



EB 2015/137

Resolución EB 139/2015, de 14 de diciembre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por UTE TELEVINSI, S.L. – PRODUCCIONES DURA Y MIRANDA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de grabación de imágenes y sonidos con base en Madrid”, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 28 de octubre 2015 la empresa UTE TELEVINSI, S.L. – PRODUCCIONES DURA Y MIRANDA, S.L.U, (en adelante, UTE TELEVINSI-DURÁN) presentó en el registro del Órgano administrativo de recursos contractuales/ Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra el acuerdo de adjudicación del “Servicio de grabación de imágenes y sonidos con base en Madrid”, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

SEGUNDO: El recurso, junto con una copia del expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), tuvo entrada en las dependencias del OARC/KEAO el 30 de octubre de 2015.

TERCERO: El día 11 de noviembre de 2015 se dio traslado de una copia del recurso a los interesados en el procedimiento, habiéndose recibido las de la empresa LAVINIA BROADCASTING, SLU el 18 de noviembre de 2015.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación de la unión temporal de empresas (UTE) recurrente, en cuanto que ha tomado parte en el procedimiento de adjudicación del contrato, y la representación de Don G. V.D. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El recurso se refiere a un contrato de servicios, de la categoría 26 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) cuyo valor estimado asciende a 460.800 euros, hallándonos, por consiguiente, ante un contrato de servicios sujeto al recurso especial.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso «los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores». El acto recurrido es precisamente un acuerdo de adjudicación.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, Euskal Telebista S.A.U. (en adelante, ETB) tiene la condición de poder adjudicador que no es administración pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.3 b) TRLCSP, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna no se halla sujeto a regulación armonizada. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 TRLCSP la adjudicación del contrato estará sometida, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y con sujeción a las instrucciones, de obligado cumplimiento interno, aprobadas por los órganos competentes, en las que se regularán los procedimientos de contratación de forma que garanticen la efectividad de los principios anteriormente enunciados y que el contrato sea adjudicado a quien presenta la oferta económicamente más ventajosa.



SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) Se han ofertado servicios gratuitos de trabajos de producción en compensación de horas extras que las propias bases del concurso menciona como necesarias, por lo que se solicita la asignación de tres puntos a su oferta.

b) La adjudicataria establece que el precio de los servicios especiales de ENG de una persona a jornada completa son de 190 euros y, sin embargo, el precio de la hora extra es de 15 euros/hora, lo cual supone una competencia desleal por ofertar servicios por debajo del coste del mismo que implica conculcación del art. 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal.

TERCERO: Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) De la lectura y análisis de la propuesta de la recurrente resulta imposible concluir que los servicios de «producción de noticias fuera del horario ordinario» que desordenadamente describe fueran sin coste, cuando en el mismo apartado al describir otras prestaciones puntuales expresamente indica que son sin coste. Pretender que las puntuaciones que se otorguen a las propuestas queden al albur de la interpretación de un técnico, sería tanto como defender que las condiciones de prestación de un servicio se interpretan con independencia de lo que señalen los pliegos en función del interés de la Administración en cada momento. Además, este ha sido el criterio seguido con respecto a la propuesta de otra de las entidades candidatas.

b) De la circunstancia de que la recurrente no haya solicitado en ningún momento aclaración y/o explicación una vez conocida la puntuación y de que la diferencia con la adjudicataria sea de 2,67 puntos, llevan a concluir que la disconformidad obedece a una percepción subjetiva de los hechos y a un intento desesperado de resultar adjudicataria.



c) Los argumentos referidos a una supuesta vulneración de las normas sobre competencia son propias de otro orden, no constituye objeto de recurso especial y tiene sus propios cauces y autoridades donde ser planteados. En los pliegos no se ha previsto fórmula o parámetro alguno a partir del cual apreciar el carácter anormal o desproporcionado de la oferta.

CUARTO: La empresa LAVINIA efectúa las siguientes alegaciones:

a) La compañía cumple con todos y cada uno de los requisitos exigidos para la adjudicación del contrato, habiendo presentado toda la documentación exigida y que ha sido valorada por el órgano de contratación con la propuesta efectuada.

b) Discrepa de que incurra en competencia desleal pues no puede extrapolarse un concepto (el precio de las horas extraordinarias) y analizarlo al margen del resto del contenido del correspondiente expediente de contratación. El resultado de la oferta económica se valora en su conjunto, en función del importe total de contratación

c) La oferta de la recurrente no ha sido explícita en la gratuidad del servicio que ahora dice ofrecer.

QUINTO: Se discute la valoración de la oferta de la recurrente en lo concerniente a un criterio de adjudicación a valorar mediante juicio de valor que se halla enunciado en el Pliego de condiciones jurídicas (en adelante, PCJ), de la siguiente forma:

«1.- Criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor: 35 puntos

(...)

2. Condiciones de mejora 10 puntos

(...)

2.2. Flexibilidad de la empresa que resulte Adjudicataria para realizar servicios de producción audiovisual de noticias para televisión fuera del 3 puntos



horario denominado como “ordinario” sin coste.»

Antes de entrar en el análisis de las razones invocadas se precisa reiterar la doctrina de este OARC/KEAO, plasmada en varias de sus resoluciones (por todas, la Resolución 86/2015), en relación con la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes técnicos:

«(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento a las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico y se haya verificado la igualdad de condiciones de los candidatos.»

Delimitado el alcance y contenido que el control de este Órgano puede ejercer, se analiza a continuación la única alegación de la recurrente a este respecto que consiste en denunciar el error en el que ha incurrido el Órgano de contratación al no valorar la oferta de mejora que textualmente dice que «se garantiza la disponibilidad de sus dos reporteros para realizar labores complementarias de producción tanto de asistencia al productor titular de ETB en Madrid así como en ausencia de éste, que dinamicen la más óptima prestación del servicio, tanto en horario habitual como fuera del mismo.»



La oferta de la recurrente en el apartado de «Condiciones de mejora» se articula en dos partes; una primera de carácter general en la que, sin una sistemática concreta, junto a manifestaciones sobre la solvencia de la empresa y de los trabajadores propuestos detalla determinadas acciones, algunas de las cuales se especifica que se efectuarán “sin coste”, y una segunda parte, en la que a modo de resumen de lo expuesto en la parte general se concretan un total de siete mejoras. Pues bien, la mejora alegada por la recurrente figura en la parte general del documento «Condiciones de mejora», sin que en ella se especifique que se realiza sin coste, mientras que en la segunda parte de la oferta, en la que se especifica que es el resumen, como mejora número 3 se oferta la complementariedad en tareas de producción pero sin especificar que sea fuera del horario “ordinario”. Téngase en cuenta que el PCJ prevé la valoración de mejoras sobre tres elementos de la prestación; polivalencia del personal entre los diferentes puestos que componen el equipo (apartado 2.2.1 del apartado I del cuadro de características del PCJ), la flexibilidad para realizar servicios de producción audiovisual de noticias de televisión fuera del horario “ordinario” sin coste (apartado 2.2.2 del apartado I del cuadro de características del PCJ) y la capacidad de realizar labores de edición portátil, sin coste (apartado 2.2.3 del apartado I del cuadro de características del PCJ) y que, en su oferta, la empresa recurrente además de no identificar sobre qué elementos concretos propone las mejoras, las oferta de una forma confusa, existiendo dudas acerca del alcance de lo realmente propuesto. En consecuencia, se puede afirmar que no nos hallamos ante el error de no valorar un elemento de la oferta, aspecto de la discrecionalidad que podría ser revisable por este OARC / KEAO, sino ante una interpretación de una cláusula confusa a la que, por consiguiente, habrá de aplicársele al artículo 1.288 del código civil el cual dispone que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no puede favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad, en este caso el licitador, lo cual conduce a que este motivo de impugnación deba ser desestimado.

SEXTO: Existe un segundo motivo de impugnación, que es la supuesta vulneración del art. 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal, por ofertar un precio por hora de servicios especiales de ENG significativamente inferior si se compara con el precio ofertado por el servicio ordinario de ENG.



Este motivo debe ser desestimado de plano pues el recurrente basa su denuncia en el único argumento de que uno de los precios ofertados por el adjudicatario (precio hora por servicios especiales de ENG), es significativamente inferior a otro de los precios ofertados (servicio ordinario ENG), cuando la forma de determinación del precio del contrato es por precios unitarios (apartado D del cuadro de características del PCJ) y, a tal efecto, los licitadores deben facilitar hasta un total de ocho precios unitarios, representando el precio denunciado únicamente un 5,50 por ciento del presupuesto máximo anual del contrato [5.278 € –que resulta de multiplicar 203 unidades estimadas de servicios especiales por 26 €/unidad– sobre 96.000 €]. Es decir, la recurrente basa todo su argumento de la existencia de una práctica predatoria en el señalamiento de un precio unitario que se estima que consume una parte poco significativa del presupuesto estimado anual del contrato, por lo que en ningún caso se puede estimar que se produzca el efecto del art. 17 de la Ley 3/1991, de competencia desleal.

El recurso hubiera sido igualmente desestimado en este punto aún en el supuesto de que el recurrente hubiera querido alegar el carácter desproporcionado del citado precio unitario pues, ni por lo dispuesto en el artículo 190.1 a) TRLCSP ni por lo dispuesto en el artículo 152.2 TRLCSP, el poder adjudicador está obligado a prever parámetros objetivos en función de los cuales apreciar que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados y, en ejercicio de esta potestad, lo cierto es que el PCJ que rige la licitación no recoge ninguna consideración al respecto, por lo que se debe concluir que de no incluirse parámetros de desproporcionalidad en los pliegos no puede tenerse en cuenta esta posibilidad.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:



RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso en materia de contratación interpuesto por UTE TELEVINSI, S.L. – PRODUCCIONES DURA Y MIRANDA, S.L.U. contra la adjudicación del contrato de servicio de grabación de imágenes y sonidos con base en Madrid, promovido por EUSKAL TELEBISTA, S.A.U.

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

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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

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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko abenduaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de diciembre de 2015