EB 2014/90

Resolución 94/2014, de 18 de septiembre de 2014, 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE Easo – Cedesport contra su exclusión del contrato de prestación del servicio UDA, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del PMD, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 1 de agosto de 2014 la UTE Easo – Cedesport (en adelante, "la UTE") presentó ante el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del contrato de prestación del servicio UDA, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del PMD, según acta de la Mesa de Contratación de 30 de julio de 2014.

El recurso especial, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Eukal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administración Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 8 de agosto de 2014

SEGUNDO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa BPXPORT KIROL ZERBITZUAK, S.L. (en adelante, “BPX”).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se ha acreditado la legitimación de los recurrentes en su condición de empresas participantes en el procedimiento de contratación (artículo 42 del TRLCSP), así como la representación de S. A.P. que actúa en nombre de C.N. Easo, y de G. L.R. que actúa en su nombre de Cedesport.

SEGUNDO: Se trata de un contrato de servicios de la categoría 26 del Anexo II cuyo valor estimado asciende a 4.663.431,79 euros, por lo que está incluido en el ámbito del recurso especial en materia de contratación (artículo 40.1 a) del TRLCSP).

TERCERO: El artículo 40.2 b) TRLCSP establece que serán susceptibles 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.»

El acto recurrido es la exclusión de la UTE por considerarse su oferta económicamente inviable, acordada por la Mesa de contratación en su reunión de 30 de julio de 2014.

CUARTO: El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma. El poder adjudicador alega la falta de presentación del anuncio previo exigido por el artículo 44.1 TRLCSP, pero tal omisión no es relevante cuando el recurso se presenta ante el propio órgano contratación, como es el caso (ver, por ejemplo, la Resolución

181/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC).

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el PMD tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración pública, según el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: El recurrente alega que su oferta fue excluida del procedimiento de adjudicación "por considerarla económicamente inviable", sin constar motivación suficiente, cuando la baja de licitación fue únicamente del 8,3% y se presentaron cálculos justificativos sobre los que no se apreció anomalía alguna; por otro lado, dado lo alambicado del concurso, si una baja del 8,3% es inviable y el 93% del coste consiste en salarios, se podría considerar inviable el contrato para cualquier empresa con el más mínimo ánimo de lucro; finalmente, solicita que la oferta sea reconsiderada y / o auditada para considerarla económicamente viable y por tanto "clasificarnos en el concurso."

SÉPTIMO: Por su parte, BPX alega que el desglose económico del precio unitario del servicio ofertado por la recurrente no comprende todos los conceptos que debiera incluir (plus de antigüedad, personal de coordinación, seguro de responsabilidad civil, inversiones, suplencia de las bajas del personal, plus de transporte), resultando una proposición inviable; asimismo, la decisión de exclusión se enmarca dentro de la discrecionalidad técnica que asiste al órgano de contratación, la cual no puede ser revisada en vía de recurso especial.

OCTAVO: El poder adjudicador, en síntesis, alega que la decisión de exclusión de la oferta por ser económicamente inviable se fundamenta en un informe del servicio técnico del PMD elaborado a partir de la documentación solicitada a las empresas, el cual contiene un estudio detallado y argumentado de los conceptos e indica los errores y omisiones de la oferta (referidos sobre todo a aspectos salariales de las relaciones laborales en las que el adjudicatario

deberá subrogarse); este informe está amparado por el margen de discrecionalidad técnica que corresponde a la Administración, que no puede ser fiscalizado por el órgano que resuelve el recurso especial aplicando criterios jurídicos.

NOVENO: El análisis del motivo del recurso debe partir de que el acto impugnado es una exclusión por considerar que la oferta del recurrente es económicamente inviable, es decir, por considerar que es anormalmente baja o desproporcionada hasta el punto de que no puede ser normalmente cumplida. En este sentido, debe descartarse que la exclusión se deba a que la oferta es irregular o inaceptable porque se incumplen obligaciones fijadas en los Pliegos, como es que el desglose de costes presentado omita ciertos conceptos económicos en ellos contenidos, fundamentalmente de índole salarial.

En primer lugar, debe recordarse que las obligaciones empresariales en materia salarial se derivan de la legislación, los convenios colectivos o los contratos, no de los pliegos de contratación pública. En segundo lugar, el hecho de que el impacto económico de dichas obligaciones (que, por otro lado, no son fijas en el tiempo sino que pueden variar dentro del margen de la negociación colectiva o las leyes laborales) no esté debidamente reflejado en el desglose de la oferta no puede deducirse un incumplimiento de las mismas. Por ello, es claro que lo que el poder adjudicador ha pretendido en el acto de exclusión impugnado es, usando sus propias palabras, un “estudio de la viabilidad económica de las ofertas realizadas conforme a las determinaciones del pliego”, es decir, un análisis de si la oferta es temeraria hasta el punto de comprometer la correcta ejecución del contrato.

Consecuentemente con lo anterior, hay que señalar que el artículo 152.2 TRLCSP, que regula el sistema de apreciación de la anormalidad o desproporción de la oferta, es aplicable al procedimiento negociado con uso de varios criterios de valoración, que es el que se ha seguido en el contrato impugnado. Esta conclusión se apoya en la literalidad y la sistemática del

TRLCSP, que en su párrafo 2. regula su apreciación «Cuando para la adjudicación debe considerarse más de un criterio de valoración», sin que se excluya ningún tipo de procedimiento de adjudicación, y el epígrafe en el que se inserta (Normas generales de la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas) se aplica también a los procedimientos negociados. Si bien cierta doctrina (ver, por ejemplo, el informe 1/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña) señala que algunas reglas de este epígrafe deben relativizarse a la vista de la peculiar naturaleza negociadora del procedimiento, como las que regulan el secreto de las ofertas, ése no es el caso de las relativas a la temeridad. Téngase en cuenta que la finalidad de estas reglas, de inspiración comunitaria, es descartar, mediante un procedimiento que garantice la audiencia al licitador sospechoso, las ofertas cuyas condiciones excepcionalmente ventajosas hagan dudar de que la prestación pueda ser efectivamente cumplida en tales términos. No hay motivo para pensar que estas ofertas temerarias no puedan darse también en un procedimiento negociado ni para creer que el legislador haya querido darles un tratamiento distinto. Cuestión distinta es que las peculiaridades del procedimiento negociado puedan flexibilizar la aplicación concreta del sistema, pero no cabe que en ningún caso se omita el contenido esencial del artículo 152 del TRLCSP en sus párrafos 2. y 3., es decir, la expresión en los pliegos de los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la audiencia al empresario sospechoso y el asesoramiento del servicio técnico correspondiente.

Llegados a este punto, debe comprobarse si el acto de exclusión ha cumplido los requisitos previstos en la legislación aplicable para excluir una oferta por ser anormalmente baja o desproporcionada. El primer requisito establecido en el artículo 152.2 TRLCSP es que, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración (como en el caso analizado), se expresen en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, la existencia de temeridad. La doctrina de los órganos que resuelven

el recurso especial en materia de contratación establece que no es posible apreciar temeridad en las ofertas si dichos parámetros no se han consignado en los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 32/2014 de este Órgano). En el contrato que nos ocupa, la cláusula III.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establece que «En la valoración de las proposiciones económicas se aplicará el régimen de proposiciones desproporcionadas o anormales dispuesto en el art. 152 del RD Legislativo 3/2011 y 85 del RGLCAP.» Contrastado este último precepto con los datos que figuran en el expediente, se constata que la oferta del recurrente no puede considerarse inicialmente incursa en sospecha de anormalidad o desproporción, por lo que se concluye sin que sea necesario ningún análisis adicional que su exclusión no es ajustada a derecho y que el motivo de impugnación debe ser aceptado.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a 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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE Easo – Cedesport contra su exclusión del contrato de prestación del servicio UDA, Kirol Ekintzak y natación escolar en las instalaciones de gestión directa del PMD, tramitado por el Patronato Municipal de Deportes de Donostia – San Sebastián, anulando el acto impugnado, ordenando la admisión de su oferta y la retroacción de actuaciones hasta el momento anterior a la exclusión.

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

TERCERO: 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, 2014ko irailaren 18a

Vitoria-Gasteiz, 18 de septiembre de 2014