



Recurso nº 411/2016 C.A. Galicia 48/2016

Resolución nº 488/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de junio de 2016.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.R., en representación de FORMEGA (Fundación Galega do Metal para a Formación, Cualificación e Emprego), contra la adjudicación del lote nº 6 del *“Contrato de Servicio, por lotes, para la impartición de acciones formativas en los Centros de Formación Profesional para el Empleo dependientes de la Consejería de Economía, Empleo e Industria”* de la Xunta de Galicia (Expediente 90/2015), el Tribunal ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Consejería de Economía, Empleo e Industria de la Xunta de Galicia convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de Galicia el día 19 de enero de 2016, licitación para la adjudicación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicio, por lotes, para la impartición de acciones formativas en los Centros de Formación Profesional para el Empleo dependientes de dicha Consejería, cuyo valor estimado es de 7.863.385,06 euros.

Segundo. Dicho contrato se dividió en 17 lotes. Para el lote nº 6, *“Impartición de acciones formativas correspondientes a las especialidades de la familia ‘Fabricación mecánica’”*, se recibieron 2 ofertas, una de ellas de la entidad recurrente.

Tercero. En acta de 1 de marzo de 2016, tras conceder un plazo de enmienda y complemento de la documentación incluida en el sobre A, la mesa de contratación acordó admitir al procedimiento a todas las empresas licitadoras. En el mismo acta de 1 de marzo de 2016 se procedió a la apertura del sobre B.

Cuarto. El 14 de marzo de 2016 se procedió a la cuantificación de los criterios sometidos a juicio de valor, obteniendo:

- FUNDACIÓN GALLEGA DEL METAL PARA LA FORMACIÓN, CUALIFICACIÓN Y EMPLEO (FORMEGA): 42 puntos.
- UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL: 41 puntos.

Quinto. En acta de 21 de marzo de 2016 se procedió a la apertura del Sobre C “criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas de las empresas admitidas a la licitación”.

En este caso la proposición de la UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL podía ser considerada en baja anormal o desproporcionada, debido a que la baja de la oferta económica excede en 10 unidades porcentuales al promedio aritmético de los resultados obtenidos por cada una de las proposiciones presentadas (cláusula 6.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares). El promedio aritmético de los resultados obtenidos por las proposiciones presentadas es de 10,52, siendo el límite de la baja anormal o desproporcionada de 20,52 (exceso de 10 unidades porcentuales de la citada media aritmética). El porcentaje de baja de esa entidad consiguió 21,04 unidades porcentuales. Por ello, en esa misma fecha, se solicitó a UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL la justificación de *“la valoración de la oferta y precise las condiciones de esta, en particular en el que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones vigentes relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en el que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda del Estado”*, de acuerdo con el Artículo 152.3 TRLCSP.



Sexto. El 23 de marzo de 2016 se presentó por UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL escrito de alegaciones y documentación aneja para justificar la baja.

A la vista de esta documentación, el órgano de contratación, en acta de 4 de abril de 2016, consideró adecuadamente justificada la baja anormal o desproporcionada y procedió a la cuantificación de los criterios sometidos a fórmulas, obteniendo la empresa adjudicataria 46 puntos, por lo que se adjudicó el contrato a UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL, al presentar la oferta más ventajosa, con una puntuación total de 87 puntos , frente a los 46 totales que obtuvo FUNDACIÓN GALLEGA DEL METAL PARA LA FORMACIÓN, CUALIFICACIÓN Y EMPLEO (FORMEGA).

El 28 de abril de 2016 se notificó la resolución a los dos licitadores que concurrieron en el Lote 6.

Séptimo. El 16 de mayo de 2016 se interpuso recurso especial por parte de FUNDACIÓN GALLEGA DEL METAL PARA LA FORMACIÓN, CUALIFICACIÓN Y EMPLEO (FORMEGA). Se ha presentado ante este Tribunal por parte del órgano de contratación informe relativo a la tramitación del procedimiento. El 30 de mayo de 2016 se presentó escrito de alegaciones por la UTE G12 GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS SL / ACADEMIA LIDERSYSTEM SL / CENTRE DE FORMACIÓ FOLGADO, SLU / CONFORTEC CENTRO DE FORMACIÓN SL / FORMACIÓNEXTREMEÑA 2012 SL.

Octavo. Con fecha de 26 de mayo de 2016 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó el mantenimiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación respecto del lote nº 6, producida automáticamente por recurrirse el acto de adjudicación (artículo 45 del TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de FUNDACIÓN GALLEGA DEL METAL PARA LA FORMACIÓN, CUALIFICACIÓN Y EMPLEO (FORMEGA) el acuerdo de adjudicación del contrato del servicio por lotes, para la impartición de acciones formativas en los centros de formación profesional para el empleo dependientes de la Consellería de Economía, Empleo e Industria (Expediente: 90/2015) Lote 6: Impartición de acciones formativas correspondientes a las especialidades de la familia “Fabricación mecánica”.

Segundo. Se ha cumplido las prescripciones formales en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por el artículo 42 del TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al haber concurrido a la licitación de la que resultó excluido.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación. En efecto, según el artículo 44.2 del TRLCSP *«El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4»*.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia en fecha 12 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

El recurso se dirige contra el acuerdo de adjudicación, por entender que adolece de defectos que dan lugar a la nulidad de pleno derecho o, subsidiariamente, anulabilidad del mismo. En particular, se refiere al otorgamiento de puntuaciones a las homologaciones presentadas por la empresa adjudicataria; homologaciones que, a su juicio, no pueden considerarse vigentes,

amén de insuficientes. Por otro lado, considera que la adjudicataria carece de solvencia técnica para la prestación del servicio y considera que la constitución de la recurrente en Unión Temporal de Empresas tiene carácter ficticio y persigue como finalidad integrar esta solvencia de la que carece, fundando este argumento en la desproporcionada participación de cada una de las sociedades que la componen. En un motivo titulado “cuarto”, a continuación del “segundo” sin que se haya localizado un “tercero”, se aduce la insuficiencia de personal y la falta de cualificación y experiencia del mismo, exponiendo supuestos específicos que parten de una configuración de fechas que, por dilación del procedimiento, no podrán respetarse, habiendo, algunas de ellas, precluido. Por último invoca la vulneración del principio de transparencia, al no haber recibido trámite alguno ante la eventual baja desproporcionada en que incurría la adjudicataria, así como (aunque con carácter preliminar a los motivos del recurso) la falta de comunicación de cierta información, bajo el escudo de estar protegida por el secreto comercial.

Séptimo. El órgano de contratación sostiene la validez del acuerdo de adjudicación y hace un exhaustivo análisis de los motivos invocados por la recurrente, indicando el precepto normativo específico que ampara cada una de las actuaciones que se han desarrollado. El adjudicatario, tras la exposición de ciertos antecedentes relativos a la condición del recurrente como prestador del servicio durante los cuatro ejercicios anteriores (en que también incide el órgano de contratación) se opone a los motivos invocados en el recurso haciendo referencia a la normativa que ampara la legalidad de la resolución de adjudicación.

Octavo. En primer lugar, como motivo inicial, se refiere la recurrente ala indebida toma en consideración de las homologaciones que presentó la adjudicataria en su oferta. En este apartado, la puntuación obtenida es similar entre las dos licitadoras, cinco y cuatro puntos respectivamente, adjudicataria y recurrente.

Así, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en su punto 6, precisa «6.2.2. *Inscripción, acreditación u homologación de los licitadores en algún registro oficial de formación profesional para el empleo, en las especialidades objeto del contrato (hasta 10 puntos).- Se hará una valoración proporcional en función del número de especialidades objeto del contrato en las que se encuentre homologado, inscrito o acreditado el licitador, de la siguiente manera: [...] Lote 6 Inscripción, acreditación u homologación en las diez*

especialidades 10 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en las nueve especialidades 9 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en las ocho especialidades 8 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en siete especialidades 7 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en seis especialidades 6 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en cinco especialidades 5 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en cuatro especialidades 4 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en tres especialidades 3 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en dos especialidades 2 puntos. Inscripción, acreditación u homologación en una especialidad 1 punto».

Sin perjuicio de los que se expondrá posteriormente, las cuestiones relativas a la vigencia y contenido de las homologaciones y certificaciones aportadas deben sustanciarse ante el órgano competente que las haya otorgado, sin que este Tribunal, por imperativo del principio de lealtad institucional consagrado en el Artículo 4.1 a) LRJPAC (Ley 30/1992, 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) pueda interferir en el ejercicio legítimo de sus competencias por los órganos titulares de la potestad correspondiente.

Pues bien, para resolver este motivo, debe tenerse en cuenta el cuadro de criterios de adjudicación que establece el pliego, pues como ya ha establecido este Tribunal en multitud de ocasiones, el pliego constituye la ley del contrato y a su contenido deben someterse todos los licitadores, así como la propia Administración. En efecto, señala la **Resolución 253/2011** que *“de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre*



*aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas". Tesis que ha sido reiterada en la **Resolución nº 153/2013** y más recientemente en la **348/2014**, de 30 de abril. Así, en resoluciones de este Tribunal **178/2013**, **17/2013** y **45/2013** se hace referencia a la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sentada en la sentencia de 19 de marzo de 2001 (Sección Séptima) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la Resolución **321/2013**, donde, con cita de la **178/2013**, en la que se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra "los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación"»*

Atendido que la recurrente no formuló oposición alguna a los criterios de adjudicación que figuraban en el Pliego, debe entenderse que los aceptó y no puede impugnarlos en este

momento. Por otro lado, como pone de manifiesto el órgano de contratación en el informe que ha presentado, atendido que los cursos deben prestarse en locales del propio organismo, la existencia de estas homologaciones facilita la ejecución del contrato que, en todo caso, se desarrollará en instalaciones de la Conselleria.

Noveno. El segundo motivo de impugnación pivota en la ausencia de solvencia técnica de la adjudicataria para la prestación del servicio.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, bajo la rúbrica «*Documentación acreditativa del cumplimiento de requerimientos previos para contratar con la Administración*» señala «*Solvencia Técnica o Profesional: según lo establecido en los artículos 78.1 y D.T. 4ª del TRLCSP y 11 del RGLCAP modificado por el Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, la empresa deberá acreditar su solvencia técnica y profesional mediante la presentación de la siguiente documentación: — Relación de los principales servicios y acciones formativas análogas finalizados en los últimos 5 años, ordenados según la fecha de finalización, que incluya la denominación y objeto concreto, importe, fechas y destinatario, público o privado, según tabla que figura como Anexo III de este pliego. Para ser admitidas a la licitación, las empresas deberán acreditar, en cada lote al que liciten, trabajos o servicios análogos, por importe igual o superior al de licitación, siempre que el objeto de los contratos sea similar al de esta contratación y los trabajos hayan finalizado en los 5 años anteriores al final del plazo de presentación de ofertas. Los servicios o trabajos análogos efectuados se acreditarán mediante certificaciones expedidas o visadas por el órgano competente cuando el destinatario sea una entidad del sector público, o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante una certificación expedida por este o, a falta de esta certificación, mediante una declaración del licitador. Sólo se tendrán en cuenta a efectos de acreditar la solvencia los trabajos o servicios relacionados con el objeto de la presente contratación, que aparezcan relacionados y respecto de los cuales se aporten certificaciones o declaración del empresario a que se hace referencia en este apartado. Se entiende por trabajos análogos la impartición de acciones formativas, del fichero de especialidades formativas del Servicio Público de Empleo Estatal, de la misma familia profesional del lote al que se licita. En el caso del lote 15 y 16 se entiende por trabajos análogos la impartición de acciones formativas, del fichero de especialidades formativas del Servicio Público de Empleo Estatal, de la misma área profesional del lote al que se licita. De acuerdo con el artículo 146.5 del TRLCSP, el momento decisivo para*

apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidas para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Asimismo, de acuerdo con el artículo 65 del TRLCSP, en esta contratación la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, sólo se puede acreditar con el cumplimiento de los requisitos específicos exigidos en los apartados anteriores, ya que el objeto del contrato no está incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes».

Para sostener el motivo la recurrente se apoya en la constitución de una UTE de carácter ficticio, sin aportar elemento alguno que acredite esta circunstancia; e invoca la desigual distribución de cuotas entre las empresas integradas en la misma. A este respecto, pone de manifiesto que la entidad que mayor participación tiene en la UTE es la que menor solvencia acredita (aporta un único certificado por importe cercano a los 30.000 €). Los porcentajes de distribución de beneficios entre las sociedades integradas en UTE es una cuestión de naturaleza eminentemente privada, ajena al presente recurso, y que debe ventilarse entre las propias entidades integradas. Lo cierto es —y así lo asume la propia recurrente en la redacción de su argumento— que cada una de las entidades integradas en UTE reúne los requisitos de capacidad y solvencia para ser adjudicatarios en el contrato que se somete a consideración en el presente recurso.

Por otro lado, en cuanto a la eventual lejanía geográfica de las entidades que menor participación tienen en la UTE y que mayor número de certificaciones aportan, es igualmente una cuestión accesorio, pues —así lo expresa el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y lo remarca el órgano de contratación en su informe— ya que los servicios se prestan en las instalaciones de la Conselleria. Es más, al definir el objeto del contrato, el punto 2.1 del PCAP precisa que «El objeto de la presente contratación es la realización de un servicio, por lotes, para la impartición de acciones formativas en los centros de formación profesional para el empleo dependientes de la Consellería de Economía, Empleo e Industria». Por ello, es irrelevante que la ubicación geográfica de las entidades integradas en UTE esté más próxima a los centros titularidad de la Conselleria.

Atendido que cada una de las empresas reúne los requisitos de capacidad y solvencia exigidos en el PCAP y que no se aporta elemento alguno que si quiera indiciariamente

acredite la eventual constitución de la UTE con finalidad fraudulenta, el motivo debe ser rechazado de plano.

Décimo. El siguiente motivo de impugnación se refiere a la insuficiencia de personal, y a la carencia de cualificación y experiencia del disponible, en sendos apartados separados.

En primer lugar, en cuanto a la insuficiencia de medios personales, invoca la infracción del punto 8.1.3 del PCAP, que precisa que *«Documentación acreditativa de disponer efectivamente de los medios personales que se comprometió a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2 del TRLCSP. Se deberá concretar para cada lote en el que el licitador haya presentado la proposición económicamente más ventajosa, las personas que se correspondan con el número y perfiles de los integrantes del grupo de trabajo ofertado (juntando currículum, titulación y experiencia, que en el caso de los formadores se adecuará a las prescripciones requeridas en los certificados de profesionalidad)»*.

En este sentido, la acreditación de estos medios personales forma parte de la fase de ejecución, y por parte del órgano de contratación se requiere la acreditación de este extremo al amparo del artículo 151.2 TRLCSP. Los elementos que toma en consideración la recurrente para poner de manifiesto su criterio en relación con la insuficiencia de medios personales, se basan en meras hipótesis no constatables en la realidad, máxime cuando la dilación en la tramitación del procedimiento exigirá un replanteamiento de las fechas previstas inicialmente para la realización de los cursos.

Como segundo apartado, se refiere a la insuficiente cualificación y/o experiencia de los profesionales, enumerando dos supuestos, que contesta el órgano de contratación desvirtuando su contenido. En efecto, sostiene que, para el curso de operaciones auxiliares de fabricación mecánica, se exige titulación o experiencia de cuatro años. A este respecto, con fundamento en la Orden ESS/1987/2013 que desarrolla el Real Decreto 34/2008, 18 de enero, el órgano de contratación se refiere a la posibilidad de acreditar la experiencia profesional mediante la docencia en el ámbito de la unidad de competencia que se asocia dicha formación. Al amparo de esta previsión, se aporta relación de los cursos impartidos para los trabajadores desempleados, que suple la falta de formación oficial.

En cuanto al supuesto dos que plantea la recurrente, pone de manifiesto el órgano de contratación y asume este Tribunal, con referencia al Real Decreto 189/2003 que desarrolla el Real Decreto 34/2008, que la experiencia exigida es de un año, y se acredita cumplidamente la misma con la documentación aportada por la adjudicataria.

Atendido que los requisitos quedan cumplidamente acreditados, el motivo de impugnación debe ser rechazado.

Undécimo. Por último, se refiere la recurrente a la conculcación del principio de transparencia, en lo que se refiere al trámite otorgado al licitador para justificar la baja desproporcionada, así como en la no aportación de la totalidad de la documentación solicitada por la recurrente, amparándose el órgano de contratación en el deber de secreto comercial.

Por lo que respecta a la justificación de la baja desproporcionada, sin perjuicio que el apartado 6.3 PCAP no fue impugnado, se trata de un reiteración del contenido del artículo 152.3 TRLCSP, a tenor del cual *«cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente. Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada»*. Por ello, la eventual existencia de una baja desproporcionada debe analizarse entre el órgano de contratación y el licitador incurso en el eventual defecto, sin que exista intervención alguna

prevista legalmente para el resto de los licitadores. Por este motivo, debe rechazarse el argumento expuesto por la recurrente.

En cuanto a la no exposición de la documentación afectada por el secreto comercial, debe remarcarse —como ponen de manifiesto tanto el órgano de contratación, como el adjudicatario— que la recurrente declaró toda su oferta como confidencial, sin que concretara ulteriormente, a requerimiento del órgano de contratación, la documentación que debía revestir tal carácter. Por su parte, el adjudicatario fue requerido el 6 de mayo de 2016 para concretar estos aspectos, contestando y especificando la documentación afectada mediante escrito de la misma fecha.

Pues bien, debe traerse a colación lo expuesto en el recurso 416/2016, en relación con esta misma cuestión, suscitada en relación con el Lote n.º 4 de este mismo expediente de contratación: *«Con fecha de 19 de mayo de 2016 se les permitió acceder al informe de valoración completo, pero sin facilitar copia del mismo, y se concedió un acceso parcial a las restantes ofertas, con exclusión del contenido declarado confidencial, sin que la UTE recurrente considere que en el caso de la adjudicataria dicho contenido forme parte del secreto profesional»*.

La apreciación de una vulneración de los principios aplicables a la contratación pública (artículos 1 y 139 del TRLCSP) requiere no sólo su mera alegación sino su cumplida probanza, incumbiendo la carga de la prueba al licitador que invoque dicha vulneración.

En el supuesto que se examina la UTE recurrente no acredita, a juicio de este Tribunal, la invocada vulneración del principio de transparencia. Es más, las circunstancias a las que anuda esa falta de transparencia administrativa no pueden considerarse suficientes a tales efectos.

Efectivamente, la UTE recurrente tuvo acceso el 19 de mayo de 2016 al contenido completo del informe técnico de valoración, y a la parte de las ofertas del resto de licitadores no declaradas confidenciales por los mismos. Indica el órgano de contratación en su informe que, previamente (el 11 de mayo de 2016), mediante correo electrónico, requirió a otra licitadora (FORMEGA) para que concretase y motivase los aspectos confidenciales de su oferta técnica, ya que había declarado como confidencial la totalidad de la misma, requerimiento que

fue contestado por la empresa interesada el 18 de mayo de 2016. Y que, tan pronto como fue contestado ese requerimiento, se dio cita a la UTE recurrente para efectuar, el día siguiente, el examen documental solicitado. En definitiva, evacuado ese trámite tendente a la concreción de la parte verdaderamente confidencial de la oferta de una tercera empresa, se dio a la recurrente vista del informe de valoración completo y de la parte no declarada confidencial por los licitadores afectados, siendo la actuación administrativa ajustada a Derecho y a la doctrina de este Tribunal, que considera que no es admisible una declaración de confidencialidad que abarque a la totalidad de la oferta técnica (Resoluciones 45/2013, de 30 de enero, y 288/2014, de 4 de abril, entre otras muchas).

De hecho, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el alcance de la confidencialidad en otro recurso sustanciado entre las mismas partes. Así, en la Resolución 506/2014, de 4 de julio, la UTE ZENCIA FORMACIÓN E INGENIERÍA, S.L.U. -FUENTE DE CASTEDA, S.L.U. también alegó falta de transparencia por no haber tenido acceso a la documentación declarada confidencial por la adjudicataria, la Fundación Laboral de la Construcción, en un recurso interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, por lotes, para la impartición de acciones formativas en los Centros de Formación Profesional para el Empleo dependientes de la Consejería de Trabajo y Bienestar Social de la Xunta de Galicia. Y en dicha Resolución se indicó, a este respecto, lo siguiente:

“El Tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de la declaración de confidencialidad de las ofertas realizada por los licitadores al amparo del artículo 140 TRLCSP. De entre las resoluciones en que se recoge tal doctrina -que coincide básicamente con la que citan el recurrente y el órgano de contratación- la Resolución nº 288/2014, de 4 de abril, sintetiza la doctrina del siguiente modo:

<< b) Respecto a la falta de acceso de la recurrente a la oferta técnica de la adjudicataria, con base en el principio de confidencialidad.

Al principio de confidencialidad se refiere el art. 140.1 del TRLCSP al disponer que ‘sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan

designado como confidencial; este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales y a los aspectos confidenciales de las ofertas’.

Por su parte, el artículo 153 del TRLCSP prevé la posibilidad de que el órgano de contratación no comunique determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma, ser contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas. Este artículo hace referencia a la ‘divulgación de la información’; dentro de este concepto genérico ha de entenderse incluido el acceso a los documentos que contienen la información referida, cuyo acceso se verá limitado en igual medida.

El Tribunal viene entendiendo que, en el conflicto entre el derecho de defensa del licitador descartado y el derecho a la protección de los intereses comerciales del licitador adjudicatario, se ha de buscar el necesario equilibrio de forma que ninguno de ellos se vea perjudicado más allá de lo estrictamente necesario (por todas, Resoluciones 199/2011 y 62/2012, antes citadas).

A estos efectos, este Tribunal entiende que esta obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta realizada por el adjudicatario, habida cuenta de que el propio artículo 140.1 del TRLCSP garantiza que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de publicidad e información que debe darse a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en el artículo 151.4 del TRLCSP, habiendo entendido el Tribunal (Resolución 45/2013, de 30 de enero) que una extensión de la confidencialidad a toda la proposición del adjudicatario podría estar incurso en fraude de ley en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil. En la Resolución 62/2012 el Tribunal concluyó que ‘puesto que la adjudicataria del contrato de forma indiscriminada ha calificado como confidencial toda la documentación incluida en su proposición, cuestión ésta del todo improcedente, corresponderá al órgano de contratación, al objeto de dar cumplimiento al principio de publicidad y transparencia consagrado en la LCSP (ahora TRLCSP) y así motivar suficientemente la adjudicación, determinar aquella documentación de la proposición de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos

confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente, y en su caso a la propia UTE recurrente -de solicitarlo expresamente la misma-, las causas que determinan el carácter confidencial de la citada documentación, sin que como consecuencia de ello pueda resultar la motivación de la adjudicación insuficiente a los efectos de interponer recurso especial suficientemente fundado'.

(...)

El artículo 145.2 del TRLCSP garantiza el secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública, pero, como se señaló por el Tribunal en su Resolución 45/2013, de 30 de enero, 'una vez adjudicado el contrato (y, por tanto, ya consumada la licitación pública), las limitaciones al acceso de los interesados de datos relativos a la adjudicación sólo procederá en los casos previstos en el artículo 153 y, en particular, respecto al contenido de las ofertas de los licitadores, la limitación de acceso a su contenido debe adecuarse a las exigencias del artículo 140.1'. (...)"

La posibilidad de declarar la confidencialidad de determinados aspectos de la oferta técnica resulta avalada, en el presente caso, tanto por lo dispuesto en el artículo 140.1 del TRLCSP como por la cláusula 5.1.2 del PCAP aplicable al contrato. El artículo 153 del TRLCSP legitima además a la Administración a no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere que ello puede perjudicar a los intereses comerciales legítimos de los licitadores o a la competencia leal entre ellos.

Por lo demás, resulta paradójico que la UTE ZENCIA FORMACIÓN E INGENIERÍA, S.L.U - FUENTE DE CASTEDA, S.L.U., conocedora, en su condición de recurrente, de la citada Resolución 506/2014, cuestione la aplicación del secreto comercial por la entidad que ha resultado adjudicataria, pero que ella misma, al concurrir a la licitación, declarase confidencial todo el contenido de su oferta técnica (Página 2 del documento 17.2.1 del expediente de contratación remitido).

Partiendo de la posibilidad legal de declarar la confidencialidad de determinados aspectos de la oferta técnica, procede examinar si existe fundamento jurídico que avale la concreta declaración de confidencialidad que efectuó la entidad adjudicataria, y que se extiende a tres concretos aspectos de su oferta técnica (página 5 del documento 16.2 del expediente de

contratación): los criterios pedagógicos, las evidencias de las pruebas de evaluación, y los Anexos.

De los antecedentes de los que dispone este Tribunal (Resolución 506/2014), de las alegaciones de la adjudicataria y del órgano de contratación se desprende que la Xunta de Galicia viene convocando periódicamente contratos similares al que se examina, con aplicación, en algunos casos, de idénticos criterios de valoración, teniendo los procedimientos de contratación carácter anual o bianual. Es lógico entender que las empresas que habitualmente concurren a dichas licitaciones tengan interés legítimo en preservar determinados aspectos de sus ofertas técnicas referidos a su concreto “know how”, y que puedan ser determinantes de que la adjudicación recaiga a su favor. Como se ha indicado, la propia recurrente declaró (indebidamente) la confidencialidad de toda su oferta técnica lo que, con independencia de las alegaciones que ahora efectúa en sede de recurso, supone un reconocimiento implícito de la posible vinculación entre el contenido de las ofertas técnicas de esta licitación y el secreto comercial.

Bajo la anterior premisa, cabe concluir fundadamente que los aspectos declarados confidenciales por la adjudicataria (criterios pedagógicos de las acciones formativas a impartir, evidencias de las pruebas de evaluación, y Anexos) formen parte del denominado “secreto comercial”, y ello a la vista de su contenido (documento 16.2 del expediente), comprensivo de estrategias metodológicas, planificación de la evaluación, ejemplos de prueba, fichas técnicas de pruebas, modelos de cuestionarios..., a los que razonablemente cabe conferir carácter reservado, por estar directamente relacionado con la estrategia comercial de la adjudicataria.

Recapitulando, queda acreditado que la UTE recurrente tuvo acceso a la totalidad del informe de valoración y a la parte de las ofertas técnicas de los otros licitadores no declaradas confidenciales, declaración de confidencialidad que, en el caso de la entidad adjudicataria, se considera proporcional y objetivamente justificable, por lo que no cabe apreciar vulneración del principio de transparencia.

Tampoco cabe apreciar dicha vulneración por la circunstancia de que la Administración contratante adjudicase el contrato sin atender a las alegaciones de la UTE recurrente en

orden a la modificación de sus valoraciones técnicas, ni por el hecho de que, durante la comparecencia para el examen de la documentación solicitada, no se le entregara a la UTE compareciente copia de la documentación examinada.

Respecto de lo primero, del relato de los hechos reflejado en los antecedentes se desprende que, una vez hechos públicos los resultados de los sobres C, la UTE recurrente dirigió sucesivos correos electrónicos a la Administración contratante solicitando el acceso a documentos relacionados con los Sobres B y su valoración, y objetando a las concretas puntuaciones asignadas en el informe técnico. La Administración atendió a las solicitudes de vista del expediente formuladas por la UTE recurrente y explicó verbalmente, según se reconoce en el recurso, algunos aspectos de las valoraciones. Pero ningún precepto del TRLCSP impone a la Administración, una vez que ha efectuado la valoración técnica de las ofertas de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, supeditar el trámite de adjudicación a la contestación de las alegaciones de los licitadores que discrepen de sus valoraciones, quedando siempre a salvo el derecho de los licitadores de interponer los recursos que procedan. En otras palabras, que la Administración adjudicase el contrato manteniendo sus valoraciones técnicas y sin atender las alegaciones formuladas de contrario por la UTE recurrente no constituye infracción del principio de transparencia ni de ningún otro principio de la contratación pública.

En cuanto a lo segundo, y de acuerdo con lo indicado por el órgano de contratación en su informe, el TRLCSP no impone al órgano de contratación, cuando concede vista del expediente a los licitadores, facilitar copias del mismo. Como se indicó en la Resolución 221/2016, de 31 de marzo, “En cualquier caso, la solicitud de acceso formulada por alguno de los recurrentes, lo ha sido inadecuadamente por cuanto lo que se reclama es la remisión de copia de todo el expediente, obligación que la Ley no impone al órgano de contratación. En efecto, éste debe dar vista del expediente, en los casos en que proceda de conformidad con lo anteriormente indicado, pero en ningún caso el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público le impone la obligación de entregar copias. En consecuencia la presente alegación no puede prosperar”.

Por todo lo expuesto, procede desestimar este motivo de recurso».

La identidad fáctica, e incluso personal en algunos puntos de sendos recursos, permite aplicar plenamente la misma doctrina para resolver el presente motivo de impugnación, que debe correr suerte desestimatoria.

Duodécimo. Solicita el órgano de contratación la imposición de multa por mala fe de la recurrente en la interposición del presente recurso, que ha motivado la suspensión del procedimiento en tanto no sea resuelto el recurso.

Ciertamente, la interposición del recurso de forma temeraria o con mala fe justificaría la imposición de la multa, si bien debe tenerse en cuenta que la misma debe ser palmaria, de tal suerte que no pueda existir una interpretación razonable y favorable a la creencia de actuar en el ejercicio legítimo de un derecho. En efecto, la mala fe debe ser probada por quien la invoca y atendido el carácter netamente sancionador de la multa, deben aplicarse los principios de presunción de inocencia (haber interpuesto el recurso con buena fe) e in dubio pro reo (ante la duda, entender que la actuación venía presidida por la buena fe). Por ello, aunque ciertamente, los motivos del recurso no pueden de ninguna de las maneras obtener favorable acogida por este Tribunal, lo cierto es que se refieren a una interpretación de la definición del objeto del contrato, errónea e imputable únicamente a la propia recurrente. El error puede haber venido motivado precisamente por el hecho de ser el anterior adjudicatario y haber visto su interpretación de los Pliegos contaminada por el contenido de los del anterior contrato. Por ello, no procede la imposición de multa.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.S.R., en representación de FORMEGA (Fundación Galega do Metal para a Formación, Cualificación e Emprego), contra la adjudicación del lote nº 6 del *“Contrato de Servicio, por lotes, para la impartición de acciones formativas en los Centros de Formación Profesional para el Empleo dependientes de la Consejería de Economía, Empleo e Industria”* de la Xunta de Galicia (Expediente 90/2015).

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación del lote nº 6, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta 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.