

ACUERDO 5/2023, DE 26 DE ABRIL DE 2023, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO PRESENTADO POR LA EMPRESA MOM SAVE OUR SOUL, S.L. CONTRA EL ACUERDO DE ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO RELATIVO A LA “GESTION DE LAS REDES SOCIALES PROMOCIONALES DE TURISMO DE GRAN CANARIA.” (EXPTE. 1222/2022 -EXPTE. TRIBUNAL 1/2023)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El día 16 de septiembre de 2022 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato denominado “**GESTION DE LAS REDES SOCIALES PROMOCIONALES DE TURISMO DE GRAN CANARIA**” así como los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la misma. El órgano de contratación es la Presidencia del Organismo Autónomo denominado Turismo de Gran Canaria y el valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 141.051,83€.

SEGUNDO. Mediante Decreto 49/2023 de fecha 3 de febrero de 2023 dictado por el Presidente de Turismo de Gran Canaria fue adjudicado el contrato a la entidad **21 NINJAS, S.L.** por importe de 13.482€ (igic incluido).

TERCERO. El 1 de marzo de 2023 Don R.E.G. interpone Recurso Especial en materia de contratación en representación de la empresa **MOM SAVE OUR SOUL, S.L.** contra la adjudicación del contrato relativo a la “gestión de las redes sociales promocionales de Turismo de Gran Canaria”.

CUARTO. Al tratarse de un recurso contra la adjudicación del contrato, el acto ha quedado suspendido de forma automática sin que el Tribunal haya apreciado circunstancias para su levantamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP’17.

QUINTO. El 2 de marzo de 2023 el Tribunal Administrativo del Cabildo de Gran Canaria sobre Contratos Públicos -en adelante TACP- formula el oportuno requerimiento al servicio gestor, solicitando el expediente, la relación de todos los participantes en la licitación, así como el preceptivo informe.

SEXTO. El 8 de marzo de 2023 el órgano de contratación remitió al TACP el expediente completo, la relación de licitadores y un informe de fecha 7 de marzo de 2023.

SÉPTIMO. -Conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 56 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’17 -, el 9 de

marzo de 2023 fueron puestos de manifiesto a los licitadores los documentos mediante los que fue formalizado el Recurso Especial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Competencia del Tribunal

Corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula, publicado en el BOP nº 24, de 24 de febrero de 2016 y en el BOC nº 39 de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular celebrado el 25 de julio de 2016, (BOP nº 93 de 3 de agosto de 2016) y acordada su renovación por el Pleno del Excmo. Cabildo de Gran Canaria el 30 de julio de 2021, (BOP nº 133 de 5 de noviembre de 2021).

Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), hoy art 46 de la LCSP'17 y de conformidad con el 2.3 del Decreto 10/2015, de 12 de febrero de la Comunidad Autónoma de Canarias, por el que se creó el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos y que habilita a las Administraciones Locales para crear su propio Tribunal Administrativo.

SEGUNDO. - Legitimación

El párrafo primero del artículo 48 de la LCSP'17 establece que "Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso".

Y, en particular, el artículo 24.3 del RD 814/2015 que aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -RTACRC-, de aplicación a todos los Tribunales Administrativos al tener carácter básico según la Disposición Final Primera, exige que "La interposición del recurso en representación de las personas jurídicas de cualquier clase requerirá de poder con facultades suficientes al efecto."

Ostenta legitimación la recurrente por haber participado en el procedimiento como licitadora, habiendo aportado poderes que se consideran suficientes a efectos de interposición del presente recurso.

TERCERO. - Objeto del recurso

El recurso se dirige contra la adjudicación del contrato relativo a la gestión de las redes sociales promocionales de turismo de Gran Canaria. El valor estimado de contrato asciende a 141.051,83€. Siendo, por tanto, susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP`17.

CUARTO. - Plazo

El decreto de Adjudicación se dictó el 3 de febrero de 2023 y fue notificado el 8 de febrero siguiente a la recurrente por lo que, habiéndose presentado el recurso el 1 de marzo de 2023, debe considerarse presentado dentro del plazo.

QUINTO. - Motivos del recurso.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

1.- El primer motivo que alega la recurrente hace referencia a la falta de competencia de la mesa de contratación, argumentándolo en el siguiente sentido:

“En primer lugar, se alega a falta de competencia de la mesa de contratación para acordar la inclusión de las ofertas incursas en presunción de anormalidad conforme a lo dispuesto en los artículos 149 y 326.2.c) de la LCSP.

Por tanto, la falta de competencia de la mesa de contratación para acordar la inclusión de las ofertas incursas en baja anormal, conlleva la anulabilidad del acto dictado en aplicación del artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de julio, ya que no es competencia de la mesa de contratación decidir sobre la exclusión o inclusión de las ofertas anormales, limitándose su función únicamente a proponer al órgano de contratación aquella, conforme establecen los citados artículos 149.6 y 326. 2 de la LCSP. Por tanto, al carecer la mesa de contratación de competencias para aceptar o rechazar una oferta inicialmente incursa en baja anormal, ha incidido sobre la validez del acto y, por tanto, tal defecto de forma advertido no sólo ha generado indefensión, sino que conlleva que la anulabilidad del acto recurrido.

Ya que es la Mesa de Contratación, la que sin más no sólo no excluye a las dos entidades mercantil, sino que argumenta en contra del técnico informante, y únicamente propone como adjudicataria del servicio a 21ninjas, S.L., lo que el órgano de Contratación hace suyo simplemente aludiendo a los argumentos expuestos en el Acta de la Sesión de la Mesa de Contratación de fecha 12 de enero de 2023.

En este sentido, se manifiesta que la convalidación, que sanaría el vicio y lo hubiera hecho desaparecer como si no existiese, no se ha producido al tiempo de la interposición del presente recurso, por lo que subsiste, invalidando el acto recurrido, sin que la mera expectativa de que esta sanación pudiera producirse produzca por sí sola los efectos de la convalidación.”

2.- En segundo lugar, la recurrente alega la nulidad del artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, por omisión de trámites esenciales del procedimiento, en relación con el artículo 149 LCSP y 85 del Reglamento citando asimismo la cláusula 19.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La argumentación en este caso es la siguiente:

“La doctrina sobre las exigencias de la motivación en la aceptación o rechazo de la oferta incurra en presunción de anormalidad ha sido recogida más recientemente en otras resoluciones del Tribunal al interpretar el artículo 149 de la LCSP. EL Tribunal ha declarado en numerosas resoluciones que la LCSP establece la posibilidad de rechazar una proposición cuando se considere que no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormalmente bajos o desproporcionados.

Más en concreto hemos afirmado que el régimen legal de ofertas anormalmente bajas tiene por objeto ofrecer al licitador incurso en anormalidad de su oferta la posibilidad de que explique de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios ofertados o de costes propuestos y que, por tanto, la oferta es susceptible de normal cumplimiento en sus propios términos a juicio del órgano de contratación

En definitiva, de acuerdo con el artículo 149 de la LCSP es obligación del licitador explicar de forma suficientemente satisfactoria ese bajo nivel de precios ofertado, porque de no hacerlo así el órgano de contratación debería rechazar su oferta.”

El recurso señala que la mesa de contratación carece de competencia para *“acordar la inclusión de las ofertas incursas en presunción de anormalidad conforme a lo dispuesto en los artículos 149 y 326.2.c) de la LCSP.”*

Lo que plantea el recurrente es la incompetencia de la Mesa para determinar que una oferta no está incurra en causa de presunción de anormalmente baja, debiendo, según su tesis, elevar propuesta al órgano de contratación para que sea este órgano quien determine que la oferta no está incurra en esa presunción.

Pues bien, dicha alegación carece de cualquier fundamento, puesto que el artículo 326.2. de la Ley de Contratos Del Sector Publico, dispone: *“La mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá las siguientes funciones, entre*

otras que se le atribuyan en esta Ley y en su desarrollo reglamentario: c) En su caso, la propuesta sobre la calificación de una oferta como anormalmente baja, previa tramitación del procedimiento a que se refiere el artículo 149 de la presente Ley”.

Es decir, la Mesa está obligada a elevar propuesta al órgano de contratación cuando entienda que alguna oferta pueda ser calificada como anormalmente baja, pero esta obligación no se traslada sin más cuando entienda lo contrario y ello en interpretación también del artículo 22 del RD 817/2009 de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que respecto a las competencias de la Mesa se incluye:

f) Cuando entienda que alguna de las proposiciones podría ser calificada como anormal o desproporcionada, tramitará el procedimiento previsto al efecto por el artículo 136.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, y en vista de su resultado propondrá al órgano de contratación su aceptación o rechazo, de conformidad con lo previsto en el apartado 4 del mismo artículo.”

De modo que sólo en el supuesto de que la Mesa entienda que alguna proposición pueda ser calificada como anormal, está obligada a proponer al órgano de contratación la aceptación o rechazo de la calificación como anormal, pero no en el supuesto que aquí se plantea, en el que la Mesa entiende que no incurre en oferta anormal, lo cual debe enmarcarse dentro de la competencia genérica recogida en mismo artículo, apartado b:

“ b) Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”.

SÉPTIMO. – Sobre la falta de motivación del acuerdo de la Mesa y la arbitrariedad del informe técnico.

Sobre la falta de motivación, el propio recurso parece contradecirse cuando señala que *“Ya que es la Mesa de Contratación, la que sin más no sólo no excluye a las dos entidades mercantil, sino que argumenta en contra del técnico informante, y únicamente propone como adjudicataria del servicio a 21ninjas, S.L., lo que el órgano de Contratación hace suyo simplemente aludiendo a los argumentos expuestos en el Acta de la Sesión de la Mesa de Contratación de fecha 12 de enero de 2023.*

Y es que, efectivamente, lo que el recurso alega es que la Mesa de Contratación no ha seguido la opinión del informe técnico sobre la anormalidad de las ofertas de dos empresas. El informe técnico señalaba al respecto lo siguiente:

“Primero. De conformidad con la cláusula 19.6 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se procede a valorar si las ofertas presentadas han sido formuladas en términos que las hacen anormalmente baja, realizándose los cálculos pertinentes para estimar si existe baja anormal conforme a lo establecido en el apartado K.3) del Cuadro de Características, que indica lo siguiente:

“Se considerarán desproporcionadas o anormales las ofertas que se encuentren en los supuestos siguientes:

- a) Cuando, concurriendo un solo licitador, la oferta sea inferior al presupuesto base de licitación en más de 25 unidades porcentuales.*
- b) Cuando concurren dos licitadores, la oferta u ofertas que sea inferior en más de 20 unidades porcentuales a la otra oferta.*

Cuando concurren tres licitadores, la oferta u ofertas que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.”

Segundo. Que las ofertas económicas presentadas por las entidades licitadoras han sido las siguientes:

OFERTAS ECONÓMICAS PRESENTADAS	
1 Beatriz Rivero Caro	20.100,00 €
2 QraneosSL	16.692,00 €
3 Mom Save Our Soul SL	17.850,00 €
4 Gaia Consultores insulares SL	19.300,00 €
5 Metrópolis Comunicación SL	16.500,00 €
6 As Comunicación y Publicidad SL	17.851,87 €
7 TuaTeam SL	19.631,00 €
8 Cúrcuma Estudio SLU	19.235,00 €
9 21ninjasSL	12.600,00 €
10 Enlimonado SL	18.150,00 €
11 Coco Solution SL	17.929,98 €

Por tanto, atendiendo a que han concurrido más de tres licitadores, y al no aparecer por defecto este hecho en el respectivo clausulado, se entiende que resulta de aplicación lo expuesto en el apartado c).

La Mesa de contratación ha entendido que el criterio seguido en el informe técnico, no se ajusta a lo dispuesto en los Pliegos.

Efectivamente, en el apartado K) del Cuadro de Características aprobado y publicado recoge en su apartado 3 los “Criterios para la consideración de ofertas anormalmente

bajas” que rigen la presente licitación, estipulándose entre ellos que: **“c) Cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja superior a 25 unidades porcentuales.”**

En este sentido hay que recordar que el artículo 149 de la LCSP establece:

2. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:

- 1.- *Salvo que en los pliegos se estableciera otra cosa, cuando el único criterio de adjudicación sea el del precio, en defecto de previsión en aquellos se aplicarán los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y que, en todo caso, determinarán el umbral de anormalidad por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente.*
- 2.- *Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto.*

Pues bien, es claro que el informe técnico no ha aplicado los criterios del pliego, cuestión que el mismo informe reconoce al decir: **“atendiendo a que han concurrido más de tres licitadores, y al no aparecer por defecto este hecho en el respectivo clausulado, se entiende que resulta de aplicación lo expuesto en el apartado c)”**.

Por ello, el informe en este punto carece de los elementos necesarios para preservar la discrecionalidad técnica de los mismos. A tal efecto el recurso señala: ***“A este respecto, y como es doctrina reiterada de este Tribunal, las valoraciones de los informes técnicos están amparadas por la discrecionalidad administrativa siempre y cuando se advierta una correcta y debida motivación de los mismos, pues ante una escasa o insuficiente justificación aquélla se transforma en pura y simple arbitrariedad, y ahí reside la función***

del Tribunal al que respetuosamente me dirijo, con la recta finalidad de enjuiciar si dichos informes se encauzan debidamente, y si satisfacen las exigencias de motivación previstas en el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.”

Y cita diversas Resoluciones del TCRC: las Resoluciones 968/2019, de 14 de agosto, 6/2016, de 12 de enero y 343/2015, de 17 de abril de 2015, Resoluciones 246/2012, de 7 de noviembre, 606/2013, de 4 de diciembre, 288/2014, de 4 de abril, 344/2014, de 25 de abril, 718/2014, de 26 de septiembre, o 255/2015, de 23 de marzo, se afirma que **«Debemos recordar, además, que informe que da por válida la justificación ofrecida, al ser elaborado por un técnico adscrito al órgano de contratación, gozan de la llamada discrecionalidad técnica a la hora de valorar dicha justificación, y, dado que *el recurrente no ha probado que en su redacción se haya incurrido en un error material, alguna arbitrariedad o error de procedimiento, las conclusiones técnicas emitidas por el servicio técnico deben prevalecer, pues la discrecionalidad técnica no ha sido desvirtuada*».**

Pues bien, en este caso, es evidente que el informe se ha excedido de su cometido al haber tenido en cuenta criterios que no constaban en los pliegos, como señala la Mesa de contratación en el acta:

La Mesa de Contratación difiere sin embargo de la justificación señalada en el informe técnico para la aplicación del apartado C) ya que en el apartado K.3 del Cuadro de Características no se recoge el supuesto de ofertas anormales o desproporcionadas para cuando haya más de tres licitadores, que es lo que acontece en el presente procedimiento.

El artículo 149.2 de la LCSP señala que en los pliegos deben fijarse los parámetros objetivos que permitan identificar los casos en que una oferta se considere anormal, señalándose en el apartado b) de dicho artículo que cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

Tampoco cabe la remisión al artículo 85 del RGLCAP ya que, además de no establecerse en los Pliegos, ello solo podría efectuarse cuando el precio sea el único criterio de adjudicación, tal y como señala el artículo 149.2 a) de LCSP.

En este sentido, el informe del órgano de contratación cita la resolución 1213/2017 de 22 de diciembre en la que se concluyó lo siguiente:

Pues bien, como hemos recordado en la Resolución 907/2017, con cita de la 107/2016, “para que pueda ser ponderada si una proposición no puede ser

*cumplida por considerar que se trata de una oferta anormalmente baja, tanto durante la vigencia de los contratos de las administraciones públicas, bajo la forma de adjudicación de concurso, como de la Ley de Contratos del Sector Público cuando se apliquen diversos criterios de valoración de las ofertas, es requisito que en el pliego de cláusulas administrativas particulares se hayan especificado los criterios objetivos que permitirán su apreciación. De tal forma que si tal previsión “no figura en el PCAP no puede apreciarse que una proposición pueda ser considerada como oferta anormalmente baja” (...) Además, idéntica interpretación literal del precepto transcrito se ha realizado tanto desde los órganos jurisdiccionales (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2014, recurso de casación 334/2013), como desde la doctrina de los tribunales administrativos competentes para conocer del recurso especial en materia de contratación.” Lo anterior supone que, **cuando existen criterios de adjudicación diferentes del precio, la fijación de las condiciones y umbrales que determinan que una oferta contiene valores anormales o desproporcionados es competencia exclusiva de los pliegos que rigen la licitación.***

Por lo tanto, el acuerdo de la Mesa no sólo está debidamente motivado, sino que demuestra la incorrección del informe técnico, por lo que procede desestimar el recurso también en este punto.

Por cuanto antecede, este Tribunal, por unanimidad

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad **MOM SAVE OUR SOUL, S.L.** contra la adjudicación del contrato denominado Gestión de las redes sociales promocionales de Turismo de Gran Canaria licitado por el Organismo Autónomo Turismo de Gran Canaria.

SEGUNDO.- Alzar la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO.- 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 58.2 del LCSP,17.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento, ordenando su publicación en el perfil de contratante.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, y contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en el plazo de DOS MESES a partir del día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DEL CABILDO DE GRAN CANARIA SOBRE
CONTRATOS PÚBLICOS**
05.0.6

con lo dispuesto en los artículos 10.1 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa – Administrativa.