



EB 2021/180

Resolución 009/2022, de 17 de enero, 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 INCOPE CONSULTORES, S.L. frente a su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Coordinación de seguridad y salud en los trabajos de restauración, conservación, recuperación y mejora ambiental de cauces y márgenes de ríos y arroyos y del litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua (URA).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de septiembre de 2021 se ha registrado en el 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 presentado ante el órgano de contratación por la empresa INCOPE CONSULTORES, S.L. frente a su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Coordinación de seguridad y salud en los trabajos de restauración, conservación, recuperación y mejora ambiental de cauces y márgenes de ríos y arroyos y del litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua (URA). Junto al escrito de recurso el poder adjudicador ha remitido una copia del expediente de contratación y 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).



Nahi izanez gero, J0D0Z-T3CED-Z3VD bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T3CED-Z3VD en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



SEGUNDO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de septiembre, se han recibido las alegaciones de la empresa BPG COORDINADORES EN SEGURIDAD, S.L. (en adelante, BPG), el día 29 de septiembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de P.J.L. que actúa en su nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El acuerdo de adjudicación objeto de impugnación indica erróneamente que contra el mismo podrá interponerse recurso potestativo de alzada en el plazo de un mes.

En el acuerdo de adjudicación no consta de forma correcta el recurso procedente ni el órgano ante el que ha de presentarse dicho recurso (artículo



46 de la LCSP) -si bien indica dónde puede presentar el de alzada- lo que incumple el artículo 40.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Según ha establecido reiteradamente este OARC / KEAO (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 94/2016 y 162/2020, así como la doctrina del Tribunal Supremo que se resume, entre otras, en sus sentencias de 5 de diciembre de 1989 y de 12 de mayo de 2011), en los supuestos de notificaciones que contengan información procedimental errónea debe aplicarse el principio de que dichos defectos no pueden perjudicar al particular, debiendo tenerse por interpuesta en plazo y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera sea el momento en el que se produzca. Por tanto, de conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

Dado que el recurso se considera interpuesto en tiempo y contra un acto susceptible de ser impugnado en recurso especial (el acuerdo de exclusión), no puede oponerse que el contrato se ha formalizado, pues ello supondría que INCOPE CONSULTORES se vería perjudicado en su derecho al recurso por una circunstancia de la que no es responsable.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Agencia Vasca del Agua 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

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) En orden a justificar la viabilidad de su oferta INCOPE ha aportado un desglose del precio ofertado en costes directos e indirectos (42.739,06 €) y un beneficio industrial del 10,13 por ciento (3.831,51 €), lo que pone de manifiesto



la viabilidad de la oferta a los efectos de la justificación de la baja porque este último concepto elimina el riesgo de que se produzca un posible incumplimiento en el período de ejecución del contrato.

b) El órgano de contratación opone a este desglose dos cuestiones: que no prevé la sustitución del personal por vacaciones y que el cómputo mensual de kilómetros a realizar calculado (700 km) debe ser aumentado en 375 km. No obstante, el Órgano de contratación no ha valorado que el desglose del precio prevé unos gastos generales del 13 por ciento, que absorbe de forma evidente el incremento derivado de estos dos conceptos que no vienen previstos en los pliegos de la licitación.

c) Finalmente, solicita que se anule la adjudicación del contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de BPG

BPG, adjudicatario del contrato, opone que el contrato está firmado, con las consecuencias que ello supone, y que está plenamente de acuerdo con el informe desestimatorio de la justificación de la baja efectuada por INCOPE, ya que el kilometraje puede superar al reflejado en el informe (1.075 Km/mes), además de no contemplar los gastos de autopista, dietas del personal asignado al contrato o absentismo. Por último, señala que INCOPE estaría en pérdidas conforme al convenio colectivo que aplica a su personal.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso, en síntesis, por las siguientes razones:

a) Que los gastos generales no absorben la sustitución del personal por vacaciones ni ha sido mencionado ni justificado por la empresa. En cualquier caso, se debería haber considerado coste directo y no una reducción de los



gastos generales de la empresa, que habitualmente son aquellos que no pueden ser considerados como costos directos de la producción, pero que son necesarios para el funcionamiento de la empresa.

b) Si bien los pliegos no incluyen una previsión de kilómetros, si se indica, por un lado, que el coordinador de seguridad y salud tendrá una dedicación del 60 %, así como una previsión de las unidades de elaboración de informe de la visita realizada que asciende a 288 informes de visitas en 24 meses, lo que supone una media de 12 visitas mensuales. Si se tiene en cuenta que las actuaciones abarcan todo el territorio de la CAPV (7.234 Km²) y las distancias existentes entre los diversos puntos del territorio (puede alcanzar 180 Km), los calculados por INCOPE son insuficientes.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la viabilidad de la impugnación debe partir del contenido de los actos fundamentales del procedimiento de verificación de la anormalidad de la oferta previsto en el artículo 149 de la LCSP:

Requerimiento de justificación de la baja

El requerimiento de justificación de la baja indica lo siguiente:

(...)

En particular, se le requiere para que aporten la documentación relativa a la justificación de la viabilidad de su oferta sobre los aspectos que se detallan a continuación:

1. Sueldos y tablas salariales aplicadas al personal encargado de la ejecución del trabajo
2. Beneficio industrial aplicado
3. Horas previstas para la ejecución del trabajo
4. Desplazamientos y dieta

Justificación aportada por la UTE

La justificación presentada por el recurrente se divide en cuatro apartados: el primero, para señalar que es una empresa especializada, el segundo la



formación, el tercero el equipo técnico y, finalmente, en el cuarto, el análisis de costes cuyo contenido es el siguiente:

ANÁLISIS DE COSTES

Costes directos:

➤ Salario del técnico

En la actualidad, la nómina bruta mensual del trabajador designado para el desarrollo de los trabajos está en el nivel dos del *Convenio Colectivo de nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos* que, con el plus convenio y el complemento del técnico ofertado resulta ser el siguiente:

NIVEL 2 (CSS)	
Sueldo base	1.291,04 €
Plus Convenio	1 95,81 €
Antigüedad	64,55 €
P.P. paga extra	2 15,17 €
TOTAL	1.766,57 €
35% S.S.	2,384,87 €

Lo que supone un coste empresa de 2.384,87 € que, con una dedicación estimada de 60% de la jornada del técnico asignado al contrato, supone un coste empresa de 1.430,92 €/mes, por 24 meses estimados de obra, 34.342,18 €.

➤ Vehículos y telefonía móvil

Tal como ya se ha comentado anteriormente, INCOPE consultores cuenta con implantación en proximidad a la zona de obra. Esto hace que se pueda considerar una notable reducción de costes de desplazamiento.

Los costes imputables a los vehículos de empresa soportados por Incope Consultores S.L. actualmente, considerando el coste por kilómetro establecido por el mismo *Convenio Colectivo de nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos*, equivalen a un coste total en locomoción de 0,19 €/km. Si estimamos los km en una media de 700 km realizados por el técnico al mes, el coste estimado total en locomoción resulta ser de 133,00 €/mes por técnico, lo que supone un coste empresa, por 24 meses estimados de obra, de 3.192,00 €.

Los costes imputables a telefonía entran dentro del acuerdo marco de la empresa que supone del orden de 12,00 €/mes por línea de teléfono móvil, lo que supone un coste empresa por 24 meses estimados de obra, 288,00 €.

➤ Costes indirectos y gastos generales de empresa:

Los previsibles gastos de oficina, dirección y resto de gastos generales se estiman en el habitual porcentaje utilizado por la administración del 13%, lo que supone un coste de 4.916,88 € de costes indirectos.

➤ Resultado:



La suma de los costes directos e indirectos hacen un total de 42.739,06 € que están por debajo del precio ofertado en nuestra oferta económica de importe 46.570,57 €, lo que supone un Beneficio Industrial del 10,13%.

RESUMEN COSTE EMPRESA		
CONCEPTO	MENSUAL	TOTAL
Personal	1.430,92 €	34.342,18 €
Vehículo	133,00 €	3.192,00 €
Teléfono	12,00 €	288,00 €
COSTE DIRECTO	1.575,92 €	37.822,18 €
GASTOS GENERALES	204,87 €	4.916,88 €
COSTES TOTALES	1.780,79 €	42.739,06 €
BENEFICIO	159,65 €	3.831,51 €
% Beneficio industrial	10,13%	10,13%
TOTAL	1.940,44 €	46.570,57 €

Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de INCOPE no se consideraron convincentes, lo que supuso la exclusión de su oferta, son, resumidamente, las que se expresan a continuación:

1) En relación con los costos directos imputables al salario del técnico

Se observa que asigna un coste por la realización de las tareas durante 24 meses, que es a lo largo del plazo del contrato, pero no asigna el coste de sustitución del personal por vacaciones, aspecto relevante dado que el contrato del área de obras, restauración y conservación se desarrolla de manera ininterrumpida durante todo el año, necesitando la sustitución del coordinador durante sus vacaciones, incrementado el coste total en una asignación mensual adicional cada año. Aspecto que incrementa los costes directos en un 7,69 % anual

2) En relación con los costes directos imputables al vehículo

Se observa que el cómputo mensual de kilómetros, está estimado en 700 Km al mes, distancia que se estima es muy inferior a la que debe recorrer el coordinador para las visitas semanales a las obras, que se realizan en los términos municipales de las tres cuencas, y que son, las Cuencas Mediterráneas, Cuencas Cantábricas Occidentales y Cuencas Cantábricas Orientales, ámbito que se estima que para la dedicación del 60 %, es decir 3 días a la semana, hace previsible al menos la realización de unos 1075 km mensuales, y así cumplir con las necesidades medias para realizar los informes de las visitas que dan cumplimiento al objeto del



contrato. Se estima que esta propuesta tiene un déficit del orden del 35% de las necesidades reales de desplazamiento

A la vista de todo ello, se expone a continuación el criterio del OARC / KEAO sobre la razonabilidad de la impugnación.

a) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

A propósito del artículo 152 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y más recientemente, en relación con el artículo 149 de la LCSP, este Órgano ha formado su doctrina sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones (ver, por todas, la Resolución 63/2019 y las que en ella se citan); por su relevancia para el caso, deben señalarse los siguientes aspectos de la misma:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, el cual permite excluir las ofertas anormalmente bajas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de 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 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; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) 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 (...) ; esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO).

- 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 los motivos del recurso y la motivación del acto impugnado

El recurrente fundamenta su impugnación, en síntesis, en que la motivación ofrecida por el poder adjudicador para considera su oferta como anormal incurre en un error en la valoración de las justificaciones aportadas en orden a acreditar su viabilidad. Este Órgano entiende que el informe que fundamenta el acto impugnado no es suficiente para justificar el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en esta materia por las siguientes razones:

- 1) Nos encontramos ante un contrato en el que el sistema de determinación del precio es por precios unitarios. Así, los licitadores han de ofertar dos precios unitarios (uno por la elaboración de informes de visitas y otro por “Reuniones formativas y preparaciones de otros informes”) y el abono del precio del contrato se efectuará mediante certificaciones mensuales (cláusula específica 5.2 del PCAP), cuya valoración total se efectuará aplicando los precios de



estas unidades al número de las ejecutadas (artículo 197.b) del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), especificándose que La cuantía de unidades de actuación a ejecutar responderá a las necesidades de URA, no existiendo ninguna obligatoriedad por parte de URA de mantener un determinado gasto mensual. La empresa adjudicataria deberá asumir esta variabilidad o inexistencia de carga de trabajo en diferentes periodos (cláusula específica 5.1 del PCAP). De lo expuesto se deduce que el poder adjudicador no conoce con exactitud el número de informes que puede requerir al adjudicatario, que puede ser menor y, por otra parte, que éste debe asumir que puede encontrarse con que realmente ejecute un número de unidades diferente al que ha servido para elaborar su oferta; ambas cuestiones implican la dificultad de afirmar que la proposición es anormalmente baja por basarse en un cálculo inadecuado de los costes.

- 2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, si bien URA está amparada por un margen de discrecionalidad técnica en su tarea de verificación de la anormalidad de la oferta, el informe no acredita que la justificación aportada sea incompleta o se fundamente en hipótesis o prácticas inadecuadas desde el punto de vista técnico, jurídico o económico, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales (artículo 149.4 de la LCSP). En particular, no se puede considerar que la justificación sea incompleta por el hecho de que el desglose no incluya el salario del técnico de sustitución durante las vacaciones, pues si bien se requiere la adscripción de un técnico al contrato y que en periodos de vacaciones éste haya de ser sustituido, lo cierto es que puede que su labor no sea demandada de forma homogénea los 12 meses del año, habida cuenta de que el propio PCAP prevé la posibilidad de que puedan existir periodos con menos cargas de trabajo, o incluso ninguna (cláusula específica 5.1), por lo que la no previsión de dicho coste no puede resultar determinante para considerar la falta de viabilidad de la oferta. Análoga reflexión cabe ser realizada respecto al número de



kilómetros que debe realizar el técnico: si no existe determinación sobre el número de informes a realizar, tan válida puede ser la cifra de kilómetros calculada por la adjudicataria como la efectuada por el poder adjudicador.

- 3) Finalmente, cabe señalar que frente a las justificaciones aportadas por el recurrente (dedicación del personal asignado al contrato, salario aplicado al personal, beneficio industrial y gastos de desplazamiento y dieta), que responden a todas las explicaciones requeridas, el informe del poder adjudicador que las descarta se halla incompleto, pues el desglose de costes aportado por la adjudicataria incluye conceptos como el de gastos generales (13 %) y beneficio industrial (10,13 %), cuyos márgenes debería haber analizado al objeto de determinar su incidencia sobre la viabilidad de la oferta.

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la oferta de INCOPE sea readmitida y le sean aplicados los criterios de adjudicación sujetos a fórmula en los términos previstos en los pliegos que rigen el procedimiento de adjudicación. Asimismo, en la medida que la exclusión del procedimiento ha podido impedir al recurrente la obtención del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP y artículo 49.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se anulan los actos de adjudicación y formalización del contrato, que son los sucesivos en el procedimiento al de la exclusión de la oferta de la recurrente.

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 INCOPE CONSULTORES, S.L. frente a su exclusión en el procedimiento de adjudicación del contrato de “Coordinación de seguridad y salud en los trabajos de restauración, conservación, recuperación y mejora ambiental de cauces y márgenes de ríos y arroyos y del litoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua (URA), en los términos establecidos en la letra c) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022eko urtarrilaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de enero de 2022