para satisfacer específicamente necesidades de interés general dado que su propio objeto social remite al ejercicio de auténticas competencias municipales.

Quedaría por verificar, entonces, que tales necesidades de interés general "*no tienen carácter industrial o mercantil*".

Según la jurisprudencial del TJUE, una entidad instrumental no sería "organismo de Derecho público" si opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas de su actividad. Más allá pues de la calificación formal (interna) como entidad de Derecho público se trataría de verificar, funcional y materialmente, la actividad efectivamente de mercado o no desplegada por la misma, en atención a dichos tres criterios: competencia, ánimo de lucro y asunción de pérdidas.

En el caso de Almería XXI, el art. 2 de sus Estatutos le atribuye, para el cumplimiento de su objeto social, una serie de funciones que pueden ejercerse también en el sector privado, es decir, en régimen de competencia, tales como la realización de estudios urbanísticos, investigación, información, asesoramiento y colaboración en estudios y actividades técnicas y construcción y promoción de viviendas. Ahora bien, y como bien dice Resolución TARCJA 72/2017, "*en el supuesto de Almería XXI, su propio objeto social dirigido al ejercicio de una competencia municipal elimina cualquier finalidad de ánimo de lucro o de obtención de ganancias y/o beneficios a título particular, sin perjuicio obviamente de que la sociedad se someta a criterios de eficiencia y eficacia en la gestión de su actividad para controlar el gasto y evitar pérdidas*", aparte de que "*parece impensable que el propio interés público que ha llevado a la creación del ente municipal permitiera la asunción de pérdidas por parte de dicha entidad al punto de su insolvencia y posible disolución por tal motivo*".

Por tanto, señala la reseñada Resolución, "*hemos de concluir que Almería XXI ha sido creada para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil, al no concurrir en su actividad todos los requisitos que jurisprudencialmente se predican de aquel carácter, en particular, el ánimo de lucro y la asunción material de riesgo*".

Concordamos pues con el razonamiento del TARCJA –con cita además de la STSJA de 23 de mayo de 2016- en la consideración de Almería XXI, más allá de su calificación formal interna, de su

régimen jurídico general de actuación y de su posible actividad materialmente de mercado, como poder adjudicador en materia de contratación pública, de tal forma que, dada su vinculación con el Ayuntamiento de Almería, este Tribunal resulta competente para conocer del recurso especial en materia de contratación pública interpuesto.

TERCERO. Legitimación

La entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del presente recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el art. 48 LCSP.

CUARTO. Acto recurrido y valor estimado del contrato

Aunque realmente no se explicita así en el recurso, hay que entender que el acto recurrido es el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios del encabezamiento, con valor estimado superior a 100.000 euros, según el apartado 7.3 del Informe Técnico justificativo de la necesidad de contratación obrante en el expediente. Se trata, pues, de un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación en virtud del art. 44.2.c) LCSP.

QUINTO. Plazo de interposición

A pesar igualmente de la irregular presentación formal del recurso, hay que entender que ha sido presentado en el plazo de quince días hábiles establecido en el art. 50.1.d) LCSP.

SEXTO. Fondo del asunto.

- *Vicios sustantivos y vicios del procedimiento de licitación. Alcance del recurso especial en materia de contratación pública*

El recurso interpuesto, tras la pormenorizada exposición de los hechos acontecidos, sobre los que no hay solicitud de pronunciamiento y de los que no es posible inducir inmediatamente por este Tribunal ningún tipo de vicio o irregularidad sustantiva o material, viene a apoyarse teóricamente en una serie de hechos que se resumen en la pág. 8 del mismo. Pese al loable esfuerzo expositivo de los mismos, lo cierto es que no se acompañan de los preceptos infringidos o de las posibles irregularidades invalidantes aparejadas, de tal forma que, a priori, sólo cabría atisbar alguna incidencia procedimental, que, aparte de no ser recurrida expresamente, tampoco tendría realmente trascendencia sustantiva en relación con el acto material de adjudicación final del contrato, que es lo que aparentemente se recurre.

Partiendo de la ineludible exigencia, reflejada obviamente en los Pliegos, de la normativa correspondiente de aplicación, se señala en el recurso que ya en su momento se habían puesto de manifiesto al órgano de contratación "*una serie de presuntos incumplimientos de la oferta adjudicataria*", pero de nuevo sin detallarlos ni concretarlos y sin señalamiento de las posibles normas vulneradas.

En este sentido, en las alegaciones presentadas por la entidad Javier Peña Arquitectos SLP también se pone de manifiesto que el procedimiento de adjudicación "*ha estado plagado de irregularidades, imprecisiones y arbitrariedades*", "*con graves y flagrantes incumplimientos de sus propias bases reguladoras*". Pero, aparte de aludir a una normativa no vigente con apoyo de sus argumentaciones, simplemente se extractan dos párrafos de los pliegos, sin mayores consideraciones, y referidos además a las ofertas desproporcionadas o temerarias (cuestión no debatida en el recurso presentado, y que luego se utiliza para entender que una de las ofertas –precisamente la ahora recurrente- debería haber sido excluida del concurso).

Conviene hacer en este punto una importante precisión: el recurso especial en materia de contratación pública tiene como objetivo dilucidar la posible vulneración, en el seno de los procedimientos de licitación, de la normativa –procedimental o sustantiva- sobre contratos del sector público, por lo que no es su cometido, más allá del indudable cotejo del ajustamiento de las actuaciones del órgano de contratación a lo reflejado en los pliegos, el análisis técnico del respeto de las ofertas o proposiciones a la normativa sustantiva correspondiente –incluyéndose aquí tanto las normas jurídicas en sentido estricto como las posibles normas técnicas de aplicación-. En este sentido, aunque el recurrente entienda que frente a sus alegaciones el Comité de Expertos correspondiente admitió "tácitamente" dichos incumplimientos, justificando la "*improcedencia de su valoración en la fase de licitación en contra de lo determinado en los Pliegos Reguladores de la licitación*" (pág. 9), lo cierto es que no puede deducirse de dichos planteamientos ninguna vulneración específica de la normativa o el procedimiento de contratación que en esta sede quepa valorar.

Lógicamente, si lo que se recurre es el acto de adjudicación del contrato deben señalarse los vicios o defectos que afectan al mismo, pero sin que de la mera exposición de los hechos o de la atribución de presuntas irregularidades del procedimiento pueda extraerse de por sí.

- *Contravenciones a la normativa de aplicación y posible incumplimiento de los pliegos*

En este sentido, a partir de la pág. 9 del recurso se detallan, a juicio del recurrente, los "incumplimientos" detectados, con la norma presuntamente infringida –y que a juicio nuevamente del recurrente no se tuvieron en cuenta en sede de alegaciones-. Se apuntan, así, determinadas contradicciones con las "Ordenanzas Urbanísticas en vigor. PGOU 98 de Almería", con el "Programa de necesidades y criterios de aprovechamiento PPTP" (Anexo I), con los "criterios y normas de diseño para la redacción de proyectos de edificación PPTP" (Anexo II) y con la normativa técnica de aplicación.

No hay, por tanto, ninguna vulneración o infracción de la normativa de contratación pública aplicable, sino presuntos incumplimientos tanto de la normativa urbanística como técnica, en la que este Tribunal no puede entrar. Sí que podría estudiarse lógicamente el ajustamiento del acuerdo de adjudicación, tras la baremación técnica de las ofertas presentadas, a los pliegos

reguladores del contrato (PCAP y PPT), vinculantes tanto para los licitadores como para el órgano de contratación.

En este sentido, sí se pone de manifiesto que aparentemente la adjudicación vulnera el programa de necesidades y criterios de aprovechamiento del PPT en lo relativo al número suficiente de viviendas adecuadas funcionalmente para personas con movilidad reducida, pero lo que realmente hacen los pliegos es remitirse a la normativa urbanística andaluza de aplicación, y en todo caso que se planteen cuatro viviendas y no sólo tres de estas características puede ser, sí, un sobrecoste para la promoción, pero no una irregularidad sustantiva invalidante del procedimiento de contratación. Lo mismo cabe decir de las presuntas infracciones del Anexo II plasmadas a continuación o del no ajustamiento a las recomendaciones que también se apuntan.

Como mucho, pues, se trata de incumplimientos técnicos y no contractuales que deberían ponerse de manifiesto en otra sede y momento, al no tratarse de infracciones de la normativa de contratación pública reflejadas sustantivamente en el acuerdo de adjudicación del contrato.

En concreto, lo lógico hubiera sido reclamar la segunda baremación técnica de los proyectos, y no esperar a la apertura y valoración de las ofertas económicas, en tanto que en este punto, y conociéndose ya las valoraciones globales, sí resultaría realmente contrario al principio de igualdad de trato y competencia entre los licitadores revisar la valoración técnica de alguno de ellos.

- *Afección al principio de equidad*

En el calificado como fundamento tercero se pone de manifiesto que la baremación técnica no responde al principio de equidad, puesto que en algunos casos se aplica un mismo criterio de valoración de forma diferente según las distintas propuestas. El principio de equidad no es obviamente una regla prescriptiva específica que deba informar los procedimientos de licitación, ni tiene proyección específica concreta en este ámbito. Otra cosa sería la alegación de una baremación desproporcionada, incorrecta o sustancialmente desigual, ante propuestas similares, causante en su caso de un agravio comparativo. Ello sí vulneraría lógicamente los principios, sí capitales, de igualdad, trato no discriminatorio y libre competencia entre licitadores. Pero el hecho es que, a continuación, simplemente se pone un “ejemplo” no de valoración discordante o desigual, sino de dos consideraciones distintas antes dos ofertas o propuestas técnicas distintas. Se trata, en fín, de dos informes técnicos, que en ningún caso suponen una aplicación diferenciada, por parte del órgano de contratación, de los criterios de valoración.

- *Insuficiencia de la pormenorización de las valoraciones y falta de justificación. Alcance de la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos de valoración*

Se apunta a continuación que los criterios utilizados para otorgar las diferentes puntuaciones y el desglose de las mismas no se realizan de forma pormenorizada en la baremación, obrante en el expediente, determinándose de forma genérica y arbitraria, al no disponerse de justificación expresa de ellas. Pero, sin embargo, no se precisan las razones jurídicas de tales imputaciones, lo cual, sobre todo en el caso de la alegación de una actuación como arbitraria, sería necesario como fundamento del recurso. Por lo demás, es evidente que los criterios utilizados son los previstos y especificados en la documentación contractual y los pliegos del contrato, que en ningún momento han sido impugnados por el ahora recurrente, y que la baremación de las propuestas a partir de los mismos responde a la actividad estrictamente técnica llevada a cabo, en el seno del procedimiento de licitación, por los servicios técnicos de asesoramiento. No se aprecia, así, ninguna infracción en materia contractual en la exposición de posibles irregularidades técnicas puestas de manifiesto a continuación (págs. 13 y 14 del recurso).

En cuanto a la falta de justificación de las puntuaciones, hay que añadir, además, que no cabe apreciar tampoco ausencia de motivación del acto recurrido, precisamente porque la ausencia o insuficiencia de la adjudicación ha de estar vinculada al desconocimiento de los elementos necesarios para la interposición de un recurso fundado, de tal forma que si las presuntas infracciones formales existentes no han impedido a la entidad recurrente la interposición del mismo, como es el caso, no cabe apreciar indefensión material a la hora de impugnar la adjudicación (entre otras muchas, Resolución TARCJA 233/2023, de 19 de mayo).

El recurso especial en materia de contratación no es una vía alternativa para la valoración paralela de la informes técnicos aportados en el expediente, en relación con la valoración de las propuestas técnicas presentadas, sino, como se está reiterando, un cauce revisor sobre los límites de la discrecionalidad técnica de los órganos encargados de la valoración de las propuestas técnicas. En este sentido, sería necesario una prueba suficiente y determinante del rebasamiento de tales límites, con desvirtuación pues de la presunción de certeza de dichos análisis técnicos.

Como es sabido, en virtud de dicho principio de discrecionalidad técnica, "*la actuación administrativa está revestida de una presunción de certeza o de razonabilidad apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, y que sólo puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega*" (por todas, Resolución TARCJA 91/2024, de 15 de marzo). No es suficiente, pues, con la alegación de determinadas irregularidades o contravenciones con la normativa aplicable, sino que debe demostrarse que, en la baremación técnica de las ofertas, tanto los órganos técnicos como el órgano de contratación que asume los informes, han incurrido en desviación de poder, arbitrariedad, falta absoluta de justificación del criterio o la valoración adoptada o error patente suficientemente acreditado. Si no hay, y se constata, vulneración de los aspectos "aledaños" al núcleo de la decisión, en tanto elementos

reglados (es decir, la competencia, el procedimiento, la ausencia de arbitrariedad o el error manifiesto en la valoración), dicho núcleo técnico es inaccesible al control administrativo o jurisdiccional.

No se aprecia –ni mucho menos se constata-, en fín, de la "relación de hechos que originan la interposición del recurso especial" tal desviación de poder en la actuación del poder adjudicador, ni que se haya actuado, en la valoración técnica de las proposiciones, con patente arbitrariedad –es decir, con inaplicación o en contra de los pliegos de la licitación-, o que las valoraciones se hayan adoptado sin justificación, o, que exista un patente error en dicha actuación. De hecho, cabe señalar que el Informe del órgano de contratación presentado oportunamente se acompaña de un nuevo informe del Comité de Expertos, reunido con fecha 8 de marzo de 2024, en donde se ratifican de nuevo expresamente las valoraciones técnicas realizadas en su momento, y además se desvirtúan explícitamente los posibles incumplimientos de la normativa aplicable puestos de manifiesto en el recurso. Igualmente se acompaña de un nuevo informe de los técnicos de la Empresa Municipal Almería XXI ratificando la viabilidad técnica y económica analizada en su momento.

- *Inadecuación de la fórmula matemática utilizada*

En el apartado quinto se cuestiona también la hipotética incidencia de la aplicación de las valoraciones económicas previstas en los pliegos. De nuevo se trata de la exposición de una posibilidad fáctica que no puede admitirse puesto que las fórmulas aplicadas para el cálculo de las ofertas no fueron en su momento cuestionadas en este procedimiento de licitación. Según la entidad recurrente, "*lo más razonable y adecuado es la función lineal que venía aplicando la Empresa Municipal Almería XXI consistente en asignar la totalidad de los puntos a la oferta más barata o con una mayor baja y cero puntos a la valoración del tipo determinado*", pero el hecho es que en esta licitación el órgano de contratación ha utilizado, aparentemente, otra fórmula, dentro de la discrecionalidad inherente a la configuración del contrato, y la misma, reflejada en los pliegos, no fue impugnada en su momento. Es verdad que, como se recuerda en el propio recurso, los tribunales de recursos contractuales han venido exigiendo que, de cara a limitar cualquier indicio de arbitrariedad en la elección de los criterios de adjudicación, los poderes adjudicadores deben justificar en el expediente la elección de las fórmulas de valoración, tal que queden documentadas las razones que justifican la elección de una fórmula concreta, así como la acreditación del vínculo entre la formulación elegida y el objeto del contrato, y siempre garantizando que la formulación matemática provoque proporcionalidad entre las puntuaciones de modo que se garantice una competencia efectiva. Pero, lógicamente, la inadecuación, falta de justificación o desproporcionalidad de las fórmulas ha de ponerse de manifiesto en la impugnación de los pliegos, no de la adjudicación final, en tanto que su asunción tácita implica el necesario ajustamiento de la actuación, administrativa y de los licitadores, a su contenido. No cabe, en fin, cuestionar la aplicación de las fórmulas previstas si las mismas no han sido impugnadas en su momento, so pena de contradecir los propios principios de seguridad jurídica, previsibilidad y tratamiento no discriminatorio de todos los licitadores.

Con relación a la falta de justificación en el expediente de la fórmula empleada, realmente tal justificación se contiene en el informe técnico sobre distintos aspectos del expediente de contratación (folios 10 a 28), en su apartado 8.1.1. Oferta económica (40 puntos), en donde se señala expresamente: "*Justificación: fórmula conforme con la instrucción de la Intervención Municipal y la Asesoría Jurídica del Excmo. Ayuntamiento de Almería de fecha 9 de octubre de 2017, de aplicación de fórmulas matemáticas en los criterios de valoración de la contratación administrativa*".

Precisamente el último "argumento" del recurso hace referencia al principio de "igualdad de trato" entre los licitadores. Según el recurrente, tal principio habría sido vulnerado "reiteradamente", con los ejemplos puestos de manifiesto, por la Comisión de Expertos, sobre todo ante la no consideración de las alegaciones esgrimidas. En primer lugar, los ejemplos de posibles irregularidades, atinentes a cualquiera de las ofertas presentadas, no constituyen elementos o indicios de vulneración sustantiva de un principio general. Las posibles infracciones deben derivar de hechos incontestados y contrastables que pongan de manifiesto un efectivo tratamiento discriminatorio en este caso del recurrente, como manifestación de la afección a los derechos e intereses legítimos del mismo. No puede entenderse que las decisiones técnicas de un órgano asesor constituyan infracciones materiales en tal sentido, porque sus actuaciones, basadas específicamente en el análisis técnico de las ofertas, no constituyen actos administrativos con afección sobre la situación de los licitadores. Las valoraciones técnicas de la Comisión de Expertos pueden lógicamente variar pero de eso no puede inducirse directamente un trato discriminatorio patente entre los licitadores, en tanto que la hipotética arbitrariedad proscrita en este punto, como desborde de la propia discrecionalidad técnica inherente a la actuación colaborativa de tales órganos, exigiría una prueba clara, evidente y ostensible de que la valoración no se ha ajustado a los criterios previstos en los pliegos, lo cual no puede apreciarse a partir de los datos y argumentaciones plasmados en el recurso presentado (lo cual, por lo demás, no queda desvirtuado a partir de la no consideración en su momento de las alegaciones efectuadas). De nuevo es necesario reiterar que la disconformidad con los criterios, elementos o fórmulas de baremación de las ofertas debería haberse puesto de manifiesto, en su caso, en el oportuno recurso contra los pliegos. No hacerlo en su momento implica, como es suficientemente conocido, el deber jurídico de ajustarse a los mismos, ya firmes y consentidos, puesto 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*" (por todas, Resolución TARCJA 221/2023, de 19 de mayo). Como dice el art. 139.1 LCSP, la presentación de las proposiciones por los interesados "*supone la aceptación incondicionada por el empresario*" del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones incluidas en los pliegos y documentación de la licitación, "*sin salvedad o reserva alguna*". Precisamente, el principio de igualdad de trato implica que todas las entidades licitadoras deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus proposiciones y de ser valoradas por la entidad adjudicadora (con independencia del resultado ulterior de tales valoraciones, y, sobre todo, de los análisis técnicos correspondientes), de tal forma que 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 (entre otras muchas, Resolución TARCJA 113/2020, de 14 de mayo).

- *Ajustamiento a lo previsto en el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato*

A mayor abundamiento de lo ya reseñado, es necesario subrayar que la verificación del cumplimiento del PPT no está sujeta realmente a reglas fijas. Parece reconducir el recurrente prácticamente el grueso de sus alegaciones a intentar demostrar no tanto que su oferta era la más adecuada desde el punto de vista de la relación calidad-precio sino que el adjudicatario final ha incumplido efectivamente dicho PPT. Y, si bien es verdad que cuando se trata de determinar si una oferta cumple o no el PPT se reduce el margen de discrecionalidad técnica –porque no se trata de valorar o evaluar una proposición, sino de verificar objetivamente si la misma cumple una requisitos técnicos concretos, "*hay supuestos* –como el aquí analizado a nuestro juicio- *donde resulta claro que la verificación del cumplimiento de una proposición por la entidad contratante exige un análisis técnico de mayor calado y complejidad, el cual, salvo prueba de error, arbitrariedad o falta de motivación, debe prevalecer sobre cualquier otro, encontrándose amparado en la doctrina de la discrecionalidad técnica tan reiterada en nuestras resoluciones*" (Resolución TARCJA 449/2020, de 17 de diciembre). En el caso aquí planteado, no se niega que puedan existir las irregularidades técnicas apuntadas por el recurrente, pero no se ha demostrado por el mismo el error patente, la discrecionalidad o la falta de motivación que desvirtuaría en su caso los análisis técnicos aportados al expediente, base del acuerdo final de adjudicación del órgano de contratación. Además, los incumplimientos de los requisitos o exigencias técnicas no pueden presumirse realmente *ab initio*, a los efectos de rechazar o minusvalorar una de las ofertas, pudiendo únicamente verificarse en la fase de ejecución del contrato, sin que sea razonable adivinar ni presumir que la entidad ahora adjudicataria, que ha asumido el compromiso de ejecutar la prestación con arreglo a las condiciones previstas en los pliegos, vaya a incumplirlo, salvo que de las especificaciones de la propia oferta quepa concluir, "*sin género de dudas*", que efectivamente se van a producir tales incumplimientos (entre otras muchas, Resolución TARCJA 258/2020, de 23 de julio), lo cual no queda demostrado a nuestro juicio tampoco en este caso. Como dice la más reciente Resolución TARCJA 377/2023, de 8 de septiembre, "*el incumplimiento ha de ser claro, es decir referirse a elementos objetivos, perfectamente definidos en el PPT, y deducirse con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, de tal suerte que solo cuando el incumplimiento sea expreso, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión*", o, en nuestro caso, más restrictivamente incluso, la anulación de la adjudicación en base a meras argumentaciones de contravención técnica con los pliegos, rechazadas en cualquier caso por los órganos técnicos de baremación y asesoramiento. Las alegaciones vertidas en el escrito de recurso no llegar a desvirtuar, a nuestro juicio, la presunción

de acierto y razonabilidad del análisis o pronunciamiento técnico de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación y baremación técnica de las ofertas, no habiéndose acreditado por la entidad recurrente que se hayan superado los límites de la discrecionalidad técnica.

Procede, pues, la desestimación del presente recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por Don M. J. M. T., en nombre y representación de 2MTARQUI S. L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicios "Asistencia técnica para redacción de proyectos y dirección facultativa de las obras de edificio plurifamiliar para 92 viviendas de protección oficial, locales y garajes en la Parcela RP-A-1/1 del Sector SUP ACA 09/802 Almería" (Expte. AT-01/2023) promovido por la Empresa Municipal Almería XXI S. A. del Ayuntamiento de Almería, levantándose consecuentemente la suspensión de la ejecución de dicho acuerdo.

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

NOTIFÍQUESE la presente RESOLUCIÓN a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta Resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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 arts. 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

MELLADO RUIZ LORENZO - 26479658B

Firmado digitalmente por MELLADO RUIZ LORENZO - 26479658B
Fecha: 2024.04.05 09:06:43 +02'00'

Fdo. Lorenzo Mellado Ruiz
Presidente TARCAL