



EB 2017/062

Resolución 069/2017, de 6 de junio 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, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ELECTRICIDAD HERMOSA, S.A. frente a su exclusión del contrato de “Servicio de instalación incluyendo suministro de ayudas eléctricas a traslados y montajes varios en los edificios de gestión centralizada del Gobierno Vasco (2017-2018)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de abril de 2017 tuvo 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 ELECTRICIDAD HERMOSA, S.A. en el procedimiento de resolución del recurso especial en materia de contratación, frente a su exclusión del contrato de “Servicio de instalación incluyendo suministro de ayudas eléctricas a traslados y montajes varios en los edificios de gestión centralizada del Gobierno Vasco (2017-2018)”.

SEGUNDO: El mismo día de su presentación 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 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo



3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación se ha recibido en el registro de este órgano los días 26 y 27 de abril de 2017.

TERCERO: Con fecha 2 de mayo de 2017, el titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 12/2017, por la que se suspende el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 8 de mayo, el 12 de mayo se recibieron las de la empresa DEL VALLE AGUAYO (adjudicatario impugnado).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Doña R.M. H.V., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según el artículo 40.2 b) TRLCSP son objeto de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: 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, según el artículo 3 del TRLCSP.



SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El parámetro de apreciación de la sospecha de anormalidad o desproporción de la oferta previsto en el apartado 33 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) es contrario al artículo 152 del TRLCSP y está afectado de nulidad de pleno derecho porque se basa en el previsto en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aplicado a cada precio unitario y no al presupuesto global.

b) La resolución impugnada no está adecuadamente motivada, pues no consta la justificación reforzada en la que debe basarse la exclusión de una proposición por anormalidad o desproporción, y la proposición del recurrente es viable:

- la justificación aportada es la misma que se presentó en 2014, y fue considerada suficiente por el órgano de contratación; el poder adjudicador no solicitó precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosos de anomalía. A pesar de que se afirma que no se cumple el convenio colectivo aplicable, éste no se identifica, ni se calculan los costes de personal, ni se acredita que no sean adecuados los costes de los materiales.

- el órgano de contratación no ha hecho un análisis global de la oferta; los precios unitarios ofertados son los aplicados en los tres últimos años como contratista, con una ligera rebaja, por lo que está acreditada la viabilidad de la oferta, aun cuando conlleve un menor beneficio o una ligera pérdida; el recurrente conoce la prestación porque la ejecuta desde 2003.

- las conclusiones del acto impugnado sobre el cumplimiento del convenio colectivo y la viabilidad de los precios unitarios son notoriamente infundadas e incorrectas.



c) No se ha tenido en cuenta la relación entre la solvencia de la recurrente y su oferta, en particular en aspectos como su trayectoria y experiencia, su clasificación como contratista incluso para prestaciones de mayor complejidad técnica y volumen económico, sus medios humanos y los certificados de gestión de la calidad con los que cuenta.

d) Finalmente, se solicita anular y dejar sin efecto el acto impugnado y ordenar la retroacción de actuaciones hasta el momento de la exclusión de la oferta del recurrente, ordenando que sea admitida y valorada.

SÉPTIMO: Las alegaciones de DEL VALLE AGUAYO son las siguientes:

a) El personal destinado al contrato en prácticas no se adecúa a las tareas por estar en periodo formativo, lo que implica supervisión por una persona experta, lo que incrementa el coste del contrato.

b) No queda claro en la oferta del recurrente si el personal en prácticas, pasados los dos años de máximo legal para esta modalidad, sigue en la empresa (incrementando los costes) o se extingue la relación (perdiendo conocimiento e incurriendo en nuevos costes formativos).

c) No constan los costes salariales y de Seguridad Social del segundo año de los contratos en prácticas.

d) Se considera que los materiales sobrantes implican pérdida para la empresa y menor plazo de garantía para el cliente

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La pretensión de impugnar la cláusula 33 de la carátula del PCAP es extemporánea y no puede ser admitida; los licitadores pueden conocer la



ponderación de cada precio unitario con base en las puntuaciones máximas otorgadas al precio de cada uno y por las estimaciones del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

b) Todos los precios ofertados se encuentran por debajo del umbral de anormalidad, incluidos los de mayor peso en la totalidad de la prestación.

c) El recurrente no aportó en su momento ningún análisis de costes (es ahora cuando se aportan datos al respecto), contiene una mera declaración de que cumple la normativa laboral y de que no repercute costes indirectos, lo que es inusual; se afirma que se dispone de una reserva de materiales amortizados a precio muy ventajoso, pero la amortización no es un concepto aplicable a materiales consumibles, en algún caso de un solo uso, además de que dicho material se habrá depreciado o quedado obsoleto.

d) Aunque la justificación es la misma que en 2014, la oferta no es la misma, sino incluso más baja; además, el contexto económico y legislativo en la materia ha cambiado en el sentido de incidir en el cumplimiento de los requisitos mínimos en materia de derechos sociales y laborales (Directiva 2014/24, Ley 3/2016 del Parlamento Vasco...).

e) La empresa ha identificado en su oferta el convenio colectivo aplicable.

f) No se hizo un cálculo de los costes de personal en el procedimiento de adjudicación y los que ahora se aportan pretenden inducir a error al OARC / KEAO (no se incluye el IVA, se plantea atender actividades con una planificación de medios no acordada con el poder adjudicador y diferente de la contenida en la oferta...); respecto a la viabilidad de los precios de los materiales, se explica que ha cargado a otros clientes la facturación de materiales que no ha empleado en sus intervenciones con ellos, lo que es poco menos que la confesión de un fraude, y en todo caso, los precios ofertados



están muy por debajo de las estimaciones de los técnicos del órgano de contratación.

g) Respecto a la afirmación de que no se ha tenido en cuenta la trayectoria y solvencia de la empresa, se alega, en síntesis, la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador.

NOVENO: Una reiterada doctrina de este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, la Resolución 70/2013) establece que, para apreciar la anormalidad o desproporción de una oferta en los procedimientos de adjudicación de las Administraciones Públicas, es preciso que previamente se haya establecido un parámetro que determine el umbral a partir del cual se considera que una oferta es sospechosa de dicha temeridad. En el caso analizado, la cláusula 33.1 de la carátula del PCAP establece lo siguiente:

«33.- VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS:

33.1.- En cuanto al precio: SI, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 del TRLCSP y a los artículos 85 y 86 del RGLCAP en todo lo que no se opongan al TRLCSP aplicado a cada precio unitario de las ofertas»

Como es bien sabido, los pliegos que no han sido impugnados en tiempo y forma (como en este caso) pasan a regir el procedimiento de adjudicación. Por ello, no cabe la alegación del recurrente a favor de la nulidad de la cláusula reproducida, solicitud que, por cierto, no figura claramente en la pretensión del recurso. En este sentido, no cabe exceptuar el principio general de la preclusividad del plazo de impugnación de los pliegos porque no se trata de una disposición inaplicable pues, con independencia del juicio que merezca su contenido, no hay duda sobre su alcance y sobre la intención del órgano de contratación, que no es otra que calcular la sospecha de anormalidad con base en la fórmula que el RGLCAP establece para las antiguas subastas aplicada a cada precio unitario. Así, se observa que, además del recurrente, se ha aplicado esta fórmula y el correspondiente procedimiento a otro licitador que solo presentaba anormalidad en uno de los precios unitarios. En cualquier



caso, deben reseñarse dos circunstancias más que inducen a que este OARC / KEAO no acepte esta alegación: por un lado, se observa que el recurrente incurre en sospecha de temeridad en todos y cada uno de los precios unitarios, por lo que necesariamente incurre en la misma sospecha también en el presupuesto global, sea cual sea la ponderación de cada precio unitario en dicho presupuesto global; por otro lado, la jurisprudencia europea ya ha establecido que, si bien es admisible que los poderes adjudicadores establezcan en los pliegos una fórmula de determinación de la sospecha de temeridad, los órganos de contratación siempre pueden reconsiderar los resultados de su aplicación (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 27 de noviembre de 2001, asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640). Consecuentemente, procede ahora determinar la adecuación a la legislación vigente del acto de exclusión impugnado.

La naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas ha sido analizada anteriormente por este OARC / KEAO (ver, en especial, la Resolución 62/2016 y las que en ella se citan), siendo destacables los siguientes criterios generales:

a) El TRLCSP permite excluir las proposiciones 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; se trata de una excepción al principio de la oferta económicamente más ventajosa del artículo 1 del TRLCSP.

b) 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 como sospechoso para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640), en su



apartado 5, viene a señalar que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito 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 establece 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 periculado anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.»

c) Sobre la justificación de su oferta por el licitador incurso en 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.

d) En cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en temeridad, 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 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.



e) 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 (Resoluciones del TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).

f) Finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad, de tal modo 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.

Sentadas las bases para la apreciación de ofertas con valores desproporcionados, y delimitados los aspectos de la decisión del poder adjudicador a los que debe ceñirse el control ejercido por este OARC / KEAO, se analiza a continuación el caso concreto que nos ocupa.

Debe señalarse que la respuesta del recurrente es claramente insuficiente para desmentir la sospecha de anormalidad o desproporción. Como bien expresa la motivación del acto impugnado, apenas se aportan cifras relativas a los costes implicados en el contrato (en particular, los costes de personal) y se mantienen afirmaciones cuanto menos discutibles desde el punto de vista económico, como que al coste de la mano de obra no se le agregan costes indirectos, lo que no parece posible, ya que es claro que algún coste deben de tener, por bajo que sea, servicios como la gestión de los recursos humanos o el mantenimiento de los vehículos o de la sede de la empresa, los tributos, etc. Tampoco puede aceptarse la alegación de la similitud de la justificación con la aportada en el año 2014 pues, entre otras razones, los precios son diferentes



en ambos casos. Es cierta la afirmación del recurso de que la solvencia del licitador sospechoso puede ser tenida en cuenta para justificar que la proposición puede ser normalmente cumplida incluso cuando no exista beneficio económico en ella o genere pérdidas (ver, por ejemplo, la Resolución 118/2016 del OARC / KEAO), pero este factor no fue alegado y documentada por el recurrente con cifras concretas durante el procedimiento de adjudicación y el procedimiento de recurso no es un trámite de subsanación. Por otro lado, el acto impugnado tiene una motivación escueta pero suficiente y está amparado por la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador. Por todo ello, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ELECTRICIDAD HERMOSA, S.A. frente a su exclusión del contrato de “Servicio de instalación incluyendo suministro de ayudas eléctricas a traslados y montajes varios en los edificios de gestión centralizada del Gobierno Vasco (2017-2018)”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 12/2017 de 2 de mayo.



TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 ekainaren 6a

Vitoria-Gasteiz, 6 de junio de 2017