



EB 2016/111 EB 2016/112

Resolución 118/2016, de 8 de noviembre de 2016, 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 con los recursos especiales interpuestos por ALKORA EBS, Correduría de Seguros, S.A., contra la adjudicación de los lotes 3 y 4, y WILLIS IBERIA, Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la adjudicación de los lotes 1, 2, 5 y 7, del contrato de “Servicios de asesoramiento en materia de seguros a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 18 de agosto de 2016 tuvieron 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) los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ALKORA EBS, Correduría de Seguros, S.A. (expediente EB 111/2016) y WILLIS IBERIA, Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A., (expediente EB 2016/112) contra la adjudicación del contrato de “Servicios de asesoramiento en materia de seguros a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi”.

SEGUNDO: El mismo día de su interposición, el OARC / KEAO remitió ambos recursos al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Dicha documentación fue recibida en el registro de este órgano el día 5 de septiembre de 2016.



TERCERO: Trasladados los recursos a los interesados, se han recibido con fecha 14 de septiembre de 2016 alegaciones de AON GIL Y CARVAJAL, S.A. para ambos recursos, y el día 15 de septiembre de 2016 las alegaciones de MARSH, S.A. al recurso interpuesto por ALKORA EBS, Correduría de Seguros, S.A. (EB 111/2016).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de los recurrentes y la representación de quienes actúan en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios que, en todo caso, tengan un valor estimado superior a 209.000 €, valor que el contrato que nos ocupa supera.

TERCERO: El objeto del recurso es la Resolución de 29 de julio de 2016, de la Directora de Servicios del Departamento de Hacienda y Finanzas por la que se adjudica el contrato, que según el artículo 40.2 c) del TRLCSP es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

CUARTO: Los recursos han sido interpuestos en plazo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan los recursos son, en síntesis, los siguientes:

1) Recurso de ALKORA EBS, Correduría de Seguros, S.A. (en adelante, ALKORA) (EB 2016/111).



a) La cuestión debatida en el recurso es la de por qué la administración contratante ha decidido pagar ciento diecinueve mil euros por un servicio que puede obtener por cuarenta y seis mil euros con garantía de calidad suficiente.

b) La exclusión de ALKORA y la adjudicación del contrato a una oferta más cara infringe el principio de la oferta económicamente más ventajosa que solo puede excepcionarse cuando se acredita la imposibilidad del cumplimiento del contrato; acreditación que corresponde a la administración, lo cual exige un plus de motivación.

c) A pesar de la solicitud genérica e imprecisa de información efectuada por la Administración y de que no se le han indicado los puntos concretos de la oferta que suscitan dudas, ALKORA ha justificado que los valores de su oferta garantizan el cumplimiento del contrato y, sin embargo, el informe técnico no rebate las alegaciones sobre la viabilidad de la oferta, ni sobre las condiciones específicas de la oferta, pues no obedece a un análisis riguroso de las alegaciones sino a una posición dogmática que no tiene acomodo ni en la Ley ni en los pliegos.

d) La resolución no está debidamente motivada.

e) La resolución de exclusión de ALKORA es arbitraria e incurre en desviación de poder pues el razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente la viabilidad del contrato con el precio propuesto sino a comprobar cuál es el coste para ALKORA.

2) Recurso WILLIS IBERIA, Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A. (en adelante, WILLIS) (EB 2016/112).

a) La cuestión debatida es por qué la administración contratante ha decidido pagar noventa y seis mil euros por un servicio que puede obtener por once mil



ochocientos euros con plena garantía de calidad. La administración va a incurrir en un notable sobrecoste con cargo al erario público que sólo sería admisible si estuviera claramente justificado.

b) La exclusión de WILLIS y la adjudicación del contrato a una oferta más cara infringe el principio de oferta económicamente más ventajosa que sólo puede excepcionarse cuando se acredita la imposibilidad del cumplimiento del contrato, correspondiendo a la Administración efectuar tal acreditación. Conforme al art. 152.4 TRLCSP lo sustancial es que la oferta “no pueda ser cumplida” porque parte de la premisa de que la oferta económicamente más ventajosa no deja de serlo por el hecho de que contenga valores aparentemente anormales o desproporcionados. La acreditación de la imposibilidad de la ejecución del contrato exige al órgano de contratación un plus de motivación y cualquier otra consideración ajena a la posibilidad de cumplimiento resulta ociosa y estará desviada de la finalidad del trámite.

c) WILLIS ha justificado que los valores de su oferta garantizan el cumplimiento del contrato y su oferta se ajusta a los pliegos por lo que: (i) las consideraciones sobre el posible cobro de comisiones a las compañías aseguradoras, vertidas en el informe que analiza la justificación, no son procedentes, por ser una conducta prohibida en la cláusula 1.4.4 del PCAP que, además, afecta exclusivamente a la fase de ejecución del contrato; (ii) si se considera la oferta como simbólica, no procedía iniciar el trámite de oferta incurso en valores anormales y (iii) la onerosidad se observa ya que la administración obtendrá un beneficio económico directo y WILLIS un beneficio económico comercial.

d) Se deberían haber solicitado los datos que se consideraban necesarios para despejar los aspectos dudosos de la oferta, tal y como lo exige la jurisprudencia europea, y no efectuar una solicitud genérica e imprecisa.



e) Las conclusiones del informe técnico no obedecen al análisis riguroso de las alegaciones sino a una posición dogmática que no tiene acomodo ni en la Ley ni en los pliegos que es imponer el particular criterio de la administración sobre “el precio justo”, basado en el análisis económico que juzga más coherente pero que los pliegos no recogen en absoluto. El informe obvia valorar la alegación de que la rentabilidad del contrato deriva del mantenimiento de unos lotes que fortalecen su posición en el mercado con vistas a otras licitaciones y a otros clientes.

f) La resolución no está debidamente motivada.

g) La resolución de exclusión de WILLIS es arbitraria e incurre en desviación de poder pues el razonamiento del informe técnico no va encaminado a verificar si la justificación aportada explica satisfactoriamente la viabilidad del contrato con el precio propuesto sino a comprobar cuál es el coste para WILLIS.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a los dos recursos con los siguientes argumentos:

1) Recurso de ALKORA (EB 2016/111).

a) No cabe alegar falta de motivación pues la recurrente ha tenido acceso al informe técnico de justificación de bajas, de fecha 20 de junio de 2016, firmado por el responsable del Servicio de Gestión de Riesgos y Seguros.

b) No corresponde a la administración, como afirma el recurrente, acreditar la imposibilidad del cumplimiento el contrato, sino que el licitador justifique su oferta proveyendo de argumentos a la Administración, extremo éste que no se ha dado.

c) En la información aportada por la empresa hay ausencia de justificación basada en los costes, más aún cuando la cláusula 2.9.4.2, a la hora de



considerar cómo deben tratarse y justificarse las ofertas anómalas o desproporcionadas dice que se tendrá en cuenta especialmente el tiempo de dedicación necesario para llevar a cabo la ejecución del contrato.

2) Recurso WILLIS (EB 2016/112).

a) No cabe alegar falta de motivación pues la recurrente ha tenido acceso al informe técnico de justificación de bajas, de fecha 20 de junio de 2016, firmado por el responsable del Servicio de Gestión de Riesgos y Seguros.

b) En lo referente a la justificación de la oferta: (i) no resulta coherente que los costes de personal sean asumidos por la estructura general de la empresa desde un primer momento; (ii) la imputación indebida de los costes incurridos a otros ámbitos y entidades no se presenta como justa porque así lo dice la experiencia; (iii) los requisitos de capacidad y solvencia no se ponen en relación con su oferta por lo que no se da soporte a su justificación; (iv) no se pueden justificar unas bajas como las propuestas alegando que no hay necesidad de inversiones, el alto nivel de rentabilidad del empleado o la sujeción a procedimientos de calidad; (v) se podría llegar a entender que la justificación aportada no garantiza el respeto a los derechos laborales de los trabajadores y (vi) no ha detallado el número y los clientes que ha obtenido en base a anteriores adjudicaciones.

c) La administración no pretende un ahorro no justificado. El precio justo de los contratos es una norma de actuación administrativa. Las ofertas de WILLIS a los distintos lotes recurridos pueden entenderse como simbólicas y, de ser así, habría incurrido en contradicción con los actos propios pues el PCAP ha establecido limitaciones a determinados tipos de ofertas y no cabe que un contrato de servicios tenga una causa gratuita que lo asimile a una donación.

OCTAVO: Las alegaciones que se han realizado por los interesados en los recursos son las siguientes:



1) Alegaciones conjuntas de AON a los recursos EB 2016/111 y EB 112/2016

a) El poder adjudicador ha seguido el procedimiento contradictorio establecido en el art. 152.3 del TRLCSP y en el Pliego, habiendo ofrecido a los licitadores incursos en ofertas desproporcionadas la posibilidad de presentar justificaciones sobre la composición de su oferta en los términos exigidos por la jurisprudencia europea.

b) La exclusión de WILLIS y ALKORA es plenamente conforme a derecho pues, como se demuestra fundadamente en el informe técnico, las justificaciones aportadas por ambos licitadores resultan insuficientes para determinar los criterios seguidos para la formación de los respectivos precios; se ha de tener en cuenta que el Pliego impone un rigor en la explicación de la composición de las ofertas al no admitir ofertas con precios “simbólicos”.

c) La justificación de las ofertas de WILLIS y ALKORA: (i) carecen del mínimo análisis numérico; (ii) prescinden de la mínima justificación sobre la seriedad de su oferta y (iii) su exclusión fue debidamente motivada. En concreto, la justificación de WILLIS no aporta datos numéricos referentes a la dedicación necesaria para la prestación del servicio y ALKORA invierte la carga de la prueba pues es él quien tiene que probar la seriedad y fiabilidad de su oferta.

2) Alegaciones de MARSH al recurso EB 2016/111

a) La decisión recurrida aparece revestida de una importante discrecionalidad técnica no eficazmente combatida.

b) El informe técnico no propone la exclusión de ALKORA porque considere que la oferta no puede ser cumplida sino porque, al no recoger elemento de análisis alguno sobre la viabilidad económica de la oferta, no consigue arrumbar la presunción de temeridad en la que incurre. La exigencia de la



motivación sólo resulta viable cuando el licitador ha aportado toda la documentación requerida y exigida en los pliegos pues bastaría con no facilitar toda la información requerida para evitar la exclusión del licitador.

c) La aplicación de la cláusula 1.4.5 del PCAP, que se dirige a preservar la independencia del contratista asesor de la administración en materia de seguros, debió tener como consecuencia la exclusión de la oferta de ALKORA.

NOVENO: Dada la conexión entre los dos recursos, procede acumular su tramitación en un único procedimiento (artículo 73 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

DÉCIMO: Antes de entrar en el examen de los distintos motivos de impugnación conviene realizar un resumen de los antecedentes fácticos relevantes para la resolución de los recursos.

a) Cláusulas del PCAP relevantes

Del PCAP, que no ha sido recurrido y, por consiguiente, rige el procedimiento de adjudicación, son relevantes las siguientes cláusulas:

«1. ELEMENTOS DEL CONTRATO

(...)

1.4. PRESUPUESTO, VALOR ESTIMADO, PRECIO Y PAGO

(...)

1.4.4 Las empresas adjudicatarias de alguno de los lotes que forman parte del contrato no podrán percibir precios o comisiones de las entidades aseguradoras por actuaciones integradas en el objeto de este contrato.

1.4.5 Si alguna oferta propone la ejecución de algún lote por 0 euros, será automáticamente rechazada. También serán rechazadas aquellas ofertas que no reflejen onerosidad del contrato de forma que lo conviertan en otro negocio jurídico diferente, teniendo en cuenta que la Administración entiende que para la prestación



del servicio existen unos costes necesarios (personal, estructura organizativa,...) y un beneficio industrial que debe satisfacerse.

2. ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

(...)

2.9. APERTURA Y ANÁLISIS DE OFERTAS

(...)

2.9.4. VALORES ANORMALES O DESPROPORCIONADOS

(...)

2.9.2.4.2. Cuando de acuerdo a los límites establecidos en el punto anterior sea necesario seguir el trámite establecido en el art. 152.3 del TRLCSP, el órgano de contratación, a la hora de considerar justificadas o no las ofertas económicas que incurran en valores anormales o desproporcionados, tendrá en cuenta, especialmente, el tiempo de dedicación necesario para llevar a cabo la ejecución del contrato y el cumplimiento por las licitadores de sus obligaciones laborales y retributivas en relación a dicha dedicación.»

En el antecedente de hecho octavo de la Resolución de 29 de julio de 2016, de adjudicación del contrato, se indica lo siguiente:

«**OCTAVO.-** WILLIS IBERIA, CORREDURÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A. y ALKORA EBS, CORREDURÍA DE SEGUROS, S.A. no justifican suficientemente su oferta de valores anormalmente bajos o desproporcionados y tampoco desarrollan suficientemente la justificación de la oferta económica con arreglo a la cláusula 2.9.4 del pliego y AON GIL Y CARVAJAL, S.A. CORREDURÍA DE SEGUROS, S. UNIPERSONAL, no aporta ninguna justificación al efecto. La mesa de contratación, en sesión celebrada el 23 de junio de 2016 acuerda proponer al Órgano de Contratación la exclusión de sus ofertas en los lotes indicados.»

b) justificaciones aportadas por las empresas excluidas y motivación de la administración



Para dilucidar la cuestión debatida, es ineludible examinar el contenido de las justificaciones aportadas por ALCORA y WILLIS y contrastarlas con el contenido del informe de 20 de junio de 2016, que las analiza:

1.- Justificaciones de ALKORA

- Condiciones favorables para ejecutar la prestación pues: (i) viene desarrollando su actividad como mediador y actualmente como asesor en materia de seguros de los colectivos de empleados incluidos en el lote 3 desde el año 1993, por lo que goza de experiencia sobre los comportamientos y evolución de riesgos; (ii) la empresa es propietaria de una aplicación específica para la administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, CAE) para el tratamiento y gestión de las pólizas; (iii) EGIASA cuenta con experiencia en el lote 4 desde la década de los 80 hasta el 2011; (iv) el conocimiento de las pólizas supone una disminución de la carga horaria del personal y (v) se utilizarán los mismos medios técnicos y humanos que se utilizan para la gestión de las pólizas del resto de clientes.

- Otros ajustes en busca de la máxima eficiencia: (i) se dan por amortizados los costes inherentes a la implantación de los procedimientos y programas informáticos; (ii) los modelos y sistemas de gestión y tratamiento de la información necesarios para el trabajo del comité técnico están implementados y (iii) capacitación de equipos humanos.

- Respecto a las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes, ALKORA ha adquirido EGIASA y ZIHURKO siendo uno de los acuerdos adoptados con KUTXABANK, anterior propietaria de ambas entidades, el establecimiento de un plan de mantenimiento de todos los puestos de trabajo pasando en la administración de la CAE de 18 a 43 trabajadores sin conllevar gasto adicional a las cuentas gestionadas.



- Capacidad técnica de la correduría. Del orden de 2.500 instituciones, administraciones públicas y empresas privadas conforman parte de la cartera de clientes, tramitándose anualmente en torno a los 85.000 siniestros.

Argumentación del poder adjudicador

- Resulta difícil proceder a una valoración ponderada de la viabilidad de su oferta desde un punto de vista de análisis de costes si no presenta ninguna valoración económica.
- En lo referente a las condiciones excepcionalmente favorables para la ejecución de la prestación, la empresa no presenta ningún análisis coste/beneficio y no acredita ni la valoración del personal adscrito a los lotes, ni la rentabilidad económica que le pueda suponer esta gestión, ni el tiempo de dedicación exigido en el contrato.
- Si bien se reconoce cierta coherencia en la argumentación del ahorro que permite el procedimiento de ejecución del contrato, su punto débil es la ausencia de cualquier análisis coste/beneficio
- En lo referente al respeto a las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes, no acredita el impacto de los costes de personal en la formación de la oferta.
- Conclusión: una cosa es que no sea necesario un desglose de la oferta económica ni una acreditación exhaustiva de sus componentes y otra es la ausencia total de aporte de cualquier elemento de análisis que permita fundamentar la viabilidad de la oferta.

2. Justificaciones de WILLIS



- El beneficio económico directo para el órgano de contratación se concretaría en las siguientes cantidades: lote 1: 187.082,64 €, Lote 2: 48.786,78 €, lote 5: 93.173,54 €, Lote 7: 10.396,70 €.
- Es posible ofertar importes tan bajos debido a: (i) ingresos obtenidos en la prestación del servicio a la CAE en los lotes referidos durante los últimos 15 años con expresión de la media de ingresos del contrato adjudicado el año 2012, así como la cuantificación económica de los gastos variables como los de formación, gastos de asistencia al comité de RC sanitaria y al de RC general y el número de visitas de inspección al año en el lote de embarcaciones, así como la cuantificación económica de este gasto. El contraste entre los ingresos y gastos muestra que el beneficio obtenido dicho año permite presentar una oferta teniendo en cuenta dicha circunstancia; (ii) compensación con los ingresos de otros clientes del sector económico concluyendo, tras una exposición del tipo de cliente y los ingresos anuales de la oferente, que si bien individualmente considerada la bajada del precio efectuada puede parecer muy arriesgada, si se contextualiza con la cifra de negocios global se ve que no tiene impacto negativo, simplemente con el crecimiento vegetativo (0,5%) se logran obtener los ingresos presupuestados por la administración de la CAE para este contrato.
- Onerosidad de la prestación que se traduce en el beneficio comercial que obtendría WILLIS pues garantizaría su imagen de empresa líder en su sector, le posibilitaría acudir a los procedimientos de contratación de otras administraciones públicas y le facilitaría la consecución de nuevos negocios.
- Goza de capacidad suficiente para realizar adecuadamente la prestación del servicio en los términos propuestos por: (i) no ser necesario realizar nuevas inversiones para la ejecución del contrato; (ii) ostentar uno de los índices más altos de rentabilidad por empleado en el mercado de mediación de seguros; (iii) gozar de una amplia experiencia en el sector; (iv) la trayectoria de WILLIS; (v) las soluciones técnicas adoptadas y (vi) la originalidad de las prestaciones



propuestas como la figura del Client Advocate, sujeción a procedimientos de calidad como la norma ISO 9001 o ser la pionera en la organización del servicio de inspección de embarcaciones.

- La propuesta presentada por WILLIS garantiza el respeto a los derechos laborales de los trabajadores pues el nivel de retribución del personal adscrito a la ejecución del contrato queda integrado dentro de los ingresos esperados por WILLIS dentro de la Unidad de Administraciones Públicas/Sector Público tomando como base el volumen de primas intermediadas y el nivel de estabilidad en el empleo es del 92%.
- La propuesta presentada garantiza el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental.

Argumentación del poder adjudicador

- La onerosidad el contrato se configuró con la intención de conseguir la adecuada remuneración a los corredores para que guarden su debida objetividad e independencia, de forma que no busquen su remuneración en ámbitos desconocidos, por ello, el PCAP vino a establecer limitaciones y que no presentaran ofertas simbólicas, que no se alineen con un nivel general medio de los precios de mercado. Es contrario a la buena fe aceptar una cláusula para luego con posterioridad contrariarla.
- Respecto al ahorro que permite la ejecución del contrato, carece de sentido aplicar resultados del pasado a gastos del futuro puesto que han de relacionarse los ingresos estimados con los costes incurridos para ello y la alegación de la compensación de la oferta con los ingresos de otros clientes del sector público esconde una imputación indebida de los costes incurridos (que no detalla) y de ingresos a otros ámbitos y entidades que no corresponden. La propia lógica de cualquier gestión económica exigiría que sea cada prestación de un servicio el que por sus ingresos deba soportar los costes en que estos



incurran. De esta manera, sería posible comparar la valoración de los distintos servicios prestados, infiriendo cuales son aquellos que más contribuyen al margen de la empresa; si no sabemos su “verdadero” precio conforme a nuestra estructura de costes, y puesto que ofrece una oferta simbólica, no puede conseguirse el cálculo económico deseado por la Administración con su planteamiento de negocio.

- Las soluciones técnicas adoptadas pueden justificar una política de precios más agresiva comercialmente pero nunca unas bajas como las propuestas.
- Condiciones excepcionalmente favorables refuerzan la solvencia y capacidad de la empresa.
- La originalidad de las prestaciones propuestas no está acreditada documentalmente y se entiende que no es susceptible de justificar su oferta.
- Respecto a la protección del empleo y las condiciones de trabajo, WILLIS argumenta que es más ventajoso ofrecer la propuesta económica que prescindir de los contratos laborales, incurriendo en una aparente contradicción.
- Se concluye que es dudosa la interpretación que realiza WILLIS del significado y del alcance de la onerosidad en los contratos públicos, que el Servicio de Gestión de Riesgos y Seguros entiende que “se trata de averiguar el precio real de las cosas y pagar por ellas el precio justo”, no se justifica la idoneidad del precio ofertado pues únicamente hace referencia a requisitos de solvencia y capacidad, no procediendo su valoración en esta fase del procedimiento, las alegaciones relativas a la protección de empleo y condiciones de trabajo son incoherentes y contradictorias y no acredita el tiempo de dedicación necesario al contrato (cláusula 2.9.4.2 PCAP).



UNDÉCIMO: La controversia suscitada entre las partes coincidente en gran medida en ambos recursos, plantea las siguientes cuestiones:

a) falta de motivación de la Resolución de adjudicación del contrato.

Como ha indicado con anterioridad este OARC / KEAO (Resolución 42/2014) «La motivación de los actos no tiene que incorporarse necesariamente al contenido del acto de que se trate, sino que la doctrina jurisprudencial admite la justificación derivada de los informes técnicos precedentes y demás datos del expediente (STS de 1 de julio de 1992). De esta forma, la motivación se valorará en el contexto del expediente, que tiene carácter unitario. En este sentido, el acuerdo puede incorporar como toda justificación el contenido de informes o dictámenes (art. 89.5 LRJPAC) pero la jurisprudencia no exige la transcripción del informe o dictamen en el acto (STS de 31 de enero de 1983), bastando la mera remisión, incluso implícita, a los informes emitidos en el procedimiento, que se consideran parte del acuerdo mismo.»

Este OARC / KEAO considera que en el supuesto que nos ocupa no cabe alegar indefensión material pues, si bien la resolución de adjudicación impugnada y su notificación no contienen toda la información exigida por el art. 151.4 TRLCSP en lo concerniente a las razones por las que no ha sido admitida la oferta de los licitadores excluidos, lo cierto es que esta omisión fue subsanada con la remisión a los interesados del «Informe de las ofertas económicas que incurran en valores anormales o desproporcionados»; documento que es analizado y aprobado por la Mesa de contratación en su sesión de 23 de junio de 2016 y sobre cuya base eleva la propuesta de exclusión de las ofertas y de adjudicación del contrato al órgano de contratación. De esta manera, la omisión de la motivación en el acto y en su notificación se ha visto suplida con el acceso de los recurrentes al documento que sirve de base a la adopción del acto impugnado lo cual les ha permitido interponer un recurso fundado en derecho sin que haya existido perjuicio real y efectivo para sus intereses (en este sentido, ver la sentencia del Tribunal Supremo núm. 1096/2016 de 17 mayo).



b) Interpretación y alcance de la presunción de ofertas económicas con valores anormales o desproporcionados

En la Resolución 62/2016 este OARC/KEAO realiza un resumen de sus pronunciamientos sobre la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas y la finalidad del informe técnico que analiza las justificaciones de las ofertas incursas en temeridad, en el siguiente sentido:

«Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 71/2014 y 95/2015 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, señalando que “Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anomalía o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente.” En este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640), en su considerando 5, viene a señalar 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 en su considerando 53 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 parecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.”



En cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en 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.” Y en la Resolución 42/2015 que “El art. 152.4 TRLCSP 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 pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).”

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)”.»

c)- Consideraciones de este OARC/KEAO sobre las justificaciones aportadas por los recurrentes y el informe emitido por el poder adjudicador

La resolución de la cuestión de fondo planteada, la viabilidad de las ofertas excluidas y su justificación, impone una valoración comparativa que tenga en cuenta los elementos más significativos y determinantes de las justificaciones aportadas por los recurrentes cuando se identificaron sus ofertas como sospechosas de incurrir en valores anormales y la motivación que soporta el acuerdo de exclusión y, para ello, se parte de las siguientes:

- Consideraciones generales:

- La cláusula 1.4.5 del PCAP establece el rechazo de la oferta en dos supuestos: realizar una oferta económica de 0 euros o que la oferta efectuada no sea onerosa. La referencia, ligada a la onerosidad, que se efectúa en dicha cláusula de que «la Administración entiende que para la prestación del servicio existen unos costes necesarios (personal, estructura organizativa,...) y un beneficio industrial que debe satisfacerse», no puede significar una interpretación propia del PCAP del concepto de “onerosidad”, el cual, en el marco de los contratos públicos, tiene el contenido señalado por las Directivas y por la interpretación que de las mismas realiza el TJUE. En relación con la onerosidad de los contratos este OARC/KEAO, en su Resolución 62/2016, ha venido a decir, «el poder adjudicador equipara la onerosidad del contrato con la obtención de un beneficio, cuando se trata de dos cuestiones distintas. A tenor del considerando 77 de la STJUE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98 (ECLI:EU:C:2001:401), el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador; mientras que la obtención de un beneficio puede ser entendida de distintas maneras; así, del mismo modo que el concepto de “operador económico” de



la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de un lucro (considerando 45 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807), nada impide, como dice Abogado General en las conclusiones (ECLI:EU:C:2006:410) de la STJUE de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05 (ECLI:EU:C:2007:31), que «en tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, sólo un beneficio muy pequeño, para poder al menos así cubrir mejor los costes fijos.». La idea de que la contraprestación al contratista no tiene por qué ser de contenido monetario también ha sido considerada como posible por la Audiencia Nacional (en lo sucesivo, AN) en su sentencia de 27 de mayo de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:1960), que viene a señalar que «Por todo ello la Sala comparte la tesis que se mantiene en la Resolución recurrida, cuando pone de manifiesto que la onerosidad de los contratos públicos, a la luz también de lo que tiene señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refleja de forma fundamental en el contenido económico de la prestación que recibe el poder adjudicador, pero sin que este contenido sea un requisito exigible con el mismo rigor respecto de los contratistas que realizan esa prestación respecto de los que la contraprestación de la Administración puede ser diversa según el tipo de contrato, sin exigir necesariamente, siempre y en todo caso, un contenido monetario.»

Por consiguiente, cabe concluir que concurre la nota de onerosidad en aquellas ofertas de las que se deriva la obtención de cualquier tipo de beneficio, no únicamente el económico; razón por la cual no se pueden admitir las apreciaciones del poder adjudicador en las que liga el concepto de onerosidad al de beneficio monetario.

- El art. 87 del TRLCSP no determina los conceptos que deba contener el presupuesto de licitación ni, en este supuesto, el PCAP contiene estructura o desglose de los costes de cada uno de los lotes en los que se divide el contrato ni exige la confección de la oferta conforme a un esquema concreto de costes, por lo que no se puede exigir a los recurrentes que justifiquen su oferta conforme a unos parámetros que no figuran ni en la norma ni en los pliegos ni



han sido exigidos en el procedimiento contradictorio por el poder adjudicador, por ser ello contrario al principio de transparencia (art. 1 del TRLCSP).

- Recae en el poder adjudicador la obligación de formular claramente la petición dirigida a los candidatos afectados para que éstos puedan justificar plena y oportunamente la seriedad de sus ofertas (STJUE de 29 de marzo de 2012, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 31) y, en el supuesto que nos ocupa, el poder adjudicador se limitó a indicar de forma genérica que «(...) puede alegar los datos y justificaciones que estimen oportunos en orden a acreditar que su oferta económica es susceptible de normal cumplimiento y la pertinencia de los precios ofertados.», no formulando en su solicitud de justificación un requerimiento concreto que permitiera a las empresas presentar justificaciones en dicho sentido.
- Este OARC/KEAO en su Resolución 104/2015, manifestó que «(...) no existe un precio «real» de las cosas que el órgano de contratación deba averiguar para pagar lo «justo», porque precisamente el precio lo forma finalmente el mercado en régimen de libre competencia, siendo el poder adjudicador solo uno de sus agentes.» En prestaciones análogas a las del objeto del contrato que nos ocupa, mediación o asesoramiento en seguros privados, están siendo habituales grandes bajadas en los precios ofertados e, incluso, la práctica de ofertar 0 euros, que ha sido admitida por la jurisprudencia (sentencia de 27 de mayo 2015 de la AN (ECLI:ES:AN:2015:1960). La supuesta ausencia de beneficio no implica que la oferta no sea seria, ni viable.
- No vulnera las normas sobre temeridad el que se adjudique el contrato a empresas que van a ejecutarlo disminuyendo sus beneficios o incluso a pérdidas (en este sentido resolución TACRC 379/2014 y Resoluciones 35/2016 y 54/2016 del TARCCyL).
- La consideración de que la solvencia de la empresa no es relevante porque ya se ha valorado como requisito de aptitud, de modo que se descarta como justificación sin entrar a analizar la validez del argumento, no es aceptable. Por



un lado, no hay un listado cerrado de las razones que puede aportar el licitador para justificar la pertinencia de su oferta, de forma que cualquiera que se presente debe ser analizada y, en su caso, rebatida; además, el fondo parcialmente reglado constituido por el artículo 85.6 RGLCAP permite expresamente que se considere la relación entre la solvencia presentada y la oferta de la empresa (en este sentido, la Resolución 62/2016 del OARC/KEAO). Mediante el análisis de la solvencia se trata de valorar si el licitador se encuentra en condiciones de cumplir su oferta, siendo éste un análisis diferente al que se refiere el art. 54.1 del TRLCSP.

- La finalidad del juicio de viabilidad que ha de realizar el poder adjudicador es la de apreciar si la oferta económica de la actora puede ser cumplida, y si bien la lista contenida en el artículo 152.3 del TRLCSP no es exhaustiva, tampoco es, sin embargo, meramente indicativa y, por lo tanto, no confiere a los poderes adjudicadores libertad para determinar cuáles son los datos pertinentes que deben tomarse en consideración antes de rechazar una oferta que parezca anormalmente baja (en este sentido, STJUE de 29 de marzo de 2012, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 30 y STJUE de 23 de abril de 2009, ECLI:EU:C:2009:246, apartado 159).

- Consideraciones concretas sobre las justificaciones de WILLIS y de ALKORA

- Sin necesidad de reiterar las justificaciones aportadas en su día por las recurrentes, que han sido expuestos en el fundamento décimo de esta Resolución, a juicio de este OARC / KEAO tanto WILLIS como ALKORA justifican la viabilidad de su oferta y el informe en el que se basa su exclusión se desvía de su finalidad que es la de apreciar, sobre la base de las justificaciones, si la oferta puede ser cumplida y se centra en considerar como viable únicamente la oferta que justifique un coste/beneficio del propio contrato cuando ésta no es la única forma de justificar la viabilidad de una oferta. Téngase en cuenta que los operadores económicos del sector de actividad del



contrato pueden computar sus beneficios o pérdidas no contrato a contrato sino, por ejemplo, con referencia al volumen de facturación global.

- La cláusula 2.9.4.2 no exige que se justifique el coste del tiempo de dedicación a la ejecución del contrato ni el del cumplimiento de las obligaciones laborales y retributivas sin perjuicio de que, entre otras circunstancias, éstas serán tenidas en cuenta si se aprecian ofertas con valores anormales. En concreto, en lo referente a la oferta de WILLIS se ha de señalar que identifica el número de recursos que se destinarán a la ejecución de la oferta y que, en contra de lo que señala el informe del poder adjudicador, el argumento de los costes del despido de estos trabajadores es efectuado por la recurrente a modo de hipótesis para sustentar el hipotético costo económico derivado de las rescisiones de los contratos de trabajo y como ejemplo de que, en determinadas ocasiones, es mayor el coste de no ser adjudicatario que el de serlo a un precio supuestamente bajo.

- El razonamiento del informe técnico no rebate satisfactoriamente las justificaciones aportadas por ambas empresas en lo concerniente a las soluciones técnicas adoptadas (aplicaciones informáticas creadas específicamente para la ejecución del contrato que están amortizadas) ni las condiciones excepcionalmente favorables de que se dispone para ejecutar la prestación (experiencia dilatada en la ejecución de los lotes a los que licitan), no siendo argumento suficiente el que no se hayan detallado los costes. Téngase en cuenta que las normas sobre temeridad no imponen de manera absoluta la necesidad de valorar la congruencia económica de la oferta en sí misma, sino si es viable que la empresa licitadora la ejecute (en este sentido, ver la Resolución 379/2014 del TACRC).

- Se obvia el análisis de la valoración conjunta de las condiciones ofertadas y de la situación de las licitadoras las cuales pueden cubrir los diversos costes del contrato, como el derivado del cumplimiento de las obligaciones laborales y retributivas, e incluso las eventuales pérdidas, con los resultados positivos en el



resto de su actividad, como estrategia empresarial para afianzarse en el mercado.

- En contra de lo que afirma el informe técnico, WILLIS en sus justificaciones no aplica resultados del pasado a gastos del futuro sino que del contraste de los ingresos y gastos derivados de la adjudicación en el año 2012 de un contrato similar al que nos ocupa, concluye que su oferta cubre los gastos variables derivados de la ejecución del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP 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, 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 los recursos especiales interpuestos por ALKORA EBS, Correduría de Seguros, S.A., contra la exclusión de los lotes 3 y 4, y WILLIS IBERIA, Correduría de Seguros y Reaseguros, S.A., contra la exclusión de los lotes 1, 2, 5 y 7, del contrato de “Servicios de asesoramiento en materia de seguros a la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas económicas, entre las que se deberán incluir las de las recurrentes.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este 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 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.