



EB 2021/109

Resolución 153/2021, de 28 de septiembre, 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 PROMOPARC SUBTERRÁNEO SERVICIOS, S.L. contra su exclusión del contrato “Servicios de gestión del control de accesos y ordenación del estacionamiento de vehículos, mantenimiento y recaudación del aparcamiento público subterráneo “Santa Mariñe” de Urduliz”, tramitado por Urduliz Urbanismo Sozietatea, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de junio de 2021 se presentó 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 PROMOPARC SUBTERRÁNEO SERVICIOS, S.L. (en adelante, PROMOPARC) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios de gestión del control de accesos y ordenación del estacionamiento de vehículos, mantenimiento y recaudación del aparcamiento público subterráneo “Santa Mariñe” de Urduliz, tramitado por Urduliz Urbanismo Sozietatea, S.A (en adelante, UUS).

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 17 de junio, se recibió, el día 21 del mismo mes, en este OARC / KEAO, 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).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 24 de junio, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de R.G.A., 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 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso “Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.



CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 de la LCSP.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, UUS tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

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

a) La oferta de PROMOPARC fue excluida de la licitación por considerarla anormalmente baja, ante lo cual alega lo siguiente:

- Existen serias dudas de la emisión del informe de los servicios técnicos, exigido por la LCSP y los pliegos que rigen la licitación como parte del correspondiente procedimiento. Se alega que no consta que el informe que consta en el expediente se haya emitido anteriormente a la exclusión, sino que parece una subsanación posterior e improcedente y que en la Mesa de Contratación no hay personal con cualificación técnica suficiente a estos efectos.
- Se discute que, como afirma el poder adjudicador, los costes de Seguridad Social se basen en condiciones ajenas a los pliegos y no estén suficientemente acreditados o garantizados; junto con la oferta, el recurrente incluyó un estudio económico con todas las partidas del presupuesto consideradas para elaborar la proposición. Asimismo, en el escrito de justificación ya se alegó que el personal tendría un coste de Seguridad Social nulo por tener la condición de personas con



discapacidad igual o superior al 33%. La oferta cumple con los requisitos de los pliegos, los cuales no regulan el tipo de personal que debe ejecutar la prestación contractual, cuestión que queda en el ámbito de la decisión empresarial. Por otro lado, en contra de la afirmación de UUS de que la empresa no acredita o garantiza la contratación de personal con la condición de discapacidad, lo que pondría en riesgo la correcta ejecución del contrato, se alega que no es exigible, en el momento de la licitación, la acreditación del personal que vaya a ejecutar el contrato (en cambio, dicha acreditación sí se exige en los pliegos al licitador propuesto como adjudicatario). Es posible que, en esta fase, no se haya contratado aún a dicho personal; además, el hecho de no poder contar efectivamente con personas discapacitadas no afectaría a la ejecución del contrato sino al posible riesgo y ventura del contratista, que se vería obligado a mantener el precio contractual a pesar de soportar más gastos en Seguridad Social.

- En contra de lo que afirma UUS, la organización de los trabajos de limpieza en la oferta de PROMOPARC (en parte mediante subcontratación y en parte mediante el personal de la empresa que ejecuta las demás prestaciones contractuales) es conforme con los pliegos, pues la partida destinada a gastos de limpieza en el presupuesto base de licitación (en adelante, PBL), que utiliza el poder adjudicador como término de comparación con la justificación, es inusualmente elevada en comparación con otros contratos similares. Además, afirma que el importe de las partidas del presupuesto desglosado no vincula a los licitadores, que la subcontratación parcial del servicio de limpieza está permitida por los pliegos y que la prestación del servicio parcialmente con personal propio no perjudica la viabilidad del contrato.

b) Finalmente, se solicita:

- (i) La declaración de nulidad de la exclusión, o anularla con retroacción de las actuaciones al momento previo a su adopción para que se admita la oferta del recurrente



- (ii) La anulación de la adjudicación del contrato y que se dicte una nueva en favor de la recurrente y
- (iii) La concesión a PROMOPARC del acceso a la grabación de la sesión del Consejo de Administración de UUS de 18/5/2021, otorgándole un plazo para completar el recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) En el expediente se acredita que el asesoramiento técnico del procedimiento de adjudicación se realiza por personal técnico del Ayuntamiento de Urduliz; así, en la notificación del acuerdo de exclusión se indica literalmente “Analizada la justificación por los técnicos del ayuntamiento en el informe de fecha 13 de mayo”, documento que se puso a disposición del recurrente. Además, el Consejo de Administración cuenta entre sus miembros con un técnico jurídico del Ayuntamiento (actualmente, secretario accidental).

b) Por lo que se refiere a la alegación sobre los costes de la Seguridad Social en la justificación de la baja anormal, UUS se reitera en la motivación del acto impugnado y alega que, aunque no se exige acreditar durante el procedimiento de adjudicación la contratación del personal que vaya a ejecutar el contrato, no es menos cierto que el poder adjudicador puede solicitar justificación de las condiciones de la oferta susceptibles de determinar su bajo precio o coste, teniendo en cuenta además que la baja ofertada por el recurrente es muy notoria. La justificación aportada por la empresa es insuficiente porque se basa tan solo en la afirmación de que contratará personal discapacitado sin especificar cómo va a llevar a cabo su propósito; si no pudiera beneficiarse de estas contrataciones, podrían incrementarse los costes de la prestación y verse comprometida la viabilidad del servicio.

c) Teniendo en cuenta la pandemia, los gastos de limpieza son especialmente significativos en este contrato; aunque es una actividad accesorio respecto a la



principal (la atención a las personas), es especialmente importante por la ubicación del aparcamiento junto al Hospital de Urduliz, previéndose que la mayoría de los usuarios sean pacientes o sus familiares. Consecuentemente, se estima que la estrategia de ahorro de gastos en el servicio de limpieza pone en riesgo la ejecución óptima de la prestación.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, el recurrente impugna la validez de la exclusión de su oferta por presentar una baja anormal y solicita la anulación del acto recurrido y la adjudicación del contrato en su favor. Previamente al análisis de la pretensión debe resolverse la solicitud de acceso al expediente, ya que acceder a ella supondría la concesión de un plazo adicional para completar el recurso.

a) Sobre la solicitud de acceso al expediente

El recurrente solicita el acceso a la parte a la grabación de la sesión del Consejo de Administración de UUS de 18 de mayo de 2021, donde constaría la deliberación previa a la adopción del Acuerdo de exclusión aquí impugnado, que el poder adjudicador denegó con anterioridad a la interposición del recurso.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resolución 13/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de



estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión (Resolución 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, este Órgano estima que no procede el acceso requerido. Debe tenerse en cuenta que la pretensión de la recurrente consiste en la anulación del acuerdo que excluye su proposición de exclusión, sin que conste qué puede aportar a estos efectos lo que pudiera deducirse del análisis de la sesión del Consejo de Administración de UUS de 18 de mayo de 2021; téngase en cuenta que al recurrente ya le ha sido suficiente para elaborar el recurso con analizar el acuerdo de exclusión (notificado en fecha 26 de mayo).



b) Sobre el procedimiento de verificación de la anormalidad

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 149.4 de la LCSP:

- Requerimiento de justificación de la baja

En el requerimiento de justificación de la baja se indica, entre otras cosas, lo siguiente:

“Consecuentemente, y dando cumplimiento a los trámites previstos en el apartado 4 del artículo 149 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por medio del presente se le requiere para que justifique y desglose razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, o de costes, y los parámetros de su oferta relativos al resto de los criterios de adjudicación establecidos en el pliego y que definen la anormalidad de la oferta, mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos.

Concretamente, deberá justificar aquellas condiciones de su oferta que sean susceptibles de determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma y, en particular, en lo que se refiere a los siguientes valores:

- a) El ahorro que permita el procedimiento de fabricación, los servicios prestados o el método de construcción.
- b) Las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para suministrar los productos, prestar los servicios o ejecutar las obras.
- c) El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral, y de subcontratación, no siendo justificables precios por debajo de mercado o que incumplan lo establecido en el artículo 201 de la LCSP
- d) O la posible obtención de una ayuda de Estado”

- Justificación aportada por la UTE

La justificación presentada por el recurrente es, en síntesis, la siguiente (el resumen incide especialmente en los aspectos que discute el acto impugnado):



1) Estudio económico desglosado por partidas

Se incluyen gastos en concepto de “Servicios externos de limpieza (fin de semana y festivos)” por importe de 720 euros y de “Servicios externos (telecontrol)”, por importe de 2.400 euros.

2) Aclaraciones para las partidas del estudio.

Se alega que el personal de servicio tendrá la condición acreditada de discapacidad igual o superior al 33% compatible con las funciones asignadas a sus puestos de trabajo, lo que supone un coste de Seguridad Social nulo.

3) Detalle y aclaraciones de los Equipamientos y mejoras propuestos (CAPEX).

4) Anexos: Ofertas y referencias de precios de los bienes y servicios incluidos en la oferta.

Incluye una factura de la empresa que prestaría el servicio de tele – gestión, control operativo y atención al cliente 24 horas desde el centro de control remoto (CCR), por un importe mensual de 200 euros.

- Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de la recurrente no se consideraron convincentes son, resumidamente, las que se expresan a continuación:

1) La justificación del gasto “0” en cotizaciones de la Seguridad basada en las exenciones legalmente previstas para el personal discapacitado que ejecutará el contrato no es aceptable por dos motivos:

- (i) Se refiere a condiciones ajenas al pliego y establecidas unilateralmente por el licitador; se alega que “El pliego establece unas



reglas que garantizan la igualdad de los licitadores en el procedimiento de licitación, y a la vez prohíbe que cualquier licitador se apoye para conseguir una ventaja, en condiciones que no se establecen en el pliego”.

- (ii) No se especifica el personal discapacitado que va a contratarse, ni cómo va a producirse dicha contratación, si directamente o subcontratando con un Centro Especial de Empleo (en este último caso, debiera aportarse el correspondiente contrato con el Centro).
- 2) La partida referente al coste del servicio por tele – gestión, control operativo y atención al cliente 24 horas se apoya en una factura de la empresa que prestaría el servicio; sin embargo, no se menciona la forma de prestar el servicio “Acuda”, que está incluido en la memoria técnica presentada por el recurrente.
- 3) En relación con los trabajos de limpieza, se observa que la cantidad consignada para esta prestación es muy inferior a la señalada en el desglose del PBL, lo que plantea serias dudas sobre la viabilidad y la correcta ejecución del contrato. Se señala que la justificación, basada en el ahorro que supone que el mismo empleado encargado del servicio presencial del aparcamiento se encargue también de las tareas de limpieza, es una estrategia de ahorro que pone en riesgo la ejecución del contrato en condiciones de higiene y salubridad, y que la dualidad de funciones solo puede perjudicar el normal desarrollo de la prestación.

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

c) 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.
- sobre la petición de información que el poder adjudicador debe formular al licitador inicialmente incurso en anormalidad, se ha señalado que el artículo 149.4 de la LCSP exige que sea clara, de modo que dicho licitador esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta; por ello, no son aceptables las solicitudes genéricas o la simple constatación de que, una vez aplicados los parámetros fijados en los pliegos, existe la sospecha de temeridad; consecuentemente, se considera desproporcionado que el poder adjudicador que incumple este requisito pueda luego reprochar válidamente la insuficiencia o vaguedad de las explicaciones aportadas, de modo que, para apreciar la legalidad de la decisión de excluir la proposición el OARC / KEAO puede valorar, entre otros factores, el contraste entre lo genérico del requerimiento y el detalle de la justificación (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, C-285/99 y 286/99, en especial los apartados 53, 58 y 59, y de 29/3/2012, C- 599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 31, así como las Resoluciones 8, 63 y 217/2019 y 98/2020 del OARC / KEAO).
- en cuanto al análisis de la justificación de las ofertas incursas en sospecha de anormalidad, 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).

d) Análisis de las cuestiones planteadas por el recurso

A continuación, se expone el criterio de este Órgano sobre las cuestiones planteadas a propósito del recurso.

d 1) Sobre el requerimiento de justificación de la baja anormal

La solicitud de justificación de la baja anormal es una reproducción casi literal de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la LCSP, y no contiene ninguna mención concreta a los puntos de la oferta sobre los que se desea obtener información.



Es claro que este contenido no satisface los requisitos legales exigibles a este trámite, señalados anteriormente; asimismo, debe señalarse el contraste con el considerable esfuerzo argumentativo y probatorio hecho por el recurrente para defender la viabilidad de su proposición. A juicio de este Órgano, esta circunstancia debe tenerse en cuenta, en contra del poder adjudicador, a la hora de evaluar las omisiones o deficiencias de las justificaciones presentadas por PROMOPARC denunciadas por UUS, especialmente si se refieren a cuestiones muy concretas y detalladas.

d 2) Sobre el asesoramiento técnico en el procedimiento

El artículo 149.4 de la LCSP establece que en el procedimiento de verificación de la viabilidad de una oferta sospechosa de anormalidad "...deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente". El recurrente afirma que no consta el cumplimiento de este requisito. Esta alegación debe desestimarse. Entre la documentación incluida en el expediente remitido a este Órgano por el poder adjudicador (páginas 551 a 559 del documento "AFExpediente UUS-1.pdf") figura un informe de fecha 10 de mayo de 2021 suscrito por una persona que se identifica como técnica del Ayuntamiento de Urduliz, Administración de la que depende el poder adjudicador, por lo que el citado trámite debe darse por cumplido. Por otro lado, la existencia de este asesoramiento, cuyo contenido se reproduce en un informe posterior firmado por dos miembros de la Mesa y al que se remite el acto impugnado, hace que carezca de relevancia el debate sobre la cualificación técnica de los miembros de dicho órgano colegiado.

d 3) Sobre los motivos de la exclusión de la oferta

Este Órgano entiende, por las razones que se expresan en los epígrafes siguientes, que el acto impugnado no justifica el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en la decisión de excluir una oferta anormal:



d 3.1) Sobre el coste de Seguridad Social

El poder adjudicador rechaza la explicación del recurrente, basada en su intención de que la prestación se ejecute con personal discapacitado, lo que supondría un ahorro en el coste que la empresa asumiría en concepto de gastos de Seguridad Social. Interesa señalar que UUS no pone en duda los cálculos económicos de PROMOPARC; por el contrario, sus reparos se fundamentan en que (i) se trata de una justificación ajena a las condiciones de los pliegos y establecidas unilateralmente por el licitador y no cabe que un operador se apoye, para conseguir una ventaja, en condiciones que no figuran en dichos pliegos y (ii) en que no se especifica el personal que va a contratarse ni se dice cómo va a producirse la contratación (directamente, mediante subcontratación con un Centro Especial de Empleo, etc.). Ninguna de las dos alegaciones es aceptable:

- 1) Ni del artículo 149 de la LCSP, ni de la normativa de la Unión Europea (UE) que éste incorpora (ver, en especial, el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE) se puede deducir que el ahorro en costes sociales por la contratación de personal discapacitado no sea un argumento válido para justificar la viabilidad de una oferta sospechosa de anormalidad. De hecho, en el listado del artículo 149.4 (que, en todo caso, tampoco es exhaustivo; ver, por ejemplo, la STJUE de 29/3/2012, C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 30, así como la Resolución 6/2017 del OARC / KEAO) está la posible obtención de una “ayuda de estado” (ver, en este sentido, las Resoluciones 43 y 45/2012 del OARC / KEAO), concepto procedente del Derecho de la UE en el que caben figuras legales como la bonificación o exención de las cotizaciones sociales a cargo del empresario (ver, por ejemplo, la STJUE de 15/12/2005, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, en especial sus apartados 76 y siguientes). Por otro lado, sostener que una empresa no puede aprovecharse válidamente de la ventaja económica que le supone el régimen legal que invoca es tanto como privar a la norma que lo establece de su aplicación en el ámbito de la contratación pública, dejando sin efecto su finalidad de promocionar el empleo del colectivo con problemas de inserción laboral al que se



pretende beneficiar (o, lo que incluso es más incongruente, reduciendo la efectividad del precepto al ámbito del sector privado sin que haya razón alguna para ello). Tampoco se comparte el argumento de que es una justificación ilegítima por ser ajena a los pliegos al referirse a condiciones que no figuran en ellos; antes bien, dichos pliegos, como no podía ser de otro modo, no prohíben que los trabajadores que ejecuten la prestación sean personas discapacitadas. Finalmente, la “unilateralidad” mencionada por UUS no es sino la manifestación de la facultad empresarial para, dentro de los límites legales y contractuales, satisfacer las necesidades del poder adjudicador determinando y organizando los medios técnicos y personales que pretende emplear del modo que estime más oportuno.

- 2) A juicio de este Órgano, no cabe alegar, para descartar la justificación analizada, que no se ha identificado el personal que va a contratarse ni la forma de hacerlo (subcontratación, directamente...). Como bien alega el recurrente, la acreditación de dichos extremos no es exigible en la fase de ejecución del contrato. Frente a esta argumentación, no es suficiente afirmar, como hace el informe de UUS de contestación al recurso, que el poder adjudicador puede solicitar, en el trámite de verificación de la anormalidad, justificación sobre aquellas condiciones de la oferta que puedan explicar el bajo nivel del coste o precio, en particular las soluciones técnicas y aportadas y las condiciones excepcionalmente favorables de las que se disponga, y ello por dos razones. En primer lugar, UUS no puede invocar válidamente su facultad de requerir aclaraciones tan concretas como la debatida cuando su solicitud, como ya se ha dicho, ha sido completamente genérica, incumpliendo el mandato del artículo 149.4 de la LCSP. Por otro lado, el hecho de que la oferta esté incurso en sospecha de anormalidad no justifica que se pueda exigir a PROMOPARC la formalización de compromisos (como el contrato con un centro especial de empleo) o la adopción de decisiones empresariales (como la identificación del modo de disponer del personal discapacitado) anticipadamente, sobre todo teniendo en cuenta que, en sustancia,



cualquier forma de contar con el personal discapacitado satisfaría el argumento del ahorro en gastos de Seguridad Social.

d.3.2) Sobre los gastos de limpieza

El poder adjudicador estima inaceptable la justificación del licitador en lo que se refiere al coste de los trabajos de limpieza, alegando que (i) la cantidad consignada para esta prestación es muy inferior a la señalada en el desglose del PBL y (ii) que el mismo empleado se encargue del servicio presencial del aparcamiento y de las tareas de limpieza pone en riesgo la correcta ejecución del contrato en condiciones de higiene y salubridad, pues es dudoso que puedan simultanearse ambas funciones sin perjudicar la calidad de la prestación. Este Órgano entiende que estos argumentos de UUS deben desestimarse por los siguientes motivos:

- 1) El importe señalado en el desglose del PBL tiene la finalidad de acreditar que el precio contractual satisface el mandato de ajustarse al mercado, con especial incidencia en los costes salariales (ver el artículo 100.2 de la LCSP y la Resolución 86/2019 del OARC / KEAO). En absoluto se trata de una cláusula contractual ni condiciona en modo alguno el contenido de las ofertas o los fundamentos económicos en los que se basa el licitador para elaborar su oferta u organizar los medios con los que se propone ejecutar el contrato. Tampoco puede servir, por sí solo, para juzgar sobre la calidad de las justificaciones presentadas para defender la viabilidad de la proposición.
- 2) UUS tampoco acredita, más allá de la duda que expresa, que el modo escogido por PROMOPARC para prestar el servicio de limpieza sea, como establece el artículo 149.4 de la LCSP, una “práctica inadecuada” desde el punto de vista técnico u económico; desde luego, no lo es complementar parcialmente la limpieza con medios propios en lugar de subcontratarla íntegramente. Por otro lado, tampoco se prueba, más allá de una afirmación genérica, que el hecho de que el personal de la



empresa compatibilice los trabajos principales del contrato con la prestación accesoria de limpieza perjudique a la prestación; en este sentido, del apartado 3.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (que, por cierto, no menciona especificaciones relacionadas con la pandemia) no parece deducirse una especial complejidad de estas tareas.

d.3.3) Sobre el servicio “Acuda”

Por lo que se refiere al argumento de que no se menciona en la factura de la empresa subcontratada que prestaría el servicio de telegestión el servicio “Acuda”, se observa que se exige un detalle en la explicación de la oferta que no se corresponde con lo genérico del requerimiento; además, si consideraba que este extremo tan concreto era relevante, el poder adjudicador podía haber pedido aclaraciones adicionales (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO). Por todo ello, es desproporcionado excluir la oferta con base en esta cuestión, teniendo en cuenta, además que UUS no determina cuál es su importancia económica ni llega a poner en duda la prestación del servicio al que se refiere.

e) Sobre el ejercicio de la discrecionalidad técnica por el poder adjudicador.

Aunque UUS está amparada por un margen de discrecionalidad técnica en la apreciación de la anormalidad de la oferta, en este caso no se dan los requisitos mínimos para considerar que dicho margen se ha ejercido dentro de los límites que lo constriñen, especialmente porque no se refutan suficientemente las justificaciones aportadas por PROMOPARC. Tampoco se alega ni acredita que la oferta se base en hipótesis técnicas, económicas o jurídicas inadecuadas, ni que haya riesgo de incumplimiento de normas sociales, laborales o medioambientales (artículo 149.4 de la LCSP). Tal y como se indicaba en la Resolución 68/2019 de este OARC / KEAO, el que la LCSP diga ahora en su artículo 149.6 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 no significa



que la exclusión de la oferta no requiera motivación o requiera tan solo una motivación simple. La exigencia de una motivación reforzada para fundar el rechazo de la oferta, mantenida por este Órgano bajo la vigencia de la legislación anterior, no aparecía sin embargo expresamente mencionada en el TRLCSP; por el contrario, esta exigencia se basaba en que se trata de eliminar una oferta que, inicialmente, tiene un contenido que la hace especialmente atractiva, lo que es una excepción legal al principio de la oferta económicamente más ventajosa y a la función misma del procedimiento de adjudicación, cuyo objeto es precisamente promover la competencia entre los licitadores para que propongan las mejores condiciones y los precios más bajos posibles. Esa excepcionalidad es la que pide una explicación cuyo alcance deberá ser tan amplio como grave es la decisión de no aceptar una proposición ventajosa a la vista de su contenido.

Finalmente, frente a la falta de concreción del requerimiento, el licitador ha efectuado un esfuerzo para justificar su oferta que requería de un mayor análisis que el efectuado por el poder adjudicador.

f) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la oferta de PROMOPARC sea readmitida y se apliquen los criterios de adjudicación sujetos a fórmula en los términos previstos en los pliegos.

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 la empresa PROMOPARC SUBTERRÁNEO SERVICIOS, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicios de gestión del control de accesos y ordenación del estacionamiento de vehículos, mantenimiento y recaudación del aparcamiento público subterráneo “Santa Mariñe” de Urduliz”, tramitado por Urduliz Urbanismo Sozietatea, S.A., anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para que la oferta de la recurrente sea readmitida y se apliquen los criterios de adjudicación sujetos a fórmula en los términos previstos en los pliegos.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir 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, 2021eko irailaren 28a

Vitoria-Gasteiz, 28 de septiembre de 2021