

**Recurso 528/2024**  
**Resolución 505/2024**  
**Sección Tercera**

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

Sevilla, 15 de noviembre de 2024

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **KAIZENOW, S.L.**, contra el acuerdo de 28 de octubre de 2024 por el que se la excluye del procedimiento de contratación denominado «Servicio de elaboración y gestión de la estrategia de redes sociales de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación», (Expte. CONTR 2024 201620), tramitado por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 9 de octubre de 2024 se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. El mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato de 141.246,48 €.

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

Mediante acuerdo de 28 de octubre de 2024 se acuerda excluir del contrato citado en el encabezamiento a la entidad recurrente.

**SEGUNDO.** El 5 de noviembre de 2024, la entidad recurrente, presentó en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación, el cual ha sido remitido en el plazo que establece el artículo 56 de la LCSP a este Tribunal, es decir en el plazo de dos días, junto con toda la documentación necesaria para su resolución.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de fecha 8 de noviembre de 2024, se dio traslado del recurso a los interesados, licitadores en dicho procedimiento de contratación.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados con traslado del escrito de recurso por plazo de cinco días hábiles, no consta que se hayan presentado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación. El citado artículo 48 de la LCSP, en lo que aquí concierne dispone que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso (...)»*.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

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

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación contenida en el procedimiento de recurso, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

#### 1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente interpone recurso especial contra su exclusión señalando:

*«Que en el expediente de licitación pública con referencia: CONTR 2024 201620 y objeto 'Servicio de elaboración y gestión de la estrategia de redes sociales de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación', la empresa Kaizenow SL ha sido excluida de la licitación por "mostrar en el sobre electrónico nº2 información relevante del sobre electrónico nº3, anticipando un criterio de valoración automático en el sobre destinado a incluir los criterios de valoración sujetos a juicio de valor (...)»*.

Expresa que se vulnera con ello los principios de igualdad y no discriminación *“entre licitadores del artículo 132 de la LCSP, y contraviene, así mismo, la forma de presentación de las proposiciones que exigen el pliego de cláusulas administrativas particulares en la cláusula 9.2. y el Anexo I (artículos 139 y 157.2 de la LCSP)”*.

Estima que la propuesta técnica *“está dividida de manera inequívoca en elementos sometidos a juicios de valor, y que la propuesta económica se soluciona mediante fórmulas, el hecho de hacer referencia dentro de la propuesta*



*técnica a algún elemento no contemplado entre aquellos sometidos a juicio de valor no debe influir en el análisis de los mismos, en tanto que los resueltos por juicios de valor refieren a acciones suficientemente específicas. La referencia incluida en el sobre 2 sobre propuesta económica, suponiendo un posible error por parte de nuestra empresa, no responde a ninguna intencionalidad ni elemento condicionante al comité evaluador. En el sobre 3 sí se incluyó la propuesta económica según el formulario dispuesto al efecto”.*

Estima que en el acuerdo de exclusión “no se hace mención alguna a qué elementos puedan contravenir los principios de igualdad y no discriminación referenciados ni se advierte de la posible exclusión en caso de incluir algún dato en la propuesta técnica que no se refiere inequívocamente a los elementos que refleja el pliego de condiciones.

*Entendemos, pues, que al no haber dolo ni influencia real en el hecho de haber incluido en la propuesta técnica un elemento que el pliego no contemplaba en ese apartado, como cualquier otro elemento que no se reflejara en la documentación y que se hubiera podido añadir, la causa de la exclusión es interpretativa».*

## 2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso mantiene que “mostrar en el sobre electrónico nº2 información relevante del sobre electrónico nº3, anticipando un criterio de valoración automático en el sobre destinado a incluir los criterios de valoración sujetos a juicio de valor. Esto vulnera los principios de igualdad y no discriminación entre licitadores del artículo 132 de la LCSP, y contraviene, así mismo, la forma de presentación de las proposiciones que exigen el pliego de cláusulas administrativas particulares en la cláusula 9.2. y el Anexo I (artículos 139 y 157.2 de la LCSP)”.

Básicamente fundamenta su defensa citando una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales la 1210/2017. Señala igualmente que la exclusión está prevista en el PCAP aprobado, y respecto a que la causa de exclusión, cuando expresa que es interpretativa, manifiesta que la misma resulta de ser doctrina reiterada de los órganos especiales que resuelven el recurso especial en materia de contratación.

## **SEXTO. Consideraciones del Tribunal.**

La controversia que el recurso plantea se centra en discernir si la incorporación en el sobre 2, de determinada información, relativa a aspectos valorables mediante criterios de adjudicación automáticos, ha vulnerado, o no, los principios de objetividad e imparcialidad informadores del procedimiento de licitación, a la vista de las observaciones contenidas en el informe técnico de valoración de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. La respuesta a esta cuestión permitirá determinar la procedencia, o no, de atender a las pretensiones de la recurrente.

En la revisión de la documentación de la empresa KAIZENOW, S.L. se observó que en su documento identificado en SiREC como “OCT2024 PROPUESTA CONSEJERÍA UNIVERSIDADES”, cuyo título es “PROPUESTA PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE ELABORACIÓN Y GESTIÓN DE LA ESTRATEGIA DE REDES SOCIALES DE LA CONSEJERÍA DE UNIVERSIDAD, INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN”, se incluyó en el índice el epígrafe “PROPOSICIÓN ECONÓMICA”.

Al analizar su contenido se concluyó que contenía los valores de la oferta económica de esta empresa y que ello vendría a suponer una vulneración de los principios de objetividad, transparencia, imparcialidad y secreto de las ofertas evaluables automáticamente.



Pues bien, este Tribunal ha establecido la doctrina sobre la introducción de aspectos de la oferta evaluables con arreglo a criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, en el sobre de documentación a valorar conforme a criterios que dependen de un juicio de valor, entre otras, en las Resoluciones 180/2021, de 6 de mayo, 398/2021, de 21 de octubre y 277/2022, de 20 de mayo.

Siguiendo la citada doctrina, ha de partirse del antepenúltimo y penúltimo párrafo del artículo 146.2.b) de la LCSP que disponen que *«En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. La citada evaluación previa se hará pública en el acto en el que se proceda a la apertura del sobre que contenga los elementos de la oferta que se valoraran mediante la mera aplicación de fórmulas»*.

Asimismo, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público establece que *«La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos»*, y el artículo 30.2 del citado Real Decreto prevé que *«En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquéllos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor»*.

La finalidad perseguida por la regulación expuesta no es otra que garantizar la imparcialidad y objetividad de los órganos técnicos de la Administración en la valoración de los criterios cuantificables mediante un juicio de valor, evitando que esta valoración pueda resultar influenciada por un conocimiento anticipado de determinados aspectos de la oferta que deben evaluarse en una fase posterior de la licitación mediante la aplicación de fórmulas.

Así las cosas, las cautelas que se establecen para la valoración de los criterios de adjudicación, en los casos en que su cuantificación dependa de un juicio de valor, no son meros requisitos formales del procedimiento sino que tienen por objeto mantener la máxima objetividad posible en la valoración en aras del principio de no discriminación e igualdad de trato entre entidades licitadoras, especialmente en orden a la valoración de los criterios que deben servir de fundamento a la adjudicación del contrato. Por ello, el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas puede afectar al resultado de esta y, en consecuencia, cuando son conocidos los de alguna licitadora, pueden implicar desigualdad en el trato de las mismas, con el consiguiente quebranto, de las garantías de objetividad e imparcialidad y de los principios de igualdad de trato entre licitadoras y del secreto de la oferta consagrados en los artículos 1 y 146.2 de la LCSP.

No obstante, ha de aplicarse, además el principio de proporcionalidad respecto al secreto de la oferta, cuestión sobre la que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la Resolución 324/2022, de 20 de junio, en la que decíamos: *«El sentido de la prohibición de incluir documentación que corresponde a otro sobre, no es otro que el de no contaminar a la mesa de contratación y velar por los principios de igualdad de trato sin discriminación a los licitadores. Según el Tribunal Supremo, la infracción del deber de secreto de las ofertas no tiene necesariamente que implicar la exclusión automática de la oferta, sino que habrá que analizar, de acuerdo con dicho principio, la incidencia que haya podido tener en la adjudicación. En este sentido recientemente se ha de citar a un supuesto donde la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), mediante Sentencia nº 523/2022, de 4 de mayo, (presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia), señalaba en primer lugar, que la apreciación de la infracción del deber de secreto en las proposiciones de los licitadores requiere un test jurídico de proporcionalidad para valorar si tal infracción tiene*



*entidad suficiente para incidir en la adjudicación o, por el contrario, si la mera constatación formal de la infracción debe conducir a la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria. (...) La controversia versaba, sobre la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad en la apreciación de la relevancia de la infracción del deber de secreto de las ofertas, de manera que si su mera constatación debe determinar necesariamente la exclusión automática de la empresa licitadora-adjudicataria o debe ponderarse la relevancia de la infracción y su posible incidencia en la adjudicación. Ya entonces, se señalaba que el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 no imponía que cualquier infracción del deber de secreto de las ofertas tuviera que implicar la exclusión automática de la oferta y que, en todo caso, los artículos 145.2 y 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, debían ser objeto de interpretación de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Pues bien, el TS avala esta interpretación y considera necesaria la aplicación del principio de proporcionalidad. Dado que el artículo 150.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 nada decía en cuanto a las consecuencias del incumplimiento del deber de secreto de las ofertas, en defecto de los criterios acordados al respecto por el órgano de contratación se impone la exigencia general del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público así como en el artículo 18.1 de la Directiva 2014/24/CE, tratándose además de un principio cuya necesaria aplicación en materia de contratación pública está ampliamente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-395/18) hace referencia a la necesidad de aplicación especialmente intensa del principio de proporcionalidad en los motivos de exclusión potestativos. Estima que deben aplicarse las causas de exclusión, en especial las de carácter potestativo, de manera proporcionada, es decir, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma. Considera por tanto que la valoración de la trascendencia de la infracción del deber de secreto de las ofertas que hicieron tanto el órgano de contratación como el Tribunal de Recursos Contractuales se ajustó al principio de proporcionalidad. Supone pues una excepción a la aplicación del criterio fundado en el principio formalista cuando éste es llevado a su extremo más absurdo».*

Aplicando todo lo anterior al presente supuesto, se observa que incluye la siguiente información en el sobre 2:

**“PROPUESTA ECONÓMICA.**

*Kaizenow SL se compromete a ofrecer el servicio en las condiciones señaladas en la presente propuesta por un importe total anual de 26.400€ (IVA excluido) que será distribuido en facturas mensuales de 2.200€ + IVA, siendo el total de la vigencia del contrato en esos dos años de 53.880€ + IVA.*

*La ejecución del presente proyecto comenzará en el momento de la formalización del contrato y se prolongará durante dos años, prorrogables otros dos años por idéntico importe anual”.*

Se ha quebrantado de una forma clara, temeraria y de forma burda el secreto de la oferta, atentando a las garantías de imparcialidad y objetividad del procedimiento, y en concreto lo preceptuado en el artículo 146.2 b) de la LCSP.

En consecuencia, se han de desestimar las pretensiones de la recurrente en cuanto a la nulidad o anulabilidad del acuerdo de exclusión recurrido.

**SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa por interponer un recurso con temeridad.**

El Tribunal considera la existencia de falta de rigor en el recurso especial interpuesto, pues ha revelado completamente la propuesta económica en el sobre número 2. Además, el órgano de contratación pide la imposición de multa.



El artículo 58.2 de la LCSP establece: «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.

*El importe de la multa será de entre 1000 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 este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

*“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 el supuesto analizado, este Tribunal aprecia que, con la impugnación planteada, la recurrente ha utilizado esta vía de actuación con temeridad, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente debería haberle hecho presumir la probable desestimación de su recurso, en la medida que era patente la contaminación.

Entendemos que, si bien no puede apreciarse mala fe, la conducta del licitador representa un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. Máxime si tenemos en cuenta que el recurso ha originado 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 una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de



11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que “*puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»*”.

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que «(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».

Este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pues éste tampoco los cuantifica, pero las circunstancias expuestas de temeridad determinan que se aprecie que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad 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 entidad **KAIZENOW, S.L.** contra el acuerdo de 28 de octubre de 2024 por el que se la excluye del procedimiento de contratación denominado «Servicio de elaboración y gestión de la estrategia de redes sociales de la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación», (Expte. CONTR 2024 201620), tramitado por la Consejería de Universidad, Investigación e Innovación.

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

**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.

