



EB 2019/077

Resolución 114/2019, de 4 de julio, 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 la empresa iPARK ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS DE MOVILIDAD, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato del “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas de Zumaia y de suministro de equipamiento”, promovido por el Ayuntamiento de Zumaia.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 9 de mayo de 2019, ha tenido entrada 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) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa iPARK ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS DE MOVILIDAD, S.A. (en adelante, iPARK) contra el acuerdo de adjudicación del contrato del “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas de Zumaia y de suministro de equipamiento”, promovido por el Ayuntamiento de Zumaia.

SEGUNDO: El día 10 de mayo se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 el día 21 de mayo.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 22 de mayo, se han recibido, el día 29 del mismo mes, las alegaciones de ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS, S.A.U. (en adelante, EYSA), adjudicataria impugnada.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. J.M.M.G. que actúa en su nombre.

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

Según la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Zumaia 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, en síntesis, son los siguientes:

- a) El adjudicatario ha realizado una justificación ilegal de la baja temeraria, pues utiliza como Convenio de referencia el estatal, en vez del aplicable que es el Convenio colectivo del sector de aparcamiento y ordenación del tráfico de Gipuzkoa según establecen los pliegos.
- b) La propuesta de la adjudicataria es inviable económicamente, ya que los costes de personal aplicando el Convenio de Gipuzkoa son mucho mayores que los ofertados por EYSA. Además, no se ha justificado el aumento del coste de dos PDAs ni el coste de las mejoras. En definitiva, la propuesta de EYSA debió ser excluida por inviable.
- c) La pretensión del recurso es la de anular el acuerdo de adjudicación, que se acuerde la desestimación de la oferta de la adjudicataria y se retrotraiga el expediente para proceder a la adjudicación del contrato al licitador clasificado en segundo lugar.

SÉPTIMO: Alegaciones de EYSA

El adjudicatario impugnado efectúa las siguientes alegaciones al recurso:

- a) EYSA se ha comprometido a cumplir en todo momento el Convenio Colectivo legalmente aplicable, atendiendo cualquier coste adicional del personal con cargo a otras partidas del presupuesto y de ser necesario con cargo a sus servicios centrales dada la acreditada solvencia económica de la empresa.
- b) La finalidad del escrito de justificación de la viabilidad de la oferta no tiene por objeto realizar un detalle exhaustivo de los cálculos realizado sino dar una



explicación satisfactoria para que el órgano de contratación llegue al convencimiento de que dicha oferta será cumplida por el licitador.

c) Solicita, finalmente, la desestimación íntegra del recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Al margen del Convenio aplicable, la adjudicataria justifica su oferta en base a las ventajas competitivas de que dispone por su posición en el mercado y su especial posicionamiento en el área geográfica donde se desarrolla en contrato. Además, se compromete al cumplimiento del objeto del contrato con total respeto a la legalidad vigente en materia medioambiental, social y laboral. Considera el Ayuntamiento, por tanto, que dada la solvencia económica de EYSA no hay motivo para pensar que la oferta presentada no va ser cumplida.

b) Al margen de los costes de personal anteriormente explicitados, los costes que la recurrente considera no justificados (terminales de PDAs y mejoras) no tienen la suficiente entidad ni son significativos como para rechazar la oferta de EYSA.

c) Finalmente, se alega que la oferta de la adjudicataria recibió la mejor puntuación en la valoración técnica, lo que supone un sólido indicio de la seriedad de la oferta por el esfuerzo realizado en su preparación y que resulta incompatible con la frivolidad propia de un licitador temerario. En definitiva, el Ayuntamiento no ha encontrado una justificación suficiente para determinar que la oferta presentada por la adjudicataria sea inviable y no pueda ser cumplida.



NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La recurrente solicita la exclusión de la oferta de EYSA porque considera que en el procedimiento de verificación de la anormalidad no ha justificado los valores anormales de su oferta, pues aplica un convenio colectivo incorrecto y no justifica adecuadamente otros costes del contrato por lo que solicita la exclusión de su oferta. A continuación, se expresan las consideraciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas.

a) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

La doctrina general de este Órgano sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones figura resumida en su Resolución 69/2019 en los siguientes términos:

- 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, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta



anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).

- en relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.
- 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).



- por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien (...) el referido resultado 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 (ver, en especial, el apartado 72).
- 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 la justificación aportada y la motivación del acto impugnado

Contrastada con la doctrina expuesta en la letra a) anterior la documentación que consta en el expediente, este Órgano entiende que el informe que fundamenta el acto impugnado es suficiente para justificar el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en esta materia. Así, el informe desmenuza y pondera la justificación presentada por la adjudicataria, resaltando las deficiencias apreciadas (no cuantificación de los costes de dos terminales PDA y dos terminales TPV, así como de las mejoras en señalización), solicitando nuevas aclaraciones en materia de personal (convenio a aplicar, desglose de gastos de personal, etc.), y concluyendo que las explicaciones aportadas por la adjudicataria, basadas en las soluciones



técnicas adoptadas y en las condiciones excepcionalmente favorables de las que dispone para el suministro de los productos (expendedores, software y moto de control) a utilizar en la ejecución del objeto del contrato, justifican la oferta anormalmente baja realizada. Consecuentemente, se da cumplimiento al requisito de motivación establecido en el artículo 149.6 del TRLCSP, que exige que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta sin que la propuesta de la mesa de contratación en este sentido esté debidamente motivada, en relación con el apartado 4 del mismo artículo. En este sentido, no es relevante la alegación del recurrente que reprocha a la oferta del adjudicatario impugnado que no incluya en su justificación el coste de dos PDAs y de las mejoras propuestas, habida cuenta de su reducido importe absoluto en relación con el valor estimado del contrato (un total de 3.407,06 euros, según los cálculos de la propia iPARK, sobre 1.033.057,85 euros de valor estimado del contrato), lo que no es suficiente ni proporcionado para poner en duda la viabilidad de la correcta ejecución del contrato.

c) Sobre el convenio colectivo de aplicación

Mención especial requiere la alegación de la recurrente relativa a la inviabilidad de la oferta para cumplir con las obligaciones sociales y salariales exigidas por el Convenio colectivo del sector de aparcamiento y ordenación del tráfico de Gipuzkoa, que sería el aplicable según la cláusula 21.3 del PCAP. Esta estipulación establece lo siguiente:

La empresa contratista deberá¹ para los efectos que correspondan el convenio colectivo de aparcamiento y ordenanza de tráfico OTA de Gipuzkoa y su revisión

Del contenido de la estipulación no puede deducirse que el pliego haya pretendido que el convenio aplicable a los trabajadores que van a ejecutar la prestación contractual sea en todo caso (y menos aún en materia salarial) el convenio guipuzcoano, con exclusión de cualquier otro que, de acuerdo con la

¹ Se sobreentiende que falta la expresión “tener en cuenta” u otra similar (en la versión en euskera, “aintzat hartu”).



legislación laboral, pudiera afectar al citado personal; más bien parece que los efectos que correspondan son precisamente los determinados por la normativa generalmente aplicable (en particular, el Título III del Estatuto de los Trabajadores). Por lo tanto, no cabe, en principio, achacar a la adjudicataria, por este motivo, incumplimiento alguno de las obligaciones en materia social o laboral, siendo desproporcionado extraer de una redacción tan escasamente taxativa una conclusión tan grave como la que pretende iPARK. Por ello, la aceptación por el Ayuntamiento de las explicaciones de EYSA sobre el cumplimiento del convenio legalmente aplicable (como no puede ser de otra forma) es correcta y acorde con los pliegos que rigen la licitación.

d) Conclusión

Por todo ello, habiendo hecho la Administración un uso correcto de la discrecionalidad técnica que, como se sabe, goza de presunción «iuris tantum» y que no ha sido desvirtuada por la recurrente mediante pruebas o argumentos que acrediten que la justificación de EYSA no es viable por implicar incumplimientos normativos, basarse en hipótesis o prácticas inadecuadas, o por ser incompleta (ver el artículo 149.4 de la LCSP), el recurso debe desestimarse.

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 empresa iPARK ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS DE



MOVILIDAD, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato del “Servicio de regulación del aparcamiento de vehículos en determinadas vías públicas de Zumaia y de suministro de equipamiento”, promovido por el Ayuntamiento de Zumaia.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: No se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko uztailaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de julio de 2019