



EB 2019/159

Resolución 196/2019, de 20 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa DISPORT EKI, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de septiembre de 2019 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 DISPORT EKI, S.L. (en adelante, DISPORT) contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz.

SEGUNDO El mismo día de su presentación en este OARC / KEAO, se remitió el recurso al poder adjudicador al que se le solicitó, 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 25 de septiembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 11 de octubre, no se han recibido alegaciones.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1VNQ-0WNF bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1VNQ-0WNF en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al artículo 44.2 c) de la LCSP, son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:



a) Frente a la afirmación del poder adjudicador de que no se justifica la cláusula de subrogación establecida en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), se alega que el Ayuntamiento no se ha dirigido a DISPORT para solicitarle información alguna en relación a este aspecto de la oferta y que la Administración es conocedora de que no cabe subrogación en este caso porque la recurrente es la actual prestadora del servicio. Por otro lado, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) no exige poner a disposición del servicio un número determinado de personas, la oferta de DISPORT obtuvo la mejor puntuación en el criterio de adjudicación que valoraba el planteamiento técnico de la proposición, lo que avala el cálculo de las personas y de horas necesarias para prestar el servicio, siendo una cuestión que queda en el ámbito de la organización de la empresa reestructurar la diferencia de horas de servicio correspondientes a las personas subrogadas y las propuestas para la ejecución del contrato (mediante su asignación a otros trabajos similares adjudicados a DISPORT). En todo caso, la Administración pudo haber requerido aclaraciones adicionales en lugar de excluir la oferta.

b) Por lo que se refiere al argumento de que la información presentada para justificar la viabilidad de la oferta y la documentación de la proposición no son concordantes en cuanto al personal destinado a la prestación del servicio, DISPORT alega que, en la oferta, las necesidades de personal se han traducido en número de horas efectivas de trabajo, igual que se ha hecho en la justificación de la viabilidad de la oferta; la proposición no dice que los dos operarios mencionados en la oferta lo sean a jornada completa. En cualquier caso, se podían haber solicitado aclaraciones adicionales y no se hizo.

c) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de la exclusión.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Con fecha 29 de enero de 2019 se requirió a DISPORT (anterior adjudicataria del servicio licitado) para que informara sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores, en el supuesto de que el convenio colectivo de aplicación imponga la obligación de subrogación; el 6 de febrero la empresa aportó la correspondiente documentación, señalando el convenio colectivo aplicable y los datos sobre número de trabajadores, categoría, tipo de contrato, jornada, antigüedad, vencimiento y salario bruto. Consecuentemente, el poder adjudicador facilitó la información señalada en el artículo 130 de la LCSP. Por ello, es contradictorio que ahora la recurrente afirme que “no cabe el acto de subrogación en este caso”.

b) El poder adjudicador se remite al informe que sustenta el acto impugnado para recordar que, en su oferta técnica, la empresa indica de manera genérica que destina dos operarios al servicio, sin especificar tareas, funciones u horarios; asimismo, la recurrente solo justifica el coste de un operario, cuando no se disminuyen las prestaciones contractuales.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso versa, en síntesis, sobre la suficiencia de los argumentos contenidos en el informe que fundamenta la decisión del poder adjudicador de excluir al recurrente del procedimiento por considerar que su oferta es anormalmente baja o desproporcionada. El análisis de la viabilidad de la impugnación debe partir del contenido de los actos fundamentales del procedimiento de verificación de la anormalidad de la oferta, establecido en el artículo 149 de la LCSP:



i. Solicitud de justificación:

Se trata de un escrito de 31 de mayo en el que, además de reproducir parte del contenido del artículo 149 de la LCSP, se indica lo siguiente con referencia al objeto del presente recurso:

“A la vista de la oferta presentada por el licitador nº 1 (DISPORT EKI, S.L.) y entendiendo que dicha oferta se encuentra incurso en presunción de anormalidad con arreglo a lo dispuesto en el punto 6 de la caratula del pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se propone requerir a la mencionada empresa para que presente justificación de lo siguiente:

Motivar y desglosar razonada y, detalladamente, su oferta económica mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos, en cumplimiento del Artículo 149 de la LCSP, y en particular el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, laboral y de subcontratación”

ii. Justificación aportada por DISPORT

La aclaración presentada por el recurrente se refiere a los siguientes aspectos:

- Cálculo del salario según las tablas salariales del convenio colectivo en vigor.
- Cálculo de los costes de maquinaria y gastos variables
- Resumen de presupuesto.
- Además, se aporta un apartado de conclusiones; en él DISPORT expresa que los costes de personal se han calculado teniendo en cuenta el convenio colectivo en vigor y las actualizaciones de dicho convenio para 2019, que el material empleado ya está pagado y amortizado en su totalidad, por lo que solo se ha repercutido un gasto de “alquiler” del material, y que DISPORT es el actual adjudicatario y lleva dos años prestando el servicio, por lo que conoce bien los gastos correspondientes.



iii. Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de DISPORT no se consideraron convincentes, lo que supuso la exclusión de su oferta son, resumidamente, las que se expresan a continuación (informe técnico de 4 de julio de 2019):

- 1) No se justifica la cláusula de subrogación contenida en el PCAP.
- 2) En la oferta de la recurrente el organigrama contempla dos operarios para la prestación del servicio; esta información no es concordante con el apartado “Cálculo de costes de personal” del documento presentado para justificar la anormalidad de la oferta, en el que solo se considera el coste de un operario.

A la vista de todo ello, se expone a continuación el criterio del OARC / KEAO sobre la razonabilidad de la impugnación.

a) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

A propósito del artículo 152 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y más recientemente, en relación con el artículo 149 de la LCSP, este Órgano ha formado su doctrina sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones (ver, por ejemplo, las resoluciones 63, 69 y 126/2019 y las que en ellas se citan); por su relevancia para este caso concreto, deben señalarse los siguientes aspectos de la misma:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.



- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver, en el mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP).
- el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la anormalidad y, en este sentido, debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también a este procedimiento, que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación.



b) Sobre el requerimiento de justificación de la oferta

El requerimiento al recurrente para que justifique la viabilidad de su proposición es una reiteración parcial del artículo 149 de la LCSP y no hace ninguna mención a aspectos concretos de la proposición. Este contenido no satisface la exigencia del apartado 4 del citado precepto, que pide que dicho requerimiento se formule con claridad, de manera que el licitador incurso en sospecha de anormalidad esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta. Esta irregularidad ha causado indefensión en el recurrente, pues la exclusión, al contrario que el requerimiento, sí se ha fundamentado en dos cuestiones muy concretas que no se citaron en la solicitud inicial. Por otro lado, el poder adjudicador tampoco ha solicitado posteriormente aclaraciones adicionales más específicas que podrían haber despejado la sospecha de anormalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 701/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

c) Sobre la falta de justificación de la subrogación

El informe que motiva la exclusión indica, de una forma extremadamente escueta, que la oferta sospechosa de anormalidad no justifica la cláusula correspondiente a subrogación, contenida en el punto primero de la carátula del PCAP. Tal y como consta en el expediente, DISPORT es la actual contratista del servicio, por lo que es precisamente el único licitador al que no le afectaría la citada cláusula, que por definición requiere un cambio en la figura del empresario y un nuevo adjudicatario. Si, como parece, el Ayuntamiento quiere decir que los cálculos de costes de personal expresados por DISPORT en la justificación de su oferta son insuficientes para cubrir los gastos salariales del personal con derecho a subrogación (en este caso, personal que, en principio, seguiría en la plantilla de DISPORT), debe recordarse que ello no tiene relevancia para la determinación de la viabilidad de la proposición pues, como bien señala la recurrente, el pliego no obliga a que todo el citado personal se incorpore a la prestación (de hecho, no se fija una asignación mínima de personal a la



ejecución del contrato), pudiendo suceder que, en uso de sus poderes de dirección y organización, la empresa, por ejemplo, asigne todo o parte de dicho personal a otros trabajos o centros distintos (ver, por ejemplo, las Resoluciones 57/2013 y 103/2014 del OARC / KEAO). Consecuentemente, debe rechazarse este motivo de exclusión.

d) Sobre la discrepancia entre la oferta y la justificación de la anormalidad de la oferta en cuanto al número de operarios que ejecutarán la prestación

El segundo motivo de exclusión de la oferta es la discrepancia entre el coste de personal expresado en la justificación de la baja (en el que se considera el coste de un único operario) y el organigrama aportado por la empresa en su proposición (sobre 2), que contempla dos operarios. Analizada la documentación aportada, debe aceptarse la alegación del recurrente, que niega la diferencia. En la oferta la dedicación del personal se calcula, independientemente de si la aplicación del personal al contrato es o no a tiempo parcial, con base en el número total de horas, concretamente, 1.441 horas de trabajo anuales más 150 horas de refuerzo, que es la misma cifra que sirve para calcular el coste de personal en el segundo documento. Por lo tanto, debe concluirse que no existe la contradicción señalada por el poder adjudicador.

e) Conclusión

A la vista de lo señalado en los apartados b) a d) anteriores, el recurso debe estimarse y anularse el acto impugnado, con la consiguiente retroacción de actuaciones para que se valore la proposición de la recurrente.

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 DISPORT EKI, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de pistas y campos de hierba artificial en instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Vitoria – Gasteiz, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que se finalice la evaluación de la oferta de la recurrente.

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

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

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko azaroaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de noviembre de 2019