



Recurso nº 1636/2021

Resolución nº 1799/2021

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 10 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. G.M.R.A., en representación de TEX45 PRODUCTIONS, S.L., y D. P.L.R., en representación de METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA, S.L. contra la Resolución, de 19 de octubre de 2021, de la Subdirectora General de la Oficina Presupuestaria y Gestión Económica, por la que se le excluye de la licitación convocada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para contratar el *“servicio de creatividad, diseño, realización y producción de una campaña de publicidad institucional un País que Siempre se Levanta, Agenda 2030”* (Exp. 202107PA0001), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 23 de julio de 2021, rectificado el 28 de julio, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOCE), el 22 de julio de 2021, rectificado el 23 de julio, a las 13:45 horas, en el Perfil del Contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector público (PCSP), y el 28 de julio en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios del contrato de servicio de creatividad, diseño, realización y producción de una campaña de publicidad institucional un País que Siempre se Levanta, Agenda 2030, expediente SC-2022-003-PI, licitado por la Administración General del Estado, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

El contrato, calificado como de servicios, clasificación CPV 79340000, servicios de publicidad y de marketing, tiene un valor estimado de 371.900,83 euros, está sujeto a

regulación armonizada, licitándose por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, y presentación de la oferta electrónica.

En la hoja resumen del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que es un pliego modelo tipo, se dispone en lo que al recurso importa:

«13.2. Consideración del carácter de ofertas anormales o desproporcionadas

El carácter desproporcionado o anormal de la oferta se apreciará de acuerdo con los siguientes parámetros objetivos:

o Cuando, concurriendo un solo licitador se den todas las siguientes circunstancias en la propuesta:

□ La oferta económica es inferior al presupuesto base de licitación en más de 15 unidades porcentuales.

□ La propuesta ha obtenido al menos el 75% de la puntuación máxima obtenible en el resto de los criterios evaluables diferentes del precio.

o Cuando, concurriendo dos licitadores se den todas las siguientes circunstancias en la propuesta:

□ La oferta económica es inferior en más de 15 unidades porcentuales respecto a la oferta económica del otro licitador.

□ La propuesta supera el 50% de la puntuación obtenida por el otro licitador para el resto de los criterios evaluables diferentes del precio.

o Cuando, concurriendo tres licitadores se den todas las siguientes circunstancias en la propuesta:

□ La oferta económica es inferior en más de 10 unidades porcentuales respecto a la media de las ofertas económicas 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.

□ La propuesta supera el 50% del promedio de la puntuación obtenida por el resto de los licitadores para el resto de los criterios evaluables diferentes del precio.

o Cuando, concurriendo más de tres licitadores se den todas las siguientes circunstancias en la propuesta:

□ La oferta económica es inferior en más de 10 unidades porcentuales respecto a la media de las ofertas económicas presentadas. No obstante, si entre ellas existen ofertas que sean superiores a dicha media en más de 10 unidades porcentuales, se procederá al cálculo de una nueva media sólo con las ofertas que no se encuentren en el supuesto indicado. En todo caso, si el número de las restantes ofertas es inferior a tres, la nueva media se calculará sobre las tres ofertas de menor cuantía.

□ La propuesta supera el 50% del promedio de la puntuación obtenida por el resto de los licitadores para el resto de los criterios evaluables.>>

Segundo. Llegado el término de presentación de proposiciones entre los licitadores presentados se encuentran TEX45 PRODUCCIÓN S. L. y ADSOLUT S. L.

El 5 de agosto de 2021, la mesa procede a la apertura de los archivos electrónicos que contienen la documentación acreditativa de los requisitos de capacidad y solvencia, se acuerda solicitar a las empresas TEX45 PRODUCCIÓN S. L. y METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L., la aclaración y subsanación de los siguientes extremos de la documentación administrativa presentada: i) aclaración de qué figura empresarial van a utilizar, si UTE o si forman parte de un grupo empresarial, ii) si se presentan como UTE, es necesario aportar la declaración responsable de compromiso de creación de la misma, explicitando el porcentaje de participación de cada empresa, y corrección del DEUC de METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L. incluyendo que se presentan conjuntamente con TEX45 PRODUCCIÓN S. L.

En el plazo concedido, se presentó, firmado conjuntamente por las dos empresas mencionadas, compromiso de concurrir a la licitación como Unión Temporal de Empresas y de constituirse formalmente así en el caso de resultar adjudicataria del contrato su proposición, así como fijación del porcentaje de participación de cada mercantil (50 %). Asimismo, se aportó DEUC por parte de METRONOVENTA, en el que declaró participar en la licitación junto a TEX 45.

Además, en el sobre nº 1 “documentación administrativa”, presentado para esta licitación, ya se había presentado DEUC, suscrito por TEX 45, en el que declaró participar en UTE junto con METRONOVENTA, así como un Anexo IV para autorización de consulta el sistema de verificación de datos firmado conjuntamente por las dos empresas y una declaración conjunta de no subcontratación de los servidores.

El 1 de septiembre de 2021, la mesa acuerda admitir la proposición y procede a la apertura de los archivos electrónicos que contienen la parte de las ofertas evaluables mediante criterios dependientes de juicio de valor, entregándolos para el informe técnico de valoración.

El 15 de septiembre de 2021, la mesa examina el informe técnico y hace suya la valoración de las ofertas, y seguidamente procede a la apertura de los archivos electrónicos que contienen la parte de las ofertas relativa a los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmula, apreciando que la oferta económica suscrita conjuntamente por TEX45 PRODUCCIONES S. L. y METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L. incurre en presunción de anormalidad en su oferta, por lo que acuerda requerirle para que justifique su oferta.

El 4 de octubre de 2021, TEX45 PRODUCCIONES S. L., en escrito firmado también por la representante de METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L., justifican la oferta.

El órgano técnico evacua informe sobre dicha justificación el 6 de octubre de 2021, y concluye lo siguiente.

«Examinada la justificación de METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S.L. Y TEX45 PRODUCCIÓN S.L. respecto a los costes previstos para la realización de la campaña, procede realizar la siguiente valoración.

El desglose de costes se juzga incompleto, en tanto que mencionan en el cuadro 3 una partida para los costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales, incluyendo esta partida en el presupuesto total ofertado, si bien no se proporciona el coste detallado de esos conceptos, lo que, puesto en relación con el nivel de detalle acreditado para la producción del spot publicitario o de la cuña de radio, hace cuestionable el conjunto de la justificación remitida.

Por todo lo expuesto y con los criterios existentes, este centro directivo entiende que la justificación de los costes laborales no queda lo suficientemente acreditada con los datos aportados, sin que se pueda considerar coherente y viable la oferta según las justificaciones realizadas.»

El 15 de octubre de 2021, la mesa considera que la proposición presentada por TEX45 PRODUCCIÓN S. L. y METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L no acredita suficientemente el bajo nivel de los precios y propone su exclusión del procedimiento. Igualmente propone adjudicatario del contrato a ADSOLUT S. L.

El 19 de octubre de 2021, la Subdirectora General de la Oficina Presupuestaria y Gestión Económica acuerda la exclusión de la proposición referida señalando que contra dicho acto procede recurso de alzada, lo que notifica a través de la PCSP, el 20 de octubre a las 10:10 horas.

El citado órgano subsana el defecto del pie de recurso señalando la procedencia del recurso especial ante este Tribunal y lo notifica a la recurrente por correo electrónico el 10 de noviembre de 2021.

Tercero. El 25 de octubre de 2021, a las 19:06 horas, se presenta en el registro electrónico del órgano de contratación, escrito de alegaciones contra la exclusión, por TEX45 PRODUCCIÓN S. L., y METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN

PUBLICITARIA, S. L., solicitando en el *petitum* “la incorporación del presente escrito al expediente, para su traslado a la Mesa de Contratación, a fin de resolver la adjudicación del contrato de referencia, impidiendo la exclusión injustificada de esta parte de la licitación llevada a cabo.”

El referido escrito es calificado por el órgano de contratación de recurso especial en materia de contratación y remitido a este Tribunal el 3 de noviembre de 2021, a las 13:25 horas.

Cuarto. En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por 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) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Quinto. El órgano de contratación remite además del recurso, el expediente y su informe el 10 de noviembre.

Sexto. La Secretaria del Tribunal, el 11 de noviembre de 2021, da traslado del escrito de recurso interpuesto al otro licitador, concediéndole un plazo de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que haya hecho uso de su derecho.

Séptimo. El 26 de noviembre de 2021, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, acuerda suspender el procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP de manera que, según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El órgano de contratación ha calificado correctamente el escrito presentado por las recurrentes como recurso especial en materia de contratación de acuerdo con el artículo

110.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP).

El recurso se interpone ante este Tribunal, sin perjuicio de apreciar la concurrencia de los demás requisitos de procedibilidad, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP, y 22.1. 1º del RPERMC, al ser el contratante la Administración General del Estado.

Segundo. De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

«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»»

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

En este sentido, aunque, de manera errónea, se hace referencia en varias actas de la mesa de contratación únicamente a TEX 45 PRODUCCIONES, S.L., por lo antes expuesto en esta resolución, hay que reconocerle la legitimación activa a la proposición presentada conjuntamente por TEX45 PRODUCCIONES S. L. y METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA S. L. pues tiene un interés legítimo efectivo y cierto, pues ha sido excluida de la licitación y de estimarse el recurso pudiera resultar adjudicataria en el procedimiento de licitación.

Tercero. El acto recurrido es la exclusión de un contrato de servicio de valor estimado superior a cien mil euros, por lo que es recurrible conforme al artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto. El 19 de octubre de 2021, se notificó a la recurrente el acto recurrido si bien que el pie de recurso era erróneo, subsanándose el defecto el 10 de noviembre, interponiéndose el escrito considerado como recurso el 25 de octubre, en el registro electrónico del órgano de contratación.

El artículo 19. 5 del RPERMC dispone

«Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo. Este precepto será de aplicación aunque el acto o resolución impugnados carecieran de la motivación requerida de conformidad con lo previsto en el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o en el artículo 151.4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Como consecuencia de ello, aunque el texto de la resolución no sea completo no se considerará defectuosa y se tendrá por producida, sin perjuicio de que el recurso pueda ser fundado en esta circunstancia.

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que

el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso.>>

La referencia al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debe entenderse hecha hoy al artículo 4.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, la presentación del escrito calificado como recurso determina el inicio y final del cómputo del plazo de recurso —siendo la subsanación del acto de notificación posterior a la presentación del escrito irrelevante a tales efectos—, por lo que el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma conforme a los artículos 50 y 51 de la LCSP.

Quinto. Los argumentos de la recurrente son los siguientes.

Que el informe sobre la justificación de baja se aparta de forma total del PCAP, pues no exigen el desglose de cada uno de los servicios que integran el contrato.

Además, en contra de lo que parece deducirse del informe, se está ponderando como criterio de exclusión la insuficiencia de tal valoración desglosada.

Señala que no se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

La justificación enviada desglosa punto por punto y euro por euro la justificación técnica y económica de cada uno de los aspectos de la oferta y de todos y cada uno de los elementos y costes de la misma.

Por su parte el órgano de contratación en su informe se limita a narrar la sucesión de hechos y la normativa aplicable sin hacer defensa alguna del informe sobre la justificación ni de la decisión de la mesa.

Sexto. Para la resolución del recurso debemos partir de lo que la LCSP señala al respecto en su artículo 149 sobre las ofertas anormalmente bajas.

«1. En los casos en que el órgano de contratación presuma que una oferta resulta inviable por haber sido formulada en términos que la hacen anormalmente baja, solo podrá excluirla del procedimiento de licitación previa tramitación del procedimiento que establece este artículo.

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:

a) 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.

b) 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.

3. Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja, y ello con independencia de que presenten su oferta en solitario o conjuntamente con otra empresa o empresas ajenas al grupo y con las cuales concurran en unión temporal.

4. Cuando la mesa de contratación, o en su defecto el órgano de contratación hubiere identificado una o varias ofertas incursas en presunción de anormalidad, deberá requerir al licitador o licitadores que las hubieren presentado dándoles plazo

suficiente para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, o cualquier otro parámetro en base al cual se haya definido la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

La petición de información que la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación dirija al licitador deberá formularse con claridad de manera que estos estén en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta.

Concretamente, la mesa de contratación o en su defecto el órgano de contratación podrá pedir justificación a estos licitadores sobre aquellas condiciones de la oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.*
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras,*
- c) La innovación y originalidad de las soluciones propuestas, para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.*
- d) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201.*
- e) O la posible obtención de una ayuda de Estado.*

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

En todo caso, los órganos de contratación rechazarán las ofertas si comprueban que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no

cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201.

Se entenderá en todo caso que la justificación no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador cuando esta sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico.

5. En los casos en que se compruebe que una oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, solo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquel no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas.

El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

6. La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación evaluará toda la información y documentación proporcionada por el licitador en plazo y, en el caso de que se trate de la mesa de contratación, elevará de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación.

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.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado cuatro, estimase que la información recabada no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la mejor oferta, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo 150.

En general se rechazarán las ofertas incursas en presunción de anormalidad si están basadas en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica o jurídica.

7. Cuando una empresa que hubiese estado incurso en presunción de anormalidad hubiera resultado adjudicataria del contrato, el órgano de contratación establecerá mecanismos adecuados para realizar un seguimiento pormenorizado de la ejecución del mismo, con el objetivo de garantizar la correcta ejecución del contrato sin que se produzca una merma en la calidad de los servicios, las obras o los suministros contratados.”

En el caso que nos ocupa, el PCAP regula expresamente las ofertas con valores anormales o desproporcionados, y establece como parámetro para apreciar la presunción de anormalidad, cuando concurren dos licitadores, como es el caso, que se den las siguientes circunstancias, que la oferta económica sea inferior en más de 15 unidades porcentuales respecto a la oferta económica del otro licitador, y que la propuesta supera el 50% de la puntuación obtenida por el otro licitador para el resto de los criterios evaluables diferentes del precio.

La cuestión que aquí se suscita es si la decisión del órgano de contratación de excluir la oferta de la recurrente es o no ajustada a Derecho, lo que exige examinar la suficiencia de la motivación y las razones vertidas por el órgano de contratación para rechazar su oferta a la vista de la justificación presentada por la licitadora.

En cuanto a esta valoración hemos sostenido lo siguiente en ya una abundante doctrina (por todas las Resoluciones números 86/2016, de 5 de febrero, 105/2011, 15 de abril, 104/2013, de 14 de marzo, 138/2013, de 10 de abril, 142/2013, de 10 de abril, 786/2014, 24 de octubre, 126/2018, de 9 de febrero, 188/2018, de 23 de febrero, y 878/2021, de 15 de julio).

Por influencia del Derecho Comunitario, la regla general del Derecho español es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla general que la adjudicación pueda no

recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados.

El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes.

La decisión sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante, señalando el artículo 149.4 de la LCSP el posible contenido de la justificación de viabilidad que compete ofrecer al licitador.

En cuanto al alcance de dicha justificación, el Tribunal viene entendiendo la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad, sin que se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

La revisión de la apreciación del órgano de contratación, acerca de la justificación de las ofertas incursas en presunción de temeridad, incide directamente en la discrecionalidad técnica de la Administración y, a tal respecto, es criterio de este Tribunal que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones, en relación con el de las propias ofertas, debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que, en buena medida, pueden ser apreciados, en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado.

Aun así, hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente, por venir determinados por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser revisados por el Tribunal. Tal es el caso de que, en una oferta determinada, puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en

la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución del contrato en tales condiciones.

Para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia, será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación, teniendo por justificadas las explicaciones dadas por el licitador, cuya oferta se ha considerado, inicialmente, como anormal o desproporcionada, resulta infundado o a apreciar que se ha incurrido, en ese juicio, en un error manifiesto y constatable.

Por lo tanto, es competencia de este Tribunal, analizar si la justificación del licitador, cuya oferta es considerada anormal o desproporcionada, resulta suficiente o no, análisis que exige considerar el requerimiento del órgano de contratación y los aspectos que éste prevé como exigibles y la justificación remitida por el licitador.

La LCSP establece un procedimiento contradictorio para evitar que las ofertas desproporcionadas se puedan rechazar sin comprobar previamente su viabilidad, y ello exige de una resolución “*reforzada*” que desmonte las justificaciones del licitador.

En este contexto, la justificación del licitador temerario debe concretar, con el debido detalle, los términos económicos y técnicos de la misma, en aras a demostrar de modo satisfactorio que, pese al ahorro que entraña su oferta, ésta no pone en peligro la futura ejecución del contrato con arreglo a la oferta aceptada y en los propios términos de la misma.

Ello exige demostrar que, gracias a las especiales soluciones técnicas, a las condiciones especialmente favorables de que disponga para ejecutar las prestaciones del contrato, a la originalidad de la forma de ejecución de las mismas que se proponga aplicar o a la posible obtención de ayudas, el licitador está en condiciones de asumir, al precio ofertado, las obligaciones contractuales que se propone asumir, con pleno respeto de las disposiciones relativas a la protección del medio ambiente y de las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que deba realizarse la prestación, todo lo cual en aras a demostrar que su oferta, pese a ser sensiblemente más baja que la de los demás licitadores, permite la futura viabilidad técnica y económica del contrato.

Ya dijimos en la resolución 863/2017, que: *“No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de dar explicaciones que justifiquen de forma satisfactoria el citado bajo nivel de precios o de costes propuestos y, por tanto, despejen la presunción inicial de anormalidad de la baja ofertada, de forma que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser, en su caso, más profundos, sólidos, detallados o extensos cuanto mayor sea la anormalidad de la baja. La decisión sobre la aceptación o no de la oferta debe atender a los elementos de la proposición y a la valoración de las alegaciones del contratista y las concretas circunstancias de la empresa licitadora”*.

También insistimos en nuestra resolución 832/2014, de 7 de noviembre de 2014, que *“...en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe, pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado rebatiendo su argumentación –“resolución reforzada” como se ha dicho por este Tribunal en otras resoluciones, siendo la más reciente la nº 559/2014 de fecha 22 de julio–”*.

Por último, en el análisis de la justificación presentada por la empresa, se ha de tener muy presente el contenido del requerimiento efectuado por el órgano de contratación al licitador, en aras de justificar la anormalidad de la oferta. Así, dijimos en la resolución 1079/2018, de 23 de noviembre:

“En todo caso, la suficiencia de la información ofrecida por el licitador debe analizarse a la vista de lo solicitado en el requerimiento por el órgano de contratación, de tal modo que si este considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta necesariamente lo ha de indicar en su requerimiento”

Pues bien, en el caso que nos ocupa el licitador recurrente en su justificación, que es extensa, señala que al elaborar la oferta económica, se han desarrollado un estudio de costes que parten del mismo desglose que establece el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Así el trabajo creativo, de diseño y desarrollo de la campaña que desarrollaría el equipo de la agencia, que forman parte de la plantilla estable de la empresa, aplicando una imputación de costes en función de las horas estimadas necesarias para la realización de estos trabajos, conforme a Anexo que se recoge en la justificación, de acuerdo a los costes recogidos en el Convenio Colectivo aplicable.

En la producción de las piezas de la campaña, se ha elaborado un presupuesto específico para cada una de las aplicaciones, atendiendo a los costes recogidos en el Convenio Colectivo aplicable, presentando una oferta económica a partir de un análisis riguroso de costes para los trabajos de creatividad, diseño, desarrollo y producción, sobre los que aplica un beneficio industrial de mercado.

Que el precio del contrato no se ha fijado por unidades de trabajo y tiempo al tratarse de un servicio integral, que si bien incurre en presunción de anormalidad esta viene condicionada por la oferta presentada por el otro licitador.

Analizando los costes en los que incurriría el licitador apunta el proceso de formación de costes, a través de distintos cuadros resumen y de diferentes anexos que dan cuenta de los costes de producción calculados para las aplicaciones publicitarias que se pretende contratar.

El informe técnico, muy escueto, sobre la justificación, se dedica, prácticamente en su integridad, a describir los distintos aspectos del escrito de justificación de la anormalidad de la oferta y únicamente al final del informe señala:

“- No obstante, este centro directivo aprecia que las referencias a los anexos realizadas en el cuadro-resumen 3 contienen algún error, puesto que no se corresponden con la numeración de anexos. Por otra parte, a pesar de lo indicado en el cuadro resumen 3, no se proporciona información alguna sobre los costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales.

-que el desglose de costes se juzga incompleto, en tanto que menciona en el cuadro 3 una partida para los costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales, incluyendo esta partida en el presupuesto total ofertado, sin proporcionar el coste

detallado de esos conceptos, lo que, puesto en relación con el nivel de detalle acreditado para la producción del spot publicitario o de la cuña de radio, hace cuestionable el conjunto de la justificación remitida.

Por todo lo expuesto y con los criterios existentes, este centro directivo entiende que la justificación de los costes laborales no queda lo suficientemente acreditada con los datos aportados, sin que se pueda considerar coherente y viable la oferta según las justificaciones realizadas”.

Pues bien, a nuestro juicio la motivación del informe es insuficiente, pues funda la falta de viabilidad de la oferta en un determinado detalle de la justificación, el que no se desglosan los costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales con el grado de detalle que la misma justificación hace de los costes de otras prestaciones, lo que literalmente *“hace cuestionable el conjunto de la justificación remitida”*

Por un lado, no puede servir de justificación para denegar la inviabilidad de la oferta *“que las referencias a los anexos realizadas en el cuadro-resumen 3 contienen algún error, puesto que no se corresponden con la numeración de anexos”*, sin precisar, tan siquiera, en qué consisten los citados errores; y por otro, el que no se desglose pormenorizadamente una de las prestaciones con el grado de detalle que se hace respecto de otras, no puede cuestionar la justificación de estas última, sino, en su caso, la de la que carece del suficiente grado de detalle, con independencia de que si su justificación es insuficiente ello baste para fundamentar el rechazo de la justificación.

En este sentido, hay que tener muy presente que el capítulo de *“costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales”*, según la información facilitada por la recurrente, supone un importe de 3.285 €, frente a los 264.748 €, a los que asciende el importe total de la oferta económica.

Por otra parte, se advierte una contradicción o falta de precisión en el informe justificativo, pues si el capítulo controvertido se refiere a los *“costes de producción de la publicidad exterior y banners digitales”*, no se entiende como, según el informe, el centro directivo entiende que *“la justificación de los costes laborales no queda lo suficientemente acreditada con los datos aportados”*.

Como quedó dicho, la regla general es la de adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa, estableciéndose como excepción a dicha regla que la adjudicación pueda no recaer a favor de la proposición que reúna tal característica cuando ésta incurra en valores anormales o desproporcionados, configurándose por ello como mera presunción que el licitador puede destruir justificando debidamente su oferta.

No basta por ello con que el informe técnico suscite dudas sobre la justificación aportada, es necesario que recoja los argumentos que permiten inferir que esa duda es lo suficientemente fundada para desarticular las explicaciones de la justificación, manteniendo con ello la presunción de inviabilidad de la oferta.

En suma, la motivación del rechazo de la justificación de la oferta de la recurrente carece de la motivación denegatoria precisa y del carácter reforzado exigible por nuestra doctrina para desmontar las justificaciones del licitador, por lo que procede anular la exclusión y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la emisión del referido informe técnico sobre aquella justificación, a fin de que se emita un informe suficientemente motivado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. G.M.R.A., en representación de TEX45 PRODUCTIONS, S.L., y D. P.L.R., en representación de METRONOVENTA CREATIVIDAD Y PRODUCCIÓN PUBLICITARIA, S.L. contra la Resolución, de 19 de octubre de 2021, de la Subdirectora General de la Oficina Presupuestaria y Gestión Económica, por la que se le excluye de la licitación convocada por el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, para contratar el *“servicio de creatividad, diseño, realización y producción de una campaña de publicidad institucional un País que Siempre se Levanta, Agenda 2030”* (Exp. 202107PA0001), anulando el acto recurrido y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe técnico sobre la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalidad.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 multa prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.