



EB 2023/130

Resolución 201/2023, de 14 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 la mercantil GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Limpieza y Jardinería para la OSI Bilbao-Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de junio de 2023 la mercantil GARBIALDI, S.A. (en adelante, GARBIALDI o “La recurrente”) 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 Limpieza y Jardinería para la OSI Bilbao-Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 16 del mismo mes 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 20 de junio.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 21 de junio, se recibieron el 28 del mismo mes las alegaciones de SERVEO SERVICIOS, S.A.U. (en adelante, SERVEO), adjudicataria impugnada.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.A.S.L. 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 podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

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, Osakidetza tiene la consideración de poder adjudicador por su condición de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, resumidamente, en los siguientes motivos:



- a) SERVEO ha ofertado cero euros en todos los sublotos, cuando el pliego no lo permite expresamente y la fórmula deviene, de esta forma, inaplicable. En este sentido, realizar todas las ofertas con precio cero es un fraude de Ley.
- b) El hecho de que la adjudicataria haya ofertado cero euros en todos los sublotos ha implicado que una fórmula que, en principio no es contraria a la ley, su aplicación sí lo sea, pues no es posible su correcta aplicación cuando algún licitador oferta cero euros.
- c) La oferta a precio cero supone una oferta gratuita respecto de cualquier modificación contractual futura que no derive de incrementos retributivos.
- d) Finalmente, se solicita que se anule el acuerdo de adjudicación recurrido y se excluya a SERVEO de la licitación por haber ofrecido un precio unitario de cero euros en todos los sublotos lo que supone un fraude de Ley. Subsidiariamente, que se anule la fórmula por inconsistente.

SEPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza, en síntesis, alega lo siguiente para oponerse al recurso:

- a) La afirmación de GARBIALDI de que la adjudicataria ha ofertado precio cero en todos los sublotos es incorrecta, ya que en el sublote 1 SERVEO oferta la cantidad de 21.993.129,12€. Por otro lado, la oferta de cero euros en los otros sublotos afecta al 1,51% del importe de licitación.
- b) Tampoco es correcto lo afirmado por GARBIALDI sobre que el pliego no permitía las ofertas gratuitas. Si bien en un primer momento el pliego no lo establecía, lo cierto es que, en respuesta a diferentes solicitudes de aclaraciones de diversas empresas, se publicó en el perfil del contratante una aclaración por la que expresamente se admitía la posibilidad de ofertar precios hora a precio cero con apoyo legal en la Resolución 194/2022 del OARC/KEAO. Dado que



dicha aclaración se realizó cumpliendo los requisitos legales, resulta vinculante para los licitadores y más cuando la recurrente no puede negar que tuvo conocimiento expreso y directo de dicha respuesta. Por ello, si no estaba de acuerdo debió recurrir tal posibilidad en ese momento y no esperar a la adjudicación para pretender un recurso indirecto contra los pliegos.

c) Entiende Osakidetza que la alegación relativa a que en la oferta de la recurrente se contemple a precio cero cualquier modificación contractual es una decisión empresarial legítima que supone la asunción de un riesgo por parte de la adjudicataria, sin que pueda suponer su exclusión.

d) En el recurso GARBIALDI parece afirmar que la oferta de SERVEO incurre en baja anormal, lo cual tampoco se ajusta a la realidad ya que para su determinación ha de contemplarse el importe total ofertado. Curiosamente, el importe total ofertado por GARBIALDI es inferior al de SERVEO, lo que indica la inviabilidad de su alegación.

e) En lo que se refiere a la alegación de la inaplicabilidad de la fórmula cuando algún licitador ofrece un precio de cero euros y que desvirtúa la oferta del resto de licitadores, el órgano de contratación se remite a la Resolución 194/2022 del OARC/KEAO en la que en un caso idéntico se validó la aplicación de la fórmula y que dio como resultado la asignación de la puntuación máxima a ofertas a precio cero.

f) Finalmente, se señala que no procede aceptar la solicitud principal de que SERVEO sea excluida, y tampoco la subsidiaria de que la fórmula sea anulada, pues se entiende que es una fórmula validada por el propio OARC/KEAO y porque no es el momento procedimental oportuno para ello. Además, incluso en el caso de que no se le concedieran los cinco puntos a la adjudicataria el criterio en el que ha ofertado cero euros seguiría siendo la adjudicataria, debido a la diferencia obtenida en el resto de los criterios de adjudicación de la licitación.



OCTAVO: Alegaciones de SERVEO

Por su parte, el adjudicatario impugnado alega lo siguiente:

- a) La solución aplicada por OSAKIDETZA para aplicar la fórmula no implica la introducción de ningún elemento valorativo en ella; por el contrario, a falta de normas específicas en los pliegos válidos se opta por un criterio comúnmente admitido, que es atribuir un valor simbólico a la oferta de importe “0” con el único objetivo de operar lógicamente; el recurso cita en su apoyo varias resoluciones de tribunales de recursos contractuales.
- b) La prohibición de presentar en la proposición importes con tres decimales se hace en el contexto de los “criterios de aplicación de fórmulas”, concretamente las referidas a las que valoran los precios unitarios, lo que no es el caso del número al que se refiere el recurrente, que es una relación entre dos valores.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La cuestión principal que motiva el recurso consiste en la oferta que a precio cero ha efectuado la adjudicataria en los todos los sublotos de la oferta económica supone un fraude de ley, por un lado, por no estar permitida ese tipo de oferta por los pliegos y, por otra, porque convierte en inaplicable la fórmula para la atribución de los puntos en dichos sublotos.

- a) Sobre el carácter fraudulento de la oferta de la adjudicataria y la admisibilidad del precio “0” por los pliegos

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



- 1) No son ciertas dos de las aseveraciones efectuadas por la recurrente en su escrito de recurso para considerar la existencia de fraude de ley en la oferta de SERVEO. En primer lugar, la adjudicataria presentó el precio cero en los sublotos 2 a 9 que suponen el 1,51% del importe de licitación; sin embargo, al sublote 1 (98,49% del importe de licitación) efectuó una oferta económica de 21.993.129,12€, superior en un 3,08% al de la propia recurrente y que no incurre de ninguna de las maneras en presunción de baja anormal, según lo establecido en el propio pliego. En segundo lugar, si bien en el momento de aprobación del pliego no se incluía ninguna previsión relativa a la admisión de ofertas a cero euros, ha de tenerse en cuenta que el poder adjudicador publicó, cumpliendo con los requisitos legales, una respuesta a la solicitud de aclaraciones de las empresas interesadas en la licitación en la que textualmente se decía: *Una empresa consulta sobre la posibilidad de ofertar los precios hora por debajo del coste salarial, incluso a precio 0. La respuesta es afirmativa, siempre que el total ofertado no incurra en baja anormal. Para apoyar dicha legalidad, ver, entre otras, resolución 194/2022, de 13 de diciembre del OARC en el recurso EB 2022/141.* Al respecto, únicamente cabe añadir que, según consta en el expediente, la mercantil recurrente era conocedora de esta respuesta y que este OARC/KEAO incluye este tipo de respuestas dadas por el poder adjudicador durante el procedimiento de licitación en la amplia definición de “pliego de contratación” recogida en el artículo 2.1.13) de la Directiva 2014/24/UE (ver, por ejemplo, la resolución 112/2018). En definitiva, en la presente licitación se permitía expresamente ofertar precios cero euros en los precios/hora, es decir, en los sublotos 2-9, que es lo que ha hecho la adjudicataria.
- 2) Por otro lado, incluso en el caso de que los pliegos no lo hubieran expresamente permitido, no cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que el objetivo de un determinado licitador 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, las Resoluciones 4/2017 y 164/2020 del OARC / KEAO).

b) Sobre el carácter fraudulento de la oferta de la adjudicataria por la inaplicabilidad de la fórmula relativa al precio

El recurrente alega que la oferta a precio cero impide la aplicabilidad de la fórmula, lo que supone otra razón para apreciar el fraude Ley. La fórmula debatida tiene el formato siguiente:

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:

- Criterio: Precio Sublote 1 ofertado.
Precio de licitación: 22.646.266,80 €.
Ponderación: 35 puntos.
 - Criterio: Precio Sublotes 2 a 9 ofertado.
Precio de licitación: 346.043,00 €.
Ponderación: 5 puntos.
-



La distribución de los 5 puntos, es la siguiente:

Sublote	Descripción sublote	Puntos
2	Precio hora Hospital Laboral Diurno (HLDH)	3,00
3	Precio hora Hospital Festivo Diurno (HFDH)	0,50
4	Precio hora Hospital Laboral Nocturno (HLNH)	0,05
5	Precio hora Hospital Festivo Nocturno (HFNH)	0,05
6	Precio hora C. Salud/ambulatorio Laboral Diurno (HLDCS)	1,00
7	Precio hora C. Salud/ambulatorio Festivo Diurno (HFDCS)	0,10
8	Precio hora C. Salud/ambulatorio Laboral Nocturno (HLNCS)	0,25
9	Precio hora C. Salud/ambulatorio Festivo Nocturno (HFNCS)	0,05
Total bianual		5,00

La fórmula a aplicar a ambos supuestos es la siguiente: REDONDEAR[SI(Of>=Pi;0;Pm*(Oe/Of));2]

$$Po = Pm * \frac{Oe}{Of}$$

Item	A
Po	Puntuación obtenida
Of	Oferta realizada
Pm	Puntuación máxima posible.
Oe	Oferta más económica

En síntesis, GARBIALDI entiende que la obtención de los 5 puntos por parte de la adjudicataria en el criterio precio sublotes 2-9 y 0 puntos el resto de los licitadores es debido a que SERVEO ha ofertado 0 euros todos esos sublotes, lo que supone un fraude de ley al no poder obtener el resto de los licitadores unos puntos de forma proporcional y progresiva. Esta alegación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) En el presente supuesto, la introducción de un precio “0” en la fórmula lleva a un resultado indeterminado (0/0) desde el punto de vista matemático más estricto, es decir, operando con números abstractos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las citadas fórmulas no operan en términos puramente abstractos, sino con números que representan puntuaciones que, a su vez, miden la ventaja económica que aporta cada proposición; dicho de otro modo, son criterios de adjudicación. A juicio de este Órgano, es ésta la perspectiva desde la que debe analizarse la cuestión (ver, por ejemplo, la Resolución 149/2021 del OARC/KEAO)).



- 2) Partiendo del hecho de que (i) la fórmula cuya aplicación se debate no fue impugnada en su momento, (ii) que el precio propuesto (0 euros) está posibilitado por los pliegos y aporta al poder adjudicador la mayor ventaja que puede identificar un criterio de adjudicación que mide el precio, que es la realización sin contraprestación monetaria de la prestación y que (iii) no es aceptable que el resultado de la evaluación de una oferta sea un número de puntos “indeterminado”, debe considerarse que el proceder del poder adjudicador ha sido correcto, pues ha otorgado la máxima puntuación a la oferta más barata que es lo que la fórmula persigue.
- 3) No se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego el que lo permite, como se ha indicado anteriormente. Además, para que la conducta de SERVEO 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 de forma transparente en las bases, es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva. Por ello, tampoco cabe aceptar la alegación de la recurrente referida a que las fórmulas no permiten una ordenación proporcional de las ofertas, pues ello no es más que el resultado de la mera aplicación de la fórmula que es lo propio de un criterio de adjudicación de carácter automático.
- 3) Por otro lado, 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.

- 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 incursas 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. Por eso, no cabe aceptar la alegación de la recurrente de que ofertar precio 0 en aspectos sujetos a posible modificación durante la ejecución del contrato supone una ilegalidad por su gratuidad, pues forma parte de una decisión empresarial legítima que asume un riesgo económico de que, finalmente, no se dé tal resultado. En todo caso, corresponde a los potenciales licitadores analizar y estudiar



previamente a la presentación de las proposiciones todos los criterios con la diligencia debida.

c) Conclusión

Una vez concluido que los pliegos permiten que se efectúen ofertas a cero euros, que en el procedimiento que nos ocupa la oferta excluida no se halla incurso en temeridad, que la fórmula relativa al precio ha sido correctamente aplicada, que la finalidad perseguida por la recurrente es la obtención del contrato y que su oferta no puede calificarse de inadecuada o fraudulenta, el recurso debe desestimarse íntegramente.

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 mercantil GARBIALDI, S.A. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de Limpieza y Jardinería para la OSI Bilbao-Basurto”, tramitado por Osakidetza.

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, 2023ko azaroaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de noviembre de 2023