



EB 2023/199

Resolución 039/2024, de 29 de febrero, 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 GRAFILUR, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de octubre de 2023, se interpuso 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) un recurso especial en materia de contratación interpuesto por GRAFILUR, S.A., (en lo sucesivo, GRAFILUR) contra la adjudicación del contrato de “Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El mismo día 18 se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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 se recibió entre el 9 y el 23 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 13 de noviembre, se han presentado alegaciones por PRODUCCIONES MIC, S.L. (en adelante, MIC), adjudicataria impugnada, el 20 de noviembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de F.J.G.A., que actúa en nombre y representación de GRAFILUR.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son actos impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Getxo 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

La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- a) Tras la apertura del sobre correspondiente a los criterios evaluables de forma automática, se constató que la oferta de MIC incurría en valores anormales o desproporcionados por lo que se otorgó a la empresa el oportuno trámite de audiencia para justificar la oferta presentada. A continuación, la técnica del departamento promotor emitió informe concluyendo que la oferta no estaba suficientemente justificada. Posteriormente, la mesa de contratación admitió la justificación de MIC, amparándose en tres resoluciones de Tribunales Administrativos sin ofrecer mayor explicación al respecto, ni motivar porqué se apartaba de las conclusiones de la técnico informante.
- b) Con el fin de recurrir la adjudicación a favor de MIC, la recurrente solicitó el acceso al expediente de contratación y, en particular, a toda la documentación relativa a la oferta económica y su justificación. Dicha petición fue parcialmente atendida, pues se tuvo acceso al expediente salvo en lo referente a la parte declarada confidencial, entre la que se incluía la justificación de los precios anormalmente bajos, lo cual no ha permitido a GRAFILUR fundar adecuadamente el recurso. Por ello, solicita al OARC el acceso a la oferta económica y a su justificación de seriedad.
- c) Por otro lado, el desconocimiento de los motivos que han llevado al Ayuntamiento a adjudicar el contrato a MIC también han generado indefensión en la recurrente, ya que se adjudica el contrato en contra de lo señalado por la técnico en lo referente a la justificación de los precios anormalmente bajos ofertados, sin mayor explicación que la referencia a tres resoluciones de los tribunales administrativos de recurso.
- d) Del análisis del informe técnico sobre la justificación de la baja se desprende que la oferta de MIC presenta en 6 precios unitarios valores anormales o desproporcionados, haciendo que el sumatorio de los precios sea también



considerado anormal. A pesar de las alegaciones de MIC, lo cierto es que su oferta económica fue formulada en clarísimo fraude de ley con el fin de desvirtuar la aplicación de la fórmula contemplada para el criterio de valoración, pues si se ponderan las cantidades estimadas de demanda con los precios unitarios la oferta de MIC resulta ser la más cara.

e) Consta a la recurrente que la adjudicataria no cuenta con medios propios que le permitan ejecutar el contrato, por cuanto que así resulta de su propia web en la que no se hace referencia alguna a su capacidad de producción-impresión. Y la adjudicataria ha declarado que no va a subcontratar los servicios a prestar.

f) Para el caso de que el OARC/KEAO no atienda a la solicitud de otorgar acceso a la documentación de la oferta económica, debe instar al Ayuntamiento para que desista de la licitación, pues la fórmula que se emplea para la atribución de los puntos en el criterio de adjudicación más relevante del procedimiento (precio) no pondera las cantidades estimadas para cada tipo de servicio con el precio unitario de cada uno de ellos, lo cual supone una errónea configuración de los pliegos.

g) Finalmente, se solicita que se deje sin efecto el acuerdo de adjudicación y se conceda acceso a la oferta económica y su justificación de la adjudicataria.

SÉPTIMO: Alegaciones de MIC

El adjudicatario impugnado alega, resumidamente, lo siguiente:

a) MIC declaró confidencial la justificación de la baja por contener información financiera, laboral y comercial que permitiría al resto de competidores situarse en una posición competitiva favorable en futuras licitaciones. Además, la recurrente tiene sobrada información para fundar su recurso con el informe técnico que analiza de forma prolija la citada justificación.

b) En lo que a la posible falta de motivación del acuerdo de la mesa por el que se admite la justificación dada por MIC se refiere, MIC considera que dicho acuerdo es una especie de motivación *in aliunde*, pues hace referencia a tres



resoluciones de tribunales administrativos en las que se explican los motivos para considerar admisible una justificación de baja. Además, la aceptación de una oferta inicialmente incurso en presunción de anormalidad requiere de una motivación mucho más simple que para rechazarla.

c) No existe fraude ley en la oferta presentada por la alegante, ya que ha cumplido escrupulosamente con lo establecido en los pliegos y asume un riesgo comercial de que el número de ejemplares que le sea demandados sean mayor o menor a los estimados en los pliegos.

d) La adjudicataria es una de las mayores empresas editoriales de España que cuenta con más de 100 trabajadores, entre ellos operarios de offset y encuadernación, por lo que la afirmación de la recurrente sobre la ausencia de medios propios para la ejecución del contrato es cuanto menos asombrosa.

e) La solicitud al OARC/KEAO de que inste al Ayuntamiento a que desista de la licitación es descabellada, pues en ningún caso podría ese Órgano resolutorio obligar al órgano de contratación a adoptar una decisión de desistimiento que por su propia naturaleza tiene carácter voluntario para la Administración convocante.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, resumidamente, por las siguientes razones:

a) La empresa recurrente accedió al expediente el 10/10/2023, si bien el Ayuntamiento no le mostró el documento de justificación de valores anormales porque MIC lo había declarado como confidencial al contener datos de proveedores, precios y descripción del know how propio.

b) La recurrente ha podido fundamentar su recurso con la documentación obrante en el expediente.



c) En lo referente al desconocimiento de los motivos por los que ha resultado adjudicataria en el lote 1 la mercantil MIC, cabe señalar que la Mesa considero la aceptación de la justificación con base en tres resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos, las cuales se identificaron en el acuerdo. Al respecto, y teniendo en cuenta dichas resoluciones, la Mesa consideró con una motivación simple que la justificación de la baja aportada incluía argumentos que permitían explicar la viabilidad y seriedad de la oferta.

d) Por último, y en lo referente a la errónea configuración de los criterios de adjudicación alegada por la recurrente, el desacuerdo con dicha configuración en los pliegos debería haberse recurrido en su momento; por otro lado, en ningún caso cabría hablar de desistimiento ya que se exigirían razones de interés público debidamente justificadas.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, y al margen de la solicitud de acceso a la oferta económica y su justificación de seriedad de la adjudicataria, la base del recurso es la falta de motivación por parte de la mesa, primero como del órgano de contratación después para aceptar la documentación justificativa de la oferta anormalmente baja presentada por MIC. A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad de la pretensión de la recurrente.

- a) Sobre la motivación del acuerdo por el que se acepta la documentación justificativa sobre el bajo nivel de precios presentada por la adjudicataria

En primer lugar, procede recordar que este Órgano ha señalado en numerosas ocasiones (ver, por ejemplo, la resolución 164/2020) que la apreciación de la viabilidad de las ofertas incursas en presunción de temeridad responde al concepto de discrecionalidad técnica que corresponde al órgano de contratación.



Según lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 149 de la LCSP “en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada”. Por otro lado, la decisión final sobre si la oferta puede cumplirse o no, corresponde, según dispone el mismo apartado 6 del artículo 149 LCSP, al órgano de contratación que la adoptará a la vista de las alegaciones formuladas por la empresa licitadora y teniendo en cuenta los informes emitidos por los servicios técnicos, sin que las alegaciones ni los informes tengan carácter vinculante pudiendo, por tanto, de manera motivada, separarse de la propuesta.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que como indica el TS en su Sentencia de 3 de julio de 2015 (Roj 3391/2015), “en el ámbito de la discrecionalidad técnica resultan de aplicación las habituales técnicas de control de los actos discrecionales en general, a través del control de los aspectos formales del acto, los hechos determinantes, la aplicación de los principios generales del derecho, la desviación de poder o la proscripción de la arbitrariedad”. A tales efectos, en la indicada sentencia se determina que los actos de discrecionalidad técnica de la Administración deben estar en todo caso motivados, señalando que “la motivación del acto no nos permite examinar la entraña de la decisión técnica, producto de la indicada discrecionalidad técnica, y sustituir ese juicio técnico por el que expresa el recurrente o el del propio tribunal. Lo que nos permite la motivación, en definitiva, es controlar que efectivamente se han puesto de manifiesto, de forma comprensible que esa decisión no es arbitraria, no incurre en desviación de poder, no se opone a los principios generales del derecho, o incurre en defectos de índole formal.”

Pues bien, y dicho lo anterior, en el presente supuesto ha de estimarse que tal debida motivación, en los términos expuestos, no se cumple y, más si se tiene en cuenta que el informe técnico del servicio promotor del contrato consideró que la oferta no estaba suficientemente justificada. Téngase en cuenta que, si bien la Mesa puede apartarse de dicho informe dado su carácter no vinculante (art. 80.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), ha de hacerlo de forma motivada y en el presente supuesto la Mesa de Contratación se limitó a consignar “que a la vista de dicha justificación se admite la oferta presentada por la empresa señalada dado que es factible la misma a la vista de las siguientes resoluciones: TARC 825/2019, 346/2020 Y TARC Castilla y



León 35/2016", es decir, no se expresó el razonamiento que condujo, a la Mesa primero y al órgano de contratación después, a llegar a la convicción de la viabilidad de la oferta, a pesar de las sospechas iniciales, sin que, de conformidad con lo expuesto, pueda reputarse suficiente la remisión a resoluciones de tribunales administrativo de recursos contractuales sin expresión de los fundamentos jurídicos de las mismas que se asumen sin mención alguna a los hechos determinantes sobre los que se aplican dichos fundamentos.

Por otro lado, tampoco consta dicho enjuiciamiento a lo largo del expediente, más allá, de los expresados de forma extemporánea en el informe de contestación al recurso y que no pueden ser atendidos, pues no han podido ser combatidos por la recurrente en la presente impugnación (ver, la Resolución 4/2022 del OARC/KEAO).

b) Conclusión

En conclusión, procede la estimación del recurso por considerar que la adjudicación no se encuentra motivada conforme a la normativa vigente, declarando la nulidad de la misma y ordenando la retroacción de las actuaciones y trámites del procedimiento contractual al momento inmediatamente anterior a la resolución de adjudicación a fin de que el órgano de contratación proporcione una motivación adecuada sobre la viabilidad de la oferta de MIC con el fin de que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto para poder defender sus derechos e intereses, sin necesidad de ninguna consideración en este momento sobre las restantes cuestiones suscitadas.

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: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por GRAFILUR, S.A., contra la adjudicación del contrato de "Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025", tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, de forma que debe anularse el acuerdo de adjudicación y retrotraerse las actuaciones en los términos expresados en la letra b) del Fundamento jurídico noveno.

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: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

QUINTO: 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, 2024ko otsailaren 29a

Vitoria-Gasteiz, 29 de febrero de 2023