Recurso 1/2023
Resolución 13/2023
Sección Tercera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 23 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IMAGINE COMUNICACIÓN ANDALUZA, S.L.U.**, contra la resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2022, del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de apoyo en la divulgación y difusión de las actividades del Instituto Andaluz de Administración Pública» (Expte. CONTR 2022 0000263301), convocado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, adscrito a la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 3 de junio de 2022 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. En esa misma fecha, se publicaron los pliegos de esta licitación. El valor estimado del contrato asciende a 103.341,48 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 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 y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 3 de enero de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente, contra la resolución de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal del mismo día 3 de enero, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. No remitiéndose en plazo, se ha vuelto a reiterar el día 9 de enero de 2023.

Lo solicitado no se ha recibido en plazo, estando facultado este órgano para resolver.

Como consecuencia de la falta de remisión de dicha documentación el día 13 de enero se le ha dado trámite poniéndose en conocimiento del recurrente dicha circunstancia de conformidad con lo establecido en el artículo

28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, para que alegue lo que considere conveniente en el plazo de cinco días hábiles.

Tras dicho plazo no se han presentado alegaciones por el recurrente.

La falta de observancia del cumplimiento del plazo de remisión por parte del órgano de contratación establecido en la LCSP, incluso tras la reiteración, ha supuesto que este órgano no haya podido disponer en plazo de los datos de posibles interesados, a efectos de concederles audiencia, estando obligado este Tribunal a proceder conforme al art. 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado mediante el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, pues ha quedado la segunda clasificada. Defiende que la entidad adjudicataria, conforme a la motivación dada por el órgano de contratación no ha justificado su oferta considerada como anormalmente baja. Por ello debe estimarse que sí tiene dicha legitimación.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

El acto formalmente recurrido es la resolución de adjudicación de 13 de diciembre de 2022, si bien el recurso se dirige realmente contra el acuerdo de la mesa de contratación adoptado en sesión de fecha 12 de diciembre de 2022, por medio de la cual se propone la adjudicación del contrato a la persona licitadora IBEROMEDIA ACC SL, prescindiendo de motivación alguna, así como contra el informe técnico de la Subdirección de Evaluación e Innovación del IAAP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el recurso presentado se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La cuestión objeto del recurso consiste en determinar si existe justificación de la oferta incursa en valores anormales, pues ello resulta fundamental dado que finalmente ha resultado adjudicataria. En concreto con ocasión de la apertura del sobre electrónico número 2, el 28 de octubre de 2022, la mesa de contratación examinó el informe técnico emitido y procedió a la apertura del sobre electrónico nº 3 de la entidad finalmente adjudicataria, requiriéndole justificación por encontrarse su proposición incursa en valores anormales.

Dados los valores de las ofertas, la mesa comprobó que, conforme a los parámetros objetivos predeterminados para considerar una oferta anormal según el anexo XI del pliego de cláusulas administrativas particulares, había ofertas que merecerían ser consideradas como anormalmente bajas por ser inferior en diez unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas, en concreto de dos entidades, entre ellas la entidad adjudicataria.

Se les confirió audiencia a ambas entidades, con el objeto de que pudieran justificar las condiciones de su oferta, el bajo nivel del precio o de costes de la misma, de forma desglosada razonada y detalladamente, de conformidad con lo establecido en la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y en el artículo 149 de la LCSP.

El órgano de contratación emite dos informes sobre la viabilidad de las proposiciones anormalmente bajas. Sobre la primera entidad, no adjudicataria, de fecha 11 de noviembre de 2022, en el que se señala: *"parece encontrarse en el supuesto de oferta anormalmente baja que podría poner en riesgo la ejecución del contrato con la calidad necesaria".* El citado informe reflejado no justifica nada más, (sin embargo este aspecto no es objeto de la controversia).

En la misma fecha se emite otro informe de la Subdirección de Evaluación e Innovación de dicha Agencia, respecto de la viabilidad de la oferta de la entidad finalmente adjudicataria, señalando:

"Una vez aplicados dichos parámetros resultaron que la oferta presentada por la empresa (…) (adjudicataria) *se encuentra incursa en presunción de anormalidad. En este sentido, se procedió a requerirle que justificara las condiciones de su oferta que determina el bajo nivel de precios conforme prevé el artículo 149 de la LCSP. La citada empresa ha presentado la justificación que se adjunta a este informe en la que presenta fundamentalmente los servicios realizados por la empresa, además de información sobre los perfiles de la empresa.*

Una vez analizada la oferta analizada identificamos servicios similares a los exigidos por el pliego de prescripciones técnicas del IAAP para este contrato con unas cuantías que rondan en torno a los 30.000€.

En este sentido entendemos que el servicio prestado podría prestarse por la empresa en la cuantía que ella propone en el sobre 3."

La mesa de contratación con fecha de 16 de noviembre 2022, considera respecto de dicho informe que:

"A la vista del Informe de la Subdirección de Evaluación e Innovación del Instituto Andaluz de Administración Pública, de fecha 11 de noviembre de 2022, y de conformidad con lo establecido en los artículos 149 y 326.2 c) de la

LCSP, en el artículo 7.1.f) del Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y se regula el régimen de bienes y servicios homologados y en la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares, la Mesa de contratación estima que la justificación efectuada por la persona licitadora IBEROMEDIA ACC, S.L. explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos que llevaron a la oferta presentada y, por tanto, la oferta puede ser cumplida".

El citado acta de la mesa concluye admitiendo la justificación de la entidad adjudicataria, quedando segunda clasificada la entidad recurrente.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Por un lado, alega que se le ha producido indefensión por no haber podido acceder a la justificación realizada por la entidad adjudicataria, "*que según el informe de la Subdirección de Evaluación e Innovación del IAAP, adjunta a su informe, por lo que se ha generado una absoluta indefensión por no disponer del mismo*". Se basa su argumentación jurídica en el artículo 133 de la LCSP, por cuanto alega que tiene derecho a acceder a la parte del expediente que no deba considerarse confidencial.

Señala que "*la falta de transparencia en la información genera indefensión a esta parte, y esto es fundamentalmente porque los datos que pueden soportar una justificación de una propuesta anormalmente baja deben ser inminentemente numéricos, por cuanto la inclusión de baja temeraria lo es por contraposición de valores numéricos y viabilidad económica en sí mismo".*

Entiende que este tipo de justificación no puede considerarse una motivación suficiente, que ello le supone una *"indefensión por la falta de motivación de la mesa de contratación al aceptar un informe de la Subdirección de Evaluación e Innovación del IAAP que da por justificada la oferta de (la entidad adjudicataria), igualmente sin motivación alguna".*

Alega que:

"La mesa de contratación y el informe técnico ni justifican ni desglosan ninguna cantidad haciendo suyo el informe presentado por la licitadora, por lo que carece absolutamente de motivación a los efectos para que la mesa de contratación haya propuesto la adjudicación del contrato, no parece aceptable el hecho de asumir el informe ofrecido por la mercantil como justificación o motivación de la propuesta anormalmente baja sin más.
Se hace absolutamente imprescindible que el informe de los servicios técnicos esté suficientemente motivado, a los efectos de que la mesa de contratación primero, en su propuesta, y el órgano de contratación después puedan razonar y fundamentar su decisión".

Entienden, que lo acaecido supone una vulneración de lo establecido en el artículo 149. 6 de la LCSP.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación ha remitido la documentación solicitada y el informe al recurso especial de forma extemporánea, lo que ha dado lugar al retardo de la resolución de este recurso especial, impidiendo que en plazo se pueda dar trámite de alegaciones a las demás partes interesadas ex art. 28.5 del Reglamento arriba citado.

En cualquier caso, a pesar del retraso, y, a efectos de no producir indefensión se entrará a valorar las alegaciones realizadas en el informe al recurso.

Por un lado, respecto de la falta de motivación alude el órgano de contratación al Informe de la Subdirección de Evaluación e Innovación de AA.PP. del órgano de contratación de 11 de noviembre de 2022, en el que se indicaba que:

"La citada empresa ha presentado la justificación que se adjunta a este informe en la que presenta fundamentalmente los servicios realizados por la empresa, además de información sobre los perfiles de la empresa. Una vez analizada la oferta analizada identificamos servicios similares a los exigidos por el pliego de prescripciones técnicas del IAAP para este contrato con unas cuantías que rondan en torno a los 30.000€. En este sentido entendemos que el servicio prestado podría prestarse por la empresa en la cuantía que ella propone en el sobre 3" (…).

Reconoce que "*la motivación puede ser sucinta*", si bien "*es a la vez expresa, recogiendo los aspectos y perspectivas aducidas por la persona licitadora"* (…) "*que han llevado a considerar que la oferta resulta totalmente viable, es decir, queda acreditada, con la justificación presentada por la licitadora, la convicción de que ésta es capaz de ejecutar plena y satisfactoriamente el contrato, sin que la motivación de las decisiones administrativas precise ser un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas" (…).*

Ahora, en sede de recurso, en el informe al recurso especial vienen a aclarar lo que las justificaciones del informe acompañaban y que no fueron exteriorizadas, cuando señala:

"así, podría entenderse conveniente aclarar lo que se hace constar en el Informe con lo indicado a continuación:

1º. El citado Informe expresa que "Una vez analizada la oferta identificamos servicios similares a los exigidos por el pliego de prescripciones técnicas del IAAP para este contrato con unas cuantías que rondan en torno a los 30.000€ ". Esto es así dado que al menos dos servicios de los presentados, al Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales y al Centro de Desarrollo de Competencias Digitales Castilla La Mancha (BILIB), responden a trabajos similares a los exigidos en el contrato.
Así, para el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales se han realizado por importe de 34.900 € los siguientes servicios en el año 2022:
- Implementación y dinamización de una estrategia social media adaptada a las necesidades del citado Instituto.
- Diseño de creatividades, infografías, banners, gráficos, ilustraciones animadas, GIFs…
- Diseño e implementación de campañas de sensibilización.
- Escucha activa y monitorización de la marca.
- Publicación de eventos y agenda.
- Servicios de Community Manager.
- Aumento de engagement y acciones para aumentar la Comunidad.
- Medición de resultados y KPIs.
- Planificación del contenido y calendario de publicaciones
- Seguimiento continuo y reuniones de seguimiento.

Y para el Centro de Desarrollo de Competencias Digitales Castilla La Mancha (BILIB) han realizado por importe de 29.850 € los siguientes servicios en el año 2022:
- Diseño y desarrollo del plan de comunicación, marketing y publicidad.

- Elaboración de un Plan de Contenidos Digitales para el impulso digital de la ciudadanía y profesionales de la región que incluirá la generación de contenidos a publicar en el Blog de "Bilib", programación de eventos TIC para la agenda del portal web de y envío de newsletters basadas en los contenidos generados.
- Diseño y maquetación de newsletter.
- Estrategia y gestión de redes sociales y servicio de Community Manager.
- Diseño de nueva web y mejoras visuales.
- Elaboración de un Dashboards y seguimiento de resultados.
- Creación de una lista de medios claves y envío de novedades y noticias relacionadas con "Bilib".
- Elaboración de un dossier informativo sobre "Bilib" para medios de prensa.
- Redacción de artículos periodísticos para medios.
- Elaboración de un Plan de Contenidos que incluya objetivos del plan de contenido, análisis de los perfiles a los que se plantea alcanzar, áreas temáticas de los contenidos y análisis de keywords de interés.

2 º. La justificación aportada por la persona licitadora IBEROMEDIA ACC, S.L. establece las cuantías aplicando horas y perfiles según el convenio de publicidad, que explican la propuesta económica en la que se establecen el precio hora por cada perfil profesional a los que añade los costes indirectos y el beneficio empresarial para establecer la cuantía de 29.450,00 € ajustadas al convenio de publicidad. Por otro lado, justifica sus precios en el ahorro que supone que gran número de aplicaciones y licencias sirven para distintos servicios ofrecidos por la empresa.

Así, se cuantifica como propuesta total del contrato 29.450,00 €, con el siguiente desglose:

- 18.396,85 € (1 año) de costes salariales directo por 1.675 horas que corresponden a 165 horas de la directora del proyecto, 255 horas de Account Executive, 165 horas de directora de operaciones, 420 de directora de diseño gráfico y 670 horas de social media.
- 6.070,96 € (1año) costes directos de seguridad social.
- 2.945 € de costes indirectos.
- 2.037,19 € de beneficio empresarial.

3º. A mayor abundamiento, se exponen un resumen funcional de la viabilidad del proyecto, soluciones técnicas adoptadas y condiciones favorables para la prestación del servicio, así como mejoras laborales y compromisos medioambientales.
En conclusión, la persona licitadora IBEROMEDIA ACC, S.L. justificó suficientemente la viabilidad de su oferta, desde una perspectiva general y específica sin que haya margen de error o duda.

Asimismo, a continuación señala que la justificación no era obligatoria motivarla en la resolución y que debía en su caso haber solicitado vista del expediente.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

Es preciso reproducir el primer párrafo del artículo 149.6 de la LCSP que dispone que *«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.».*

Pues bien, sobre la necesidad de motivación de la aceptación de la viabilidad de una oferta inicialmente incursa en baja anormal o desproporcionada, el citado primer párrafo del artículo 149.6 de la LCSP no podía haber sido más claro, pues afirma que en el caso de que sea la mesa de contratación quien evalúe toda la información y documentación proporcionada por la entidad licitadora en plazo, deberá elevar de forma motivada la correspondiente propuesta de aceptación o rechazo al órgano de contratación, y si con ello no fuese suficiente, el último inciso de la citada norma es tajante al indicar que 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.

En el presente supuesto, a la vista de la argumentación que ahora da el órgano de contratación observamos que la justificación varía, pues con el informe al recurso se aportan, como hemos examinado, más razones que en el propio informe de viabilidad. A juicio de este Órgano, lo que se ha justificado o pretende justificarse ahora con el informe al recurso por el órgano de contratación, es por qué se ha estimado viable, cuando lo que debiere justificar es por qué estaba realmente motivado el informe que ya existía. En efecto, tras el requerimiento para que la entidad ahora adjudicataria remitiese la justificación de su oferta inicialmente incursa en baja anormal y la posterior aportación de la misma por la citada entidad, formalmente se emite informe de viabilidad como exige el antepenúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, pero materialmente dicho informe es realmente parco, dejando sin justificar el razonamiento de por qué justificando otros contratos de servicios, se estima que podrá ejecutar contratos como el que es objeto de la licitación. La mesa debía haber o bien acompañado las justificaciones a su acta, o bien haber procedido requerir para introducir las justificaciones que ahora se explican. El acuerdo de la mesa de 28 de octubre de 2022, señalaba que debía presentarse "*la justificación de las condiciones de su oferta, y que fuesen susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o de costes de la misma, de forma desglosada razonada y detalladamente, de conformidad con lo establecido en la cláusula 10.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares y en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público".*

Por tanto, el informe técnico a efectos del art.149.6 LCSP, el cual es asumido por la mesa, y a su vez aceptado ~~de~~ por el órgano de contratación, si bien pudiera tener acompañada la justificación suficiente, ello no es óbice para que debiere haberse motivado la decisión de la mesa. No se plasman en ninguna de las actas ni acuerdos conocimientos suficientes relacionados y explicitados ni por la mesa de contratación ni por él órgano de contratación donde se pueda valorar lo que exigía la cláusula 10.5 del PCAP, es decir, el razonamiento de los datos aportados, tomando razón del bajo nivel de precios o costes de la misma.

No se justifica como ha valorado, pues no se aportan dichas justificaciones a las que alude ni se examina ni justifican los datos de los informes para que pueda estimarse viable la oferta realizada por la entidad adjudicataria en el presente contrato.

En este sentido, el acuerdo de adjudicación carece de toda motivación de la admisión de la oferta, por tanto debemos tener en cuenta la de la propuesta, la cual alude al informe de la Subdirección, que lo único que realiza es decir que existen justificaciones, que se acompañan, que justificarían la viabilidad del contrato, por el simple hecho de que existirían otros contratos realizados por similares cuantías. La mesa al realizar la admisión de la justificación ni explicita ni motiva con base a esas supuestas justificaciones, esenciales para detallar por qué si es viable el contrato, a través de los datos desglosados que hayan sido requeridos y aportados.

Se desconoce por qué la mesa no exterioriza cuales son esos contratos, ni se identifican, a efectos de poder comprobar su naturaleza y poder establecer un paralelismo, su importe, así como si los mismos han sido desempeñados a plena satisfacción. No se señalan que ítems han resultado claves para realizar una bajada mayor

a diez puntos porcentuales, así como tampoco se deja reflejo de los parámetros examinados que dejan patente y de forma indubitada el supuesto paralelismo entre el contrato de muestra y el que es objeto de la licitación. Por tanto, se desconocen las razones, pues la justificación no guarda relación con el requerimiento efectuado, pues el informe que lo da por justificado, que se menciona en la propuesta de adjudicación, señala la existencia de justificaciones que no se han incorporado en la motivación del acuerdo de la mesa, siendo en este caso, dado el proceder, esenciales. Se remite a un informe que a su vez se remite a justificaciones que no constan en la motivación del acuerdo de la mesa para poder estimar que la misma es viable. Y en este extremo la doctrina jurisprudencial es clara, al entender que la motivación por medio de aceptación de informes (o motivación in aliunde) se admite, si bien se exige la incorporación en la resolución del texto del informe o, al menos, el acceso al texto de dicho informe, en este caso, datos reales que permitan entender la justificación, y considerarlo motivado.

En cuanto a las consecuencias de la falta de motivación de los actos administrativos, no podemos más que remitirnos a la jurisprudencia unánime, según la cual se entiende que la ausencia de motivación ha de sancionarse con la nulidad radical de dicho acto. A efectos ilustrativos, destacan por su claridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de julio de 2004 (Recurso 67/2005), y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Foral de Navarra, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 2000 (recurso 1671/2000). La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2011 (recurso núm. 161/2009), expone que, siguiendo con las exigencias propias de la motivación, ésta puede contenerse en el propio acto, o bien puede realizarse por referencia a informes o dictámenes, ex artículo 88. 6 de la LPAC (antiguo 89.5 Ley 30/1992), cuando se incorporen al texto de la misma. Ahora bien, esta exigencia de la incorporación de los informes, contenida en el mentado artículo 88.6 "in fine", ha sido matizada por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo -Sentencias de 21 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 7 de julio de 2003, 16 de abril de 2001, 14 de marzo de 2000 y 31 de julio de 1990- en el sentido de considerar que solo si tales informes constan en el expediente administrativo y el destinatario ha tenido cumplido acceso al mismo antes de la formalización del recurso, la motivación mediante esta técnica in aliunde *"satisface las exigencias de la motivación, pues permite el conocimiento por el receptor del acto de la justificación de lo decidido por la Administración".*

Expuesto lo anterior, esta necesidad de motivación debe ponerse en relación con el sentido expuesto, de la doctrina sobre la indefensión material. En este sentido, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el recurso de amparo 3646/1995), que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

En el presente supuesto no cabe duda de que a la entidad recurrente no le es exigible una diligencia hasta tal punto que deba proceder obligatoriamente a solicitar conforme al art. 52 LCSP el acceso al expediente a efectos de conocer una justificación que ni siquiera se detalla ni concreta en la propuesta de adjudicación para poder fundar un recurso especial.

Se encuentra fundada la falta de motivación en el presente recurso, pues in aliunde significa que la motivación puede estar en un informe, pero esta justificación no se encuentra ni en la resolución de adjudicación, tan solo se encuentra solamente referenciado en la propuesta, pero sin concreción alguna, y sin notificarse y sin publicarse dicha justificación a la que se remite el informe de viabilidad y la propuesta.

Este comportamiento del órgano de contratación supone un quebranto en su actuación al principio de libertad de acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad, no discriminación y transparencia, que son en definitiva los pilares fundamentales de la contratación administrativa, límites mínimos de la contratación pública que un servidor público debe meridianamente reconocer, y que rigen la contratación pública tal y como estipula el artículo 1 de la LCSP, y que expresamente sujeta a los órganos de contratación cuando en el art. 132 LCSP establece: "*Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".*

Concluimos señalando, respecto de la consideración que hace el órgano de contratación de que la motivación está en el expediente, que conviene recordar que éste se encuentra, ahora, a disposición de la recurrente, es decir, solo después de haber podido interponer recurso. El comportamiento del órgano de contratación ha sido decisivo para la producción de la indefensión, pues su mal hacer ha sido el causante de haber privado a la recurrente del conocimiento de los elementos necesarios para configurar un recurso o reclamación eficaz. Dicho esto, debe estimarse el recurso por este motivo, al considerar que el acuerdo de adjudicación no está, si quiera in aliunde, debida y suficientemente motivado.

Por todo ello se estima por este Tribunal el recurso.

SÉPTIMO. Efectos de la estimación del recurso.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso y la declaración de la nulidad de la resolución de adjudicación, supone además que de la nulidad declarada se deba dar el efecto de la retroacción del procedimiento, para que con la notificación de la resolución de adjudicación conforme a la D.A. 15ª LCSP, se entregue a la entidad recurrente la motivación adecuada. Esta motivación, si es que es posible, se debe dar bien mediante una nueva resolución de adjudicación, debidamente motivada y notificada, o bien notificando una nueva resolución referenciando los informes y justificaciones concretas en los que se encuentre la motivación técnica y jurídica que sustenta la decisión, y que se ha reflejado ya en el anterior Fundamento, pero sin que le sea posible al órgano de contratación construir nuevos argumentos fuera de la línea de lo ya argumentado en el acuerdo de la mesa de 16 de noviembre de 2022, es decir, argumentos que no estén ya en el expediente remitido.

En este sentido, son numerosas las resoluciones de los Tribunales Administrativos que estiman el recurso especial en los casos de falta o insuficiencia de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a los efectos de su correcta notificación. Así pueden verse las resoluciones de este Tribunal (entre otras la 153/2014, 200/2014, 177/2017, 244/2019, 10/2020, 386/2021 y la última 191/2022).

Así como las del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales números 665, 723, 871, 929 y 934/2021. La Resolución de dicho Órgano núm. 871/2021 estimó el recurso especial por falta de motivación, ordenando la retroacción del procedimiento a fin de que se produjera una nueva notificación de la adecuada y suficiente motivación:

«Al no haber tenido acceso la mercantil recurrente a toda la información utilizada por el órgano de contratación para motivar la adjudicación, no ha podido combatirla con todo detalle, por lo que cabe apreciar la indefensión alegada y procede la estimación del recurso para que le sean notificadas motivadamente a la recurrente las razones por las que su oferta ha sido rechazada, de manera que pueda interponer nuevamente recurso especial suficientemente fundado, si así lo considera, sin que pueda procederse a la formalización del contrato en el lote afectado hasta la resolución del nuevo recurso que pueda interponerse o hasta que transcurra el plazo establecido para su interposición sin que se hubiera ejercitado esta facultad».

A mayor abundamiento, se advierte además que no puede realizar el órgano de contratación como consecuencia de la retroacción una nueva valoración de las ofertas ex novo, pues ello supondría una quiebra irremediable de las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso de selección de la oferta económicamente más ventajosa. Así no sería posible efectuar una nueva evaluación de la oferta que respete los límites de la discrecionalidad técnica y que contenga la motivación adecuada y suficiente, ya que supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146 de la LCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo. A efectos de evitar nuevos recursos, es conveniente recordarlo, dada la tramitación llevada a cabo, que, en ese caso, y ante la probabilidad de un nuevo recurso ello conllevaría la estimación y obligaría a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos y no solo de la resolución de adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

En definitiva, el informe de viabilidad de la oferta de la entidad ahora adjudicataria conforme al artículo 149 de la LCSP, materialmente no motiva debidamente el que la oferta de la entidad ahora adjudicataria pueda ejecutar la prestación que se licita en el sentido en que ha sido formulada, de tal forma que la mesa, primero y luego el órgano de contratación aceptaron de plano el informe de viabilidad, la primera proponiendo la aceptación de la oferta y el segundo aceptándola finalmente, sin que ninguno de dichos órganos haya exteriorizado juicio alguno que permita identificar la justificación de la oferta, más allá que en unas justificaciones presentadas a las que no ha tenido acceso la entidad recurrente.

En consecuencia, en el supuesto examinado, se ha infringido el primer párrafo del artículo 149.6 de la LCSP. En este sentido, ha de darse la razón a la recurrente cuando indica que en el presente caso no se ha examinado la viabilidad técnica ni jurídica de la proposición presentada por la adjudicataria, o al menos no se ha hecho en los términos exigidos en el citado artículo 149 de la LCSP. (En sentido similar se ha manifestado este Tribunal en otras ocasiones como en su Resolución 510/2021 de 3 de diciembre).

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **IMAGINE COMUNICACIÓN ANDALUZA, S.L.U,** contra el acuerdo de adjudicación de 13 de diciembre de 2022 del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de apoyo en la divulgación y difusión de las actividades del Instituto Andaluz de Administración Pública» (Expte. CONTR 2022 0000263301), convocado por el Instituto Andaluz de Administración Pública, adscrito a la adscrito a la Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que se proceda conforme a lo dispuesto en el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

CUARTO. Remitir a los interesados en dicho procedimiento de contratación, la presente resolución por parte del órgano de contratación a los efectos que aquellos convenga.

QUINTO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo octava de la LCSP, dado el incumplimiento de plazos expuesto en los antecedentes de esta resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.