

**RECURSO 161/2022
RESOLUCIÓN 198/2022**

Resolución 198/2022, de 22 de diciembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima la reclamación interpuesta por la empresa Serveo Servicios, S.A.U. contra la Resolución de 5 de octubre de 2022 del Consejo de Administración de Autobuses Urbanos de Valladolid, por el que se adjudica el contrato de servicios de mantenimiento, logística y coordinación del nuevo sistema de bicicleta público del Ayuntamiento de Valladolid operado por "Autobuses Urbanos de Valladolid, S.A." (Exp. 20220044).

**I
ANTECEDENTES**

Primero.- Mediante Acuerdo de 13 de julio de 2022 del Consejo de Administración de la mercantil Autobuses Urbanos de Valladolid, S.A. (en adelante, AUVASA), se aprueba el expediente de contratación, del servicio de mantenimiento, logística y coordinación del nuevo sistema de bicicleta público del Ayuntamiento de Valladolid operado por AUVASA (Exp. 20220044).

El anuncio de licitación se publicó el 14 de junio de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, y el 17 de junio de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato es de 4.710.673,01 euros.

Segundo.- Finalizado el plazo de presentación de ofertas, el 29 de julio de 2022, se reúne la Mesa de contratación para la celebración del acto de apertura y calificación del sobre electrónico.

Una vez subsanados los defectos por los licitadores requeridos, todos los licitadores presentados resultan admitidos. A la licitación concurren las empresas Serveo Servicios, S.A.U. (en adelante, "SERVEO"), y la UTE Movilidad Urbana Sostenible, a integrar por las empresas "Movilidad Urbana

Sostenible, S.L.” y “Urbaser, S.A.”, (en adelante, “UTE Movilidad Urbana Sostenible”, “UTE” o “UTE adjudicataria”).

Tercero.- El 2 de agosto se reúne de nuevo la Mesa para proceder a la apertura del informe técnico sobre los criterios correspondientes al sobre electrónico 2 correspondiente a los criterios sujetos a juicio de valor consignados en el apartado L.3 del cuadro de características particulares (en adelante, “CCP”). Dicha documentación se entrega a los técnicos de AUVASA, para su correspondiente evaluación.

Cuarto.- El 12 de agosto de 2022, la Mesa de contratación se reúne de nuevo a los efectos de tomar en consideración el informe de valoración de las ofertas correspondiente al sobre electrónico, haciendo suyas dichas valoraciones, así como las puntuaciones correspondientes. A continuación, se procede a la apertura del sobre electrónico 3 correspondiente a los criterios valorables matemáticamente y consignados en el apartado L.2 del correspondiente CCP.

Quinto.- Tras el examen de las ofertas presentadas, la Mesa determina que se encuentran en presunción de anormalidad las presentadas por la UTE y por Serveo, por lo que las requiere, para que, en aplicación de lo previsto en la cláusula 20.4 del pliego de condiciones administrativas particulares (más conocido como “PCAP”) y en el plazo de cinco días naturales, remitan estudio de viabilidad económica comprensivo de las razones que les permiten ejecutar los servicios en las condiciones ofertadas, esto es, conforme el precio ofertado, en el primero de los casos, y conforme los mejores niveles servicio, en el caso de Serveo.

Sexto.- El 9 de septiembre de 2022, el técnico de AUVASA emite informe favorable en relación a la viabilidad de las ofertas de las dos licitadoras, tanto en relación con la baja ofertada por la UTE, así como con los mejores niveles de servicio propuestos.

Séptimo.- El 12 de septiembre siguiente, la Mesa, con base en el informe referido, acuerda tener por justificada la viabilidad de las ofertas, por lo que propone al Consejo de Administración de la sociedad la adjudicación del contrato en favor de la UTE Movilidad Urbana Sostenible.

Octavo.- El 5 de octubre de 2022, el Consejo de Administración de AUVASA adjudica el contrato a la UTE.

Noveno.- El 26 de octubre tiene entrada en este Tribunal reclamación, la cual es calificada como recurso especial en materia de contratación y presentada por D. yyy1, actuando en nombre y representación de la mercantil Serveo, contra la Resolución de 5 de octubre del Consejo de Administración de AUVASA por la que se adjudica el contrato a la UTE Movilidad Urbana Sostenible.

Décimo.- El 27 de octubre siguiente, se incorpora la reclamación al registro de expedientes con número 161/2022, y se requiere al órgano de contratación para que remita al Tribunal el expediente, el correspondiente informe y relación de todos los licitadores, a efectos de notificarles la concesión del preceptivo trámite de audiencia.

Decimoprimer.- El 3 de noviembre de 2022, la entidad contratante remite el expediente y el informe correspondiente. En dicho informe manifiesta que no se ha producido la vulneración del principio de acceso al expediente ni del derecho de defensa, ambas denunciadas por la recurrente. Considera, por el contrario, que su actuación, en relación con el principio de confidencialidad, ha sido ajustada a Derecho, y, por último, defiende que, tanto la actuación de la Mesa como la del órgano de contratación han sido correctas, una vez quedó acreditada la vialidad de la propuesta de la UTE adjudicataria.

Solicita que, por parte este Tribunal, se resuelva la constitución de caución o garantía suficiente por el recurrente para responder de los perjuicios que se puedan irrogar de la no implantación en el plazo previsto del Sistema Público de Bicicletas de Valladolid, como consecuencia de la suspensión automática que lleva aparejada la impugnación del procedimiento. Afirma que debe tenerse en cuenta que la impugnación de la adjudicación del contrato pone en serio riesgo, con el consiguiente quebranto económico que de ello se derivaría, el cumplimiento de los hitos y fechas a los que AUVASA se ha comprometido, con motivo de la obtención mediante

la oportuna convocatoria de financiación europea con fondos Next Generation.

Decimosegundo.- Otorgado trámite de audiencia a los demás licitadores, el 11 de noviembre de 2022 se presentan alegaciones por parte de D. yyy2, en nombre de la UTE conformada por Urbaser, S.A, y Movilidad Urbana Sostenible, S.L. En dichas alegaciones defiende la corrección de la actuación de la UTE licitadora y de AUVASA en relación con el principio de confidencialidad, así como la viabilidad de su oferta y la correcta acreditación de la misma.

Decimotercero.- Mediante Acuerdo 63/2022, de 5 de diciembre, este Tribunal declara la no procedencia de la exigencia de caución solicitada por AUVASA. En el mismo Acuerdo se indica que, examinados los anuncios efectuados y el expediente remitido, se constata que, al presente procedimiento, le es de aplicación la Directiva 2014/25/EU, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (conocidos como "Sectores Especiales"), y, por ello, el régimen jurídico de la presente "reclamación" es el establecido en el "Capítulo II.- Reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos (artículo 119 y siguientes) del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales".

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.-La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en los artículos 120 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios

fiscales y 59 a) de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- La mercantil SERVEO está legitimada para interponer la presente reclamación a tenor del artículo 121.1 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, según el cual "Serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP) que regulan el recurso especial en materia de contratación", lo que remite al artículo 48 de la LCSP.

A su vez, la interesada ha presentado documento acreditativo de la representación con la que actúa.

La reclamación se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un contrato, calificado como contrato de servicios, cuyo valor estimado (4.710.673,01 euros) es superior al previsto en el artículo 1 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, por lo que es susceptible de reclamación conforme a su artículo 119.2.c).

Ha sido presentada en plazo de conformidad con lo determinado en el artículo 50.1.d) LCSP, aplicable por remisión del artículo 121 del Real Decreto-Ley 3/2020. Por el mismo motivo, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Por lo tanto, la reclamación ha sido interpuesta en plazo.

3º.- En cuanto al fondo del asunto, la solución de la presente controversia exige determinar si la actuación de la entidad contratante, se ajusta al régimen jurídico de la contratación del sector público contenido, en este caso, en el citado Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, y en la normativa de desarrollo.

4º.- En su reclamación la mercantil SERVEO considera que, por parte de AUVASA, se ha producido una vulneración del derecho de acceso al expediente, que, a su vez, ha lesionado gravemente su derecho de defensa.

Comienza indicando que fueron múltiples los escritos que tuvo que presentar para que se le diera acceso al expediente, y que la respuesta a todos ellos se realiza el 30 de septiembre de 2022, mediante escrito en el que AUVASA comunica que se ha motivado adecuadamente la confidencialidad de los documentos contenido en la oferta de la adjudicataria, y que, una vez examinada, esta sí es susceptible de confidencialidad.

Continúa señalando que el acuerdo por el que AUVASA tiene por justificada la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, adolece de falta de motivación. Considera, además, que el informe de justificación de la proposición económica no debió haber sido declarado confidencial por la propia UTE adjudicataria al ser precisamente lo que se cuestiona en el proceso de baja anormal. En concreto, señala que no ha tenido la posibilidad de examinar el apartado denominado "justificación de precios" y el denominado "ahorros y circunstancias favorables".

Entiende que AUVASA ha aceptado la justificación de temeridad de la adjudicataria sin motivarla de forma particularizada, siendo la justificación aportada absolutamente genérica, y "sin que permita dilucidar cuáles son los concretos costes que ha contemplado la adjudicataria en su oferta, y si éstos han sido calculados correctamente para esta licitación, y si eran suficientes para la prestación del servicio de operación de bicicletas, lo que sin duda es clave para poder acreditar la viabilidad económica del contrato."

Sobre la base de todo lo anterior solicita que por parte de este Tribunal debe dársele acceso a la totalidad del expediente, y, en concreto, a la información declarada como confidencial, para poder fundamentar debidamente su reclamación. Entiende que la justificación de la temeridad "constituye un mero desglose y explicación del precio ofertado, de carácter público, que contiene unas argumentaciones sobre su suficiencia en un concreto contrato que no se refiere a la organización interna de la empresa, y que, por tanto, no revela ni contiene información técnico-económica basada en estrategias comerciales, como se argumenta por la adjudicataria, ni

contiene secretos empresariales ni puede formar parte de ningún *know how*, ni se expresan razones de por qué puede afectar a su competencia en el mercado". Por tanto, afirma que esta justificación presentada carece del carácter de confidencial.

En segundo lugar, la reclamante, sobre la base de la información que sí le ha sido exhibida, afirma que la propuesta de la adjudicataria no sería viable ni desde el punto de vista técnico ni tampoco desde un punto de vista económico.

Desde un punto de vista técnico, y dado que, junto con otra mercantil, es la actual adjudicataria del contrato de suministro de bicicletas para AUVASA, se cuestiona si las herramientas ofertadas por la UTE adjudicataria son viables desde un punto de vista técnico sin haber consultado al adjudicatario del referido contrato de suministro, adjudicatario que es "propietario" de la tecnología de la bicicleta. Se cuestiona sí las soluciones propuestas por el actual adjudicatario requerirán un grado de integración por parte del propietario de la plataforma, que no se ha considerado en el modelo.

Y, desde un punto de vista económico, insiste en el impacto que las soluciones técnicas aportadas por la adjudicataria puedan tener en la plataforma de gestión del servicio de bicicletas, y afirman que, como adjudicatarios del suministro de estas, no han sido consultados para la evaluación de costes.

Concluye señalando que el porcentaje de eficiencia económica descrito en la propuesta de Movus-Urbaser sobre la propuesta por ellos presentada, no puede sustentarse en una mejora sustancial en personal, vehículos y/o material. Es, por ello, que considerando que tampoco se puede sustentar en partidas necesarias desde un punto de vista legal y normativo como pueden ser calidad y seguridad y salud, la posibilidad de hacer una oferta 10,85 puntos porcentuales más competitiva, solo ha podido ser en términos de gastos generales y beneficio industrial. En este punto, partiendo de un escenario de gastos generales y beneficio industrial similar al contenido en la Memoria Justificativa: 12% + 6%, no parece razonable, ni viable económicamente aceptar una baja que considere unos gastos generales y

beneficio industrial del 7% + 0% vs el 12% + 6% de mercado, que, "a pesar de ser aceptado en el PCAP, no es, en ningún caso, es lo que se traslada de la justificación de temeridad aportada a mi mandante."

Por todo ello, solicita que se anule la resolución de adjudicación y se ordene la retracción del expediente para otorgarle acceso al expediente y a la justificación de la baja anormal presentada por la UTE adjudicataria y poder completar el recurso o, subsidiariamente, se acuerde la exclusión de la proposición presentada por la UTE adjudicataria por vulnerar el artículo 149 y ser de imposible cumplimiento y continuando el expediente de contratación en la forma procedente.

Por su parte, AUVASA comienza analizando la cuestión que refiere la recurrente en cuanto a los escritos por los que solicitó el acceso al expediente. Considera que obra con mala fe la recurrente y afirma que "tal y como se puede comprobar del simple cotejo de los documentos que se acompañan al expediente que la 'multitud' de escritos a los que se alude fueron exactamente tres enviados a esta Sociedad con fechas 13, 23 y 28 de septiembre de 2022, siendo atendidos todos ellos con fechas 19, 26 y 30 de septiembre de 2022, respectivamente."

AUVASA, indica en ningún caso, negó el acceso al expediente, si bien no pudo por menos que dar traslado a la recurrente de que "no deja de llamar la atención que SERVEO solicite el acceso a documentación definida como confidencial por la referida UTE, resaltando en el correo remitido que no puede ser declarado de forma genérica sobre la totalidad de la documentación, cuando tanto en la oferta formulada como en la justificación de la desproporcionalidad remitidas por esa empresa, se ha consignado en la parte inferior de la integridad de sendos documentos el siguiente texto 'Art. 133 LCSP: Documentación sujeta a confidencialidad'".

AUVASA cita la Resolución nº 1138/2020 del TACRC de 23 de octubre de 2022, que establece que "...lo que no puede hacer la licitadora recurrente es ir contra sus propios actos, es un principio general del derecho - la doctrina de los actos propios -, es decir, declaro confidencial toda mi oferta y luego recurro que otros licitadores hagan lo mismo y exijo que no sea confidencial todas las ofertas de los demás licitadores, pero la mía sí".

En relación con la confidencialidad afirma que la UTE adjudicataria, al contrario que la recurrente, respetó lo dispuesto en el artículo 133 de la LCSP al designar motivadamente y en el momento procesal oportuno, es decir, la presentación de su oferta y la remisión de la justificación de su viabilidad, la documentación que considera debiera tener tal carácter sin que dicha declaración hiciera extensible al contenido íntegro de aquella.

Por su parte, AUVASA afirma que, una vez que SERVEO solicitó el acceso y toma de vista del expediente, analizó la necesidad de proteger los secretos empresariales para evitar prácticas no admisibles en una economía de mercado que pudieran falsear la competencia, y consideró necesario respetar las declaraciones realizadas por la adjudicataria para cumplir así la obligación de los órganos de contratación en este aspecto de respeto del derecho al secreto empresarial, que es trasunto del principio de confianza legítima y de la buena fe consagrados en los artículos 3 de la Ley 40/2015 y 7 del Código Civil.

Por otro lado, considera que la UTE propuesta como adjudicataria motivó adecuadamente la confidencialidad de los documentos que conformaron su oferta técnica y la justificación de la desproporcionalidad de su oferta de criterios matemáticos.

Afirma que, de acuerdo con la Resolución 926/2020 del TACRC, el conocimiento de los documentos declarados confidenciales por la UTE comportan "una ventaja competitiva, desconocida por terceros y que, representando un valor estratégico para la empresa, afecte a su competencia en el mercado, siendo obligación del licitador que invoca el deber de confidencialidad justificar suficientemente que la documentación aportada es verdaderamente confidencial y al órgano de contratación decidir de forma motivada".

Entiende que la documentación declarada confidencialidad se ajusta a la definición de secretos técnicos o comerciales que contiene la Resolución nº 196/2016 del mismo TACRC, que los define como el "conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la fabricación o comercialización de productos, la prestación de servicios, y

la organización administrativa o financiera de una unidad o dependencia empresarial, y que por ello procura a quien dispone de ellos de una ventaja competitiva en el mercado que se esfuerza en conservar en secreto, evitando su divulgación”.

Considera que la reclamante no tiene por mayor finalidad que la de conocer los costes de su competidora, los acuerdos estratégicos con sus proveedores, que, en ambos casos, constituyen un secreto comercial que AUVASA no puede desvelar sin permiso, aunque la recurrente afirme lo contrario.

En cuanto a la falta de motivación de la resolución que declara justificada la proposición de la UTE y la inviabilidad de la misma, indica que dicha resolución se fundamenta en un informe técnico suscrito por una técnica de AUVASA y publicado en el perfil de contratante de la sociedad, en el que figuran consignados los motivos por los que se entendió justificadas tales circunstancias y que además gozan de la presunción de acierto reconocida por la doctrina en reiteradas ocasiones.

A continuación, analiza las diferentes alegaciones invocadas por SERVEO, en relación con la viabilidad de la oferta.

En concreto, con relación al planteamiento sobre si las herramientas ofertadas por la UTE adjudicataria son viables desde un punto de vista técnico y económico al no haber consultado al adjudicatario del contrato de suministro (“propietario” de la tecnología de la bicicleta) y de si estas soluciones requerirán un grado de integración por parte del propietario de la plataforma, que podría no haber sido considerado en el modelo, AUVASA indica que “la adjudicataria propone la utilización de una herramienta propia denominada ‘IMIBISI’, como mejora que, además, ya está testada en otro contrato de similares características con el mismo fabricante del sistema (PBSC). Asimismo, la herramienta ‘COMET’, la cual forma parte del contrato de suministro del sistema adjudicado a la UTE Bicicletas Valladolid, centralizará la gestión de los mantenimientos apoyado por las inspecciones realizadas.

Entiende, además, que la reclamante pretende indirectamente un estrangulamiento del mercado induciendo a que solo ella puede ser la gestora del servicio por tener un acuerdo comercial con el fabricante.

Por último, AUVASA examina de forma pormenorizada el análisis de costes consignados por la recurrente en las páginas 16 y siguientes de su reclamación. Considera que dicho análisis realizado está basado en cuestiones que resultan inciertas, como afirmar que el personal es similar, cuando no lo es, o que los vehículos lo son, cuando no lo son.

Por todo, se opone a la concesión por este Tribunal del acceso a la justificación de la baja anormal presentada por la UTE adjudicataria en los términos previsto en el artículo 29.3 d, y solicita la desestimación del recurso.

5º.- Expuestas las posiciones de las partes, procede entrar a analizar las alegaciones contenidas en la reclamación de SERVEO.

A) En primer lugar, ha de examinarse si se ha vulnerado el derecho de acceso al expediente invocado por SERVEO y si esto le ha generado indefensión. Asimismo, debe examinarse si el acuerdo por el que se entendió justificada la viabilidad de la oferta de la adjudicataria, adolecía de la falta de motivación denunciada por la reclamante.

El Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, aplicable al presente contrato, dispone en su artículo 28.2 que "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones del presente real decreto-ley, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, la entidad contratante no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales, los aspectos confidenciales de las ofertas y cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores".

La entidad contratante, por tanto, está obligada a facilitar a los licitadores que lo soliciten el acceso al expediente, particularmente cuando la interposición de un recurso útil y fundado dependa de la información obtenida tras dicho acceso, todo ello sin perjuicio de salvaguardar la debida confidencialidad de las ofertas en los términos exigidos en el artículo 28.2 del citado Real Decreto-ley 3/2020.

Esta cuestión es igualmente objeto de consideración en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPRMC), relativos al acceso al expediente de contratación.

Se prevé, así, el acceso al expediente en sede de revisión ante este Tribunal en el caso de que, solicitado aquel en el momento procedimental oportuno al órgano de contratación, se le hubiera denegado injustificadamente, situación ésta que no concurre en el supuesto examinado.

En el presente caso, la mercantil reclamante ha podido examinar el expediente, con excepción de la documentación declarada confidencial por la UTE adjudicataria.

Los tribunales administrativos de recursos contractuales vienen señalando, como criterios generales, que no es confidencial lo que el licitador no haya designado como tal previamente al recurso (Resolución del Tribunal Administrativo de recursos contractuales de Castilla y León 68/2016, de 24 de octubre) y que tal declaración deberá ser sobre aspectos concretos, no sobre la totalidad de una proposición, ya que, en tales casos, corresponderá al órgano de contratación determinar motivadamente, los aspectos de la oferta no afectados por el secreto comercial o industrial o relativos a aspectos confidenciales (entre otras, destacan la Resolución de este Tribunal nº 15/2016, de 3 de marzo, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía nº 183/2015 y el Acuerdo del Tribunal Administrativo del Contratos Públicos de Aragón nº 39/2015); la oferta económica (la apertura es pública); los certificados del cumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social y, en general, los informes

que ya consten en registros de acceso público (Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales nº 710/2016).

Por el contrario, son confidenciales, como regla general, las informaciones no accesibles al público y los datos empresariales que afecten a los intereses legítimos y a la competencia desleal (Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón nº 10/2015); el listado de clientes de los servicios prestados a particulares; los listados de trabajadores; la titulación académica y experiencia profesional protegida por la normativa de protección de datos personales (Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2016, Asunto Secolux, T-363-14), salvo que sea necesario en el supuesto de subrogación laboral.

En el presente caso, AUVASA, ante la solicitud de vista del expediente por parte de la recurrente, analizó la documentación que, por parte de la UTE adjudicataria, había sido declarada confidencial, todo ello con el fin de proteger los secretos comerciales.

Examinada dicha documentación, consideró necesario respetar las declaraciones realizadas por la adjudicataria al entender que la documentación declarada confidencial por la UTE adjudicataria, reunía los requisitos que la doctrina ha venido determinando que deben concurrir en la documentación para que esta sea declarada confidencial.

Por todo ello, este Tribunal considera que el órgano de contratación ha actuado correctamente al analizar el contenido de la documentación declarada como confidencial, y ha puesto de manifiesto a la recurrente el expediente con las limitaciones consecuentes, por lo que no procede una nueva vista en la sede de este Tribunal.

Es preciso recordar que el derecho de acceso al expediente tiene que venir justificado o argumentado con base en la existencia de un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, y no puede estar basado en una mera argumentación genérica, carente de una adecuada justificación, referida a la mera posibilidad de que pudieran existir incumplimientos en las ofertas de los licitadores, o simplemente la intención de averiguar qué oferta un competidor.

Al carácter instrumental del derecho de acceso al expediente alude la Resolución del TACRC 918/2022, también citada por SERVEO y que dispone que "En tanto dicho acceso tiene un carácter meramente instrumental (vinculado a la debida motivación de la resolución y del derecho de defensa del licitador descartado, tal y como se ha dicho antes) y dado que la forma habitual de dar conocimiento a los interesados de la motivación del acto adjudicando el contrato es la notificación del mismo, no sería imprescindible dar vista del expediente al futuro reclamante más que en aquellos aspectos respecto de los cuales quede justificada la necesidad de su conocimiento para fundar la reclamación, no obstante la motivación plasmada en la notificación."

Expuesto lo anterior, procede por tanto analizar si el Acuerdo de AUVASA por el que se entendió justificada la viabilidad de la oferta de la UTE adjudicataria estaba suficientemente motivado, de forma que el reclamante pudiera fundar su reclamación. El acuerdo por el que AUVASA tuvo por justificada dicha viabilidad, así como la viabilidad de la oferta de la propia SERVEO, que también tuvo que justificar su viabilidad, se apoyó en el informe elaborado por los técnicos de AUVASA y que fueron oportunamente publicados en la Plataforma de Contratación el 9 de septiembre de 2022. En dicho informe se recogen los motivos por lo que los técnicos competentes entendieron justificada la viabilidad de la oferta.

AUVASA recuerda que estos informes se encuentran amparados por la presunción de acierto que, de forma reiterada, ha venido siendo reconocida por la doctrina.

En relación con esta cuestión cabe traer a colación la reiterada doctrina de los tribunales de recursos contractuales, que mantiene que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, sin que en ningún caso pueda dar lugar a su exclusión automática, sino que necesariamente y, en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador para que pueda justificar satisfactoriamente el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y, por tanto, que es susceptible de cumplimiento en sus propios términos y solo en caso contrario, cabe el

rechazo de la oferta anormalmente baja y la exclusión del licitador oferente (en este sentido, véanse las Resoluciones de este Tribunal 153/2021, de 27 de octubre, 99/2021, de 14 de julio, 105/2019, de 18 de julio, o 83/2016, de 22 de diciembre).

A su vez, según criterio de este Tribunal (por todas la Resolución 70/2021, de 20 de mayo o 186/2019, de 5 de diciembre) “la decisión sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde al órgano de contratación sopesando las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y los informes emitidos por los servicios técnicos. Evidentemente ni las alegaciones mencionadas ni los informes tienen carácter vinculante para el órgano de contratación que debe sopesar adecuadamente ambos y adoptar su decisión en base a ellos. (...). De acuerdo con ello, es imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, pudiendo ser esa motivación sucinta, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después, en su decisión, puedan razonar o fundar su decisión.

»De no cumplirse con el requisito de motivación antes expuesto, la decisión discrecional del órgano de contratación calificando una oferta de anormal o desproporcionada, cuando, como es el caso, no constan en el expediente las circunstancias que el citado órgano tomó en consideración en el momento de adoptar la correspondiente decisión, cabría calificarla de arbitraria, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1984 `lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como *sit pro rationes voluntas*, o la que ofrece es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte”.

Atendiendo a lo anterior, este Tribunal entiende que la resolución de admisión de la justificación de la viabilidad de la oferta consta motivada de forma adecuada, por cuanto que recoge, en relación con el estudio de

viabilidad y el ahorro de costes de los servicios ofertados, los distintos elementos que han servido de justificación de la oferta y que han sido objeto de análisis por la propia entidad contratante. Así, se indica que se han considerado los costes de mano de obra según convenio colectivo de referencia (incluyendo salario bruto, costes empresariales, absentismo etc.), la previsión de coste de los elementos de reposición y materiales teniendo en cuenta la ejecución de contratos de similares características, el coste de la flota de vehículos ofertada, así como el resto de los costes necesarios para la ejecución del contrato y ofertados por el licitador (licencias de software y costes de mantenimiento, mantenimiento de instalaciones, costes derivados de la puesta en marcha, costes generales de estructura y márgenes que obtiene la empresa licitadora).

En cuanto al ahorro de los servicios ofertados, se indica que el licitador señala un desglose de aquellas circunstancias consideradas especialmente favorables para la misma en la ejecución del contrato que contribuyen a una reducción del precio de licitación, y que son el ajuste del margen del beneficio industrial, reducción de los gastos generales de la empresa al asumir sin coste parte de los mismos, reducción por amortización de los vehículos en otros contratos, utilización de herramientas y desarrollos propios y los acuerdos generados con proveedores. Así mismo, se indica que en la elaboración de su propuesta debido a su experiencia en el mercado, se ha tenido en cuenta los rendimientos operativos, la programación y organización de las tareas a realizar, garantizando el aseguramiento de la calidad, respeto medioambiental y normativa de seguridad y salud.

Por lo que se refiere a la valoración técnica de las ofertas presentadas por los licitadores y su enjuiciamiento y control por los tribunales, es preciso recordar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado, de manera reiterada, que la Administración goza de discrecionalidad técnica en la ponderación de criterios evaluables en función de juicios de valor; por lo que, al tratarse de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. Resulta manifiesto que este Tribunal carece de la suficiente formación para entrar en consideraciones estrictamente técnicas. Ello no obsta para que el Tribunal pueda analizar tal valoración, pero tal examen debe quedar circunscrito a sus aspectos formales, tales como normas de competencia o procedimiento, la

vigilancia de que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios o que no se haya incurrido en error material.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 señala que la "discrecionalidad técnica reduce las posibilidades del control de dicha actividad evaluadora, que prácticamente estarán constituidas por estos dos básicos supuestos: el de la inobservancia de los elementos reglados -cuando éstos existan-, y el del error ostensible o manifiesto; y, consiguientemente, deja fuera de ese limitado control posible a aquellas pretensiones de los interesados que solo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, pero moviéndose también dentro de ese aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012, entre otras, declara que "la discrecionalidad técnica expresada conduce a partir de una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación. De modo que dicha presunción *iuris tantum* sólo puede desvirtuarse 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, entre otros motivos, por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, la discrecionalidad técnica reduce las posibilidades de control jurisdiccional sobre la actividad evaluadora de los órganos de la Administración prácticamente a los supuestos de inobservancia de los elementos reglados del ejercicio de la potestad administrativa y de error ostensible o manifiesto, quedando fuera de ese limitado control aquellas pretensiones de los interesados que sólo postulan una evaluación alternativa a la del órgano calificador, moviéndose dentro del aceptado espacio de libre apreciación, y no estén sustentadas con un posible error manifiesto".

Todo ello en el bien entendido de que, como refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2017 (Rec. 2504/2015) "la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se

proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Jugará, por el contrario, solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados”.

La doctrina de la discrecionalidad técnica se ha acogido plenamente por los tribunales administrativos de recursos contractuales. Como señalan, por todas, las Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León nº 137/2019, de 17 de septiembre y nº 164/2019, de 30 de octubre, “ello supone que, al tratarse de aspectos que se evalúan con criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos, sin perjuicio de que puedan ser objeto de análisis cuestiones como las antes apuntadas (aspectos formales de la valoración -como las normas de competencia o de procedimiento, por ejemplo-; que en la valoración no se hayan aplicado criterios arbitrarios o discriminatorios; o que se haya incurrido en omisión o error material al efectuarla). Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

Sentado lo anterior, este Tribunal entiende que se han respetado los principios y los trámites legales por parte de la entidad contratante a la hora de analizar las ofertas, existe motivación de la resolución por la que se tiene por justificada la viabilidad de y que además ésta resulta razonable a la vista de la justificación presentada.

Por todo lo expuesto, no ha quedado acreditado que SERVEO haya sufrido indefensión de ninguna clase -indefensión que debe existir y debe ser material- por no haber podido acceder a la totalidad de la justificación de la oferta de la UTE adjudicataria.

Por lo tanto, la denegación de la vista a la documentación declarada confidencial no supone una vulneración al principio de transparencia de los procedimientos, ni le ha genera indefensión a la hora de interponer el recurso.

B) La segunda de las alegaciones que se contienen en la reclamación de SERVEO se centra en afirmar que algunos de los datos extraídos de la información a la que tuvieron acceso, revela que el proyecto de la UTE

adjudicataria no sería viable ni desde el punto de vista técnico ni económico y, para ello, se basan en el informe de valoración técnica de las propuestas.

En particular, cuestiona si el plan de mantenimiento preventivo y correctivo de bicicletas y el de estaciones de la propuesta de la UTE adjudicataria son viables. Para ello, parte de la consideración de que la propia SERVEO reclamante, conforma parte de la UTE que actualmente gestiona el servicio de suministro de bicicletas para AUVASA. Dado que no han sido consultados a estos efectos, pone en duda que los sistemas ofertados por la UTE puedan afectar a la tecnología del contrato actual y generar costes no previstos.

AUVASA responde a la cuestión de la viabilidad técnica de las herramientas aportadas y a si estas requerirán un grado de integración por parte del propietario de la plataforma, remitiéndose al propio informe de valoración técnica de las propuestas en el que se hace referencia a la utilización de una herramienta propia, "iMIBISI", como mejora, y que ya ha sido testada en otro contrato con el mismo fabricante del sistema (PBSC).

Por otro lado, se refiere a que la herramienta COMET, que forma parte del contrato ya adjudicado a la UTE de la que SERVEO forma parte, centralizará la gestión de los mantenimientos apoyado por las inspecciones realizadas, por lo que la viabilidad del proyecto no se comprometería.

Serveo cuestiona igualmente el impacto de las soluciones aportadas en relación con la plataforma de gestión del servicio de bicicletas. A este respecto, AUVASA indica que, en la justificación de la baja, efectivamente se han tenido en cuenta los costes de la parametrización de la herramienta a la que la recurrente hace referencia. Estos costes los han podido conocer, al encontrarse en uso en otro sistema del mismo fabricante (PBSC). Efectivamente, analizada la documentación presentada para la justificación de la baja la UTE adjudicataria, se han contemplado estos costes iniciales de parametrización (páginas 12 y 17).

A continuación, en su reclamación, Serveo realiza un análisis de costes, y lo hace sobre la base de lo que considera el esquema tipo de costes de un concurso de estas características, y así, se refiere a los costes de

personal, materiales, calidad y seguridad y salud, costes no inventariables, costes de combustible, costes de implantación, y amortizaciones de vehículos.

Con relación a los costes de personal, indican que tres de los perfiles son a tiempo parcial, y sin indicar el tiempo y la imputación de este coste. Ponen en duda si el coste reflejado es correcto y que se cumple el convenio aplicado. Frente a ello, AUVASA indica en su informe que los costes que recoge SERVEO no se corresponden con los costes del convenio colectivo de referencia y, además, son diferentes a los presentados en la viabilidad de su oferta anormalmente baja. Efectivamente, comprobados los costes de personal que la propia recurrente recoge en su reclamación, estos no son coincidentes con los que refleja en el informe de justificación de viabilidad (página 16). Por su parte la UTE, ha consignado los costes del Convenio indicado por los pliegos, cuya tabla salarial para el año 2023 ha incorporado a la justificación de viabilidad, en su página 8.

En relación con la capacidad de la adjudicataria para cubrir las horas del servicio, con el personal aportado, se aportó un programa de ejecución de los trabajos. Este, sin embargo y salvo error, no se ha incorporado al expediente.

En cuanto a los vehículos, indica SERVEO que no se menciona la instalación de recarga, con lo que pudiera no haberse considerado este coste, y en relación con la reducción por amortización de los vehículos de otros contratos, entiende que no puede ser muy diferente de la de la propia SERVEO, por lo que no puede suponer una diferencia relevante en cuanto a la oferta propuesta.

AUVASA, a este respecto indica que Serveo aporta una serie de vehículos no necesarios para el servicio objeto del contrato mientras que la adjudicataria aporta los que se circunscriben a las labores del contrato. Con relación a la instalación de recarga esta sí ha sido reflejada en la oferta de la adjudicataria, en concreto en el punto 8.2 de su memoria técnica. Efectivamente, la página 49 de la memoria técnica se refiere a estas instalaciones de recarga.

En relación con los materiales, Serveo se cuestiona que la propuesta pueda ser más competitiva que la que se presentó con ocasión del contrato de suministro de bicicletas que tiene adjudicado, afirmando que, si fuera ese el caso, los repuestos no gozarían de la cobertura del garante y pondría en riesgo la garantía de los materiales.

Frente a ello, AUVASA afirma que la viabilidad de la oferta en este punto descansa en la similitud de este contrato como el que tiene adjudicado en San Sebastián, de forma que, con el cálculo de los datos de dicha explotación, ha sido capaz de calcular el coste de los repuestos, pues dispone de un tarifario actualizado. Considera, por tanto, que la garantía del sistema no se ve afectada al ser repuestos originales.

En cuanto al resto de costes, tales como calidad, prevención de riesgos laborales o medioambientales, estos también han sido previstos por la adjudicataria como efectivamente resulta del examen de su justificación.

Por último, Serveo se refería en su recurso a la existencia de una serie de indefiniciones contenidas en las propuestas de la UTE adjudicataria. En particular, en relación al apartado "Recursos materiales puestos a disposición", transcribe el comentario del informe técnico que establece que "La propuesta no incluye más información sobre los medios adscritos, sino un compromiso de disponer de todo lo necesario". Sobre este comentario, cuestiona si es viable aceptar una justificación de temeridad basada en que la empresa adjudicataria tiene el compromiso de disponer de todo lo necesario sin definir los recursos ni incluir (por indefinición) estos en la justificación económica de la viabilidad del proyecto y plantea sí acaso se puede confirmar que se han calculado correctamente los costes, teniendo en cuenta el convenio colectivo sectorial que resulte de aplicación a los trabajadores que vayan a ejecutar los trabajos objeto del contrato, como se indica en el PCAP 20.7, si estos no se definen con claridad".

AUVASA critica abiertamente la utilización de dicho extracto del informe de valoración técnica, y califica como perversa la pregunta que SERVEO lanza en su reclamación, y señala que "una cosa es no estén definidas completamente las mejoras o información de los recursos

MATERIALES en la memoria técnica del licitador y otro asunto muy diferente es que no esté definido con claridad la propuesta de recursos humanos.”.

Además, añade que, en la justificación de temeridad de la UTE adjudicataria, esta justificó la totalidad de los costes que les fueron requeridos. Tal y como afirma AUVASA, el informe de justificación de la viabilidad contempla la totalidad de los costes del servicio y, en particular, como se ha indicado los costes de personal están debidamente justificados con arreglo al Convenio colectivo de aplicación.

Por otro lado, Serveo, en su recurso, concluía que la posibilidad de hacer una oferta 10,85 puntos porcentuales más competitiva, solo ha podido ser en términos de gastos generales y beneficio industrial y que, en este punto, partiendo de un escenario de gastos generales y beneficio industrial similar al contenido en la Memoria Justificativa: 12% + 6%, no parece razonable, ni viable económicamente aceptar una baja que considere unos gastos generales y beneficio industrial del 7% + 0% vs el 12% + 6% de mercado, que, “a pesar de ser aceptado en el PCAP, no es, en ningún caso, lo que se traslada de la justificación de temeridad aportada a mi mandante.”

En efecto, el propio pliego, en el capítulo 20.6, permite la posibilidad de reducir el margen de operación o hasta incurrir en pérdidas controladas: “Será admitida como justificación de la oferta desproporcionada la renuncia del licitador a obtener beneficios en este contrato, incluso a incurrir en pérdidas controladas y cubiertas con resultados positivos y acreditados de la empresa en el resto de su actividad, como estrategia comercial para posicionarse en el mercado. No obstante, se rechazarán las ofertas en este caso de apreciarse una vulneración de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, especialmente de incurrir la oferta en alguno de los supuestos que recoge el art. 17.2 de la dicha ley.”

Por tanto, la reducción de los porcentajes de beneficio, incluso la renuncia al mismo, sería perfectamente admisible y, en ningún caso, la oferta devendría inviable atendiendo únicamente a este parámetro como pretende la reclamante.

Por último, AUVASA indica que “solo con los indicios que constan en el expediente es fácil demostrar que el análisis realizado por SERVEO está basado en cuestiones que resultan inciertas como afirmar que el personal es similar, cuando no lo es, o que los vehículos lo son, cuando no lo son. Solo esto ya explica de por sí la diferencia económica, sin obviar que la oferta compromete a un mínimo, no a un máximo, según explicita el pliego y que si hay subestimación de costes en la oferta esto no condiciona la ejecución del contrato que está basado en niveles de servicio y no en medios adscritos, lo cual es la esencia de la poca solvencia de los argumentos esgrimidos por Serveo; siendo la consecución de estos niveles de servicios un tema de riesgo y ventura del concesionario”.

En cualquier caso, debe añadirse que de conformidad con lo determinado en el artículo 69.7 del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales: “Cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, la entidad contratante establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.”

En virtud de lo expuesto, este Tribunal considera que denegación de la vista de la documentación declarada confidencial no ha supuesto una vulneración al principio de transparencia de los procedimientos, ni le ha generado indefensión a la hora de interponer la presente reclamación.

Por otro lado, la UTE adjudicataria aportó una justificación que no se ha acreditado que sea errónea o arbitraria, por lo que razonablemente genera la convicción de que puede cumplir su oferta. De igual forma, la resolución por la que se entendió justificada la viabilidad de la oferta está adecuadamente motivada.

En su virtud y al amparo de lo establecido en los artículos 121.1 del Real Decreto-ley 3/2020, 57 de la LCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la reclamación interpuesta por la empresa Serveo Servicios, S.A.U. contra la Resolución de 5 de octubre de 2022 del Consejo de Administración de Autobuses Urbanos de Valladolid (AUVASA), por el que se adjudica el contrato de servicios de mantenimiento, logística y coordinación del nuevo sistema de bicicleta público del Ayuntamiento de Valladolid operado por "Autobuses Urbanos de Valladolid, S.A. "(AUVASA-Exp. 20220044)."

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en el procedimiento.

De conformidad con los artículos 59 de la LCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra esta Resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).