



EB 2018/197

Resolución 050/2019, de 7 de marzo, 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 mercantil GERTEK SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones ITS (Intelligent Transport System) de la Dirección de Tráfico del Gobierno Vasco (lotes 1 y 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Hacienda y Economía).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 21 de diciembre de 2018, ha tenido entrada 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 mercantil GERTEK SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. (en adelante, GERTEK) frente a la adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones ITS (Intelligent Transport System) de la Dirección de Tráfico del Gobierno Vasco (lotes 1 y 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Hacienda y Economía).

SEGUNDO: El día 26 de diciembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, 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



Nahi izanez gero, J0D0Z-T1H6V-VS1H bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <http://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T1H6V-VS1H en la sede electrónica <http://euskadi.eus/localizador>



Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 28 de enero de 2019.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 28 de enero, se han recibido las alegaciones de la SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. (en adelante, SICE), adjudicataria del Lote 1, el 4 de febrero y de SISTEMAS Y MONTAJES INDUSTRIALES, S.A. (en adelante, SISTEMAS), adjudicataria del Lote 2, el día 5 de febrero.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la mercantil recurrente, así como la representación de D. I.I.F. para actuar en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 b) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 LCSP).

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa, principalmente, en los siguientes argumentos expuestos de forma resumida:

- a) Como cuestión previa, la recurrente aclara que de lo establecido en el Pliego de Cláusulas administrativas y los requisitos de la oferta económica a presentar solicitados se desprende que el sistema de determinación del precio del contrato es por precios unitarios e importe total indeterminado, hallándose el gasto efectivo condicionado por las necesidades reales de la Administración.
- b) La adjudicataria del Lote 1, SICE, debió ser excluida por ofertar cero (0) euros en el precio unitario/concepto 1 y, subsidiariamente, por haber ofertado precios anormalmente bajos en los precios unitarios/conceptos 1 y 2.
- c) La adjudicataria del Lote 2, SISTEM, debió ser excluida por haber ofertado precios anormalmente bajos en los precios unitarios/conceptos 1, 2 y 3.
- d) Como consecuencia de lo anterior, se solicita la anulación del acto recurrido y la exclusión de las ofertas de SICE y SISTEM, ordenando la adjudicación de los dos lotes al siguiente licitador admitido, GERTEK.
- e) Finalmente, se solicita el acceso al expediente para poder completar el recurso.



SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

- a) Considera que la posibilidad de ofertar cero (0) euros en algún precio unitario es perfectamente legal, ya que no por ello desaparece la onerosidad del contrato en la medida que dicho coste puede entenderse retribuido con cargo al precio general del contrato.
- b) Analizados por la Mesa de Contratación todos los costes brutos por hora efectiva de trabajo ofertados por los licitadores, se observa que ninguno es inferior a lo establecido en el cuadro de referencia, por lo que ninguna licitadora obtendría 0 puntos por este concepto, procediéndose por la Mesa de Contratación a la aplicación de las formulas establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
- c) Respecto a los precios anormalmente bajos en algunos de los precios unitarios/conceptos, únicamente algunos conceptos de los lotes recurridos tienen establecido algún porcentaje para presumir que son valores anormalmente bajos, y no son ninguno de los conceptos recurridos.
- d) Por parte del poder adjudicador únicamente se requirió a las adjudicatarias para que aclarasen los conceptos señalados por estar por debajo de los costes y gastos tenidos en cuenta para el cálculo del coste/hora del presupuesto base de licitación. Una vez analizadas las justificaciones dadas, se consideró que las ofertas presentadas por las adjudicatarias podían ser cumplidas satisfactoriamente.
- e) Finalmente, se solicita la desestimación del recurso.



OCTAVO: Alegaciones de SICE

Las alegaciones de la adjudicataria impugnada en el Lote 1 son, en síntesis, las siguientes:

- a) La oferta de SICE guarda concordancia con la documentación presentada, no supera el presupuesto base de licitación y no contiene error o consistencia que la haga inviable.
- b) Respecto a la solicitud de aclaración efectuada por el órgano de contratación de los costes salariales incluidos en la oferta, manifiesta que los costes referidos al responsable de cuenta se encuentran incluidos en los gastos generales de la compañía. Además, como no podía ser de otra manera, SICE se comprometía a cumplir con las condiciones salariales de aplicación.
- c) La licitud de ofertar un precio de cero (0) euros en alguna de las prestaciones ha sido refrendada por las resoluciones de diversos Órganos y Tribunales de recursos contractuales.
- d) Por último, solicita la desestimación del recurso.

NOVENO: Alegaciones de SISTEMAS

La alegación de la mercantil adjudicataria del Lote 2 es la siguiente:

- a) En respuesta a la solicitud de aclaración efectuada por el órgano de contratación de los costes salariales y el convenio colectivo de aplicación incluidos en la oferta, se manifestó que la oferta económica contemplaba la totalidad de los costes y beneficios. Además, SISTEMAS se comprometía a aplicar el convenio colectivo sectorial de Bizkaia, conforme a lo establecido en los pliegos.



b) Por ello, solicita la desestimación del recurso.

DECIMO: Apreciaciones del OARC/KEAO

El recurso plantea sustancialmente los mismos argumentos tanto para el lote 1 como para el 2, con la salvedad de la oferta de cero (0) euros en un precio unitario del primero de los lotes, por lo que se analizarán conjuntamente. El análisis de la cuestión debe partir del siguiente contenido de los pliegos, que rigen la licitación por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculando al órgano de contratación y a los participantes en el procedimiento de adjudicación:

22.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

(...)

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

Criterio: Oferta económica más baja (precio)

Ponderación: 70 puntos

Fórmula: La oferta económica de las empresas licitadoras se evaluará y puntuará mediante la siguiente fórmula:

Presupuesto máximo-Oferta económica a evaluar *70

{Presupuesto máximo-Oferta económica más baja}

22.3.- Ofertas anormalmente bajas: Se establecen los siguientes parámetros o límites para su apreciación respecto:

a) Lote 1

- a. Para el concepto 17 (Material & Actuaciones Varias) una baja de más de un 15%
- b. Para el conjunto de los conceptos 18 a 26, una baja de más de un 15%

b) Lote 2

- a. Para el concepto 25 (Material & Actuaciones Varias) una baja de más de un 15%
- b. Para el conjunto de los conceptos 26 a 27, una baja de más de un 10%

22.3.1. En cuanto al precio: Sí, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, y en los artículos 85 y 86 del RGLCAP en todo lo que no se opongan a la citada Ley.

22.3.2. En cuanto a la oferta considerada en su conjunto: No procede

ANEXO III.1.

OFERTA ECONÓMICA



ADENDA AL ANEXO III.1

- Las empresas licitadoras deben ofertar precios unitarios por todos los conceptos previstos, sin superar los precios máximos fijados por unidad. Si por error no se oferta precio a alguno de los conceptos, o se supera el máximo fijado, o la oferta total no es correcta por error en la multiplicación del precio unitario ofertado por el número de unidades previstas, se considerará que la empresa licitadora ha ofertado el precio máximo unitario fijado por ese concepto.

a) Sobre la licitud de ofertar cero (0) euros en algún precio unitario/concepto

La recurrente denuncia que SICE, adjudicataria del lote 1, debió ser excluida por ofertar cero (0) euros al precio unitario cuyo concepto es el de hora de servicio responsable de cuenta. Esta alegación debe rechazarse por las siguientes razones:

a.1). El pliego de cláusulas administrativas particulares señala en la adenda del anexo III.1 relativo a la oferta económica que Las empresas licitadoras deben ofertar precios unitarios por todos los conceptos previstos, por lo que la imputación de los mismos a la Administración será la que cada empresa considere oportuno, con el límite de no superar los precios máximos fijados por unidad, ya que en ese caso y en el de error por falta de precio o por error en la multiplicación del precio unitario ofertado por el número de unidades previstas, se considerará que la empresa licitadora ha ofertado el precio máximo unitario fijado para ese concepto por el poder adjudicador. En el presente caso, se efectúa una oferta económica que no supera el precio máximo ni adolece de error. Además, existe certeza sobre el precio ofertado y esta propuesta la ha efectuado el adjudicatario de forma consciente e intencionada, por lo que no nos encontramos ante una situación equiparable a la no presentación de oferta.

a.2) Es doctrina consolidada de los Órganos y Tribunales de recursos contractuales que las ofertas económicas efectuadas a cero (0) euros o a valores cercanos a cero (0) euros en relación con algunas prestaciones o unidades son válidas, siempre y cuando la fórmula no quede desvirtuada,



dando lugar a resultados que no permitan una ordenación proporcional de las ofertas y que el resultado final no suponga otorgar mayor puntuación en el criterio precio a quien, en su conjunto, ha realizado una oferta más cara. Pues bien, a la vista de la oferta realizada por SICE, cabe concluir que concurren en este caso todos los requisitos establecidos anteriormente, puesto que la fórmula no queda desvirtuada, ya que al aplicarse la misma a la oferta económica es posible la obtención de un resultado cierto y determinado para cada oferta, y se otorga la mayor puntuación a quien, en su conjunto, ha realizado la oferta más barata, tal y como se deduce del informe del órgano de contratación y sin que haya sido desvirtuado por el recurrente.

a.3). Como se ha indicado anteriormente, la adjudicataria ha imputado al precio unitario referido un coste de cero (0) euros. La mercantil lo justifica con un doble argumento: por un lado, se pretende con ello obtener la mayor cantidad de puntos en la licitación; y, por otro, dicho precio se encuentra compensado con otros que componen la oferta, de tal forma que en el cómputo global de la oferta no se producen pérdidas. Este Órgano tiene declarado en sus resoluciones (ver, por ejemplo, la reciente Resolución 016/2019) que la opción de la mercantil impugnada no está expresamente prohibida en el Pliego, por lo que la proposición ha sido adecuadamente admitida para su valoración, ni existe motivo alguno para proceder a la exclusión que solicita la recurrente, ya que ni se achaca ni, mucho menos, se acredita, que la prestación no pueda ser cumplida. Por todo ello, debe desestimarse este motivo impugnatorio.

b) Sobre los precios anormalmente bajos de los precios unitarios

La recurrente considera que todos y cada uno de los precios unitarios deben ser considerados viables de manera específica, y que las justificaciones dadas por ambas adjudicatarias al requerimiento del poder adjudicador no pueden ser



admitidas, lo que conllevaría su exclusión. A juicio de este Órgano, tampoco este argumento impugnatorio puede ser aceptado.

El artículo 149 de la LCSP establece que Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto. En el contrato que nos ocupa, en el que la adjudicación se efectúa mediante la utilización de una pluralidad de criterios de adjudicación, el PCAP establece los límites de apreciación de las ofertas anormalmente bajas para unos concretos precios unitarios, que no son ninguno de los impugnados por la recurrente. Es decir, resulta del todo clara la voluntad del órgano de contratación de no utilizar parámetro alguno de anormalidad para los precios unitarios de los conceptos 1 y 2 del Lote 1 y los precios unitarios correspondientes a los conceptos 1, 2 y 3, que son los denunciados por la recurrente. Consecuentemente, no procede examen alguno sobre si los adjudicatarios han presentado o no una oferta anormal o desproporcionada de los precios unitarios no establecidos expresamente en la cláusula 22.3 del PCAP ni en el procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido la Resolución 70/2013 de este OARC/KEAO) ni en el procedimiento de resolución del recurso especial. Sentado lo anterior, este Órgano resolutorio no puede compartir que la recurrente utilice el punto 22.3.1 de la carátula referida al parámetro para identificar ofertas anormalmente bajas del precio global u oferta económica (22.2.2 del PCAP) para la determinación de la anormalidad de los valores de los precios unitarios. Este último parámetro que utiliza GERTEK solo cabe para el cálculo del valor anormal del precio total de la oferta en el que, por cierto, no incurren ninguna de las dos adjudicatarias.

Por otro lado, dado que tampoco puede deducirse de las propuestas de las adjudicatarias que se ponga en peligro el cumplimiento de sus obligaciones sociales como empresa respecto de las condiciones mínimas salariales para con sus empleados, ya que no es pensable que un incumplimiento de esa naturaleza vaya a provenir de un desglose de costes establecido en la oferta, y



no existiendo presunción de precio anormalmente bajo, el motivo impugnatorio no puede ser aceptado y el recurso debe desestimarse.

c) Sobre la solicitud de acceso al expediente

La solicitud de acceso al expediente se halla regulado en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. La finalidad que se persigue mediante este procedimiento es la de evitar la indefensión en el recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica, como indica, por ejemplo, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) 436/2017; para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (como la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución nº 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso y copia se accede son necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. En concreto y en el presente caso, el reproche se refiere a que no se le ha facilitado el acceso al expediente por parte del poder adjudicador. Este afirma que no tuvo conocimiento de dicha solicitud hasta la interposición del propio recurso, dado



que la aplicación de licitación electrónica, medio por el que se realizó la solicitud, carece de un sistema de alertas que permita conocer en todo momento las comunicaciones con los licitadores. Al margen de dicha justificación, lo cierto es que el órgano de contratación tiene la obligación de poner de manifiesto el expediente a los interesados que lo soliciten con el límite del derecho a la confidencialidad de las ofertas previsto en los artículos 56.5 y 133 de la LCSP. No obstante lo anterior, este Órgano resolutorio viene señalando también que la denegación del acceso al expediente solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado, y en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO), de modo que si la Resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP, como ocurre en el presente caso, no puede alegarse dicha indefensión. En este sentido, en el expediente consta que, en el perfil del contratante del poder adjudicador, con anterioridad al vencimiento del plazo de recurso, se han publicado los informes y actas relativas al procedimiento de licitación en las que se recogen, siquiera sintéticamente, las aclaraciones presentadas por las adjudicatarias y a las que el recurrente pretende acceder lo que, a su vez, ha permitido al recurrente formalizar un recurso debidamente fundado. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras, a las que GERTEK también pretende acceder, no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora, como señala el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 329/2016, de 22 de diciembre. Finalmente, no se ha acreditado el concreto perjuicio para la correcta elaboración del recurso que esta denegación de acceso al expediente ha podido suponer, sobre todo a la vista de que en la notificación del acuerdo de adjudicación se menciona que los informes técnicos (motivación *in aliunde*),



suficientemente motivados a juicio de este Órgano, se encuentran publicados en el perfil del contratante. En definitiva, interpuesto el recurso especial con todas las garantías, no procede acceder a su petición de acceso al expediente (ver, en este sentido Resolución 37/2018 del OARC/KEAO).

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil GERTEK SOCIEDAD DE GESTIONES Y SERVICIOS, S.A. frente al acto de adjudicación del contrato de “Servicio de mantenimiento de las instalaciones ITS (Intelligent Transport System) de la Dirección de Tráfico del Gobierno Vasco (lotes 1 y 2)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Hacienda y Economía).

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, 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: 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 58.2 de la LCSP.



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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko martxoaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de marzo de 2019