



EB 2024/079

Resolución 190/2024, de 17 de octubre, 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 la empresa GRAFILUR, S.A., contra la adjudicación del contrato “Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025” (lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 21 de mayo de 2024 ha tenido entrada 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 la empresa GRAFILUR, S.A. (en adelante, GRAFILUR), contra la adjudicación del contrato “Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025” (lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El 22 de mayo este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, 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 solicitud se reiteró con fecha 5 de julio de 2024, y la documentación se recibió el día 9 de julio de 2024.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 11 de julio, por PRODUCCIONES MIC S.L. (en adelante, MIC), adjudicataria impugnada, se presentaron alegaciones el día 18 de julio.

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, S.A.

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

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso 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, en concreto de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, la impugnación se basa en los siguientes motivos:

- a) Mediante su Resolución 39/2024, de 29 de febrero, el OARC / KEAO resolvió anular la anterior adjudicación del contrato y retrotraer las actuaciones para que el poder adjudicador proporcione una motivación adecuada de la viabilidad de la oferta de MIC.
- b) A pesar del tiempo transcurrido desde la presentación de su proposición y del incremento del coste del papel en 2024, el poder adjudicador no solicitó a MIC que se ratificara en su oferta.
- c) El poder adjudicador tampoco requirió a MIC para que justificase no encontrarse incurso en prohibición de contratar, dando por buena la gestión de 2023 para adjudicarle el contrato por primera vez.
- d) La recurrente solicitó acceso al expediente de contratación y, especialmente, a la documentación relacionada con la oferta de la adjudicataria y a la justificación de la seriedad de su proposición.
- e) La Mesa de Contratación se limitó a resumir mucho la justificación de MIC y a citar cuatro pronunciamientos teóricos de varios órganos de recursos contractuales, sin que en ningún momento se neutralizase el informe técnico desfavorable a la aceptación de la oferta de MIC.
- f) El citado informe técnico explica que la oferta de MIC es la más perjudicial para el Ayuntamiento en términos económicos a pesar del buen resultado que obtiene en el criterio de adjudicación relativo a la oferta económica.
- g) La oferta de MIC presenta varios precios unitarios que incurren en valores anormales o desproporcionados, haciendo que el sumatorio de los precios (criterio de adjudicación) sea también anormal. Ello supone que su oferta fue planteada en fraude de ley, pues los precios propuestos eran muy cercanos a 0,

puramente simbólicos y se perseguía la finalidad de eliminar la proporcionalidad en la puntuación atribuida a los demás licitadores al hacer inoperante la fórmula de valoración.

h) No se ha cumplido con el trámite establecido en el artículo 150.2 LCSP para comprobar que MIC satisface los requisitos exigibles para ser adjudicatario del contrato.

i) La recurrente alega que le consta que la adjudicataria, que afirma que no recurrirá a la subcontratación, no cuenta con medios propios que le permitan ejecutar la prestación contractual.

j) Finalmente, se solicita el acceso a la documentación económica de MIC y a la justificación de la seriedad de su oferta y, en todo caso, que se acuerde dejar sin efecto la adjudicación en favor de MIC del lote 1 del contrato impugnado, obligando al Ayuntamiento a retrotraer la licitación, con las consecuencias jurídicas derivadas del recurso y, en caso de estimarse el acceso al expediente, de las alegaciones complementarias al mismo.

SÉPTIMO: Alegaciones de MIC

El adjudicatario impugnado se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) La documentación aportada por MIC para justificar la viabilidad de su oferta contiene información financiera, laboral y comercial cuya difusión perjudicaría la competitividad de la empresa. Además, la recurrente ha contado con toda la información necesaria para elaborar una impugnación fundada.

b) Se considera que la Mesa de Contratación ha motivado suficientemente la aceptación de la oferta inicialmente sospechosa de anormalidad.

c) No es necesario que MIC se ratifique en su oferta o que el Ayuntamiento pida dicha ratificación, habida cuenta del tiempo transcurrido desde que la presentó;

esta petición no tiene base legal alguna y, además, la justificación de la oferta anormal se debe referir al momento de su presentación, sin que quepa un nuevo procedimiento de verificación por el transcurso del tiempo o el incremento de los costes.

d) MIC presentó en su día, para acreditar su solvencia y la ausencia de prohibiciones de contratar, su inscripción en los registros de licitadores de la Comunidad Autónoma de Euskadi y del Sector Público. De ella se deduce la inexistencia de prohibiciones de contratar.

e) No hay fraude de ley en la oferta de MIC, que asume el riesgo de que las unidades estimadas no sean las finalmente demandadas, y todos los precios unitarios propuestos forman parte de la misma oferta económica. Dicha oferta es la más ventajosa de acuerdo con la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en los pliegos, conocidos por todos los licitadores.

f) La empresa cuenta con la clasificación de contratistas más alta, lo que prueba su solvencia técnica, y la exigencia de acreditar la disposición de medios propios no figuraba en los pliegos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso por los siguientes motivos:

a) Los motivos del presente recurso son casi idénticos a los que se incluían en el recurso resuelto en la Resolución 39/2024 del OARC / KEAO, por lo que se reitera el informe emitido en contestación a aquél.

b) GRAFILUR ha accedido nuevamente al expediente, salvo en lo relativo a la justificación de los valores anormales, considerada confidencial por MIC.

c) La Mesa de Contratación ha aportado argumentos que permiten aceptar la viabilidad y seriedad de la oferta de MIC.

d) Consta en el expediente el cumplimiento del trámite establecido en el artículo 150.2 LCSP; en concreto, figura en el expediente el certificado de inscripción de la adjudicataria en el Registro de licitadores de Euskadi, del que se desprende la inexistencia de obligaciones tributarias pendientes de pago y de otras prohibiciones de contratar y la clasificación de la empresa en el Grupo M, Subgrupo 4 y Categoría 2.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

a) Sobre la petición de acceso al expediente

En primer lugar, debe examinarse la solicitud de acceso al expediente, dado que la aceptación de la petición supondría la concesión de un plazo adicional para completar la impugnación (artículo 52.3 LCSP).

a 1) Doctrina general

Como ha señalado este Órgano (ver, por todas, su Resolución 189/2023), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban 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 (en adelante, RPE):

- 1) La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Tal y como se dijo en la Resolución 248/2015

del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva.

- 2) Solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación de acceso solicitada en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO), de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión.
- 3) El derecho de acceso a las ofertas de las demás licitadoras no es un derecho absoluto; además el límite de la confidencialidad (artículos 52.1 y 133.1 LCSP), debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía).
- 4) Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

a 2) Sobre el acceso a la oferta de la adjudicataria impugnada.

A la vista de lo expuesto en el apartado a1) anterior, este Órgano considera que no procede el acceso requerido por la recurrente por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) Según figura en la documentación remitida por el poder adjudicador (documento número 10), GRAFILUR accedió al expediente el día 13 de mayo. La única limitación de dicho acceso que consta, impuesta por razones de confidencialidad, es la relativa a la justificación de la anormalidad presentada por MIC. Como ya señaló este Órgano en su Resolución 10/2018, esta limitación es “una ponderación adecuada de la tensión entre el derecho a la confidencialidad y el de acceso al expediente, ya que el conocimiento de la citada información permite seguir el proceso interno de toma de decisiones empresariales fundamentales y, en especial, de elaboración de la oferta”. Debe tenerse en cuenta que “se trata de la descripción de las estrategias de costes directamente relacionados con la ejecución de las tareas”, por lo que la divulgación de la información (declarada confidencial por la adjudicataria) puede suponer un perjuicio para la competitividad de la empresa.
- 2) Por otro lado, la recurrente ha presentado una impugnación suficientemente fundada con base en la documentación del expediente a la que ha podido acceder (informes técnicos, acuerdos de la Mesa, etc.), por lo que no se hay indefensión alguna.

b) Sobre la aceptación de la justificación de la baja anormal

El siguiente motivo de recurso que debe analizarse es la motivación de la aceptación de la oferta inicialmente incurso en sospecha de anormalidad. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que la Resolución 39/2024 del OARC / KEAO anuló la anterior adjudicación del contrato y ordenó la retroacción de las actuaciones “...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.” Consecuentemente, debe comprobarse si la citada aceptación está suficientemente motivada porque ello supone que la Resolución 39/2024 se ha ejecutado correctamente y pueden entonces analizarse los demás motivos de impugnación, análogos a los que dicha Resolución dejó imprejuzgados, empezando por la adecuación de la aceptación a la LCSP.

1) La motivación de la aceptación de la baja a pesar del contenido del informe técnico (no vinculante) figura en el acta de la sesión de la Mesa de Contratación de fecha 16 de abril. En ella se citan los apartados de la justificación de la baja que se consideran más relevantes, la opinión favorable que merecen a la Mesa y la base legal de la aceptación, que se remite a apartados concretos (reproducidos literalmente) de varias resoluciones de órganos y tribunales de recursos contractuales. De estos apartados son especialmente significativas las alusiones a la posibilidad de aceptar con ciertas condiciones las proposiciones que disminuyan el beneficio o incurran en pérdidas, o de valorar las características generales de la empresa para acreditar la viabilidad de la oferta incluso por encima de la congruencia económica de la proposición.

2) A la vista de lo expuesto, se considera que la aceptación de la oferta está suficientemente motivada y la Resolución 39/2024 correctamente ejecutada, por lo que deben analizarse el resto de los fundamentos del recurso.

c) Sobre la incursión de la oferta en fraude de ley

El recurrente alega, en la misma línea que el informe técnico que valora la justificación de la baja, que MIC presenta precios anormales en 6 de los 22 tipos de servicios en los que se descompone el contrato. En este sentido, su oferta económica, en la que varios precios eran muy cercanos a 0 o puramente simbólicos, busca desvirtuar la proporcionalidad en la aplicación de la fórmula de

evaluación del precio para que los demás licitadores no obtengan puntuación, mientras que MIC lograría la máxima posible. GRAFILUR califica esta actuación como “fraude de ley” por lo que no debió conseguir ninguna puntuación. De hecho, si se ponderan las cantidades estimadas de demanda estimada de cada servicio con los precios ofertados, la oferta de MIC es la más cara. Este motivo de recurso debe rechazarse por las siguientes razones, acordes con una reiterada doctrina de este Órgano, expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 164/2020 (confirmada por la STSJPV de 5/5/2022, nº 1895/2022, ECLI:ES:TSJPV:2022:1895), 73/2021 y 194/2022:

- 1) No cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que su objetivo es lograr la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente, ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación privando al licitador de la puntuación que le corresponde de acuerdo con la fórmula de valoración del precio, la cual debe aplicarse en sus estrictos términos y no permite ningún margen de apreciación al órgano de contratación (ver, por todas, la Resolución 145/2020 del OARC / KEAO).
- 2) En especial, no se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego el que ha inducido su contenido al establecer la ponderación, el valor relativo que se otorga a cada precio unitario y las fórmulas de cálculo de la puntuación. Además, para que la conducta de la recurrente pudiera ser calificada de fraudulenta, el artículo 6.4 del Código Civil requiere la obtención de un fin contrario al ordenamiento jurídico y el recurso no concreta cuál es el precepto infringido, ya que no puede considerarse como tal que el licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible con respeto a las reglas establecidas en

las bases, pues tal pretensión es consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva.

- 3) Finalmente, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno o varios de ellos de ellos podría compensarse con el importe de otros para dar como resultado una oferta viable en su conjunto, por lo que la verificación de la anormalidad debe ser igualmente global (ver, por todas, la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal Supremo 4069/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4069, de 17 de diciembre de 2019), incluso aunque el parámetro para determinar la sospecha de anormalidad se haya fijado por relación a precios unitarios y no al precio total. Debe además indicarse que es contradictorio alegar conjuntamente que una oferta es la más cara y que debe excluirse por ser anormalmente baja.

d) Sobre la falta de ratificación de la oferta por el adjudicatario

El recurrente señala que el adjudicatario no ha ratificado su proposición (ni el poder adjudicador se lo ha requerido) a pesar del tiempo transcurrido desde su presentación y de alteración de algunas circunstancias desde ese momento (incremento del precio del papel). Este motivo de impugnación debe desestimarse, pues no hay norma que establezca la necesidad de dicha ratificación (de hecho, en el recurso no se identifica ninguna).

e) Sobre la falta de una nueva justificación de que la adjudicataria no está incurso en prohibición de contratar y el cumplimiento del trámite del artículo 150.2 LCSP

El recurrente alega que debió exigirse al adjudicatario impugnado la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP, no siendo suficiente a estos efectos el trámite practicado a propósito de la anterior adjudicación. Esta alegación debe descartarse por los siguientes motivos:

1) La retroacción de actuaciones ordenada por la Resolución 39/2024 de este Órgano extendía sus efectos hasta el “momento inmediatamente anterior a la resolución de adjudicación” y su finalidad era obtener “una motivación adecuada sobre la viabilidad de la oferta de MIC”, sin que se hiciera mención alguna al trámite del artículo 150.2 LCSP ni a la capacidad del adjudicatario. El recurso de GRAFILUR que dio origen a la citada Resolución no incluyó esta cuestión entre los motivos de impugnación, y la alegación formulada en este recurso no alude a la existencia de ninguna causa concreta de prohibición de contratar u otra irregularidad relacionada con los aspectos contenidos en la documentación recogida en el artículo 150.2 LCSP.

2) A la vista de lo anterior, y del principio de conservación de los actos administrativos (artículo 51 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común), este Órgano entiende que no es legalmente exigible reiterar el trámite del artículo 150.2 LCSP y que no debe aceptarse este motivo de impugnación.

f) Sobre la disponibilidad de la adjudicataria de medios propios para ejecutar el contrato

La recurrente alega que no le consta que MIC disponga de medios propios para ejecutar el contrato, teniendo en cuenta además que no se propone recurrir a la subcontratación. Sin embargo, los pliegos no contienen prevención al respecto ni solicitan acreditación alguna a los licitadores o al adjudicatario (de hecho, GRAFILUR tampoco alega cláusula alguna que pueda considerarse infringida), por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.

g) Conclusión

A la vista de lo señalado en los apartados a) a d) 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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa GRAFILUR, S.A., contra la adjudicación del contrato “Servicio de edición de soportes y de creatividad y diseño gráfico para la campaña de promoción turística Getxo 2023-2025” (lote 1), tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

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, 2024ko urriaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de octubre de 2024