



EB 2023/044

Resolución 106/2023, de 7 de junio, 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 interpuesto por la mercantil RADIMER SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de mantenimiento y adecuación del alumbrado público, instalaciones semafóricas e instalaciones de los edificios públicos”, tramitado por el Ayuntamiento de Alonsotegi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 2 de marzo de 2023 la mercantil RADIMER SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. (en adelante, RADIMER o la recurrente) interpuso 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) un recurso especial contra la adjudicación del contrato de “Servicios de mantenimiento y adecuación del alumbrado público, instalaciones semafóricas e instalaciones de los edificios públicos”, tramitado por el Ayuntamiento de Alonsotegi.

SEGUNDO: El día 3 del mismo mes este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, 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). Dicha documentación se recibió entre los días 7 y 8 de marzo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 9 de marzo, no se han recibido alegaciones.



Nahi izanez gero, J0D0Z-T4PVR-GPZ6 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T4PVR-GPZ6 en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.M.C. 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 servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Alonsotegi tiene la consideración de poder adjudicador por su condición de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que, en síntesis, alega la recurrente son los siguientes:



- a) La adjudicación efectuada en beneficio del licitador EKOLED S INNOVATION, S.L. (en adelante, EKOLED S o la adjudicataria) ha sido indebida por encontrarse en temeridad y no haber sido justificada la misma con un mínimo de seriedad.
- b) Asimismo, la aceptación por parte del poder adjudicador de la justificación dada por EKOLED S ha sido inmotivada, vulnerándose el principio de discrecionalidad técnica e incurriendo en arbitrariedad.
- c) La oferta de la adjudicataria vulnera los derechos de los trabajadores y del principio de libre competencia, pues se infringe tanto el Convenio del Metal de Bizkaia como el salario mínimo interprofesional para los casos de obra civil. Asimismo, la oferta de EKOLED S impide y restringe la libre competencia injustificadamente, al impedir a los restantes licitadores ofertar precios unitarios conforme a mercado y no conforme a céntimos de euro, como ha hecho la adjudicataria.
- d) Existe un incorrecto cálculo de la apreciación de las ofertas desproporcionadas o temerarias, pues se desvía de lo previsto en el artículo 85.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y por calcular dicha baja sobre ítems individualizados y no en los bloques que conforman y agrupan a los mismos.
- e) Finalmente, solicita que se anule el acto impugnado.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los argumentos que concluye de la siguiente manera:

- a) Deben señalarse dos circunstancias concurrentes en el presente caso: (i) que la oferta de la recurrente también incurrió en supuesto de baja desproporcionada y (ii) que la empresa EKOLED S viene prestando el mismo servicio que se licita desde el año 2017.



- b) Ciertamente, puede calificarse como poco ético el comportamiento de la adjudicataria al ofertar unos precios muy por debajo de los que reclamó como precios de licitación en un recurso especial previo contra los pliegos. En este sentido, parece haber realizado un uso abusivo del recurso especial, pero ello, por sí mismo, no puede conllevar a la exclusión de la oferta en la presente licitación por no existir argumentos legales para ello.
- c) Respecto al sistema de establecimiento de precios unitarios utilizado por EKOLEDs, consistente en dividir entre 10 el precio base, al margen de delatar una falta de dedicación al estudio pormenorizado de cada precio ofertado, no implica la exclusión de su oferta, pues la baja realizada ha sido justificada correctamente.
- d) No se comparte la alegación relativa a la incorrecta valoración de la justificación de la baja temeraria, ya que, por ejemplo, poseer un elevado stock que se encuentra ya amortizado puede resultar una ventaja indudable en la oferta a realizar.
- e) Con relación a la alegación sobre la vulneración de los derechos laborales, debe indicarse que la adjudicataria señaló, con motivo de la justificación de la baja en cuanto a los precios relativos a mano de obra y obra civil, que dispone de personal interno para pequeñas obras y no tiene la necesidad de subcontratar.
- f) En cuanto a la alegación relativa a que la valoración de la oferta incurre en infracción del principio de discrecionalidad técnica, se señala que poco juego tiene dicho principio cuando los criterios objetivos suponen el 75% de la valoración a efectuar. Por otro lado, el recurso no aporta elemento alguno que desvirtúe la asignación de los puntos relativos a los criterios sometidos a juicio de valor, sino que refiere la infracción de dicho principio en el hecho de aceptar la baja desproporcionada. Al respecto, se indica que las justificaciones dadas por la recurrente para justificar su baja son sustancialmente iguales o similares a las dadas por la recurrente y, en todo caso, carecen del carácter reforzado exigibles para desmontar las justificaciones del adjudicatario.



g) Finalmente, y en lo que al incorrecto cálculo en la apreciación de las ofertas desproporcionadas se refiere, debe indicarse que efectivamente no se ajusta a la forma de cálculo del artículo 85.2 del Reglamento anteriormente citado, si bien, este argumento queda desvirtuado, ya que si se aplica correctamente se alcanza el mismo resultado: las ofertas presentadas por ambas licitadoras incurren en valores anormales o desproporcionados. Y respecto a si la baja debe calcularse por bloques y no por ítems, señalar que los precios por bloques es el criterio establecido para la asignación de puntos a las ofertas, pero no para la apreciación de las ofertas anormalmente bajas y en este caso la Mesa ha optado por hacer la comparación de los precios ofertados en cada uno de los ítems y no en bloques.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita que se declare la nulidad o anulabilidad del acuerdo de adjudicación del contrato en favor de EKOLEDs porque considera que la decisión del órgano de contratación de aceptar las justificaciones aportadas por la adjudicataria ha sido inmotivada, vulnerándose el principio de discrecionalidad técnica e incurriendo en arbitrariedad. Las consideraciones que efectúa este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a) Doctrina general sobre la justificación de la viabilidad de la oferta

Este Órgano ha manifestado en ocasiones precedentes (ver, en este sentido la Resolución 217/2019), que el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar si la oferta analizada puede ser normalmente cumplida, cuyos límites 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, así como el seguimiento de los principios generales de la contratación pública, especialmente el de igualdad de trato y no discriminación, a los que se deben añadir los de transparencia y proporcionalidad (en relación a la aplicación de estos principios, ver la STJUE de 10 de septiembre de 2020 asunto C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartado 34). Por lo que se refiere a la decisión de aceptar



una oferta inicialmente sospechosa de anormalidad en pronunciamientos anteriores este Órgano ha señalado que requiere únicamente de una motivación simple, a diferencia de lo que sucede con la decisión de rechazarla, que precisa de una motivación reforzada (ver, por ejemplo, la Resolución 42/2015 del OARC / KEAO). Esta diferente exigencia se deriva del hecho de que la aceptación de una oferta especialmente baja no es sino la aplicación del principio general de la oferta económicamente más ventajosa (artículo 1 de la LCSP) y la consecuencia natural del procedimiento de selección de las proposiciones, que busca que éstas sean tan provechosas como sea posible para el poder adjudicador; por el contrario, el rechazo de una oferta teóricamente ventajosa es, en el contexto de un procedimiento de adjudicación, un acto que debe acompañarse de una exhaustiva acreditación de que no puede ser razonablemente cumplida por ser una excepción a dicho principio general. Esta consideración no se opone a que el artículo 149.6 de la LCSP diga ahora que la aceptación de la oferta requiere la debida motivación, pues se refiere a establecer el carácter esencial de dicha motivación para la validez de la aceptación, y no a elevar su intensidad. Por el contrario, 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 (en este sentido la Resolución 62/2016 del OARC / KEAO). Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el poder adjudicador solo podrá rechazar tal oferta en caso de que los documentos aportados no expliquen satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos (ver la STJUE de 10 de septiembre de 2020 asunto C 367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartado 33).

b) Sobre la explicación del precio ofertado y su estimación por el poder adjudicador

Trasladada la doctrina expuesta en el apartado a) anterior a las explicaciones aportadas por la adjudicataria impugnada en orden a justificar la viabilidad de su oferta y a la motivación del Órgano de contratación que las considera suficientes, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:



b.1) Sobre el sistema de establecimiento de precios unitarios utilizado por EKOLEDs

La recurrente considera que no es serio realizar una oferta de los precios unitarios corriendo la coma decimal hacia la izquierda sobre el precio base, convirtiendo el número entero en decimal, en otras palabras, dividiendo entre 10 el precio base. Con independencia de la opinión que a este OARC / KEAO le pueda merecer este proceder de la adjudicataria, lo cierto es que esta forma de preparar y presentar la oferta no justifica por sí misma la exclusión de la proposición de EKOLEDs debido a la libertad de configuración de la oferta que le asiste y que en esta fase del procedimiento de adjudicación una vez advertida la anormalidad de la oferta lo relevante es si la justificación aportada contiene argumentos suficientes para llegar al convencimiento de que la oferta puede ser cumplida.

b.2) Sobre la justificación del precio por poseer stock

Estima la recurrente que el órgano de contratación no debió aceptar la justificación dada por EKOLEDs para justificar su oferta económica relativa a que disponía en el almacén de un elevado estocaje totalmente amortizado. Este órgano no comparte la alegación efectuada, pues (i) el hecho de disponer de un stock totalmente amortizado no implica necesariamente que dichos bienes resulten inútiles para su uso (ver en este sentido la Resolución 078/2023), pues no consta ni se acredita que incumplan con las especificaciones técnicas exigidas por el PPT, lo cierto es que el recurrente ha justificado dicho estocaje en el cambio de la tecnología LED que hace que dichos productos ya comprados no tengan una fácil salida al mercado, por lo que puede ofrecerlos en este concreto procedimiento a un precio muy reducido, lo cual es una ventaja competitiva, sin duda; y (ii) la propia recurrente utiliza el argumento del stock como parte de la justificación de su oferta anormalmente baja, por lo que ha de exigírsele la observancia de la regla *tu quoque*, según la cual no debe admitirse la invocación de las reglas jurídicas por el mismo sujeto que las despreció o no cabe imputar a otro una conducta en la que la propia parte ha incurrido por ser contrario a la buena fe.



b.3) Sobre las iluminarias aportadas en la oferta de la adjudicataria

RADIMER considera que los precios unitarios aportados por la adjudicataria y referidos a la distribuidora NATRUS LIGHTING, S.L. no son válidos, pues ésta no puede ofrecer precio unitario sobre las luminarias a suministrar al carecer de autorización para su distribución. Dicha alegación debe decaer, pues como bien afirma el poder adjudicador, los pliegos señalan en lo referente al alumbrado ornamental una o dos marcas de luminarias, y a las que se añade el término “o equivalente”, de forma que se admiten otros tipos de luminarias, amén de la referenciadas en los pliegos.

b.4) Sobre la vulneración de los derechos laborales por la oferta del adjudicatario

Considera RADIMER que la oferta que efectúa el adjudicatario impugnado infringe, no ya el Convenio del Metal de Bizkaia, sino el salario mínimo interprofesional en los conceptos relativos a los precios unitarios de obra civil.

Este motivo de impugnación ha de ser desestimado por las siguientes razones.

- 1) Es de plena aplicación al caso presente la doctrina de este Órgano recogida en la Resolución 47/2022 y que establece que No puede ser aceptada la alegación de que la cantidad ofertada por dichos servicios no cubre los costes salariales, porque nos hallamos ante dos cuestiones diferentes: una cosa es el precio ofertado por unos servicios que representan una prestación residual en el conjunto de la oferta y otro el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones salariales, lo cual no se puede deducir sin más de la oferta efectuada, sin perjuicio de la eventual temeridad, y se comprobará en la fase de ejecución del contrato. Además, se ha de tener en cuenta que estos precios unitarios, que representan un porcentaje muy bajo del PBL, pueden ser compensados por la globalidad de la oferta.
- 2) Además, debe indicarse a la recurrente que el cumplimiento de las obligaciones salariales es una cuestión propia de la ejecución del contrato, esto es, no puede presuponerse dicho incumplimiento durante la fase de



licitación, salvo en los supuestos en los que la proposición globalmente estudiada, no por precios unitarios como pretende RADIMER (cuestión que se desarrollará en el siguiente apartado de este fundamento jurídico), evidencie de forma inequívoca la voluntad del licitador de incumplir los niveles salariales del Convenio Colectivo de aplicación. Téngase en cuenta que el hecho de ofertar un precio unitario igual al máximo presupuestado o muy cercano al mismo tampoco asegura ni al poder adjudicador ni a los trabajadores que durante la ejecución del contrato se vayan a abonar los salarios de acuerdo con la normativa laboral correspondiente. En definitiva, dicho hipotético incumplimiento habrá de verificarse durante la ejecución del contrato y, al margen de suponer causa de resolución del contrato (artículo 211.1 i) de la LCSP), la exigencia del cumplimiento de dichas obligaciones habría de instarse ante las autoridades laborales correspondientes.

- 3) Por último, la adjudicataria justificó en cuanto a los precios relativos a la mano de obra y obra civil, que dispone de personal interno para pequeñas obras y no tiene necesidad de subcontratar, lo que supone otro indicio que sirve para rebatir el argumento de la recurrente.

b.5) Sobre el error en el cálculo en la apreciación de las ofertas desproporcionadas

El poder adjudicador reconoce que el cálculo realizado para la apreciación de las bajas desproporcionadas no se ha ajustado a la fórmula de cálculo del artículo 85.2 del Reglamento general de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Siendo indiscutible lo anterior, lo cierto es que dicha circunstancia carece de trascendencia práctica alguna, pues la correcta aplicación de la forma de cálculo del artículo 85.2 anteriormente citado nos lleva a la misma conclusión, esto es, a que las dos ofertas se encontraban incursas en valores anormales o desproporcionados y, habiéndose tramitado el procedimiento del artículo 149 LCSP, ningún perjuicio ha causado a la recurrente la existencia de dicho error.



Por otro lado, la discusión sobre si el cálculo debe hacerse sobre los ítems o sobre los bloques carece de importancia, pues es doctrina constante de este órgano que la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta (ver, por ejemplo, las Resoluciones 164/2020 y 64/2021, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI: ES:TS:2019:4069). Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (en este sentido la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO). De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incursas en presunción de anormalidad (ver la STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685). En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio específico o adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal rentabilidad (ver, por ejemplo, la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente. En efecto, la recurrente no ha acreditado que haya existido una aplicación incorrecta del principio de discrecionalidad técnica por parte del poder adjudicador a la hora de aceptar la justificación de la baja aportada por la adjudicataria, por lo que puede concluirse que se ha respetado la doctrina expuesta en la letra a) de este fundamento jurídico.



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: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil RADIMER SERVICIOS ENERGÉTICOS, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicios de mantenimiento y adecuación del alumbrado público, instalaciones semaforicas e instalaciones de los edificios públicos”, tramitado por el Ayuntamiento de Alonsotegi.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko ekainaren 7a

Vitoria-Gasteiz, 7 de junio de 2023