



EB 2013/040

Resolución 83/2013, de 12 de septiembre de 2013, 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 las empresas Boslan Ingeniería y Consultoría, S.A. e Iñaki Aurrekoetxea eta bazkideak, S.L.P.U. contra la adjudicación del lote 1 del acuerdo marco que tiene por objeto la redacción de estudios previos, proyectos, dirección de obra y/o asistencia técnica a la dirección de obra relativos a urbanización, implantación de elementos electromecánicos de transporte y edificación.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Bilbao, en sesión celebrada el 17 de agosto de 2012 acuerda aprobar el expediente para la contratación del acuerdo marco para la redacción de estudios previos, proyectos, dirección de obra y/o asistencia técnica a la dirección de obra relativos a urbanización, implantación de elementos electromecánicos de transporte y edificación.

El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (fecha envío anuncio 27 de agosto de 2012, publicado en el Diario 2012/S 166-275797, de 30 de agosto 2012), en el Boletín Oficial del Estado (fecha de publicación: 31 de agosto de 2012, Boletín nº 209) en el Boletín Oficial de Bizkaia (fecha de publicación 31 de agosto de 2012, Boletín nº 168) y en el Perfil de contratante del Ayuntamiento de Bilbao.

SEGUNDO: El Concejal Delegado de Contratación en Resolución de 6 de mayo de 2013 acuerda adjudicar el lote 1 del contrato a la empresa Saitec, S.A.

Dicho acuerdo se envía al recurrente el día 7 de mayo de 2013 y es recibido por éste el día 10 de mayo de 2013.

TERCERO: El día 23 de mayo de 2013 (entrada con nº registro 441691), Doña M. G.R. en representación de las empresas Boslan Ingeniería y Consultoría, S.A. e Iñaki Aurrekoetxea eta bazkideak S.L.P.U. presenta ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial en materia de contratación regulado en el artículo 40 y siguientes del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real



Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, TRLCSP) frente a la Resolución de adjudicación de 6 de mayo de 2013.

El mismo día desde OARC/KEAO se envía al órgano de contratación copia del escrito de interposición y se reclama el expediente de contratación, cuya remisión tuvo lugar el día 28 de mayo de 2013, acompañado del informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP y la relación de los licitadores.

Con fecha 3 de junio de 2013 el OARC/KEAO dio traslado del recurso a los interesados para que en el plazo de cinco días presentaran las alegaciones que estimaran necesarias, habiéndose recibido en dicho plazo alegaciones de la empresa Saitec, S.A.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Mientras que el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

A este respecto, queda acreditada la legitimación de los operadores económicos recurrentes así como la representación del compareciente.

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicios calificado por el Ayuntamiento de Bilbao en la categoría 11 del Anexo II del TRLCSP (Servicios de consultores de dirección y servicios conexos) con un valor estimado de 1.487.603,34 €, IVA excluido.



TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los siguientes actos:

«c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

El recurso especial interpuesto por el operador económico recurrente impugna el acuerdo de adjudicación de de 6 de mayo de 2013.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

QUINTO: Los motivos en los que el operador económico recurrente basa su pretensión de anulación, revocación y que se deje sin efecto la Resolución de fecha 6 de diciembre de 2013 del Concejal Delegado de Contratación del Ayuntamiento de Bilbao de adjudicación del contrato son, expuestos de forma resumida, los siguientes:

- i) Considera que la presunción de inviabilidad de la oferta presentada por Saitec, S.A., adjudicataria del contrato, no ha sido desvirtuada en el cauce previsto en el artículo 152 del TRLCSP pues ha eludido aportar dato o razonamiento dirigido a justificar la viabilidad económica de la oferta concreta presentada, limitándose a realizar una referencia a la capacidad económica de la empresa. La admisión de una oferta que de acuerdo con el PCAP se halle incurso en presunción de temeridad, exigirá que dicha presunción quede desvirtuada motivadamente por la empresa interesada y que después acoja su criterio el órgano de contratación con base en el informe emitido por los servicios técnicos.
- ii) Falta de motivación de la decisión adoptada por el órgano de contratación por incurrir en arbitrariedad habida cuenta de que Saitec, S.A. no ha justificado su oferta mediante el correspondiente desglose de costes en función de cada uno de los trabajos ofertados, por lo que el órgano de contratación no ha podido valorar tal circunstancia al adoptar su decisión. Además, el órgano de contratación no ha valorado en modo alguno el contenido del Informe Técnico emitido por el Área de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Bilbao, en sentido contrario a la acreditación de la viabilidad económica y no sirven a tal fin las consideraciones aportadas por la mesa en cuanto a la solvencia de la adjudicataria al tratarse de meras afirmaciones genéricas y teóricas, que no descienden a justificar la viabilidad económica de la concreta oferta presentada.

SEXTO: Por su parte, el poder adjudicador, en informe emitido el 28 de mayo de 2013, opone que la determinación de la temeridad de una oferta se ha de



realizar en comparación con las restantes proposiciones siendo ésta una regla fundamental señalada con reiteración por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informe de 13 de noviembre de 2001) así como por la jurisprudencia de los tribunales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de noviembre de 2002). En este sentido, considera que la inexistencia de diferencias notables entre la oferta de la adjudicataria y el resto de ofertas son razones suficientes para entender que el precio ofertado no es inadecuado al mercado.

Asimismo, opone que, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.6 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RLCAP) para la determinación de la temeridad la mesa de contratación puede considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada y, en este caso, es la adjudicataria la que invoca su solvencia en el escrito de justificación de la oferta efectuada.

Considera el poder adjudicador que la justificación de la oferta se ha realizado conforme a lo previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP pues la adjudicataria justifica la valoración sobre la base de su solvencia económica, de que se trata de un licitador individual que no precisa gestionar la coordinación con otras empresas, mediante la informatización y normalización de sus procesos de producción y que dispone de laboratorio propio de ensayos geotécnicos, y que la norma citada, al contrario de lo que afirma el recurrente, no señala la obligación de que se presente el desglose de costes en función de cada uno de los trabajos ofertados.

En lo que respecta a la falta de motivación de la adjudicación, considera que «(...) Lo que a la administración contratante le corresponde es la motivación de la exclusión de la oferta por considerarla temeraria y para ello la justificación aportada por la empresa, las circunstancias del mercado así como la solvencia de la empresa, que sirven como indicador o referencia del posible cumplimiento o incumplimiento del contrato». Manifiesta que según el artículo 152 del TRLCSP «(...) corresponde a la Mesa de Contratación la propuesta de aceptación o rechazo de la oferta incurso en presunción de temeridad, para lo cual solicita el asesoramiento técnico, que en ningún caso, Es decir, que lo que requiere de fundamentos razonados es la determinación tiene un sentido vinculante para la decisión a adoptar por la Mesa.»

SÉPTIMO: por su parte, la empresa Saitec, S.A., se reitera en las alegaciones efectuadas al Ayuntamiento de Bilbao con fecha 25 de febrero de 2012 e insiste en que dispone de solvencia técnica y capacidad financiera sobrada para realizar el contrato y manifiesta que el fin de la regulación de las ofertas desproporcionadas o anormalmente bajas, no es otro que el de evitar que pueda producirse un incumplimiento del contrato por parte de un contratista que carezca de solvencia para asumir la ejecución del contrato a los precios ofertados. A su juicio, la viabilidad de la ejecución del contrato no depende de cuál es la cantidad que pueda ganar o, en su caso, perder durante la ejecución



del contrato, sino de que cuente con personal adecuado y recursos económicos suficientes para afrontar el riesgo de eventuales pérdidas.

OCTAVO: La cuestión central del recurso es la impugnación de la adjudicación del contrato por considerar que la oferta de la adjudicataria se halla incurso en presunción de temeridad y que esta presunción no ha sido desvirtuada por la adjudicataria que ha eludido aportar dato o razonamiento con tal fin.

La cláusula 27 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) que rige el contrato y que no ha sido impugnado por ninguna de las partes, dispone lo siguiente en relación con las ofertas anormalmente bajas:

«27. OFERTAS CON VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS

Se establece: Se considerará ofertas con valores anormales o desproporcionados aquellas cuya cuantía sea inferior en más de 10% de la media aritmética de las ofertas admitidas».

En el escrito de alegaciones efectuado por Saitec, S.A. se reitera en las alegaciones efectuadas al Ayuntamiento de Bilbao con fecha 25 de febrero de 2013 en las que, además de la justificación de la baja efectuada, que más adelante se analizará, manifestaba su disconformidad con la forma en la que se había procedido al cálculo del umbral de temeridad. A su juicio, el cálculo se debía haber realizado sobre el coeficiente de baja ofertado conforme al modelo de oferta que figura como Anexo I al PCAP y no sobre el importe económico resultante de aplicar el coeficiente ofertado al presupuesto máximo de gasto del lote al que se licitaba.

A juicio de este órgano resolutorio, el poder adjudicador ha aplicado correctamente la cláusula 27 del PCAP pues ésta establece un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media aritmética de la cuantía de las ofertas realizadas y la cuantía (que hace referencia a un valor numérico) no puede ser otra que resultante de aplicar la fórmula que figura en la cláusula 25 del PCAP ($\text{Importe económico} = \alpha \cdot \text{presupuesto máximo de gasto/anual del lote}$) siendo el resultado de todo ello que la oferta de la adjudicataria se halle incurso en presunción de ser anormalmente baja y que como consecuencia de ello debe arbitrarse el procedimiento al que hace referencia el artículo 152.3 del TRLCSP.

NOVENO: El artículo 152.3 del TRLCSP es la transposición del artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta que esta disposición se halla redactada en términos imperativos y de la misma resulta claramente que el legislador de la Unión Europea ha querido obligar al poder adjudicador a verificar la composición de las ofertas anormalmente bajas, imponiéndole igualmente la obligación de



solicitar a los candidatos que aporten las justificaciones necesarias para demostrar que dichas ofertas son serias (STJUE de 29 de marzo de 2012, Caso SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, apartado 28).

Pues bien, apreciado que la baja efectuada por la empresa Saitec, S.A. superaba el umbral matemático establecido en la cláusula 27 del PCAP, el poder adjudicador solicitó a éste «(...) la justificación de la valoración económica de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas, las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para la ejecución de la prestación, etc.».

En un primer momento, la empresa Saitec, S.A. alegó su disconformidad con la forma de calcular el umbral de presunción de temeridad pero en contestación a un segundo requerimiento del poder adjudicador, con fecha 25 de febrero de 2013, presentó un escrito en el que manifiesta en relación con la oferta realizada:

- «1.- Que dispone de solvencia económica suficiente para abordar el contrato con los precios ofertados, ya que según su contabilidad auditada, dispone de recursos propios por un importe muy superior al importe contractual y carece de deudas financieras y sus recursos personales alcanzan a un total de 135 personas sin haber acometido hasta el momento ningún expediente de regulación de empleo.
- 2.- Se presenta sola a la licitación, no formando unión temporal de empresas lo que supone una mejora de la productividad simplemente por razones de coordinación y gestión, con un ahorro equivalente al 10 % del coste de producción.
- 3.- La economía del presupuesto ofertado radica en la elevada productividad que ha podido alcanzar debido al nivel de informatización y normalización de sus procedimientos de producción así como al de estandarización de determinadas disciplinas tecnológicas.
- 4.- En relación con los precios unitarios para ensayos geotécnicos, dispone de laboratorio propio de ensayos homologado, lo cual repercute en un ahorro económico adicional.»

A la vista de este escrito, no se puede estar de acuerdo con la afirmación efectuada por la recurrente de que Saitec, S.A. no aportó dato o razonamiento dirigido a justificar la viabilidad económica de la oferta presentada. Cuestión diferente es si la justificación que debía aportar era alguna de las que se indican en el artículo 152.3 del TRLCSP, esto es, «(...) al ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.»

La lista de justificaciones contenida en el artículo 152.3 del TRLCSP es la misma que la contenida en el artículo 55.1 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo. De la sentencia del TJUE anteriormente citada se deriva que estas justificaciones deben ser tomadas en consideración en el momento de la motivación de la exclusión de la oferta considerada anormalmente baja, pues



considera que si bien la lista no es exhaustiva, tampoco es, sin embargo, meramente indicativa y, por tanto, no confiere a los poderes adjudicadores libertad para determinar cuáles son los datos pertinentes que deben tomarse en consideración antes de rechazar una oferta que parezca anormalmente baja (apartado 30)

Sin embargo, el licitador podrá presentar en apoyo de su oferta todas las justificaciones que, habida cuenta de la naturaleza y de las características del contrato que se trate, considere apropiadas, sin limitación alguna y el poder adjudicador, por su parte, antes de adoptar la decisión de admitir o rechazar la oferta deberá considerar todas las justificaciones alegadas por el licitador (STJCE de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini contra Società Italiana per Condotte d'Acqua*, C-285/99 y C-286/99, apartado 82).

En este sentido, se hace preciso recordar que la adjudicataria invoca en su escrito de alegaciones su solvencia económica y financiera y técnica, siendo este dato valorado por el órgano de contratación, apoyándose para ello en el artículo 85.6 del RLCAP, cuya vigencia, por otra parte, ha sido confirmada en el Informe 34/12, de 14 de diciembre de 2012 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por lo que su proceder se ajusta a derecho.

Además, analizadas el resto de justificaciones efectuadas por Saitec, S.A. se observa que presenta dos justificaciones basadas en el ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato (informatización y normalización de procesos y ahorro de costes de gestión y coordinación por no presentarse en UTE) y una justificación basada en las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación (disponer de laboratorio de ensayos homologado propio), de lo que se concluye que el órgano de contratación, a la hora de sopesar la seriedad de la oferta realizada ha valorado los datos a los que se refiere el art. 152.3 del TRLCSP.

En contra de lo que sostiene la recurrente, se ha de señalar que el artículo 152.3 del TRLCSP, que traspone el artículo 55 de la Directiva 2004/18/CE, no exige que la justificación de la oferta realizada se base en «el desglose de costes en función de cada uno de los trabajos ofertados».

Este órgano resolutorio considera, al igual que el operador económico recurrente, que el umbral de temeridad establecido en el punto 27 de la carátula del PCAP, se trata de una presunción. Ahora bien, esta presunción puede ser desvirtuada de diversas formas y como indica la jurisprudencia del TJUE, el resultado que arroje la aplicación de un método de cálculo del umbral de anomalía basado en la media de todas las ofertas recibidas 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 (TJCE en la Sentencia TJCE de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini contra Società Italiana per*



Condotte d'Ácqua, C-285/99 y C-286/99, apartado 72). En este sentido, la consideración que realiza el poder adjudicador en su informe al recurso sobre el porcentaje de desviación de la baja de la oferta de la adjudicataria (3,96 %) sobre la media aritmética de las bajas de las ofertas admitidas, puede ser considerada correcta.

DÉCIMO: solicita el operador económico recurrente la nulidad de la adjudicación del contrato por entender que no ha motivado el contenido del Informe Técnico emitido por el Área de Obras y Servicios del Ayuntamiento de Bilbao, en sentido contrario a la acreditación de la viabilidad económica de la oferta de la adjudicataria del contrato.

Del expediente remitido a este órgano resolutorio se deduce que la mesa de contratación ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 152 del TRLCSP ya que requirió a la empresa la justificación de la oferta que contenía valores que pudieran ser considerados anómalamente bajos según los criterios fijados en la cláusula 27 del PCAP y posteriormente recabó el informe técnico exigido, tal y como consta en el acta de la sesión de la mesa de contratación de fecha 18 de abril de 2013. Teniendo en cuenta las alegaciones presentadas y el informe técnico del Área de Obras y Servicios, la legislación y doctrina jurisprudencial aplicable en la materia, la propia mesa estimó que «(...) que existen fundamentados argumentos de la capacidad y aptitud, tanto económica como técnica y profesional de SAITEC, S.A. para cumplir con la oferta presentada. (...) que no se ha evidenciado la conveniencia de un interés público que justifique la exclusión del procedimiento de contratación de la oferta presentada por SAITEC, S.A. (...).». La propuesta de la mesa queda recogida en la Resolución de 6 de mayo de 2013 del Concejal Delegado de Contratación de adjudicación del contrato.

Es cierto, como afirma la recurrente, que el informe del Área de Obras y Servicios consideraba que no se habían aportado datos suficientes que justificaran la oferta económica, pero no es menos cierto que la competencia para determinar si una proposición debe o no rechazarse reside en el órgano de contratación, no en el órgano técnico al que se solicita el informe. Además se ha de tener en cuenta que si bien, por imperativo de lo dispuesto en el art. 152 del TRLCSP la petición de dicho informe es preceptivo las conclusiones del mismo no son vinculantes para el órgano en el que reside la competencia para adjudicar el contrato.

El operador económico recurrente no puede alegar falta de motivación cuando de la documentación obrante en el expediente consta que ha tenido acceso al mismo y que se le han facilitado copias de la documentación solicitada, obrando en dicho expediente el acta de la mesa de contratación de fecha 18 de abril de 2013 en el que constan los motivos por los que se estima que la oferta de la adjudicataria ha de ser considerada seria. Podrá alegar que no está de acuerdo con los argumentos de la mesa de contratación y del Órgano de contratación pero no que desconoce los motivos de la adjudicación.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación presentado por la UTE Boslan Ingeniería y Consultoría, S.A. e Iñaki Aurrekoetxea eta bazkideak, S.L.P.U. contra la adjudicación del lote 1 del acuerdo marco que tiene por objeto la redacción de estudios previos, proyectos, dirección de obra y/o asistencia técnica a la dirección de obra relativos a urbanización, implantación de elementos electromecánicos de transporte y edificación.

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: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: 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, 2013ko irailaren 12a
Vitoria-Gasteiz, 12 de septiembre de 2013