



EB 2021/193

Resolución 019/2022, de 27 de enero, 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 AZAFATAN ALKARTEA LANKOR, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios auxiliares de atención a personas en eventos y congresos, atención en taquillas y servicios de recepción en orden a la organización, gestión y explotación del Palacio de Congresos Kursaal y Palacio Miramar”, tramitado por Centro Kursaal – Kursaal Elkargunea, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de octubre de 2021 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 AZAFATAN ALKARTEA LANKOR, S.L. (en adelante, AAL) contra la adjudicación del contrato “Servicios auxiliares de atención a personas en eventos y congresos, atención en taquillas y servicios de recepción en orden a la organización, gestión y explotación del Palacio de Congresos Kursaal y Palacio Miramar”, tramitado por Centro Kursaal – Kursaal Elkargunea, S.A.

SEGUNDO: El mismo día 15 de octubre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron la copia del expediente de contratación y 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 octubre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 3 de noviembre, el día 10 de noviembre se recibieron las alegaciones de la empresa SERVICIOS AUXILIARES SUREUSKADI, S.L. (en adelante, SUREUSKADI), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.T.A.E. 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 servicio 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, Centro Kursaal - Kursaal Elkargunea tiene la condición de poder adjudicador, pero no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos:

- a) Se alega que los precios propuestos por la adjudicataria son inferiores para casi todos los servicios a los precios actualmente vigentes y que fueron establecidos en la oferta seleccionada en 2015; los precios ofertados por SUREUSKADI también son inferiores a los que propuso para otros servicios similares en los años 2015 y 2019.
- b) La conclusión de lo anterior es la inviabilidad económica de la oferta y de la correcta ejecución del contrato si se perfecciona en los términos de la proposición de SUREUSKADI. En este sentido, la recurrente alega el tiempo transcurrido desde las licitaciones mencionadas en el apartado anterior, la duración del contrato (2024 / 2026), la inseguridad producida por la actual situación sanitaria, la ausencia de revisiones del precio, la inexistencia de unas horas fijas o mínimas de prestación del servicio y la política gubernamental de constante y ya anunciado incremento del salario mínimo interprofesional.



Asimismo, se alega que la estimación del coste salarial elaborada por el poder adjudicador ya es por sí sola superior a la oferta de SUREUSKADI y que el punto 12 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), que regula las bajas anormales, señala la obligación del órgano de contratación de rechazar las ofertas que no garanticen el incumplimiento de las obligaciones sociales o laborales. AAL aporta un estudio realizado por sus servicios que acredita la temeridad de la oferta impugnada.

c) Si bien es cierto que adjudicataria no está incurso en sospecha de anormalidad según el parámetro que al efecto figura en los pliegos, se alega que el resultado de la aplicación de dicho parámetro no debe ser intangible y el poder adjudicador debe poder reconsiderarlo, por ejemplo, a la vista de, entre otros factores, del umbral de anomalía en licitaciones comparables y de las enseñanzas que pueden extraerse de la experiencia común. En apoyo de ese argumento, se citan la Resolución 63/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 27/11/2001, asuntos C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640 (en adelante, “sentencia C-285/99”).

d) Finalmente, se solicita que se declare la Resolución recurrida constituye una transgresión legal por haber incurrido la adjudicataria en el supuesto previsto en el artículo 149 de la LCSP, de oferta anormalmente baja que hace inviable el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de SUREUSKADI

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

a) La recurrente es la actual prestadora del servicio y la impugnación no obedece a hechos acreditados o argumentos jurídicos, sino a la intención de



beneficiarse de la San Sebastián Gastronomika –Euskadi Basque Country, el evento más importante del año que se celebra en el Palacio Kursaal del 14 al 17 de noviembre de 2021.

b) AAL sabe, y así lo reconoce en el recurso, que SUREUSKADI no está incurso en sospecha de anormalidad, por lo que no se da el requisito previo necesario para iniciar el procedimiento descrito en el artículo 149 de la LCSP e intenta confundir al OARC / KEAO forzando el alcance del parámetro para determinar dicha sospecha para hacer que se calcule sobre el presupuesto base de licitación (PBL) cuando los pliegos dejan claro que debe hacerse sobre la media aritmética de las ofertas presentadas. A juicio de SUREUSKADI, ocultar el cálculo correcto obedece a no evidenciar lo endeble del único motivo que sostiene su recurso; de hecho, la proposición de SUREUSKADI está 41.834,32 euros por encima del umbral de temeridad y no llega ni a la mitad del porcentaje de baja fijado en el parámetro establecido en el apartado 12 de la carátula del PCAP.

c) SUREUSKADI afirma que solo dos de los cinco precios son inferiores a los que figuran en el contrato vigente y que los contratos de los que es adjudicataria alegados por la recurrente se ejecutan sin problema alguno; asimismo, alega que nada impide que los precios propuestos sean inferiores a los señalados por el poder adjudicador (es más, igualarlos supone recibir un 0 en la evaluación del criterio de adjudicación relativo al precio) y que su oferta satisface los costes del personal a subrogar.

d) No se observa motivo alguno para que el poder adjudicador reconsidere la aplicación del umbral de anomalía fijado en los pliegos, como pide AAL.



e) Finalmente, se considera que debe imponerse la sanción por temeridad o mala fe prevista en el artículo 58 de la LCSP porque la intención de la recurrente es únicamente demorar la adjudicación para seguir prestando el servicio, perjudicando a la recurrente, que no podrá ejecutar el contrato para el evento más importante incluido en el objeto del contrato, y utilizando para ello una causa inexistente.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las razones que a continuación se resumen:

a) La proposición impugnada no satisface los requisitos establecidos en el apartado 12 de la carátula del PCAP para ser considerada sospechosa de temeridad; de hecho, es inferior a la media aritmética de las ofertas en un 11%, lejos del 20% señalado en los pliegos. Consecuentemente, no cabe exigir la justificación de la viabilidad de la oferta de conformidad a lo previsto en el artículo 149 de la LCSP.

b) El parámetro de consideración de la oferta como inicialmente incurso en anormalidad figuraba de forma clara y objetiva en los pliegos y no fue objeto de recurso, por lo que vincula al poder adjudicador y a los licitadores.

c) La propuesta económica del licitador no es inferior en todos los supuestos ni para todos los servicios.

d) La prueba documental presentada por AAL debe considerarse improcedente por no ser necesaria para la resolución del recurso.



e) Se aprecia una clara temeridad o mala fe en el recurso, falta de argumentación jurídica e interpuesto únicamente para prolongar la duración de los servicios que AAL presta actualmente, especialmente a la vista de los eventos previstos, que conllevan una importante facturación. Consecuentemente, se solicita imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la pretensión de la impugnación es la anulación de la adjudicación por estimarse que la oferta seleccionada es de inviable cumplimiento al contener precios anormalmente bajos que no permiten la correcta ejecución del contrato. Debe señalarse que la recurrente admite expresamente que dicha proposición no está incurso en el parámetro fijado en el apartado 12 de la carátula del PCAP para determinar cuándo una oferta es inicialmente sospechosa de anormalidad (artículo 149.2 b) de la LCSP), postura igualmente sostenida por los demás interesados. Adicionalmente, este OARC / KEAO deberá pronunciarse, en el caso de que la pretensión se desestime, sobre la existencia de temeridad o mala fe en el recurso que conlleve la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

A la vista de lo anterior, de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de las partes, las apreciaciones del OARC / KEAO son las siguientes:

- a) Sobre la exclusión de la oferta de la adjudicataria por ser económicamente inviable

Esta pretensión debe desestimarse por las siguientes razones:



- 1) Como ya ha señalado anteriormente este Órgano, la incursión de una oferta en el “umbral de temeridad”, calculado según el parámetro que debe constar en los pliegos por mandato del artículo 149.2 b) de la LCSP, es el requisito previo inexcusable para iniciar el procedimiento para verificar la viabilidad de dicha oferta (ver, por todas, la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO). Esta comprobación ha de seguir la tramitación prevista en los apartados 4 a 6 del citado artículo 149, la cual puede culminar, en su caso, con la exclusión del licitador.
- 2) Consta, y así lo reconocen la recurrente y los demás interesados, que la proposición de SUREUSKADI no está incurso en sospecha de anormalidad, calculada en este caso de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 12 de la carátula del PCAP. Esta estipulación es firme por no impugnada y, por ello, rige el procedimiento de adjudicación vinculando al poder adjudicador y a los licitadores. Consecuentemente, no es posible excluir la oferta de SUREUSKADI con base en el artículo 149 de la LCSP y el motivo de impugnación debe desestimarse.
- 3) No cabe aceptar la alegación de que el resultado de la aplicación de la fórmula de cálculo del umbral de anormalidad puede reconsiderarse por el poder adjudicador si es necesario, teniendo en cuenta factores como el umbral de licitaciones comparables y las enseñanzas que pueden extraerse de la experiencia común. La recurrente no aporta ningún argumento ni prueba para apoyar que el resultado del modo de cálculo fijado en los pliegos, bastante común en todo tipo de procedimientos de adjudicación, deba ser reconsiderado. De hecho, ni siquiera consta ni se alega que haya un resultado anómalo, pues no puede considerarse como tal que una oferta concreta quede o no comprendida en el umbral de



sospecha de temeridad, ya que ése es precisamente el efecto propio del parámetro al que se refiere el artículo 149.2 b) de la LCSP.

- 4) Según la sentencia C-285/99 (ver, en especial, los apartados 70 a 73), la reconsideración de los resultados de la aplicación de un parámetro previo de sospecha de temeridad responde a evitar las prácticas de los licitadores tendentes a falsear dichos resultados en perjuicio de los objetivos generales de la contratación pública. Concretamente, la sentencia se refiere a los casos en los que los licitadores presenten ofertas sin voluntad efectiva de contratar y con la única intención de alterar artificialmente el resultado del cálculo del umbral de temeridad, o en los que no presentan la mejor proposición posible, sino la que con arreglo sobre todo a criterios estadísticos tuviera más posibilidades de ser la primera oferta no sospechosa. Por su parte, este OARC / KEAO ha invocado también esta jurisprudencia a propósito de un parámetro que da como resultado que un alto porcentaje de las ofertas están incursas en sospecha de temeridad (lo que puede hacer pensar en la inadecuación del parámetro o del presupuesto base de licitación más que en la anormalidad de dichas ofertas; ver la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO) o para relativizar la sospecha de anormalidad producida por un parámetro basado en los precios unitarios y no en la globalidad de la oferta (ver la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO). Ninguno de estos supuestos ni otros similares se dan en este caso y tampoco el recurrente los alega.

b) Sobre la mala fe o temeridad del recurso

Tanto el poder adjudicador como la adjudicataria impugnada solicitan la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP. No cabe acceder



a esta petición porque, aunque el recurso vaya a ser íntegramente desestimado, no carece de argumentación jurídica. En este sentido, aunque la oferta de SUREUSKADI no podía ser declarada inviable por no ser sospechosa de anormalidad, no es menos cierto que AAL es consciente de ello y por eso mismo argumenta con base en la jurisprudencia del TJUE por qué, a su juicio, ello no es un obstáculo para el éxito de su pretensión.

c) Conclusión

Lo expuesto en la letra a) y b) anterior implica la desestimación del recurso sin imposición de sanción al recurrente. No procede valorar como prueba el informe presentado por AAL sobre la viabilidad de la oferta de la adjudicataria por no ser preciso para resolver el recurso, dado que la controversia versa fundamentalmente sobre una cuestión de apreciación jurídica.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa AZAFATAN ALKARTEA LANKOR, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios auxiliares de atención a personas en eventos y congresos, atención en taquillas y servicios de recepción en orden a la organización, gestión y explotación del Palacio de Congresos Kursaal y Palacio Miramar”, tramitado por Centro Kursaal – Kursaal Elkargunea, S.A.



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

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

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, 2022ko urtarrilaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de enero de 2022