



EB 2022/045

Resolución 101/2022, de 13 de junio, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNEI DIGITAL, S.A., contra la adjudicación de “Contratación de los servicios necesarios para garantizar la operatividad del sistema informático judicial en la Administración de Justicia de Euskadi (Lote 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de marzo de 2022 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por TEKNEI DIGITAL, S.A. (en adelante, TEKNEI), contra la adjudicación de “Contratación de los servicios necesarios para garantizar la operatividad del sistema informático judicial en la Administración de Justicia de Euskadi (Lote 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 25 de marzo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron una copia del expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). La documentación relativa al expediente de contratación e informe al recurso se recibió el día 21 de marzo y la relación de interesados a los que trasladar el recurso el día 25 de abril.





TERCERO: Remitido el recurso a los interesados con fecha 27 de abril, se han recibido alegaciones de DELOITTE CONSULTING, S.L.U. (en adelante, DELOITTE) el día 5 de mayo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.A.L.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos que tienen por objeto servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en



concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

El recurso se basa en los argumentos que se resumen a continuación:

a) La justificación de DELOITTE en orden a justificar la viabilidad de su oferta incurra en presunción de temeridad carece de sentido económico porque con las condiciones del PPT que prevé (i) la posibilidad de prestar el servicio en las dependencias del Gobierno Vasco, (ii) exigir hasta un 20 % del servicio en horario festivo sin aumento de retribución, (iii) que los miembros del equipo deban tener dedicación exclusiva, (iv) y que sea el adjudicatario quien aporte la infraestructura, medios informáticos y técnicos y demás gastos, no es posible ejecutar la prestación en el precio de 32 €/hora.

b) DELOITTE no ha dado la más mínima explicación sobre sus costes y sus explicaciones son estériles, insuficientes y no debieron ser admitidas por las siguientes razones:

- DELOITTE no da ninguna explicación sobre su estructura de costes y se desconoce la minoración que se ha aplicado sobre el beneficio industrial, siendo la realidad que no obtendría beneficio con este contrato.
- La experiencia como argumento para justificar la baja no resulta aceptable, pues los pliegos la consideran como un requisito para acreditar la solvencia técnica y profesional y, de admitirse, debería haber acreditado en qué forma dicha experiencia puede suponer que el coste sea más ventajoso. En cualquier caso, la alegada no es válida por:
 - La experiencia en OT de Administración de justicia y sistemas SIJ la deben cumplir todos los licitadores dentro del apartado de solvencia técnica o profesional.
 - La experiencia en proyectos de EJIE y Gobierno Vasco denota su falta de conocimiento acerca de los requisitos que solicita EJIE



- La experiencia previa en OT y proyectos colaborativos también la poseen el resto de licitadores.
- El disponer de metodologías propias tampoco cuantifica una reducción de costes del servicio.
- Se limita a enumerar los centros de excelencia de los que dispone y se olvida que se exige una cercanía física a las dependencias que se determinen.
- No se ha especificado cómo contribuye a la reducción de costes las capacidades del personal.
- La argumentación que ofrece en relación a la originalidad en el servicio es del todo genérica.
- En lo que respecta a las obligaciones en materia laboral y de medio ambiente, lo previsible es que la asunción de mayores compromisos en estos ámbitos suponga un aumento en los costes.
- Finalmente, resulta curioso que se realice una mención a las ayudas estatales para afirmar que no se va a obtener ningún ahorro de ellas.

c) En definitiva, se ha producido una clara arbitrariedad en la aceptación de la oferta de DELOITTE, que debió ser excluida por no ofrecer datos objetivos y contrastables. En sustento de esta afirmación se aportan numerosas sentencias y resoluciones de los órganos de resolución de recursos administrativos.

d) Finalmente, solicita la anulación de la adjudicación, la exclusión de la oferta de la adjudicataria y, en consecuencia, la adjudicación del contrato a TEKNEI.

SÉPTIMO: Alegaciones de DELOITTE

DELOITTE, adjudicataria impugnada, se opone a la pretensión del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) La justificación de viabilidad de la oferta aportada es sobradamente suficiente porque:



- El porcentaje de baja por el que se supera el umbral de temeridad es únicamente de un 0,36 %.
- En las soluciones técnicas adoptadas y condiciones excepcionales se alude a experiencias concretas en trabajos estrechamente vinculados al del contrato para analizar la aplicabilidad práctica.
- En relación con la originalidad del servicio se incorporan elementos originales que redundan en una mayor eficacia en la gestión.
- Sobre las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral, se expone que se cumple escrupulosamente con el convenio aplicable.
- Se confirma que para la realización del contrato no se ha obtenido ninguna ayuda estatal.

b) Los argumentos de contrario a los de TEKNEI son los siguientes:

- La experiencia aportada como justificación de la viabilidad de la oferta abarca desde 2007 hasta 2021 y permite explicar el origen de las herramientas, metodología y otros aceleradores que están a plena disposición del equipo.
- No es objeto del recurso revisar la idoneidad de la oferta.
- Los centros de excelencia no son físicos, sino agrupaciones de personas expertas en una materia.

c) El informe justificativo es suficiente y se ajusta a las previsiones establecidas en la doctrina administrativa y goza de la presunción de veracidad y acierto y el recurrente no prueba que la mesa o el órgano de contratación incurra en error manifiesto o arbitrariedad.

d) Se aporta acreditación adicional que permite evaluar la idoneidad de la justificación de la oferta consistente en un análisis de coste-beneficio y una comparación del precio / Hora ofertado con el que abonan por servicios similares otras entidades como EJIE o Informática del Gobierno Vasco.



e) Subsidiariamente, la estimación de las pretensiones de la recurrente no daría lugar a la exclusión de la oferta sino a la retroacción de actuaciones.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la impugnación con los siguientes argumentos:

a) El porcentaje por el que se aprecia la anormalidad es relativamente pequeño, ya que representa un 0,36 % sobre el precio medio del resto de las ofertas presentadas, teniendo presente que la naturaleza y la función del procedimiento de la oferta anormalmente baja se configura como una excepción al principio de la oferta económicamente más ventajosa.

b) Frente a las justificaciones de DELOITTE de su oferta, las alegaciones del recurrente no pueden prosperar por:

- Minoración del beneficio: La recurrente ha realizado sus propios cálculos sobre el coste de hora medio según la estructura de su propia empresa, que puede no coincidir con los realizados a la hora de presentar su oferta con los realizados por la empresa adjudicataria.
- Experiencia previa en servicios relacionados: Independientemente de que la experiencia de la empresa se configure como solvencia técnica, la alegada supone una mayor agilidad en el desarrollo de proyectos, una menor necesidad de formación en sus técnicos y una disponibilidad de recursos humanos formados y con experiencia adecuada más inmediata, lo que significa unos menores costes al no necesitar recursos externos.
- Metodologías propias: Suponen una mayor eficiencia para la ejecución del proyecto, así como que, al poder ser la demanda de recursos variable, una buena gestión de recursos puede conducir a una reducción de costes.
- Centros de excelencia: Disponer de una red nacional e internacional como la alegada puede redundar en abaratamiento de costes.



c) El poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad en el procedimiento de apreciación de la anormalidad y es el recurrente quien debe acreditar un uso indebido de la citada discrecionalidad.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita la exclusión de la oferta de la adjudicataria del Lote 4 porque considera que la decisión del poder es arbitraria porque las justificaciones aportadas no son suficientes para explicar el precio ofertado. Las consideraciones que efectúa este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a) Doctrina general sobre la justificación de la viabilidad de la oferta

Este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver, en este sentido la Resolución 217/2019), que el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar si la oferta analizada puede ser normalmente cumplida, cuyos límites son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, así como el seguimiento de los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, a los que se deben añadir los de transparencia y proporcionalidad (en relación a la aplicación de estos principios, ver la STJUE de 10 de septiembre de 2020 asunto C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartado 34). Por lo que se refiere a la decisión de aceptar una oferta inicialmente sospechosa de anormalidad en pronunciamientos anteriores este Órgano ha señalado que requiere únicamente de una motivación simple, a diferencia de lo que sucede con la decisión de rechazarla, que precisa de una motivación reforzada (ver, por ejemplo, la Resolución 42/2015 del OARC / KEAO). Esta diferente exigencia se deriva del hecho de que la aceptación de una oferta especialmente baja no es sino la aplicación del principio general de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP) y la consecuencia natural del procedimiento de selección de las proposiciones, que busca que



éstas sean tan provechosas como sea posible para el poder adjudicador; por el contrario, el rechazo de una oferta teóricamente ventajosa es, en el contexto de un procedimiento de adjudicación, un acto que debe acompañarse de una exhaustiva acreditación de que no puede ser razonablemente cumplida por ser una excepción a dicho principio general. Esta consideración no se opone a que el artículo 149.6 de la LCSP diga ahora que la aceptación de la oferta requiere la debida motivación, pues se refiere a establecer el carácter esencial de dicha motivación para la validez de la aceptación, y no a elevar su intensidad. Por el contrario, la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (en este sentido la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO). Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el poder adjudicador solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos (ver la STJUE de 10 de septiembre de 2020 asunto C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartado 33).

b) Sobre la explicación del precio ofertado y su estimación por el poder adjudicador

Trasladada la doctrina expuesta en el apartado a) anterior a las explicaciones aportadas por la adjudicataria impugnada en orden a justificar la viabilidad de su oferta y a la motivación del Órgano de contratación que las considera suficientes, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) El porcentaje por el cual la oferta de la adjudicataria ha traspasado el umbral de temeridad establecido en el PCAP es bajo, concretamente representa una baja de un 0,36 % sobre los 10 puntos porcentuales de la media de las ofertas. Ello implica que el esfuerzo argumentativo para motivar la decisión de aceptación de las explicaciones aportadas no tiene por qué ser especialmente exigente y no tiene por qué comprender la totalidad de los costes del contrato. Por su parte, el principio de proporcionalidad obliga a que la decisión sea adecuada para garantizar la



realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, lo que implica que para verificar la viabilidad de la oferta incurso en presunción de anormalidad el poder adjudicador no tenga que estar únicamente a las explicaciones facilitadas, sino también a todos los elementos que obran en el expediente y las obligaciones asociadas a la ejecución de la prestación.

2) Considera la recurrente que la experiencia como argumento para justificar la baja no puede ser aceptada porque los pliegos la exigen como un requisito para participar en el procedimiento de adjudicación y DELOITTE no efectúa, por ejemplo, un estudio del ahorro de costes que ello le supondría. Estos argumentos no pueden ser aceptados por varias razones:

- a. No hay un listado cerrado de las razones que puede aportar el licitador para justificar la pertinencia de su oferta, de forma que cualquiera que se presente debe ser analizada y, en su caso, rebatida por el poder adjudicador (ver, en este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640, apartado 78 y ss).
- b. El fondo parcialmente reglado constituido por el artículo 85.6 RGLCAP permite expresamente que se considere la relación entre la solvencia presentada y la oferta de la empresa. A este respecto, tal y como se expresa en la Resolución 164/2020 de este Órgano, no debe entenderse esta solvencia en el sentido recogido en, por ejemplo, los artículos 65.1 y 74 de la LCSP, que se refiere a los requisitos mínimos de capacidad técnica y económica que deben concurrir en un operador económico para estimar que podría ejecutar con suficientes garantías un concreto contrato en el caso de resultar adjudicatario. Por el contrario, el artículo 85.6 del RGLCAP se basa en la idea de que la capacidad de una empresa para ejecutar una prestación no se basa solo en la contraprestación que reciba a cambio de ella, sino también en su fortaleza técnica o



económica para asumir una posible falta de rentabilidad del contrato concreto, la cual podría ser muy poco significativa. La validez de esta justificación está reforzada por el hecho de que, entre las posibles pruebas que pueden aportarse para acreditar la seriedad de la oferta el artículo 149.4 de la LCSP menciona "...la posible obtención de una ayuda de estado", lo que demuestra que también son aceptables argumentos referidos a ingresos o consideraciones diferentes de los derivados del concreto analizado; de hecho, parece ilógico que si la LCSP acepta la justificación de la anormalidad por el potencial ingreso de una subvención, no acepte también la justificación basada en la solidez de la empresa, conseguida mediante su éxito en el mercado. Por otro lado, la STJUE de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, establece que ni siquiera una oferta a precio "0" puede ser automáticamente descartada sin aplicación previa del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, en el cual el licitador sospechoso de anormalidad puede alegar lo que proceda en defensa de la viabilidad de su proposición; implícitamente, esta sentencia admite que en dicho procedimiento puedan plantearse argumentos distintos de los referidos a la mera justificación de que el precio contractual es suficiente para sufragar los costes y cubrir los riesgos del negocio pues se refiere a un caso en el que no hay ninguna contraprestación del poder adjudicador

- c. Mediante el análisis de la experiencia se trata de valorar si el licitador se encuentra en condiciones de cumplir su oferta y, en este sentido, la invocada por DELOITTE es específica, referida a su conocimiento y relaciones con los diferentes proveedores de las aplicaciones y sistemas que soportan el sistema de información judicial, así como su participación en la elaboración del Plan Estratégico TIC 2021-2024 del sector público vasco, lo que la hace conocedora de las prioridades estratégicas así como los proyectos específicos de convergencia y provisión en el ámbito TIC.



- d. Las normas sobre temeridad no exigen de manera absoluta la necesidad de que junto a cada explicación se incorpore el correspondiente ahorro de costes. Esta será una cuestión que tendrá que valorar el órgano de contratación a la vista de las justificaciones y las circunstancias de la oferta y las obligaciones asociadas a su ejecución, en concreto el porcentaje de baja por la que se incurre en temeridad y las características de la empresa oferente, entre las que se encuentra su solvencia técnica y financiera.
- 3) La alegación de que DELOITTE no tendría ningún beneficio con este contrato ha de ser desestimada, porque en su justificación alega que la obtención de este lote le reporta un beneficio de índole reputacional. A este respecto, es de señalar que la finalidad del procedimiento establecido en el art. 149 de la LCSP es detectar ofertas que comprometan la viabilidad del contrato, por lo que no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a empresas que van a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios o incluso a pérdidas si dicha ejecución se acredita viable (ver, en este sentido, la resolución 1/2017 de este OARC / KEAO, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, que solo permite excluir las ofertas de precio "0" cuando se pruebe en el correspondiente procedimiento contradictorio su carácter anormalmente bajo). En cualquier caso, la estimación de costes aportada en el recurso no puede ser admitida como acreditativa de la inviabilidad de la oferta adjudicataria, por ser interesada y parcial. En concreto, se limita a facilitar un salario anual medio de un trabajador y las horas máximas anuales que se requieren a un trabajador, sin especificar el convenio colectivo que es de aplicación y sin tener en cuenta que los pliegos exigen dos perfiles: un coordinador y 4 los técnicos. En cualquier caso, la metodología de trabajo ni los costes de las dos empresas tienen por qué coincidir.



- 4) La jurisprudencia del TSJPV alegada no es de aplicación al supuesto que nos ocupa. En concreto, en las sentencias nº 362/2018 y nº 363/2018 el TSJPV consideró que la licitadora no había detallado y justificado los costes derivados de la ejecución del contrato ni, por ende, la procedencia del precio (0 euros), conforme a los términos de la cláusula contractual firme que castigaba con la exclusión la oferta de precios a pérdida o que no reflejaran la onerosidad del contrato y en la STJPV nº 121/2021 concluyó que el PCAP imponía a los contratistas la aplicación del convenio colectivo de Gipuzkoa, con exclusión de cualquier otro, para integrar el coste salarial del contrato y el contratista aplicaba uno de ámbito estatal. En todas ellas, el TSJPV considera que son de aplicación cláusulas firmes del PCAP que obligan a los licitadores a realizar el cálculo de los costes y la formulación del precio del contrato de una manera determinada, circunstancia que en el caso que nos ocupa ni es alegada por la recurrente ni se desprende de la información que obra en el contrato.
- 5) En lo que al recurso que nos ocupa se refiere, la denuncia de arbitrariedad implica que la motivación del acto esté basada en razonamientos manifiestamente inaceptables por su incoherencia o porque conducen a resultados absurdos. Como se concluye de lo expresado en los números anteriores, no concurre ninguna de estas circunstancias en las explicaciones del poder adjudicador que reproducen en parte los argumentos del adjudicatario, pero no de una manera acrítica, sino añadiendo una valoración propia breve pero expresiva para apoyar la decisión de dar por buena la explicación de la empresa. Asimismo, no se aprecia que el recurrente haya acreditado tampoco la infracción de alguno de los límites de la facultad discrecional que le asiste al poder adjudicador en la decisión impugnada. En particular, se observa que pretende sustituir las apreciaciones del poder adjudicador por las suyas propias, forzosamente parciales e interesadas, como cuando se refiere a la insuficiencia de las explicaciones sobre el uso de metodologías propias en la ejecución del contrato y sobre la disposición de centros de



excelencia, así como la formulación de suposiciones, como la efectuada sobre las obligaciones en materia laboral y de medio ambiente, pero sin que se llegue a acreditar que la oferta supone un incumplimiento de dichas obligaciones.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores el recurso debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa TEKNEI DIGITAL, S.A., contra la adjudicación de “Contratación de los servicios necesarios para garantizar la operatividad del sistema informático judicial en la Administración de Justicia de Euskadi (Lote 4)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko ekainaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de junio de 2022