



EB 2021/155

Resolución 181/2021, de 17 de noviembre, 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 interpuesto por AURRERANTZ, S. COOP. DE INICIATIVA SOCIAL contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de agosto de 2021 la mercantil AURRERANTZ, S. COOP. DE INICIATIVA SOCIAL (en adelante, AURRERANTZ) interpuso 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) un recurso especial contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano.

SEGUNDO: El mismo día 13 este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 18 del mismo mes.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 26 de agosto, se han recibido las alegaciones de URGATZI, S.L. (en adelante, URGATZI), adjudicataria impugnada, el día 30 de agosto.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de M.K.A.G. 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.

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, el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:



a) La oferta de la adjudicataria incurre en fraude de ley al impedir la adjudicación a favor de la oferta que presenta mejor calidad-precio con infracción de los artículos 1.1, 145.1 de la LCSP en relación con el 6.4 del Código Civil, el apartado J.1 del Cuadro de Características y la Cláusula 6 del Pliego de condiciones particulares (en adelante, PACP). En efecto, la oferta a precio cero o cercana (0,01 €) en el criterio relativo a las horas extraordinarias realizado por URGATZI ha impedido que se adjudique el contrato a la mejor oferta (la de la recurrente) en contra de lo dispuesto por los artículos 1.1 y 145.1 en relación con el apartado J.1 del cuadro de características. En apoyo a su tesis cita varias resoluciones del TACRC.

b) Entiende que, si bien una oferta a precio cero, *per se*, quizás no sea motivo automático de rechazo de una oferta, sí lo es cuando se impide la progresividad de la fórmula de valoración, de forma que se obtiene como resultado un fin distinto a lo establecido en el ordenamiento contractual, y en contra de lo dispuesto por el artículo 6.4 del Código Civil.

c) Dado que la oferta de 0,01 € impide aplicar correctamente la fórmula, plantea una serie de simulaciones sobre las horas mínimas, medias y máximas, de forma que con la suma de la puntuación obtenida en todos los criterios de adjudicación resulta la oferta de la recurrente ser la más ventajosa.

d) Finalmente, solicita que se anule la adjudicación del contrato y se acuerde la exclusión de URGATZI con retroacción del procedimiento para proceder a una nueva adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de URGATZI

URGATZI, adjudicataria impugnada, efectúa, en síntesis, las siguientes alegaciones:

a) Los pliegos constituyen la Ley del contrato que vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación y no habiendo sido impugnados en ningún



momento resultan firme y consentidos para todos los licitadores sin que puedan ser cuestionados en esta fase del procedimiento. Así no cabe, como hace la recurrente planteando escenarios hipotéticos, interpretar la aplicación de una formula apartándose de lo establecido en el PCAP.

b) La oferta de URGATZI no cabe calificarse como irreal ni fraudulenta, ya que se encuentra dentro de los límites previstos en el PCAP. En efecto, el pliego no establece umbrales ni límites mínimos, ni de manera global ni para cada uno de los criterios por separado. Además, la oferta no está incurso en baja temeraria por lo que resulta viable. Por lo tanto, no puede hablarse de fraude de ley sino de la mera formulación de una oferta de conformidad con lo establecido en unos pliegos conocidos, aceptados y consentidos por todos.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los argumentos que concluye de la siguiente manera:

a) En consonancia con diversas Sentencias de la Audiencia Nacional y Resoluciones del OARC/KEAO que se citan, cuando los pliegos son firmes constituyen la Ley del contrato, rigiendo el procedimiento de adjudicación y la concesión de la puntuación conforme a las reglas matemáticas o automáticas en aquéllos establecidas.

b) Las fórmulas previstas en el PCAP permiten ofertas a precios unitarios a 0 euros, pues no existe límite mínimo alguno al respecto. Además, la oferta de la adjudicataria no está incurso en temeridad, por lo que la adjudicación es correcta.

c) No pueden ser aceptadas las simulaciones planteadas por la recurrente, pues se pretende sustituir las formulas establecidas en los pliegos por otras distintas, orillando la aplicación de lo que es firme y consentido.



d) En definitiva, la oferta de 0.01 €/h para un precio unitario es perfectamente legítima y no es fraudulenta, pues lo permite el PCAP y su finalidad no es más que obtener la máxima puntuación posible para poder adjudicarse el contrato, propósito no prohibido por la Ley.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente solicita, en síntesis, que, tras la previa anulación del acuerdo de adjudicación impugnado, se excluya la oferta de URGATZI por haber incurrido en fraude en su presentación y se le adjudique el contrato por ser la oferta económicamente más ventajosa. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de condiciones particulares que rige la licitación, que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, su contenido vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

J. CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

CRITERIOS EVALUABLES AUTOMÁTICAMENTE

OFERTA ECONÓMICA 1. Valoración del precio hora ordinaria: 30 puntos. La distribución de puntos se hará con arreglo a la siguiente fórmula: $PO = \text{MaxP} * \frac{Ob}{OI}$ Tal que: PO = Puntos de la oferta MaxP = Máximo de puntos BO = Baja de la oferta respecto del precio base de licitación (precio máximo/hora ordinaria) BMO = Baja de la mejor oferta respecto del precio base de licitación (precio máximo/hora ordinaria}	De 0 a 40 puntos
---	-------------------------



2. Valoración del precio hora festiva: 10 puntos.

La distribución de puntos se hará con arreglo a la siguiente fórmula:

$$PO = \text{MaxP} * \frac{Ob}{OI}$$

Tal que:

PO = Puntos de la oferta

MaxP = Máximo de puntos

BO = Baja de la oferta respecto del precio base de licitación (precio máximo/hora festiva)

BMO = Baja de la mejor oferta respecto del precio base de licitación (precio máximo/hora festiva)

a) Consideraciones previas

De forma previa a las consideraciones que se efectúen sobre la cuestión planteada, este OARC / KEAO considera conveniente efectuar unas precisiones sobre el alcance y contenido del debate planteado al objeto de centrarlo:

- 1) Las partes no discuten los criterios de adjudicación ni las fórmulas establecidas en el PCAP para la valoración de los precios unitarios ofertados.
- 2) El motivo del recurso consiste en que se aprecia fraude en la oferta de URGATZI de prácticamente 0 euros (exactamente 0.01 €) en el precio unitario relativo a la hora festiva, desvirtuándose, de esta manera, la fórmula establecida en los pliegos con el fin de obtener la totalidad de la puntuación (10 puntos) y que los demás licitadores consigan 0 puntos.
- 3) La oferta de URGATZI, inicialmente incurso en sospecha de anormalidad, ha sido considerada viable tras el trámite establecido en el artículo 149.4 de la LCSP.
- 4) La determinación de la oferta más ventajosa debe hacerse una vez valorados todos los criterios de adjudicación señalados en el pliego, por lo que no cabe hablar de mejor oferta no teniendo en cuenta alguno de ellos.



b) Sobre el carácter fraudulento de la oferta de la adjudicataria

Considerando lo antecedente, y a la vista de la doctrina de este Órgano para casos similares (ver, especialmente, por ejemplo, la Resolución 73/2021), el recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

El fundamento del acto impugnado es, en síntesis, la consideración de que la oferta ha sido formulada en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil). A juicio de este Órgano, este argumento no es aceptable por los siguientes motivos:

- 1) No cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que su objetivo es lograr la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente, ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa (ver en este sentido la Resolución 43/2013 de este OARC / KEAO). Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación con la exclusión del procedimiento de adjudicación (ver, por ejemplo, la Resolución 4/2017 del OARC / KEAO), consecuencia que, además, los pliegos no prevén; en este sentido, debe tenerse en cuenta que la exclusión de una proposición debe basarse en motivos previstos en la legislación aplicable o en cláusulas de los pliegos claras y entendibles por cualquier operador económico diligente, lo que no sucede en este supuesto (ver, por todas, la Resolución 44/2021 del OARC / KEAO).
- 2) No se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego el que ha inducido su contenido al establecer la ponderación, el valor relativo que se otorga a cada precio unitario y las fórmulas de cálculo de la puntuación, todo lo cual, unido a la falta de límites mínimos para la oferta de los precios (ver, *sensu contrario*, la Sentencia del TSJPV 362/2018, de 28 de noviembre de 2018,



ECLI:ES:TSJPV:2018:3692), permite a la adjudicataria rebajar hasta el extremo de 0,01 euros el precio unitario de la hora festiva sin que incurra en temeridad. Además, para que la conducta de URGATZI pudiera ser calificada de fraudulenta, el artículo 6.4 del Código Civil requiere la obtención de un fin contrario al ordenamiento jurídico y no puede ser considerado como precepto o principio jurídico infringido el alegado por la recurrente de que se desvirtúa la fórmula con la finalidad de que el resto de los licitadores obtenga 0 puntos pues, que el licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible, con respeto a las reglas establecidas en las bases, es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva.

- 3) Este Órgano ha manifestado (ver, por ejemplo, su Resolución 145/2020) que el rasgo principal de un criterio sujeto a fórmula es la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula (ver también la Resolución 12/2020 del OARC / KEAO, confirmada por la sentencia del STSPV de 24/6/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:1701). Por ello, no es posible introducir en la aplicación de uno de estos criterios la apreciación de un elemento tan radicalmente sujeto a análisis jurídico como el fraude de ley. Asimismo, no se puede excluir la oferta de un licitador, efectuada conforme a las reglas establecidas en las bases de la licitación, mediante la alteración de los elementos de la fórmula de aplicación de un criterio, como pretende la recurrente; esta consideración es especialmente oportuna en este supuesto porque lo que la recurrente pretende es alterar la fórmula planteando simulaciones y contraviniendo el automatismo de la fórmula. Por otro lado, no es cierto que el resto de licitadores obtengan 0 puntos, pues aplicada la fórmula, según se encuentra en los pliegos, para



los precios propuestos en el criterio de hora festiva por la adjudicataria y la recurrente, ésta última, por ejemplo, obtiene 0,0025 puntos.

- 4) Finalmente, este Órgano entiende que la opción adoptada en la oferta de la adjudicataria no puede considerarse una práctica empresarial inadecuada. En primer lugar, nada obliga a los licitadores a repercutir íntegra o parcialmente el coste de cada prestación en el correspondiente precio unitario. De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incurso en presunción de anormalidad (STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685), y sin matización alguna sobre su efecto en la valoración del resto de las ofertas. En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal resultado. En su caso, corresponde al poder adjudicador ser consciente de dicha práctica para tenerla en cuenta en el diseño de los criterios de adjudicación y de los requisitos de presentación de la oferta económica, y a los potenciales licitadores analizar y estudiar previamente a la presentación de las proposiciones dichos criterios con la diligencia debida.

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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AURRERANTZ, S. COOP. DE INICIATIVA SOCIAL contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio”, tramitado por el Ayuntamiento de Amorebieta-Etxano.

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

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

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

Vitoria-Gasteiz, 2021eko azaroaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de noviembre de 2021