



EB 2019/022

Resolución 063/2019, de 28 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 ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 2)”, promovido por el Ayuntamiento de Zamudio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 24 de enero de 2019, 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 ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. (en adelante, ENVISER) frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 2)”, promovido por el Ayuntamiento de Zamudio

SEGUNDO: Los días 25 de enero, 8 y 11 de febrero 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 entre los días 13 y 14 de febrero.





TERCERO: Con fecha 19 de febrero, mediante la Resolución B-BN 03/2019, la Titular del OARC / KEAO acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación en virtud del artículo 49 de la LCSP.

CUARTO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de febrero, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, así como la representación de D. G.A.S., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la exclusión de ofertas.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zamudio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

- a) Falta de motivación “reforzada” del acuerdo de exclusión.
- b) La recurrente indica que su baja está muy próxima al umbral determinado como de “temeridad” por los pliegos; concretamente, siendo la media de las ofertas presentadas la cantidad de 40.165 € y siendo el parámetro de temeridad establecido el 20 % de la media de las bajas establecidas, su baja es de 237 € respecto a la media de las ofertas.
- c) Yerra el técnico informante y, por ende, el órgano de contratación al entender que la baja a justificar es la diferencia respecto al tipo de licitación y no respecto al parámetro de temeridad establecido ya que lo que se debe explicar satisfactoriamente es el bajo nivel del precio propuesto.
- d) ENVISER justificó adecuadamente todos y cada uno de los extremos de la oferta económica a través del informe justificativo remitido al poder adjudicador con ocasión de la apertura del procedimiento contradictorio recogido en el artículo 149 de la LCSP. De dicho informe se desprende que la oferta de la recurrente es perfectamente viable en los términos económicos en la que ha sido presentada.
- e) Finalmente, se solicita que se declare revoque, anule y deje sin efecto el acuerdo impugnado y, en particular, se acuerde la readmisión de la propuesta de ENVISER con la consecuente retroacción del procedimiento al momento en



el que se excluyó la oferta para así continuar con el proceso de licitación, resolviendo la adjudicación a la oferta más ventajosa.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso, fundamentalmente, porque considera que la recurrente no ha justificado suficientemente los precios y costos de la baja, de tal forma que se acredite la viabilidad de la oferta.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurso versa, en síntesis, sobre la suficiencia de los argumentos contenidos en el informe que fundamenta la decisión del poder adjudicador de excluir al recurrente del procedimiento por considerar que su oferta es anormalmente baja o desproporcionada, lo que conllevaría la adjudicación del contrato a otro licitador a pesar de que la oferta de ENVISER era, en principio, la más ventajosa.

a) Sobre la verificación de la viabilidad de las ofertas inicialmente sospechosas de anormalidad o desproporción

Este OARC / KEAO ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y función del procedimiento de identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 103/2017 y 009/2019), 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 relación con la petición de explicaciones por el poder adjudicador al licitador cuya oferta contenga valores presuntamente anormales, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea (en adelante, TJUE) de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), en su apartado 5, viene a señalar que debe contener 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 apartado 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 periclitado anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.

Por lo que respecta al alcance de la justificación de su oferta por el licitador incurso en sospecha de temeridad, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 683/2014 ha manifestado que (...) la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo.

En lo que atañe 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 (actualmente, artículo 149.6 de la LCSP) 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). Esta última consideración no se opone a que el artículo 149.6 de la LCSP diga ahora que la aceptación de la oferta requiere la debida motivación, pues se refiere a establecer el carácter esencial de dicha motivación para la validez de la aceptación, y no a elevar su intensidad.

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).

b) Sobre las alegaciones del recurrente en el procedimiento de verificación de la anormalidad o desproporción y la motivación de la decisión de exclusión por el poder adjudicador

Sentadas en la letra a) anterior las bases para la apreciación de ofertas con valores desproporcionados, y delimitados los aspectos de la decisión del poder



adjudicador a los que puede alcanzar el control ejercido por este OARC / KEAO, debe analizarse ahora el caso concreto que nos ocupa. Dicho análisis se inicia con el examen de la solicitud de justificación de la oferta al licitador sospechoso de temeridad por el poder adjudicador, de las justificaciones aportadas por ENVISER en el documento de 27 de noviembre de 2018 y del contenido del informe de 12 de diciembre de 2018 de los servicios técnicos municipales de Zamudio, que analiza las justificaciones aportadas:

i. Solicitud de justificación:

Se trata de un escrito de la mesa de contratación que expone los precios ofertados por los licitadores, según se deduce del correspondiente acto de apertura, reproduce el parámetro para considerar las proposiciones presentadas como inicialmente incursas en anormalidad o desproporción y señala que, a la vista de todo ello, la oferta de la recurrente supera el límite marcado; finalmente, se indica lo siguiente:

QUINTO. - Conforme a lo establecido en Los pliegos (Cláusula 19) conceder un plazo de audiencia, de 5 días hábiles contados a partir de la recepción de la presente notificación, para que, atendiendo a las características de la oferta, justifique adecuadamente y se pueda determinar si la misma resulta o no inviable, en atención a los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.

SEXTO. - La justificación de la valoración de la oferta por el licitador se referirá al conjunto de su oferta, de modo que incluye las mejoras o prestaciones adicionales por el licitador y los precios unitarios o descompuestos contenidos en los pliegos, con referencia a los demás aspectos contenidos en el Art 149, de la LCSP, en especial a los criterios relacionados con el objeto de la licitación.

ii. Justificaciones de ENVISER:

- Se adjunta documento justificativo en el que se señala que se está incurso en temeridad por 237,00 €, lo cual supone una desviación que no llega al 0,5% del importe de licitación.



- Se relacionan y se justifican los precios unitarios obtenidos con base en los distintos proveedores que pueden apoyar la prestación del servicio en condiciones especialmente favorables para ENVISER, de tal forma que por este concepto se estima un ahorro de 1.913,70 €. Se adjuntan, cartas de compromiso de los proveedores señalados.

- La recurrente es la actual prestataria del servicio y el profundo conocimiento del mismo le permite realizar una oferta económica con un grado de ajuste que no impide a la empresa obtener un beneficio económico. Estima un ahorro de 478,43 € por unos costes de inicio de la actividad que no tiene que volver a asumir.

- Haber sido propuesto como adjudicatario del lote 1 implica unas sinergias positivas respecto a la reducción de costes.

- La fuerte implantación de la recurrente en la zona de prestación del servicio y la disposición de talleres propios en las localidades de Zamudio y Berango suponen unos ahorros estimados de 637,90 €.

- La propiedad de medios materiales (vehículos) supone un ahorro de 956,85 €.

- Los ahorros estimados superan en un 1.682% la desviación respecto al umbral de temeridad de 237,00€, lo cual da una idea de la pequeña magnitud que supone la desviación del umbral de temeridad.

- Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se considera probada la viabilidad de la oferta económica relativa a la prestación del servicio propuesta por ENVISER.

iii. Argumentación del Ayuntamiento:



- No se justifica la oferta realizada en su conjunto, sino que se estiman unos ahorros de 3.986,88€, cuando la baja realizada ascendía a 18.105,00 €.
- No se valoran las mejoras incluidas en el sobre B de la oferta.
- La justificación económica presentada, en opinión del técnico municipal, se basa en criterios subjetivos y no en parámetros objetivos, tal y como le solicitaba la mesa de contratación.

iv. Apreciaciones del OARC/KEAO:

- 1) En primer lugar, de acuerdo con la sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001 antes citada, la suficiencia de la información aportada por el licitador ha de ser enjuiciada a la vista de la concreta información solicitada por el poder adjudicador, de tal modo que si el órgano de contratación considera imprescindible que se justifique un determinado aspecto de la oferta porque le ha suscitado dudas, lo ha de indicar en su requerimiento, sin que quepa que, después de la mera puesta en conocimiento de la empresa de su situación de presunta anormalidad sin mayores concreciones, el órgano de contratación le reproche no haber facilitado exhaustivamente ciertas explicaciones o documentos muy específicos. En el presente caso, la solicitud de justificación recoge parcialmente el artículo 149.4 de la LCSP, pero no refiere qué aspectos concretos de la oferta motivan la sospecha de que no puede ser cumplida. A la vista del genérico requerimiento (conjunto de la oferta), no puede exigirse de la excluida que justifique exhaustivamente la oferta desproporcionada, teniendo en cuenta, además, que el umbral de anormalidad ha sido superado por muy poco.
- 2) Por otro lado, este Órgano considera, al igual que otros Tribunales y Órganos de Recursos Contractuales (ver, entre otras, la Resolución 436/2016 del TACRC, la Resolución 163/2016 del Tribunal de Contratos Públicos de Catalunya, la Resolución 385/2015 del Tribunal Administrativo



de Recursos Contractuales de Extremadura), que cuando el umbral de temeridad ha sido superado en un escaso importe, lo que supone un indicio muy débil de anormalidad, el operador económico no tiene por qué justificar exhaustivamente su oferta (obviamente sus justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta) mientras que, por el contrario, se exige del poder adjudicador una motivación reforzada si se procede a la exclusión de una oferta de estas características. En el supuesto que os ocupa, dado que el indicio de anormalidad como consecuencia de la aplicación del parámetro establecido es “débil” o de poca intensidad, se exige del poder adjudicador una motivación reforzada para acreditar que la oferta en sí, analizando en conjunto todos los aspectos (entre los que se encuentra la solvencia financiera de la empresa, artículo 85.6 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) resulta inviable, falsea la competencia o incumple aspectos o condiciones en materia social o laboral o medioambiental, entre otros.

- 3) La justificación presentada por ENVISER se basa en los argumentos permitidos por el artículo 149.4 de la LCSP como el ahorro en los servicios prestados (actual prestaría por lo que no tiene gastos de inicio de actividad), condiciones excepcionalmente favorables (fuerte implantación en la zona con talleres propios en Zamudio y alrededores, adjudicataria del lote 1 de este mismo contrato ...) que suponen unos ahorros de costes muy superiores al importe del exceso de baja respecto al umbral de temeridad.
- 4) Finalmente, a juicio de este Órgano, la valoración del informe técnico es muy genérica y carente de motivación. Es cierto que se han cumplido con todos los trámites formales, pero la explicación para justificar la anormalidad se articula de forma indebida, pues no discute la pertinencia de los ahorros descritos por la excluida en su justificación, no se explica en qué medida afecta a la correcta ejecución del contrato la no justificación del valor económico de las mejoras cuando estas no debían ser cuantificadas



económicamente en la oferta (según el escrito de aclaraciones a los pliegos publicado en la Plataforma de la Contratación Pública en Euskadi, el 7 de septiembre de 2018), ni se argumenta la consideración de que la justificación económica presentada está basada en criterios subjetivos y no en parámetros objetivos. En definitiva, la explicación de la oferta económica de ENVISER no queda desvirtuada, desde la perspectiva de la inviabilidad, por el órgano de contratación (ni por el informe técnico que la justifica). Todo ello supone que el ejercicio de la discrecionalidad adolece de falta de motivación, pues no se expresa el proceso lógico que ha llevado a la adopción de esa opinión.

c) Conclusión

Expuesto todo lo anterior, este OARC / KEAO considera que el poder adjudicador no justifica de manera suficiente y con la motivación especialmente rigurosa y reforzada que se requiere que la oferta no puede ser cumplida, por lo que procede la estimación del recurso. Consecuentemente, el acto impugnado (que comprende tanto la adjudicación del contrato como la exclusión del recurrente) debe anularse; asimismo, las actuaciones deben retrotraerse para que la oferta de ENVISER sea valorada conforme a los criterios cuantificables por fórmula.

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ENVISER SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A.U. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de "Servicio de conservación y mantenimiento de los jardines, parques y zonas verdes del municipio de Zamudio (lote 2)", promovido por el Ayuntamiento de Zamudio, anulando el Acuerdo de exclusión y adjudicación de la Junta de Gobierno Local de 19 de diciembre de 2018, y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas, que debe incluir también la de la recurrente.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado en lo que se refiere al lote 2 exclusivamente, 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 órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko martxoaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de marzo de 2019