



EB 2017/029

Resolución 42/2017, de 28 de marzo 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 ISS SOLUCIONES CATERING, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Prestación del servicio de cocina en el Centro de Menores Ibaiondo de Zumarraga”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 16 de febrero de 2017, la empresa ISS SOLUCIONES CATERING, S.L (en adelante, ISS) interpuso un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de “Prestación del servicio de cocina en el Centro de Menores Ibaiondo de Zumarraga”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el mismo día de su interposición, con fecha 24 de febrero de 2017 se recibieron en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP).

TERCERO: Trasladado a los interesados, se han recibido las alegaciones de EUREST EUSKADI, S.L. (en adelante, EUREST), adjudicatario impugnado, el día 24 de marzo de 2017.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan la legitimación del recurrente y la representación de doña C. R.P. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El objeto del recurso es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que se incluye dentro del ámbito del recurso especial (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. El acto recurrido es la Resolución de 26 de enero de 2017, del Director de Servicios del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, de adjudicación del contrato.

CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi 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) Oferta anormalmente baja o desproporcionada de EUREST.

En los supuestos en que para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, la aplicación de los parámetros objetivos recogidos en el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, RGLCAP) no es directa; no obstante, y a pesar de que el apartado 2 del artículo 152 del TRLCSP no remite a los umbrales previstos en el RLCAP, esto no impide al órgano contratante tener en cuenta los umbrales previstos en el artículo 85 del RGLCAP para



determinar en qué situaciones una oferta puede presumiblemente señalarse como anormal o desproporcionada.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que rige la licitación, en el apartado 33.1 de su carátula se remite a los parámetros objetivos del artículo 85 del RGLCAP y añade que el valor que se tendrá en cuenta para el cálculo de los valores anormales o desproporcionados será el precio de cada uno de los servicios que conforman la oferta y su peso relativo en el presupuesto global según las ponderaciones previstas en el apartado 30.2 de la carátula, aunque el apartado 33.1 se remite por error al 30.1 en lugar de hacerlo al 30.2. Por tanto, la cuestión que se plantea es la determinación de si, a la vista el artículo 85 del RGLCAP, la oferta de EUREST incurre o no en valores anormales o desproporcionados.

Prosigue diciendo que en la licitación se han presentado 7 operadores, por lo que es de aplicación el apartado 4 del artículo 85 del RGLCAP. A continuación el recurrente expone los cálculos que, a su juicio, demuestran que EUREST incurre en valores anormales o desproporcionados en el precio del servicio de racionado extra, hasta un máximo de 9 raciones más diarias, con la conclusión de que el umbral de temeridad se fija en 3,015 € y la oferta de EUREST es de 2,76 € por lo que incurre en sospecha de haber ofertado precios anormales o desproporcionados para cada racionado extra.

Concluye que en la medida en que el Pliego prevé expresamente que la anormalidad o desproporción se calcule para cada uno de los servicios que comprenden en objeto del contrato, no debe referirse a la oferta global en la que entraría en juego la figura de la compensación de precios.

b) Desconocimiento de la existencia de procedimiento contradictorio a EUREST.

La superación de los límites que determinan la presunción del carácter anormal o desproporcionado de las ofertas supone la apertura del procedimiento



contradictorio previsto en el artículo 152 del TRLCSP. En este sentido, la Mesa debió dar audiencia a EUREST a fin de que tuviera la oportunidad de demostrar la viabilidad de su oferta, pues de lo contrario se estaría vulnerando el artículo citado; en el caso de que no lo hubiera hecho se estaría incurriendo en un incumplimiento de las exigencias legales en cuanto no se ha dado trámite de audiencia al licitador que formuló la oferta presuntamente temeraria.

c) Falta de notificación de la resolución de adjudicación a los licitadores de forma individual.

No se ha efectuado la notificación individual en la forma exigida por el artículo 151.4 del TRLCSP, por lo que el plazo para la presentación del anuncio previo y el recurso conforme a lo dispuesto en el artículo 44.1 y 2 del TRLCSP ha permanecido indefinidamente abierto hasta el momento en que, interpuesto el recurso, el licitador se ha dado por notificado, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

d) Solicita que se dicte una resolución anulando la adjudicación del contrato y se acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento anterior a la adjudicación a fin de dar audiencia al licitador que presumiblemente ha presentado una oferta anormal o desproporcionada.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso por las razones que a continuación se resumen:

a) Oferta anormalmente baja o desproporcionada de la empresa EUREST.

El Centro de Menores Ibaiondo de Zumarraga tiene una capacidad para 39 menores, que siempre figuran acompañados de 15 trabajadores del centro; la media de ocupación del último trimestre de 2016 ha sido 30,73 menores. El no conocer con total exactitud el número de internos y, por tanto, el número de racionados que iba a tener que servir la empresa contratista conllevó que el



precio del contrato se configurara del modo previsto en el apartado 4.1 de la carátula del PCAP, de forma que las empresas interesadas conocían que el adjudicatario iba a tener que prestar un servicio consistente en 45 racionados diarios (30 internos más 15 acompañantes) y, además, se pedía un precio para cada racionado extra hasta el límite de 9 más, coincidente con la capacidad máxima del centro. El apartado 30.2.a) de la carátula fija cuál será la ponderación que se dará sobre el total a los 45 racionados (75 puntos) y a los racionados extras (10 puntos). Es obvio que a la hora de valorar la oferta económica se da mucho más valor a la oferta de racionados diarios que al precio de racionados extra.

Señala en informe que en el presente caso, en aplicación del apartado 33 de la carátula del PCAP, se realizó la oportuna comprobación de las ofertas realizadas por los licitadores a efectos de verificar que ninguna incurriera en valores anormales o desproporcionados, y para ello se tomó en consideración cada uno de los servicios (precios) que conforman la oferta respecto al total de la oferta económica (es decir, se sumaron los distintos precios para hacer el cálculo). El resultado del cálculo realizado es que ninguna de las ofertas fue inferior al umbral de temeridad de 217.417,80 €.

La recurrente señala que, de la redacción dada al apartado 33 de la carátula, sólo se puede deducir que el cálculo de los valores anormales y desproporcionados debe realizarse para cada uno de los servicios ofertados, en cuyo caso la oferta de EUREST sí incurriría en temeridad en cuanto al precio ofertado para cada uno de los racionados extras. El informe del poder adjudicador se muestra contrario a esta alegación y manifiesta que la valoración de la existencia de ofertas temerarias en ningún caso se podría realizar de modo separado atribuyendo el mismo peso al precio ofertado para el servicio mensual que para cada uno de los racionados extras. Y ello es así porque de antemano se ha establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas que la adjudicataria debe servir 45 racionados diarios, pero no se compromete a precisar cuántos racionados extras van a tener que servirse, por ello le atribuye un peso mucho menor en el total de la oferta económica. En su apoyo



cita la Resolución 114/2013 y 37/2014 de este OARC / KEAO y las Resoluciones 77/2014, 824/2014 y 1103/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC).

Concluye que no sería coherente considerar que el adjudicatario propuesto no es capaz de prestar el servicio por el hecho de haber ofertado un precio inferior para cada racionado extra, cuando el precio ofertado mensual para el servicio sólo es inferior en 30,36 euros al de la empresa recurrente.

b) Desconocimiento por parte del recurrente de la existencia de procedimiento contradictorio a EUREST.

De lo expuesto se infiere que no existen valores anormales o desproporcionados y no se ha seguido el procedimiento establecido en el artículo 152.3 del TRLCSP a fin de justificar la viabilidad de las ofertas presentadas.

c) Falta de notificación de la resolución de adjudicación a los licitadores de forma individual.

Se acompañan en el expediente las notificaciones efectuadas el 3 de febrero de 2017 a todas las empresas licitadoras, incluida la recurrente.

OCTAVO: Las alegaciones de EUREST son, en síntesis, las siguientes:

a) Sobre la correcta caracterización del trámite regulado en el artículo 152.2 del TRLCSP y el artículo 85 del RGLCAP. Reproduce el artículo 152 del TRLCSP, la cláusula 23.4 del PCAP y el apartado 33.1 de su carátula, de donde deduce que (i) la inviabilidad de la oferta debe afectar a su totalidad y no a una parte, y mucho menos a uno de sus componentes unitarios; (ii) únicamente puede admitirse como excepción a esta regla general que el PCAP determine otros criterios para apreciación de valores anormales, algo que en la licitación controvertida no ocurre; (iii) toda la tramitación prevista en las normas citadas parte de la premisa fundamental de que el órgano de contratación “identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal; a



sensu contrario, si no se detecta que la oferta puede ser inviable no hay obligación de seguir los trámites previstos en el artículo 152 del TRLCSP.

b) Sobre la viabilidad económica de la oferta formulada por EUREST que determinan la ausencia de desproporción o anormalidad y la correcta actuación de la Mesa de contratación en el curso de la licitación. En lo que respecta a los criterios automáticos, el apartado 30 de la carátula establece una ponderación máxima de 85 puntos, desglosada en una puntuación máxima de 75 puntos para 45 racionamientos diarios y, por otro lado, 10 puntos para cada racionado extra hasta un máximo de 9 raciones más diarias. El recurrente critica el precio unitario ofertado por EUREST en el racionado extra, que entiende desproporcionado. De sus cálculos se desprende que la desviación es de 0.2 €, cifra completamente insignificante; pero además, la desproporción no se está refiriendo al precio del servicio para 45 racionados diarios, núcleo esencial del suministro, sino a un servicio adicional de 9 raciones diarias extra, que tienen una importancia relativa dentro del conjunto de la oferta económica. Si la Mesa no indagó la posible inviabilidad de la oferta de EUREST mediante el recurso a los trámites del artículo 152 del TRLCSP fue porque no vio indicios.

c) Solicita la desestimación del recurso especial interpuesto por ISS, confirmando íntegramente el contenido de la Resolución de 26 de enero de 2017. También solicita el levantamiento de la suspensión automática de la adjudicación y la imposición al recurrente de multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP por mala fe o temeridad.

NOVENO: El primer motivo impugnatorio se refiere a la presunción de temeridad de la oferta de EUREST en el “Precio del servicio de racionado extra, hasta un máximo de 9 raciones diarias” previsto en el inciso segundo del apartado 4.1 “Sistema de determinación del precio” y en el número 2 del apartado 30.2 a) “Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas” de la carátula del PCAP.

Sobre valores anormales o desproporcionados, el apartado 33.1 de la carátula del PCAP establece que:



«En cuanto al precio: *sí, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP y a los artículos 85 y 85 del RGLCAP en todo lo que no se oponga al TRLCSP.* Para el cálculo de los valores anormales o desproporcionados se tomarán en consideración los precios de cada uno de los servicios que conforman la oferta con las correspondientes ponderaciones relativas establecidas en la cláusula 30.1 de esta carátula respecto al total de la oferta económica.»

Como reconoce el propio recurrente, la alusión al apartado 30.1 de la carátula, que se refiere al precio como único criterio de evaluación, es incorrecta y es el apartado 30.2 el que establece los criterios de adjudicación y sus ponderaciones: 1) Precio del servicio para 45 racionados diarios: 75 puntos; 2) Precio del servicio para cada racionado extra, hasta un máximo de 9 raciones más diarias: 10 puntos.

El apartado 4.1 de la carátula fija el sistema de determinación del precio en los siguientes términos:

- Precio del servicio para 45 racionados diarios: 21.000 euros/mes IVA excluido.
- Precio para cada racionado extra, hasta un máximo de 9 raciones más diarias: 6,30 euros/día, IVA excluido.

Del contenido de los apartados de la carátula mencionados, se infiere que (i) se prevé en los pliegos la posibilidad de identificar proposiciones desproporcionadas o anormales; (ii) para ello se tendrán en cuenta las reglas del artículo 85 del RGLCAP; (iii) se tomarán en consideración los precios de cada uno de los servicios que conforman la oferta económica (precio/mes del servicio para 45 racionados diarios y precio/diario para cada racionado extra hasta un máximo de 9 raciones diarias) con las correspondientes ponderaciones relativas establecidas en el apartado 30.2 de la carátula con respecto al total de la oferta económica (75 puntos el precio el servicio para 45 racionados diarios y 10 puntos precio para cada racionado extra); (iv) detectada alguna oferta desproporcionada o anormal, se aplicará el procedimiento del artículo 152 del TRLCSP.



El recurrente, por una parte, y el poder adjudicador y el adjudicatario impugnado, por otra, interpretan de forma diversa el contenido del apartado 33.1 de la carátula y el modo de verificar si hay ofertas sospechosas de ser desproporcionadas o anormales. Así, el recurrente considera que la temeridad hay que observarla en cada uno de los dos servicios contratados; por el contrario, el poder adjudicador y EUREST tienen en cuenta el conjunto de los dos servicios. De la documentación que aporta el poder adjudicador en el informe al recurso se deduce que realiza su cálculo sobre el monto total de las ofertas de los licitadores, multiplicando el importe del servicio mensual por 12 meses, a lo que añade el resultado de multiplicar el precio unitario de cada ración extra por 365 días y por el máximo de 9 raciones diarias.

La solución a la discrepancia pasa por examinar el contenido del apartado 33 de la carátula y determinar cuál es el método aplicable para determinar si alguna oferta es realmente temeraria.

Pues bien, el citado apartado señala que « (...) Para el cálculo de los valores anormales o desproporcionados se tomarán en consideración los precios de cada uno de los servicios que conforman la oferta con las correspondientes consideraciones relativas establecidas en la cláusula 30.1 de esta carátula respecto al total de la oferta económica.» Por tanto, se deben tomar en consideración los dos precios previstos en el apartado 4.1 “Sistema de determinación del precio: precios unitarios” de la carátula, esto es: el precio/mes ofertado por el servicio para 45 racionados diarios y el precio/día de cada racionado extra hasta un máximo de 9 raciones más diarias. El recurrente fija su atención únicamente en el segundo precio ofertado por EUREST (2,76 €) para el racionado extra. El mero hecho de que ISS considere que sólo uno de los dos precios a valorar es sospechoso de temeridad, es razón suficiente para desestimar el motivo de impugnación; el apartado 33.1 reproducido de forma meridiana dice que para verificar si alguna oferta es anormal o desproporcionada se tendrá en consideración los precios de cada servicio y su ponderación respecto al total de la oferta económica. En consecuencia, no cabe alegar únicamente la temeridad del precio de uno de los servicios ofertados.



Sin perjuicio de lo anterior, también es preciso tener en cuenta que en el presente caso para verificar si alguna oferta es o no temeraria se deben tomar en consideración las ponderaciones que para cada precio establece el apartado 33.1, a saber: 75% de las ofertas mensuales para el servicio de 45 racionados diarios, y el 10% de cada racionado extra hasta un máximo de 9 raciones diarias. Este método de cálculo tiene una clara repercusión en los resultados que se pueden obtener: así, a modo de ejemplo, el 75% del presupuesto máximo mensual (75% s/21.000 €) es de 15.750 €, mientras que el 10% del precio máximo de cada ración extra diaria (10% s/6,30) es de 0,63 €, de forma que la aplicación de estos porcentajes a los precios ofertados por los licitadores hace que todo el peso para la determinación de si hay propuestas sospechosas de temeridad descansa en el 75% del precio de las ofertas mensuales para el servicio de 45 racionados diarios, puesto que el 10% del precio de una ración extra es totalmente residual.

La desestimación del recurso conlleva que no sea necesario el inicio del procedimiento previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP sobre verificación de oferta sospechosas de temeridad.

DÉCIMO: En sus alegaciones, EUREST solicita la imposición al recurrente de la multa del artículo 47.5 del TRLCSP. Sobre esta petición, se debe señalar que aunque el recurso haya sido desestimado, estaba fundamentado en una interpretación del apartado 33 de la carátula del PCAP que regula los valores anormales o desproporcionados, sin que del contenido del recurso se deduzcan motivos distintos que la defensa de su interés por ser adjudicatario del contrato.

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 ISS SOLUCIONES CATERING, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Prestación del servicio de cocina en el Centro de Menores Ibaiondo de Zumarraga”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: 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.

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 martxoaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de marzo de 2017