



EB 2016/148

Resolución 001/2017, de 11 de enero de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, que resuelve el recurso especial interpuesto por GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de cocina en la Fundación San Andrés”, tramitado por la Fundación Pública San Andrés, dependiente del Ayuntamiento de Eibar.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 7 de diciembre de 2016 la empresa GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L (en adelante, GASCA) presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC/KEAO) un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Servicio de cocina en la Fundación San Andrés”, tramitado por la Fundación Pública San Andrés, dependiente del Ayuntamiento de Eibar.

SEGUNDO: Trasladado el recurso al poder adjudicador el mismo día 7 de diciembre de 2016, con fecha 9 de diciembre se recibió en este OARC/KEAO el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público (en adelante, TRLCSP).

TERCERO: El recurso fue trasladado a los interesados el día 12 de diciembre, habiéndose recibido el día 16 de diciembre las alegaciones de la empresa ALBIE, S.A. (en adelante, ALBIE), adjudicatario impugnado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan la legitimación del recurrente y la representación de don A. S.L. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El objeto del recurso es un contrato de servicios con un valor estimado superior a 209.000 €. En concreto su valor estimado es de 540.000 € por lo que se halla sujeto al recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 40.1 b) del TRLCSP).

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) del TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la Fundación Pública San Andrés, es un organismo Autónomo dependiente del Ayuntamiento de Eibar por lo que tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

SEXTO: La argumentación del recurso es, en síntesis, la siguiente:

a) ALBIE no puede alegar en la fase de audiencia del procedimiento incidental de oferta con baja desproporcionada que la Mesa de Contratación ha interpretado incorrectamente la cláusula del Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) relativa a las bajas desproporcionadas, pues ha aceptado y acatado el PCAP y el órgano de contratación es quien tiene la prerrogativa de interpretar el contrato.

b) La justificación presentada por ALBIE en orden a justificar la baja efectuada es vaga y carece de fundamento pues tanto los argumentos esgrimidos como la cuenta de explotación presentada no recogen la realidad del servicio.



c) Se presenta un análisis microeconómico de la licitación y se descomponen en ingresos y gastos los diferentes ítems solicitados explicándose la metodología para analizar los ítems que sirven de base a la facturación total. En el análisis se incluye (i) los escandallos, extraídos de la receta de cada plato o las unidades de producto consumidos en cada ingesta, para ayudar a determinar el coste medio por ingesta, (ii) el coste de la plantilla a subrogar que asciende al importe de 101.527,44 € (iii) material de limpieza, que se ha calculado aplicando un ratio al número de pensiones completas.

d) Aplicados estos cálculos a la cuenta de explotación presentada por ALBIE, se observa que en su equilibrio presupuestario es negativo en 11.570,19 €.

e) Las justificaciones aportadas por ALBIE no pueden ser tomadas en consideración pues (i) todas las empresas licitadoras gozan de gran experiencia en el sector, (ii) todas tienen presencia en el País Vasco, (iii) la experiencia en gestión de cocinas de residencias de ancianos está demostrada en todas las empresas, a excepción de ALBIE, cuya actividad en la zona es la explotación de una cafetería y (iv) el desarrollo de la actividad en Euskadi por el resto de licitadoras es muy superior al de ALBIE y todas han coincidido en bajas que se hallan en una horquilla del 2,2%, por lo que no se puede alegar la capacidad negociadora para justificar un precio inferior.

SÉPTIMO: Por su parte, ALBIE alega lo siguiente:

a) Inexistencia de baja anormal o desproporcionada en su oferta pues la cláusula 15 del PCAP, en el caso de concurrencia de tres o más licitadores, no establece claramente con qué magnitud debe compararse la oferta a efectos de apreciar su temeridad a diferencia de los casos en los que concurre un único licitador (baja superior a 25 puntos porcentuales) o de los que concurren dos licitadores (la que oferte una 15 puntos porcentuales superior a la otra oferta). Debe entenderse que la baja deberá compararse con la media de las bajas del resto de ofertas. La aplicación de cualquier otro criterio, además de ser contraria al art. 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas (en adelante, RLCAP), daría lugar a situaciones absurdas como fijar el límite de temeridad en 202.500 € si únicamente se presenta un licitador y en 243.000 € si se presentan tres o más.

b) La exclusión de una oferta por considerarla anormal o desproporcionada no es automática y, en este caso, además de seguirse todos los trámites procedimentales, el órgano de contratación ha considerado justificada la oferta de ALBIE.

c) No corresponde a GASCA valorar si la oferta de ALBIE ofrece garantías suficientes para la ejecución del contrato sino al órgano de contratación quien debe efectuar dicha valoración en el ejercicio de su discrecionalidad técnica. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que GASCA no ha tomado en cuenta las perspectivas de negocio general y, en relación con el cumplimiento de la legislación laboral, corresponde a la fase de ejecución del contrato.

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

a) Los gastos que figuran en la cuenta de explotación presentada por ALBIE son razonables, sin que se aprecie en ellos circunstancia objetiva que proyecte dudas razonables sobre su veracidad.

b) En concreto, los gastos de personal recogidos por ALBIE (96.562,12 €) parecen adecuados, tomando en cuenta el salario bruto y el coste de la seguridad social.

c) La diferencia entre la oferta de ALBIE y la de la más cara no supera el 10 %.

d) Con respecto al costo de las materias primas, si se comparan los precios unitarios ofertados por cada uno de los licitadores, se observa que ALBIE oferta el precio más económico únicamente en los apartados de “desayunos



normales”, “desayunos especiales” y “cenas normales”, ya que en el resto de los apartados, las ofertas económicas de las otras empresas o son iguales, o son más caras que las ofertadas por ALBIE, por lo que no se puede deducir una desproporción como consecuencia de una baja temeraria en los precios de las materias primas.

NOVENO: El recurso versa sobre la falta de fundamentación de los argumentos esgrimidos por la adjudicataria para justificar los valores anormales o desproporcionados en los que incurre su oferta.

En relación con la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas y la finalidad del informe técnico que analiza las justificaciones de las ofertas incursas en temeridad, este OARC/KEAO en su Resolución 62/2016, ha venido a decir lo siguiente:

«Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 71/2014 y 95/2015 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, señalando que “Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anormalidad o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente.” En este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), en su considerando 5, viene a señalar 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 en su considerando 53 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 parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.”

En cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en temeridad, en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que “(...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que “la oferta no puede ser cumplida”–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio.” Y en la Resolución 42/2015 que “El art. 152.4 TRLCSP exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).”

Por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien “(...) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común.” (Ver, en especial, el apartado 72).

Finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución



095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que “(...) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, 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 (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO)”.»

Trasladadas las anteriores consideraciones al recurso planteado, este OARC/KEAO entiende que éste ha de ser desestimado por las siguientes razones:

.- Los gastos de personal que figuran en la cuenta de explotación de ALBIE son similares a los de la recurrente en lo que respecta al salario bruto y seguridad social.

.- El precio unitario de desayunos, comidas, meriendas, cenas, recenas y tapas (un total de 10 conceptos) presentado por ALBIE en su oferta, es igual o más caro que el del resto de sus competidoras, siendo más económico únicamente en “desayunos normales”, “desayunos especiales” y “cenas normales”.

.- La finalidad del procedimiento establecido en el art. 152 TRLCSP es detectar ofertas que comprometan la viabilidad del contrato. Por esta razón, no vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a empresas que van a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios o incluso a pérdidas (en este sentido resolución TACRC 379/2014 y Resoluciones 35/2016 y 54/2016 del TARCCyL). No obstante, este extremo no se deduce de las justificaciones aportadas por el adjudicatario.



.- El art. 131 del RLCAP es aplicable únicamente al contrato de obras pues sistemáticamente está ubicado en el capítulo II “Anteproyecto, proyectos y expedientes de contratación”, de la sección 2ª “De los proyectos”, del Título I “Del contrato de obras”.

.- El poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y ha motivado convenientemente su decisión. En este sentido, se debe reiterar que en la Resolución 095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que «(...) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, 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 (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO)”».

.- el recurrente considera que la oferta de la adjudicataria es desproporcionada sobre la base de su propia estimación de los costes del servicio, lo cual no implica que el contrato no se pueda cumplir.

DÉCIMO: Si bien el recurso ha de ser desestimado por las razones expuestas anteriormente, dado que el adjudicatario ha planteado a lo largo del procedimiento de adjudicación, y lo ha vuelto a manifestar en sus alegaciones, la falta de claridad del parámetro objetivo contenido en la cláusula 15 del PCAP para detectar ofertas con valores anormales o desproporcionados cuando se presentan tres o más ofertas, y que el recurrente se opone a este argumento alegando que la interpretación de las cláusulas únicamente compete al órgano de contratación, quien consideró que el parámetro de anormalidad en este supuesto lo constituye la baja superior al 10% respecto al tipo de licitación, procede que este OARC/KEAO realice alguna consideración al respecto.



La citada cláusula 15. A del PCAP, dice así:

«15. Criterios para la adjudicación del contrato

(..)

A. CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE FÓRMULAS MATEMÁTICAS

(...)

Se contempla en este criterio la apreciación de ofertas con valores desproporcionados o temerarios y en estos casos se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP.

- Cuando concurra un único licitador, la que oferte una baja superior a 25 puntos porcentuales.
- Cuando concurren dos licitadores, la que oferte una 15 puntos porcentuales superior a la otra oferta.
- Cuando concurren tres o más licitadores las que superen en diez puntos porcentuales la baja.»

En este supuesto presentan oferta al contrato en cuestión cinco empresas, por lo que es de aplicación el último de los parámetros, de tal forma que las ofertas « (...) que superen en diez puntos porcentuales la baja» se considerarán que contienen valores anormales o desproporcionados. Ahora bien, el parámetro no especifica a qué baja se refiere; si a la media de las bajas efectuadas por los licitadores o a la baja efectuada respecto al presupuesto de licitación. Esta última interpretación ha sido por la que ha optado el órgano de contratación pero, de igual forma, también podía haber optado por la primera, pues la cláusula cabe ser interpretada en ambos sentidos. La interpretación sistemática tampoco despeja las dudas pues, por una parte, carece de lógica diseñar un parámetro objetivo en el que cuando se presentan dos ofertas la temeridad se calcula comparando entre sí las bajas efectuadas por las dos empresas y, sin embargo, cuando se presentan tres o más se obvia la comparación entre las bajas de las distintas licitadoras para considerar que se refiere a un umbral fijo de baja (10%) referido al presupuesto base de licitación pero, por otra parte, en la fórmula matemática establecida en los pliegos para ponderar la oferta



económica se introduce un factor, al que se denomina “Baja significativa”, que se fija en un 10 %.

Por consiguiente, se puede concluir que el parámetro establecido para apreciar la anormalidad o desproporción de las ofertas cuando concurrieran tres o más licitadores es, cuando menos, confuso.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43.2 del TRLCSP 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, el 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 interpuesto por GASTRONOMÍA CANTÁBRICA, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de cocina en la Fundación San Andrés”, tramitado por la Fundación Pública San Andrés, dependiente del Ayuntamiento de Eibar.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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



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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko urtarrilaren 11

Vitoria-Gasteiz, 11 de enero de 2017