



EB 2020/123

Resolución 164/2020, de 2 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Contrato privado de servicios de aseguramiento de accidentes y responsabilidad civil para el alumnado, personas becarias, participantes y colectivos varios acogidos a diferentes acuerdos, programas y convenios”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 14 de agosto de 2020 se presentó, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. (en adelante, “CASER”) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Contrato privado de servicios de aseguramiento de accidentes y responsabilidad civil para el alumnado, personas becarias, participantes y colectivos varios acogidos a diferentes acuerdos, programas y convenios”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación se remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, además de la copia del expediente de



Nahi izanez gero, J0D0Z-T2F5D-S9A8 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T2F5D-S9A8 en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 20 de agosto.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 21 de agosto, el día 28 de agosto se recibieron las alegaciones de SEGUROS LAGUN ARO S.A. (en adelante, LAGUN ARO).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.G.V., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso. Por su parte, el artículo 44.2 b) de la citada norma establece que “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o



inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”. El objeto del presente recurso es la resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato y la exclusión de la recurrente (Orden de 27 de julio de 2020, del Consejero de Hacienda y Economía).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

En síntesis, la impugnación se basa en los motivos que se resumen a continuación:

a) El recurrente alega la suficiencia de las razones que aportó para justificar la viabilidad de su oferta, inicialmente sospechosa de anormalidad:

- la empresa cumple sobradamente el umbral de solvencia económica y financiera marcado por los pliegos.
- la tarifa propuesta en el subcriterio “Accidentes” es el resultado de la experiencia en el campo de los seguros de la que goza CASER, su solvencia y posicionamiento en ese mercado, el descenso de la siniestralidad de accidentes conforme a la información facilitada por el



poder adjudicador y los instrumentos de garantía de la solvencia de los que dispone la empresa.

- hay onerosidad en la oferta presentada porque la Administración obtendrá un beneficio económico directo y CASER un beneficio económico – comercial.
- por las razones expuestas, la participación en beneficios conforme a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) es efectiva.

b) El órgano de contratación hace equivalentes la onerosidad del contrato y la obtención de un beneficio, siendo admisibles incluso las ofertas a precio “0”.

c) El artículo 85.6 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) autoriza que pueda considerarse la solvencia de la empresa para justificar una proposición sospechosa de anormalidad, así como computar sus beneficios globalmente y no solo contrato a contrato.

d) El recurrente estima que la resolución de exclusión impugnada no está suficientemente motivada, y alega que se desvían de la finalidad del trámite de apreciación de la anormalidad las consideraciones sobre cuestiones diferentes de la posibilidad del normal cumplimiento de la proposición sospechosa.

e) CASER alega un trato discriminatorio en comparación con el dispensado a LAGUN ARO, cuya oferta también estuvo incurso en sospecha de anormalidad y fue finalmente aceptada.

f) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones hasta el momento de la clasificación final de las ofertas, entre las que debe readmitirse la de la recurrente.



SÉPTIMO: Alegaciones de LAGUN ARO

Por su parte, LAGUN ARO alega lo siguiente para oponerse a la estimación del recurso:

a) Los pliegos que rigen la licitación establecen que las tres pólizas que componen el objeto del contrato (no dividido en lotes) son aspectos claramente diferenciados, siendo el análisis de los precios separado e individual, especialmente a la hora de valorar la anormalidad de las ofertas.

b) Los informes de motivación del acto impugnado y de contestación al recurso especial explican suficientemente la exclusión de CASER por no haberse justificado adecuadamente el bajo nivel del precio o coste propuesto en la póliza de accidentes. Se alega que la proposición del recurrente incurre claramente, en esta parte del contrato, en pérdidas; tal y como señala el poder adjudicador, la única manera de posibilitar la póliza de Accidentes sería compensándola con el resto de las pólizas, lo que los pliegos no permiten, pues para ellos cada póliza tiene identidad propia y debe analizarse por separado, especialmente por lo que se refiere al precio.

c) Incluso aunque se admitieran las ofertas económicas de los licitadores como una única oferta global (a pesar de no permitirlo los pliegos), el análisis y valoración de las proposiciones tendría que reducirse a un único concepto porque no tendría sentido separar el precio de las tres pólizas si solo se va a valorar un único precio. En este sentido, el recurrente alega que, si bien se pueden presentar ofertas con unidades o prestaciones con valores cercanos a "0", no cabe que ello dé como resultado otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado la proposición más cara.

d) Por análogos motivos, hay que entender que no se ha desvirtuado el segundo motivo por el que se cuestionó la anormalidad de la baja con respecto a la póliza de accidentes, que es cómo es posible alcanzar el incremento



porcentual de la participación en beneficios con la prima neta ofertada; en este sentido, debe tenerse en cuenta que el recurrente sostiene que la citada participación se garantiza con base en el carácter global de la oferta, lo que no es aceptable por los argumentos ya expuestos.

e) Se alega que el acto impugnado está suficientemente motivado por remitirse al informe del Servicio de Gestión de Riesgos y Seguros, que se encontraba a disposición del recurrente en el perfil del contratante; además, se satisface el requisito de que la motivación de la exclusión de una proposición por anormalidad sea “reforzada”.

f) El acto impugnado no vulnera el principio de igualdad porque la aceptación de la oferta de LAGUN ARO, igualmente incurso en sospecha de anormalidad, responde a una situación diferente.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso por las razones que se resumen a continuación:

a) El acto impugnado se fundamenta en el informe del servicio correspondiente, que señala que, habida cuenta de la prima anual ofertada para el seguro de accidentes y de la siniestralidad publicitada en los pliegos, debe impeler la necesidad de otras primas ofertadas de riesgos no comprendidos en este ámbito (responsabilidad civil y asistencia de viaje), apelando y justificando, a tal efecto, a la valoración global de la suficiencia económica y, por extensión, de la propia Compañía de Seguros, cuando se trata ahora de comprobar la oferta individualizada objeto de evaluación; se alega que los pliegos configuran la anormalidad por referencia al precio de cada seguro.



- b) La prima no se corresponde con la siniestralidad publicitada, los capitales garantizados, las mejoras obtenidas y el colectivo asegurado, lo que desvirtúa el resultado propuesto porque se obtienen mayor puntuación con base en la oferta propuesta para el subcriterio debatido (34 puntos).
- c) Por otro lado, no se ha justificado que la prima neta ofertada sea coherente con el incremento porcentual de la Participación en Beneficios ofertado como mejora, más allá de las referencias al cumplimiento de la solvencia, la experiencia o la onerosidad del contrato.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso entiende que la exclusión de la oferta de CASER por anormalmente baja es contraria a la LCSP porque el poder adjudicador no ha tenido en cuenta la argumentación aportada por el recurrente para justificar la viabilidad de su oferta, porque el acto impugnado no está suficientemente motivado y porque se ha producido una infracción del principio de igualdad de trato y no discriminación al aceptarse la justificación de otro licitador incurso en sospecha de temeridad. El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas de los pliegos más relevantes para el objeto del debate, las cuales, según una reiteradísima doctrina, rigen el procedimiento de adjudicación vinculando a la Administración y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO)

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

22.2.- Existe una pluralidad de criterios de adjudicación: sí

22.2.1.- Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: sí

(...)

g) Se otorgará hasta un máximo de 1 punto al incremento porcentual referido a la “Participación en Beneficios”.

(...)



22.3.- Ofertas anormalmente bajas: se establecen los siguientes parámetros o límites para su apreciación:

22.3.1.- En cuanto al precio: no procede

Parámetros objetivos que permiten apreciar su carácter anormal: no

22.3.2.- En cuanto a la oferta considerada en su conjunto: sí

Parámetros objetivos que permiten apreciar su carácter anormal:

Puntuación en criterio mejoras	0-7,50	7,51- 15	15,01-22,50	22,51,-30
Porcentaje de baja del precio respecto de la media aritmética de las ofertas admitidas (prima media total por asegurado/coste anual individual) en el global de las cuatro anualidades en cada uno de los tres subcriterios: accidentes-	Superior al 40%	Superior al 35%	Superior al 30%	Superior al 25%

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

(...)

VIII. PARTICIPACIÓN EN BENEFICIOS

P.B. = 95% (70% primas-siniestros)

Asimismo, el requerimiento efectuado por el poder adjudicador al recurrente en el marco del procedimiento de verificación de la viabilidad de su oferta es el siguiente:

(...)

Se le requiere que justifique razonada y detalladamente el precio ofertado mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Así, en concreto, se les requiere que justifiquen:

- CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.:

Accidentes:

-El cálculo de la media aritmética de las ofertas presentadas (2) asciende a 46.146,50€ (19.774€/72.519€). Si la media de siniestralidad publicada correspondiente a las 3 últimas anualidades, sin incluir la vigente, asciende a 37.762,15€, y la Prima Neta ofertada asciende a 493,70€, ¿cuál es la garantía de solvencia del ramo en función de la siniestralidad inherente al mismo?



-Justifique la distopía resultante de aplicar la mejora nº 9, referida al incremento porcentual de la Participación en Beneficios, con la prima neta ofertada. ¿Es efectiva la participación en Beneficios presentada como mejora, y valorada al efecto, a tenor de la citada prima neta ofertada?

A la vista de todo ello, y de los demás datos que constan en el expediente, a continuación se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos que fundamentan el recurso.

a) Sobre el parámetro de anormalidad fijado en los pliegos y su sentido y alcance en el procedimiento de verificación de la viabilidad de la oferta

La fórmula elegida por el poder adjudicador para considerar que una oferta está inicialmente incurso en anormalidad no se refiere al precio global del contrato, sino a cada uno de los precios parciales en los que éste se descompone. Dado que dicha fórmula se incluye en unos pliegos firmes y consentidos, y que CASER tampoco pretende ahora plantear un “recurso indirecto” contra la cláusula correspondiente (ver, por todas, la Resolución 124/2020 del OARC / KEAO), no procede que este Órgano exprese opinión alguna sobre su ajuste a la legalidad. No obstante, sí se considera necesario, por ser relevante para analizar la legalidad del acto impugnado, puntualizar el alcance y sentido del parámetro de apreciación de la anormalidad que el artículo 149.2 de la LCSP pide que se incluya en las bases de la licitación:

- 1) El procedimiento de verificación de la oferta del artículo 149 de la LCSP tiene como objeto comprobar si la proposición sospechosa de anormalidad puede o no ser normalmente cumplida (ver, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 149.6 de la LCSP). Este Órgano ya ha señalado anteriormente en varias ocasiones que, habida cuenta de esta finalidad, cuando el precio del contrato se determine mediante la fijación de varios precios unitarios, la anormalidad debe apreciarse en relación con la globalidad de la oferta, pues “...la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe



comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta. Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto” (ver la Resolución 22/2020, así como las Resoluciones 53 y 139/2015 y 26/2017). Esta es también la postura acogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI: ES:TS:2019:4069, que afirma, entre otras cosas, que el contrato sobre el que versa la oferta presuntamente anormal “es un contrato único por lo que también ha de serlo el precio con independencia de la forma en que pueda descomponerse y es única la oferta económica de los licitadores, aunque se divida en la correspondiente a cada una de las tarifas contempladas...”.

- 2) No obstante lo anterior, la Administración ha optado en este caso por un parámetro objetivo para cada uno de los precios en los que se descompone la prestación, de tal modo que tanto CASER como LAGUN ARO, a cuyas ofertas se les ha aplicado el trámite previsto en el artículo 149.4 de la LCSP, han incurrido en dicha presunción en tan solo uno de los tres precios que componen el contrato. Como ya se ha señalado anteriormente, se trata de una regla incluida en unos pliegos firmes, por lo que es la que debe aplicarse en el procedimiento de adjudicación, como efectivamente ha hecho el poder adjudicador. Sin embargo, debe precisarse que la función de los parámetros a los que se refiere el artículo 149.2 de la LCSP es la de establecer una sospecha o presunción inicial de anormalidad que sirva de presupuesto procedimental para iniciar un trámite contradictorio de justificación de la oferta y de análisis de su contenido, requisito imprescindible para, en su caso, excluirla de la licitación por considerarla inviable (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 22/6/1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256). Por el contrario, no es finalidad de estas fórmulas limitar al licitador las condiciones de la oferta o los argumentos que puede invocar para justificar que puede ser normalmente cumplida, los cuales ya están fijados, incluyendo un listado



no exhaustivo, en el artículo 149.4 de la LCSP. Lógicamente, el parámetro de temeridad tampoco puede desfigurar las características básicas de la institución de la baja anormal, siendo una de ellas que su objeto es la comprobación de que la oferta es viable y puede ser normalmente cumplida, lo que, como se ha indicado anteriormente, implica que la proposición sospechosa debe analizarse en su globalidad y no apreciando aisladamente los precios parciales en los que se descompone la prestación. Debe observarse que, de hecho, el concreto parámetro escogido en este caso por la Administración en absoluto se refiere a estas cuestiones, que no le son propias, sino que se limita a marcar un umbral matemático para establecer a qué ofertas debe aplicarse el procedimiento del artículo 149.4 de la LCSP.

b) Sobre el fundamento de la exclusión de la oferta del recurrente por ser anormalmente baja

Teniendo en cuenta lo establecido en la letra a) anterior, deben ahora analizarse los motivos en los que se basa el acto impugnado. En su Antecedente de Hecho Cuarto se afirma que la justificación de CASER "...no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por el licitador en el subcriterio "accidentes" y que, por lo tanto, la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales, al estar basada en prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica y jurídica". Además, la exclusión se basa en el informe técnico del Servicio competente que, en resumen, alega que:

- 1) En la póliza de accidentes (única de las tres que son objeto del contrato sobre cuyo precio pesa la sospecha de anormalidad) "la prima neta ofertada por CASER no alcanza los mínimos estándares de provisión económica que corresponsabilicen los siniestros susceptibles de indemnizar", de tal modo que el licitador debe acogerse al resultado económico de las otras dos primas de riesgo comprendidas en el contrato lo que, junto con la propia solvencia económica de la empresa, demostraría globalmente la suficiencia de la oferta. Sin embargo, el informe alega que "no se trata de



valorar la capacidad económica del global de la póliza, o, incluso, de la propia entidad aseguradora (...), sino la oferta individualizada objeto de valoración”.

- 2) Se afirma también que, si se admite la interrelación de los tres riesgos (accidentes, responsabilidad civil y accidente en viaje) debiera admitirse también este sistema para valorar el importe económico global de la prima propuesta por LAGUN ARO, con lo que el precio de la oferta de esta última empresa sería más bajo que el ofertado por CASER (1.000.816 euros frente a 850.653,97 euros), lo que implica que el “análisis intrínseco individualizado” es necesario para garantizar la objetividad de la evaluación de la oferta; así, CASER ha ofertado un precio muy bajo para los Accidentes (precisamente el apartado que más puntuación otorgaba), con el efecto de que puede concederse la mayor puntuación en el cómputo global del criterio de adjudicación relativo al precio a quien habiendo incurrido en anormalidad en la póliza que reparte más puntos, ha hecho la oferta más cara en su conjunto al compensar la escasez de la prima correspondiente con el incremento de las demás pólizas, que tienen asignada menor puntuación máxima.
- 3) Finalmente, el informe estima que no se ha justificado la efectividad del incremento del porcentaje de participación en beneficios; debe tenerse en cuenta que la fórmula de cálculo de este incremento premia el recobro cuando la siniestralidad haya sido beneficiosa en comparación con la prima que soporta el riesgo, que en el caso es tan solo de 493,70 euros.

El poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad en el procedimiento de apreciación de la anormalidad, con la consecuencia de que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por el poder adjudicador de la discrecionalidad técnica, más allá de verificar el ajuste a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la apreciación, la suficiencia de la motivación, o el respeto al fondo reglado de la potestad discrecional y a las reglas procedimentales, así como el



seguimiento de los principios generales de la LCSP, como el de igualdad y no discriminación (ver la Resolución 217/2019 del OARC / KEAO). Partiendo de esa base, a continuación, se expone el criterio de este Órgano sobre los argumentos que sustentan el acto impugnado.

b 1) Sobre el análisis separado de los precios parciales de la oferta para apreciar su viabilidad

El poder adjudicador alega que en la evaluación de la viabilidad de la proposición no debe valorarse globalmente el precio contractual, sino tan solo el precio ofertado para la garantía de accidentes, que es el que, según el parámetro fijado en los pliegos, ha incurrido en sospecha de anormalidad. Este argumento no es aceptable por los siguientes motivos:

- 1) La propia Administración ha optado por agrupar los seguros de asistencia en viaje, responsabilidad civil y accidentes en un único contrato no dividido en lotes; dado que el contrato es único, el precio que se abona por la prestación contractual es también único, aunque en este caso esté dividido a su vez en varios precios unitarios referidos a los componentes de la prestación. Consecuentemente, y tal y como se ha explicado anteriormente, la viabilidad de la ejecución del contrato, cuya comprobación es la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad, debe juzgarse por el precio global propuesto, aunque el parámetro fijado en los pliegos distinga, como requisito procedimental para proceder a dicha apreciación, umbrales de anormalidad distintos para cada precio parcial. Al no haberlo hecho así, el poder adjudicador ha infringido el fondo reglado de la normativa que rige el sentido mismo de la institución de la baja anormal, sobrepasando los límites de la discrecionalidad técnica que le corresponde en esta materia. Debe además añadirse que la jurisprudencia del TJUE ha señalado que, si bien no es contrario a las Directivas de contratación pública un sistema como el de la LCSP, basado en la sospecha sobre las ofertas cuyo



precio sea más bajo que el que resulta de la aplicación de un baremo matemático, este resultado no debe ser intangible, sino que el poder adjudicador ha de poder reconsiderarlo teniendo en cuenta, por ejemplo, las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común (ver la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO y la STJUE de 27/11/2001, asuntos C-285/99 y 286/99, ECLI:EU:C:2001:640, apartado 72); eso es precisamente lo que la Administración ha hecho en el procedimiento de verificación de la baja de LAGUN ARO, cuando ha estimado que la sospecha de anormalidad de los precios propuestos por esta empresa se debía, en realidad, a que CASER había ofrecido precios muy altos para las mismas partes de la prestación, lo que, por cierto, justifica a juicio de este Órgano el reproche de trato desigual formulado en el recurso. Esta misma prevención debió aplicarse a la recurrente, ya que la aplicación de la fórmula ha dado como resultado que su proposición sea sospechosa de temeridad por la baja anómala en un único precio, mientras que no se observa desproporción en el precio global.

- 2) No se comparte el argumento de que presentar una proposición a un contrato único con varios precios parciales distribuyendo desigualmente la rebaja al precio de licitación entre ellos sea una práctica inadecuada desde el punto de vista técnico, jurídico o económico (ver el último párrafo del artículo 149.4 de la LCSP); de hecho, el poder adjudicador no explica suficientemente en qué radica tal inadecuación, ni por qué la práctica seguida por el recurrente compromete la viabilidad de la oferta. Por el contrario, a juicio de este Órgano, la actuación de CASER es consecuente con la configuración que los pliegos han dado al contrato y al criterio de adjudicación “precio”, la cual no solo permite, sino que induce a que los operadores elaboren sus ofertas procurando optimizar en términos de puntuación los descuentos sobre el tipo de licitación incidiendo desigualmente en cada uno de los precios parciales, como precisamente ha hecho el recurrente, sin que por ese solo motivo se ponga en riesgo la viabilidad global de la oferta ni le sea exigible al



licitador una conducta diferente que le lleve a obtener menos puntos, lo que sería absurdo (ver, por ejemplo, la Resolución 4/2017 del OARC / KEAO). Tampoco cabe alegar que, si se valora en su conjunto la anormalidad de la proposición también debe valorarse globalmente el precio como criterio de adjudicación. El sistema de valoración del precio se plasma en los pliegos firmes que rigen el procedimiento de adjudicación en un criterio configurado como de aplicación automática mediante una fórmula elegida por el poder adjudicador; por lo tanto, no puede reprocharse a los licitadores que propongan sus ofertas en consecuencia con ella para obtener la máxima puntuación a partir de los descuentos ofrecidos.

- b 2) Sobre la posibilidad de considerar la solvencia del licitador para justificar la viabilidad de la oferta

En opinión de este OARC / KEAO, el poder adjudicador también ha infringido los límites de la discrecionalidad técnica que le asiste en la apreciación de la anormalidad de la oferta al no haber considerado la justificación basada en la solvencia de la recurrente, muy amplia en relación al contrato. Este Órgano ya ha indicado anteriormente la posibilidad de alegar este motivo y la necesidad de que el poder adjudicador lo considere para aceptarlo o rechazarlo (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 83/2013 y 62/2016), doctrina que se deriva tanto del carácter no exhaustivo de los motivos expuestos en el artículo 149.4 de la LCSP como de la clara literalidad del artículo 85.6 del RGLCAP. No debe entenderse esta solvencia en el sentido recogido en, por ejemplo, los artículos 65.1 y 74 de la LCSP, que se refiere a los requisitos mínimos de capacidad técnica y económica que deben concurrir en un operador económico para estimar que podría ejecutar con suficientes garantías un concreto contrato en el caso de resultar adjudicatario. Por el contrario, el artículo 85.6 del RGLCAP se basa en la idea de que la capacidad de una empresa para ejecutar una prestación no se basa solo en la contraprestación que reciba a cambio de ella, sino también en su fortaleza técnica o económica para asumir una posible falta



de rentabilidad del contrato concreto, la cual podría ser muy poco significativa en relación con dicha fortaleza. A juicio de este Órgano, la validez de esta justificación está reforzada por el hecho de que, entre las posibles pruebas que pueden aportarse para acreditar la seriedad de la oferta el artículo 149.4 de la LCSP menciona "...la posible obtención de una ayuda de estado", lo que demuestra que también son aceptables argumentos referidos a ingresos o consideraciones diferentes de los derivados del concreto analizado; de hecho, parece ilógico que si la LCSP acepta la justificación de la anormalidad por el potencial ingreso de una subvención, no acepte también la justificación basada en la solidez de la empresa, conseguida mediante su éxito en el mercado. Por otro lado, la reciente STJUE de 10/9/2020, asunto C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, establece que ni siquiera una oferta a precio "0" puede ser automáticamente descartada sin aplicación previa del procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149 de la LCSP, en el cual el licitador sospechoso de anormalidad puede alegar lo que proceda en defensa de la viabilidad de su proposición; implícitamente, esta sentencia admite que en dicho procedimiento puedan plantearse argumentos distintos de los referidos a la mera justificación de que el precio contractual es suficiente para sufragar los costes y cubrir los riesgos del negocio pues se refiere a un caso en el que no hay ninguna contraprestación del poder adjudicador. Finalmente, debe señalarse que en el sector de actividad al que se refiere el contrato, la capacidad de los operadores económicos para asumir los riesgos derivados de su negocio (cuya esencia misma, además, radica en su carácter aleatorio porque el intercambio patrimonial que determina la pérdida o ganancia de los contratantes depende de si se da o no el evento asegurado; ver la Resolución 11/2020 del OARC / KEAO) está fuertemente reglada legalmente y supervisada por los poderes públicos (ver, por ejemplo, el Título III de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, así como el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras), lo que hace muy difícil que una entidad deje de satisfacer las obligaciones derivadas de un contrato de seguro por insolvencia económica.



b 3) Sobre el incremento del porcentaje de participación en beneficios

Por lo que se refiere al criterio de adjudicación que valora el incremento porcentual de la “Participación de beneficios”, hay que señalar que, si bien figura como uno de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, está, de hecho, sujeto a un fuerte fondo reglado, ya que el apartado VIII del PPT describe con una fórmula matemática cómo se calcula la citada participación. Debe observarse que en dicha fórmula no se contempla ninguna limitación o condicionante al importe de la prima, y que el incremento que se premia en el criterio de adjudicación es porcentual, independiente por lo tanto del importe absoluto de la prima (la cual podría ser “0”, dando lugar a participación nula o negativa por muy alto que fuera el incremento en el porcentaje de participación ofertado), que es el que cuenta para la apreciación de la anormalidad; de hecho, tal y como pide el artículo 146.2 de la LCSP, el poder adjudicador evaluó este criterio discrecional sin conocer el precio ofertado. Consecuentemente, tampoco se considera que la proposición del recurrente contenga en este punto ninguna anomalía que no se derive de la propia aplicación en sus estrictos términos del criterio de adjudicación tal y como figura en los pliegos de la licitación.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la oferta de CASER sea readmitida y le sean aplicados los criterios de adjudicación sujetos a fórmula en los términos previstos en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de



Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen
Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CAJA DE SEGUROS REUNIDOS COMPAÑÍA DE SEGUROS COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del “Contrato privado de servicios de aseguramiento de accidentes y responsabilidad civil para el alumnado, personas becarias, participantes y colectivos varios acogidos a diferentes acuerdos, programas y convenios”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en los términos establecidos en la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, se requiere al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko abenduaren 2a

Vitoria-Gasteiz, 2 de diciembre de 2020