



EB 2018/061

Resolución 086/2018, de 9 de julio de 2018, 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 la reclamación interpuesta por la Unión Temporal de Empresas ARTEONDO AUTOBUSAK, S.L. y AUTOPULLMANS ARABA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios regulares y de refuerzos en Urola Kosta y Debabarrena”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de mayo de 2018, la Unión Temporal de Empresas ARTEONDO AUTOBUSAK, S.L. y AUTOPULLMANS ARABA, S.L., interpuso una reclamación contra la adjudicación del contrato “Servicios regulares y de refuerzos en Urola Kosta y Debabarrena”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS (en adelante, ET).

SEGUNDO: El mismo día 24 de mayo se solicitaron al órgano de contratación el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante, LCSE), documentos que se han recibido el día 29 de mayo en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC / KEAO).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 4 de junio, se han recibido las alegaciones de la Unión Temporal de Empresas AUTOBUSES



DARIO, S.L., J.OLABARRIA, S.L., BUS ALCONADA, S.L.U, adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la reclamante y la representación de D. I.Z.A. y D.M.F.M.G, que actúan en su nombre.

SEGUNDO: Se trata de un acto impugnado, a la vista de lo dispuesto en el artículo 101.1 a) LCSE en relación con el artículo 16 a) LCSE.

TERCERO: La reclamación ha sido interpuesta en tiempo y forma. A estos efectos, debe desestimarse el reparo de la adjudicataria impugnada, que entiende que no puede admitirse porque, en lugar de interponer la reclamación prevista en la LCSE, la recurrente ha interpuesto el recurso especial previsto en el derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente, dicho recurso se recoge en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen 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). Como es bien sabido, el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común, establece que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter (ver, por ejemplo, la Resolución 89/2015 del OARC / KEAO). En este caso, es claro el carácter impugnatorio del escrito y también que, habida cuenta de su objeto, son aplicables los artículos 101 y siguientes de la LCSE. Si a ello se añade que tanto en el caso del recurso especial como en el de la reclamación el órgano competente para la resolución es este OARC / KEAO y que la finalidad y regulación de ambos medios impugnatorios es sustancialmente similar, resultaría del todo punto desproporcionado y contrario al antiformalismo que rige en esta materia no tramitar la reclamación.



CUARTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, ET tiene la condición de entidad contratante sujeta a la LCSE, según sus artículos 3.1 a) y 10.

QUINTO: La reclamación se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Se considera que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida por anormalmente baja, ya que no cubre los costes mínimos, según los cálculos que se aportan, por lo que debe considerarse inviable. La citada proposición puede calificarse como una “venta a pérdida”, cuyo único objetivo es eliminar a los competidores de la licitación; en lo que se refiere a los “Refuerzos puntuales”, es totalmente desproporcionado el precio de la oferta de la adjudicataria, además de incoherente con el resto de su oferta; se alega que no se cubren los costes.

b) El tiempo de respuesta facilitado por la adjudicataria es inviable, ya que el vehículo ofertado se encontrará en una de las tres naves ofertadas, pero no en las tres a la vez.

c) La oferta de flota de la UTE AUTOCARES ALUSTIZA BIDAIK, S.L., BARRIO AUTOBUSAK, S.L. y AUTOBUSES ALDALUR ANAIK, S.L. incumple un requisito mínimo obligatorio solicitado por los apartados 9.1.5 y 9.2.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (PPTP), dado que no dispone de plazas de pie.

d) Debido a un error aritmético, la suma de puntos de la valoración de la recurrente no es correcta, de modo que su puntuación global debe incrementarse en 0,50 puntos.

e) Finalmente, se solicita la anulación de la adjudicación y la exclusión de la UTE adjudicataria por contener valores anormales o desproporcionados, la exclusión de la UTE AUTOCARES ALUSTIZA BIDAIK, S.L., BARRIO AUTOBUSAK, S.L. y AUTOBUSES ALDALUR ANAIK, S.L. por incumplir los



pliegos y la revisión de las puntuaciones y la retroacción de actuaciones al momento anterior al dictado del acto impugnado.

SEXTO: Los argumentos de la UTE alegante son, en síntesis, los siguientes:

a) El Pliego de Condiciones Generales (PCG) se remite, en materia de apreciación de la anormalidad o desproporción de las ofertas, a lo que disponga su carátula, que no menciona nada al respecto, por lo que debe aplicarse el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP); aplicando este precepto, no cabe considerar anormalmente baja la oferta de la adjudicataria, por lo que no se aplicó el procedimiento previsto en el artículo 82 de la LCSE. No es correcto afirmar la inviabilidad de la oferta porque no se corresponde con los costes estimados con base en la herramienta OTEUS, pues, entre otras cuestiones, no se tienen en cuenta las economías de escala; se alega que las recurrentes fueron adjudicatarias del contrato con el mismo objeto durante los ejercicios 2016 y 2017 por un importe que tampoco alcanza los costes mínimos a los que alude el recurso.

b) Respecto a la valoración del “Tiempo de respuesta”, se alega que no hay tres naves ofertadas, sino dos; asimismo, se omiten los horarios y servicios de la línea afectada, que explican los tiempos de respuesta.

c) La existencia de plazas de pie en vehículos de 7 metros para las líneas DBO5 y UKO7 no son requisitos mínimos obligatorios. El error aritmético alegado por la recurrente debe subsanarse, en su caso.

d) Se alega que el recurso tiene la finalidad de continuar con la prestación del servicio, lo que demuestra su mala fe, por lo que procede la interposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP, en su tercio más alto.

SÉPTIMO: Por su parte, EUSKO TRENBIDEAK se opone a la estimación de la reclamación por los motivos que a continuación se resumen:



a) Si bien el punto 8.1 del PCG establece que no se aceptarán las proposiciones que contengan valores anormales o desproporcionados, no es menos cierto que se remite a la carátula, documento en el que deben determinarse qué valores y con qué alcance tendrán esta consideración; en este caso, la carátula no contiene mención alguna al respecto porque no se consideró necesario. Por lo tanto, decae el requisito previo para apreciar la temeridad. Además, se alega que, en cualquier caso, los argumentos del recurrente para demostrar la inviabilidad de la oferta se basan en una estructura de costes mínimos elegida interesadamente y que no se basa en los pliegos; asimismo, nada impide que el contrato se realice sin margen de beneficio, incluso con pérdidas, siempre que no se comprometa la viabilidad del contrato. En el caso particular de la anormalidad de los precios ofertados para los refuerzos puntuales, se llama la atención sobre el hecho de que solo se consideren anormales por exceder el precio del kilómetro por línea los precios del adjudicatario y no los del segundo clasificado; además, es un error pensar que el precio por kilómetro se debe ceñir al coste de los servicios especiales, como si fueran compartimentos estancos, pues es libre decisión empresarial cómo se reparten los costes y precios de un servicio global.

b) No hay razón para considerar que los tiempos de respuesta del autobús de reserva de la adjudicataria no sean posibles, ello depende de la forma de organizarse, teniendo a su disposición tres cocheras con diferentes ubicaciones; en este punto, el recurso parte de una premisa errónea, ya que el PPTP no exige que el autobús esté ubicado permanentemente en una única cochera.

c) Por lo que se refiere a la exigencia de un vehículo titular con plazas de pie, no es un elemento esencial del servicio y el incumplimiento del requisito no se contempla en los pliegos expresamente como motivo de exclusión de la proposición.



d) En cuanto al error aritmético, la entidad adjudicadora reconoce su existencia y que su corrección incrementa la puntuación de la recurrente en 0,50 puntos, pero ello no altera la clasificación de las ofertas.

OCTAVO: Previamente al análisis de los motivos de reclamación, debe señalarse que la oferta de la reclamante es la tercera clasificada después de la aplicación de los criterios de adjudicación. Por ello, la satisfacción del interés legítimo implícito en la reclamación solo se satisface si este Órgano resuelve la exclusión de las dos proposiciones que la preceden o una revisión de las puntuaciones que altere dicho orden. A partir de esta premisa, las apreciaciones del OARC / KEAO son las siguientes:

a) Por lo que se refiere a la alegación de anormalidad o desproporción de la oferta de la adjudicataria, debe tenerse en cuenta que el artículo 82 de la LCSE, precepto que rige las ofertas anormales o desproporcionadas en el ámbito objetivo en el que se incluye el contrato impugnado, no exige que los pliegos de la licitación incluyan los parámetros objetivos que deberán permitir identificar las proposiciones inicialmente sospechosas (como sí hace, por ejemplo, el artículo 149.2 b) de la LCSP). Por lo que se refiere a los pliegos de la licitación, el apartado 8.1, párrafo sexto, del PCG establece que no se aceptarán proposiciones que contengan valores anormales o desproporcionados, siendo la carátula el documento en el que se determinan los concretos valores que tendrán tal consideración y con qué alcance; la carátula del expediente no contiene mención alguna al respecto. A juicio de este Órgano, ello debe interpretarse en el sentido de que, ante este silencio de la documentación contractual, se aplica el régimen previsto en la LCSE. Como ya se ha dicho, este régimen se caracteriza por no precisar de parámetros objetivos previamente establecidos (reglamentariamente o en los pliegos) para identificar las ofertas inicialmente sospechosas de anormalidad, dejando al órgano de contratación un amplísimo margen discrecional para estimar cuándo una proposición es anormalmente baja "...en relación con la prestación" (artículo 82 de la LCSE). Por todo ello, ET, que no inició el procedimiento previsto en el citado artículo 82 de la LCSE, no tenía ninguna obligación



reglada de hacerlo, y tampoco hay norma alguna que le obligue a motivar expresamente su decisión, para la que cuenta con un amplio margen de discrecionalidad (ver, por ejemplo, la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO).

A la vista de lo anterior, hay que decir que el recurso no demuestra, con la rotundidad que exige una decisión tan grave como la exclusión de un licitador, que la oferta sea inviable y que la actuación de ET admitiendo la oferta haya sido ilegal o arbitraria. En particular, se observa que la baja de licitación del adjudicatario no es excesivamente llamativa respecto a la media de todas las ofertas (no llega, por ejemplo, al 10% que señala el artículo 85.4 del RGLCAP) y que el recurrente es el actual prestador del servicio por un precio que, según sus propios cálculos, tampoco cubriría los costes mínimos. Además, frente al margen de discrecionalidad que ampara a la entidad adjudicadora, el recurso aporta una valoración de costes propia de la que no se deduce la inviabilidad de la proposición, sino solo, en el mejor de los casos, la ausencia de beneficio. Debe señalarse que probar dicha inviabilidad es la finalidad de la institución de la oferta anormal o desproporcionada, y que incluso la venta a pérdida es admisible si ello no compromete la correcta ejecución del contrato (ver la Resolución 118/2016 del OARC / KEAO). Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

b) Habida cuenta de la desestimación del motivo de exclusión de la oferta del adjudicatario, no es preciso el análisis de los demás motivos de impugnación, puesto que ya no es posible que la reclamante pueda acceder a la primera posición en el listado de proposiciones. En este sentido, se observa que ni siquiera aceptando la existencia del error aritmético en las puntuaciones y suprimiendo la puntuación conseguida por la oferta de la adjudicataria impugnada en la valoración de los tiempos de respuesta se llegaría a superar la diferencia que la separa de la del reclamante. Asimismo, la hipotética estimación del motivo relativo a la infracción del PPTP por la segunda clasificada y la correspondiente exclusión tampoco serviría para obtener la adjudicación.



Por todo ello, la reclamación debe desestimarse. Sin embargo, no cabe acceder a la petición de imposición de la sanción por temeridad o mala fe en la interposición de la reclamación, prevista en el artículo 106.5 de la LCSE. Debe tenerse en cuenta que, a pesar de la desestimación, la impugnación no carece de argumentos jurídicos; por otro lado, el posible perjuicio causado por la suspensión de la adjudicación es siempre inherente a la propia reclamación cuando se ataca la adjudicación del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en los artículos 101 y siguientes de la LCSE 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 la reclamación interpuesta por la Unión Temporal de Empresas ARTEONDO AUTOBUSAK, S.L. y AUTOPULLMANS ARABA, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios regulares y de refuerzos en Urola Kosta y Debarrena”, tramitado por EUSKO TRENBIDEAK – FERROCARRILES VASCOS.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.4 LCSE.

TERCERO: 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 106.5 de la LCSE.



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 108.1 de la LCSE.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko uztailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de julio de 2018