



EB 2021/199

Resolución 030/2022, de 14 de febrero 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 SETEX – APARKI, S.A. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 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 SETEX – APARKI, S.A. (en adelante, SETEX) contra su exclusión y la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo.

SEGUNDO: El mismo día 26 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 10 de noviembre.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 11 de noviembre, se han recibido las alegaciones de ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. (en adelante, EYSA), adjudicataria impugnada, el 17 de noviembre.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.L.A. 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 concesión de servicios cuyo valor estimado supere los 3.000.000 de euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso, entre otros, los actos por los que se acuerde la exclusión de ofertas, incluidas las que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 de la misma Ley.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la 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 Getxo tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, 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:

La recurrente fue excluida por considerarse que su oferta incurría en anormalidad. SETEX impugna esta exclusión por las siguientes razones:

- a) El acto impugnado se basa, exclusivamente, en la conclusión del informe técnico que analiza la justificación presentada por el recurrente en el trámite de verificación de la anormalidad de su oferta. Esta motivación es insuficiente, pues se trata de un juicio de valor no respaldado por argumentos técnicos y que no menciona las soluciones técnicas y organizativas ofertadas y alegadas por el recurrente en defensa de la viabilidad de su proposición.
- b) El citado informe técnico contiene algunos errores e imprecisiones:
 - (i) afirma que el número de vehículos de inspección ofertado es un 33, 33% inferior al previsto en el Plan de Viabilidad del poder adjudicador. SETEX alega que de su proposición se deduce que es el mismo número (6) en ambos documentos.
 - (ii) que la ratio de 600 plazas por ruta de vigilancia, a pie, es excesivo para cumplir con el ratio de control que los pliegos establecen en 30 minutos.



SENTEX alega que, según el apartado 4.2 del estudio de viabilidad, el Ayuntamiento ha optado por una regulación vigilada por vehículos con sistema de reconocimiento de matrículas y personal de a pie de apoyo, para denuncias o vigilancia de puntos singulares y atención al usuario. En esta línea, se ha ofrecido un sistema que controla el 100% de la zona regulada, con vehículos de reconocimiento de matrículas, que son los que tienen que cumplir con la ratio de 30 minutos, además del correspondiente personal de apoyo. Frente a ello, el informe no aporta ningún argumento técnico del que se deduzca que la previsión de 1.200 plazas de media por vehículo sea incompatible con el cumplimiento de los pliegos. Por el contrario, la oferta se basa en la experiencia contrastada de la recurrente.

c) Se alega que la exclusión de la oferta no es coherente con la puntuación (3 puntos sobre 5 posibles) y los comentarios obtenidos por SETEX en la valoración técnica del subcriterio de adjudicación relativo a la descripción de los medios personales; de haberse entendido que la oferta era irrealizable, el informe habría propuesto su exclusión. No se considera aceptable que el informe de verificación de la justificación de la baja se desvincule de estos contenidos.

d) El informe de verificación de la baja tampoco hace ninguna mención a la viabilidad económica de la oferta ni analiza si el estudio económico del sobre 3 es o no coherente con la oferta técnica del sobre 2.

e) Con base en la valoración técnica de la oferta, si la proposición de SENTEX no hubiera sido excluida habría resultado seleccionada como la más ventajosa.

f) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de la Resolución impugnada y la retroacción de actuaciones para que la Mesa de



Contratación admita la proposición de la recurrente y adjudique a ésta el contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de EYSA

La adjudicataria impugnada alega, en resumen, lo siguiente:

- a) El acto impugnado está amparado en la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador y está suficientemente motivado al incluir todos los antecedentes del procedimiento de adjudicación en el propio acuerdo (motivación “in aliunde”); de hecho, el recurrente plantea errores e imprecisiones en la motivación, lo que presupone la existencia de una motivación, adecuada o no. Se alega que la motivación es proporcionada a un escueto escrito de justificación de la oferta basado en afirmaciones genéricas y que SETEX pretende invertir la carga de la prueba, pues es ella la que tiene que ofrecer argumentos al poder adjudicador para acreditar la viabilidad de la oferta.
- b) En la justificación presentada, SETEX no acredita el origen de su ahorro de 302.753,66 euros en el coste de la mano de obra. EYSA alega que la razón es que, de hacerlo, habría proporcionado evidencias de que su proposición vulnera las normas aplicables sobre obligaciones sociales y el convenio colectivo aplicable al personal con derecho a subrogación, como se deduce de la comparación entre el estudio de viabilidad y la proposición de SETEX. Ello supondría la exclusión de la oferta, según el artículo 149 de la LCSP.
- c) La afirmación de que es imposible que los controladores a pie cumplan las ratios de lectura de 600 matrículas cada 30 minutos responde a un criterio técnico que el recurrente no desvirtúa y que el propio fabricante del dispositivo de matrículas confirma, según documento que adjunta a sus alegaciones.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador entiende que debe desestimarse el recurso por las siguientes razones:

a) El acto recurrido está adecuadamente motivado y la exclusión de la oferta sospechosa de anormalidad se debe a que los documentos aportados no explican satisfactoriamente el bajo nivel de los costes o precios propuestos, tal y como establece el artículo 69.3 de la Directiva 2014/24/UE. En este sentido, se alega que no es verosímil una media de 600 plazas controladas cada 30 minutos, así como que de los 6 vehículos propuestos solo se pondrán en funcionamiento 4 y que se ofertan 18 controladores (15 en el sobre 3) cuando el estudio de viabilidad municipal contemplaba 20,11.

b) La incursión de la oferta de la recurrente en valores sospechosos de anormalidad está basada principalmente en el ahorro de costes de mano de obra, pero la explicación aportada es insuficiente. Por otro lado, se alega que el recurso incluye datos y explicaciones que no proporcionó en el momento procedimental oportuno, es decir, en su oferta técnica o en el trámite de audiencia para explicar la viabilidad de su proposición.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, SENTEX defiende que la exclusión de su oferta por no haber justificado adecuadamente su viabilidad debe anularse por estar insuficientemente motivada y por basarse en errores de hecho sobre el contenido de la proposición. A la vista de las alegaciones de los interesados y de la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que el recurso debe desestimarse por las razones que se exponen a continuación.



a) Sobre la falta de motivación

Por lo que se refiere a esta cuestión, se observa lo siguiente:

- 1) Por lo que se refiere al reproche de la insuficiente motivación del acto impugnado, consta que su Antecedente octavo reproduce literalmente la conclusión del informe técnico emitido en el procedimiento establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, la cual señala, en resumen, que los objetivos de control fijados en los pliegos no se garantizan con los medios técnicos y humanos propuestos.
- 2) Es cierto que el Acuerdo recurrido cita únicamente la conclusión del informe y no los razonamientos que conducen a ella, y que tampoco consta que se adjuntara el texto completo de dicho informe (ver el punto sexto del Acuerdo impugnado), condición exigida por el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común (LPAC) para que la aceptación de informes o dictámenes sirva de motivación a una resolución. No obstante, el hecho de citar la conclusión del informe indica claramente la voluntad del órgano emisor de apoyar su decisión en este último, y que no se adjuntase al acto de exclusión debe considerarse, en este caso concreto, irrelevante. Debe tenerse en cuenta que la motivación es un requisito formal, por lo que sus irregularidades solo implican la invalidez del acto correspondiente cuando impidan a este último alcanzar su finalidad o se provoque indefensión a los interesados (artículo 48.2 de la LPAC); consecuentemente, la falta de motivación de un acto impugnado no es un defecto esencial si el recurrente ha podido de cualquier forma acceder a la documentación del expediente en la que consta dicha motivación e interponer un recurso fundado (ver, por ejemplo, la Resolución 80/2019 del OARC / KEAO). En este caso,



SENTEX ha interpuesto una impugnación fundada en la que se hacen muchas referencias al informe de verificación de la baja anormal, el cual le fue remitido por el poder adjudicador previa solicitud, según se señala en el propio recurso.

- 3) Por lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, no cabe aceptar el reproche de falta de motivación del acto impugnado. No obstante, son cuestiones diferentes si dicha motivación es o no bastante para sustentar la exclusión de la oferta de SENTEX y si de ella se puede o no deducir que el órgano de contratación haya hecho un uso indebido de la discrecionalidad técnica que le asiste para adoptar dicha decisión, lo que se analizará, junto con otros aspectos procedimentales, en los siguientes epígrafes.

b) Sobre la adecuación de la exclusión

Sobre la exclusión de una proposición por considerarla inviable al haberse formulado en términos que la hacen anormalmente baja, debe recordarse que se trata de una decisión cuyo dictado ha de estar precedido por el correspondiente procedimiento (artículo 149.4 de la LCSP). Dicho procedimiento solo puede aplicarse a las ofertas inicialmente incursas en sospecha de anormalidad, según el parámetro que deben fijar los pliegos cuando, como en este caso, se utilizan varios criterios de adjudicación (artículo 149.2 b) de la LCSP), e incluye un requerimiento del poder adjudicador al licitador sospechoso para que presente las pruebas o argumentos que acreditan la viabilidad de su oferta a pesar del bajo nivel del precio propuesto (o, como en el caso, el alto importe del canon ofrecido). Para la toma de la decisión, previo informe del servicio técnico correspondiente, el poder adjudicador está amparado por una amplia discrecionalidad técnica, cuyo ejercicio tiene los límites propios de esta figura



(base fáctica, fondo reglado, etc.). Finalmente, la exclusión debe apoyarse en una “motivación reforzada” (ver, por todas, la Resolución 9/2022 del OARC / KEAO). A continuación, se analiza la concurrencia de estos requisitos.

b 1) Sobre el procedimiento de verificación de la baja anormal

Por lo que se refiere al procedimiento de verificación de la baja, deben señalarse algunas cuestiones sobre el alcance del parámetro de sospecha de anormalidad y sobre el requerimiento de justificación de la baja formulado a SENTEX

b 1.1) Sobre el parámetro de sospecha de anormalidad

La fórmula para calcular el “umbral de temeridad” se fija únicamente a la vista de uno de los factores económicos del contrato (el canon que deberá pagar el adjudicatario al Ayuntamiento), cuyo importe mínimo asciende a 200.000 euros anuales para un contrato de cuatro años de vigencia (es decir, un total de 800.000 euros), mientras que el valor estimado total del contrato es de 8.750.172,69 euros, incluyéndose en ese importe unos ingresos inicialmente previstos de 7.272.727,27 euros (el canon ofertado por la recurrente supera el umbral de temeridad por un importe anual de 52.166,34 euros). Además, el citado umbral tampoco contempla ningún aspecto técnico o de calidad de la propuesta.

- 1) Los pliegos no cumplen el mandato del artículo 149.2 b) de la LCSP, que requiere que, cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los parámetros objetivos de anormalidad se referirán a la oferta considerada “en su conjunto” (ver las Resoluciones 49 y 77/2021 del OARC / KEAO) y, desde luego, no tienen en cuenta la complejidad de los equilibrios económicos propios de cualquier contrato de concesión.



- 2) Sin perjuicio de lo expresado en el apartado anterior, lo cierto es que el citado parámetro figura en los pliegos que rigen la licitación, los cuales no han sido impugnados y, por lo tanto, vinculan al poder adjudicador y a los licitadores. Consecuentemente, ningún reproche legal puede hacerse al órgano de contratación por haber iniciado el procedimiento de verificación de la viabilidad de la oferta según lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, pues la proposición de la recurrente se encontraba incurso en sospecha de anormalidad de acuerdo con dichos pliegos.
- 3) No obstante lo anterior, no es menos cierto que la función de los parámetros a los que se refiere el artículo 149.2 de la LCSP es establecer una presunción inicial de anormalidad que sirva de presupuesto procedimental para iniciar un trámite contradictorio de justificación de la oferta y de análisis de su contenido, requisito imprescindible para, en su caso, excluirla por inviable. Por el contrario, el parámetro no puede desfigurar las características básicas de la institución de la baja anormal, siendo una de ellas que la proposición sospechosa debe analizarse en su totalidad y no apreciando aisladamente tan solo algún aspecto económico parcial del contrato (ver, por ejemplo, la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO).
- 4) En la misma línea, debe señalarse que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 27/11/2001, asuntos C-285/99 y C-286/99 (en adelante, “sentencia C-285/99”) establece en su apartado 72 que el resultado de la aplicación de un parámetro de anormalidad no es intangible, sino que el poder adjudicador debe poder reconsiderarlo si es necesario, teniendo en cuenta factores como el umbral de anomalía de



las ofertas en licitaciones comparables y la experiencia común. El OARC / KEAO ha invocado esta doctrina para relativizar la sospecha de anormalidad basada en el precio de una parte de la prestación y no en la globalidad de la oferta (ver la Resolución 164/2020 citada), situación análoga a la analizada.

b 1.2) Sobre el requerimiento de justificación

El requerimiento de justificación a SENTEX se limita a comunicar que está incurso en sospecha de anormalidad y a conceder un plazo para que presente la justificación de la valoración de la oferta, precisando sus condiciones. Este contenido, que no es sino una genérica e incompleta reproducción del artículo 149.4 de la LCSP, no permite, como pide el propio precepto, que el requerimiento se formule con claridad para que el licitador esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, inquiriendo sobre las condiciones de la oferta susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes o, como en este caso, el elevado importe del canon propuesto (ver los apartados 53, 58 y 59 de la sentencia C-285/99). Consecuentemente, no cabe luego que el mismo órgano de contratación que ha incumplido su obligación de claridad reproche al licitador que su justificación es genérica (ver, por ejemplo, la Resolución 98/2020 del OARC / KEAO).

b 2) Sobre el fundamento de la exclusión

Las alegaciones de SETEX en defensa de su oferta se basan, fundamentalmente, en la diferencia entre el coste de la mano de obra en el estudio económico que acompaña al PPT y el que se incluye en su proposición, que asciende a 302.753,66 euros. En resumen, se afirma que la eficiencia del sistema de control propuesto, tal y como admite el informe técnico de valoración



de las ofertas, asegura el cumplimiento de las condiciones del contrato con arreglo a los costes de personal facilitados por el Ayuntamiento. Además, se señala la originalidad de la propuesta técnica (“rutas dinámicas”), que la oferta cumple con las normas medioambientales, sociales, laborales y de subcontratación, y que se subrogará en toda la plantilla que actualmente presta el servicio.

La exclusión de la oferta de SENTEX, se fundamenta en los razonamientos del informe técnico de verificación de la baja, de los que resulta que “...no se garantizan los objetivos de control cada 30 minutos con los ratios establecidos, por lo que se considera que la oferta de canon presentada no queda debidamente justificada en aras a garantizar los citados tiempos de paso para el efectivo control y aseguramiento de la rotación que persigue el objeto del contrato, a la vista de los medios técnicos y humanos previstos para tales inspecciones, muy por debajo de los señalados en el estudio de viabilidad de la licitación”. A juicio de este Órgano, esta conclusión y los argumentos en los que se apoya son suficientes para justificar la exclusión por los motivos siguientes:

- 1) El informe técnico que sustenta el acto impugnado aporta argumentos directamente destinados a poner en duda las justificaciones del recurrente, estimando que las ratios de vigilancia propuestos no son creíbles porque se alejan de los estándares conocidos y testados y de la experiencia de contratos anteriores en el municipio. Frente a este argumento, amparado en la discrecionalidad técnica y emitido por personal experto e imparcial, no parecen suficientes las estimaciones de viabilidad de la oferta argumentadas por SENTEX y adecuadamente contestadas por el poder adjudicador; en particular, tal y como explica el informe, no parece relevante que el personal “a pie” utilice en realidad medios de transporte eléctricos, pues el tiempo ganado por ese sistema no es significativo frente a las necesarias paradas para comprobaciones.



- 2) En definitiva, el poder adjudicador se ha acogido a uno de los supuestos que permiten excluir la proposición sospechosa de anormalidad, el considerar que ésta se basa en una hipótesis técnicamente inadecuada (artículo 149.4 de la LCSP). Por otro lado, la exclusión se funda en un motivo que afecta a un aspecto nuclear de la proposición y, en general, a la incoherencia entre la propuesta técnica y sus fundamentos económicos; además, se refiere directamente a un motivo muy concreto alegado por el licitador. Por ello, no ha resultado finalmente relevante lo señalado en el apartado b 1) sobre las carencias del parámetro de apreciación de la anormalidad y del requerimiento de justificación.
- 3) Este Órgano considera que la motivación es suficientemente “reforzada” como para justificar la exclusión pues, como ya se ha dicho, combate de modo muy directo y concreto el argumento fundamental (de hecho, prácticamente el único) aportado para defender la viabilidad de la propuesta.
- 4) Debe descartarse que la exclusión esté afectada de algún vicio de legalidad por el solo hecho de que su motivación sea incoherente con el informe técnico que valoró los criterios de adjudicación. Aunque dicha incoherencia fuera cierta (cuestión sobre las que las partes discuten y sobre la que este Órgano no precisa pronunciarse), lo cierto es que la citada valoración no es un acto declarativo de derechos cuya revocación está sometida a procedimiento específico. Por otro lado, la apreciación de la anormalidad se rige por reglas propias y distintas de las de la aplicación de los criterios de adjudicación, siendo su finalidad igualmente diferente; además, se produce en otro momento procedimental, en el que el poder adjudicador cuenta con información adicional respecto al momento en el que se evaluaron los citados criterios.



- 5) Finalmente, no se comparte la alegación de la recurrente de que el informe técnico contiene errores de hecho relevantes. Por lo que se refiere a los vehículos, el informe se refiere a los vehículos que efectivamente se pondrán en circulación para la ejecución del contrato, y no a los aportados como mínimo por exigencia de los pliegos. En cuanto a las alegaciones sobre las ratios de vigilancia, es claro que lo que se reclama no es un error de hecho sino una interpretación alternativa de la oferta.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse.

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 SETEX – APARKI, S.A. contra su exclusión y la adjudicación del contrato “Concesión del servicio de estacionamiento regulado en determinadas vías públicas del municipio de Getxo”, tramitado por el Ayuntamiento de Getxo, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a su dictado.



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: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko otsailaren 14a

Vitoria-Gasteiz, 14 de febrero de 2022