



EB 2022/141

Resolución 194/2022, de 13 de diciembre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por ZANTZA SEGURIDAD, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia y seguridad para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 26 de agosto de 2022 la mercantil ZANTZA SEGURIDAD, S.L. (en adelante, ZANTZA) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) un recurso especial contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia y seguridad para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El mismo día 26 este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 31 de agosto.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 1 de septiembre, se han recibido las alegaciones de INTEGRAL DE VIGILANCIA Y CONTROL, S.A. (en adelante, INVICO), adjudicataria impugnada, el día 2 de septiembre y de I-





SEC SPAIN AVIATION SECURITY, S.L. (en adelante, I-SEC) el 9 del mismo mes.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.B.A.M. 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 los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.



SEXTO: Alegaciones del recurso

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

- a) Las justificaciones de las bajas a diferentes sublotos realizadas por las dos primeras clasificadas no han sido objeto de traslado a la recurrente.
- b) La Mesa de contratación ha adjudicado el contrato a una mercantil actuando en contra de lo establecido por el PCAP en lo relativo a las ofertas anormalmente bajas. Así, la adjudicataria contraviniendo lo dispuesto en el apartado 22.3 de la PCAP ha presentado bajas del 99% en la práctica totalidad de los sublotos.
- c) Por su parte, la oferta de la recurrente (i) contiene el precio más bajo, (ii) garantiza y cubre los diversos conceptos salariales recogidos en el Convenio de aplicación, (iii) no ha presentado una baja al 20% del precio de licitación y (iv) es la única que no incumple bajo ningún aspecto, ni siquiera en sub lote alguno, las previsiones que sobre la baja temeraria se contienen en el PCAP.
- d) Finalmente, solicita que se revoque la resolución impugnada y se adjudique a la recurrente el contrato.

SÉPTIMO: Alegaciones de INVICO

INVICO, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

- a) La alegante, a requerimiento de la Mesa de contratación, justificó económicamente la viabilidad de su oferta y dichos argumentos fueron aceptados por la Mesa.
- b) La oferta de INVICO para el total de costes salariales, Seguridad Social, cobertura de absentismo y Gastos Generales no incurre en anormalidad de conformidad con lo establecido en el PCAP, por lo que lo afirmado por la recurrente carece de veracidad.



c) La oferta de INVICO ha obtenido la mejor puntuación, tanto en el aspecto técnico como en el económico.

e) Finalmente, solicita la imposición de una multa por temeridad por interponer un recurso de manera infundada y con la intención de dilatar el inicio del contrato.

OCTAVO: Alegaciones de I-SEC

La alegante se opone a la estimación del recurso, en cuanto a ella se refiere, por las siguientes razones:

a) La oferta de I-SEC no debe ser considerada como anormalmente baja, atendiendo a lo dispuesto en el PCAP, pues la ha justificado adecuadamente ante el órgano de contratación.

b) Son, sin embargo, las ofertas de ZANTZA e INVICO las que incurren en anormalidad de conformidad con el primer párrafo del punto 22.3.

c) La oferta económica global de I-SEC es superior a la de ZANTZA, por lo que es incoherente que esta última afirme que I-SEC se encuentre incurso en anormalidad por precio bajo y la suya no.

d) La posibilidad de oferta precios cero en los sublotos 2 y 9 está ampliamente avalada por el OARC/KEAO.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) Tras la apertura del sobre relativo a los criterios de valoración por fórmula, y como consecuencia de la reclamación de aclaraciones de uno de los licitadores



sobre la posibilidad de que otros hubieren incurrido en baja anormal, la mesa de contratación abrió un incidente de comprobación de la anormalidad de las ofertas alegadas, concluyendo que ninguna de las empresas estaba incurso en baja temeraria.

b) El requerimiento de justificación de baja anormal, así como el informe de la unidad promotora concluyendo la admisión de las ofertas fueron publicados en el perfil del contratante. Por otra parte, la Ley no exige que se publique el contenido de las respuestas a los requerimientos de justificación y, en el presente caso, la recurrente no ha hecho uso de la vista de expediente con el fin de comprobar la misma justificación.

c) Respecto a la alegación de que las ofertas de INVICO e I-SEC se encuentran en baja anormal, debe indicarse que el pliego hace dos previsiones al respecto: la primera, en relación al sublte I y la segunda, respecto al presupuesto global de licitación. Del análisis de las ofertas, se concluye que ninguna de las ofertas incurre en anormalidad en lo que se refiere al sublte I. Lo mismo cabe decir en relación con el presupuesto de licitación considerado en su conjunto, pues ninguna de las ofertas incluye baja que supere el 20% del importe de licitación previsto en el pliego.

d) En relación a la alegación de las ofertas gratuitas y su consideración de anormalmente bajas, ha de indicarse que se refieren a sublotos que representan un porcentaje ínfimo del presupuesto de licitación, y además la empresa I-SEC acompañó una resolución del TACRC en la que se consideraba válidas las ofertas gratuitas.

DÉCIMO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente solicita, en síntesis, que se excluyan las ofertas de las demás licitadoras y que se le adjudique el contrato por ser la única oferta que no incurre en baja anormal del precio. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de condiciones particulares (en adelante, PCAP) que rige la



licitación, que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, su contenido vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación; en concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PLIEGO DE CONDICIONES PARTICULARES

CLÁUSULAS ESPECÍFICAS DEL CONTRATO

22.3.- Ofertas anormalmente bajas: Sí. Podrán considerarse como temerarias aquellas ofertas cuya cuantía, se acuerdo con los datos aportados sobre los contratos de las personas trabajadoras que vienen prestando el servicio (Anexo I.2.) y las que la empresa aporte para la cobertura del servicio, designadas en el desglose de la plantilla de fórmulas, no lleguen a cubrir los costes salariales y de seguridad social más un porcentaje calculado de gastos generales del 2%.

Asimismo, las ofertas que contengan baja superior al 20% del precio de licitación podrán considerarse anormales

Teniendo en cuenta lo antecedente, las consideraciones sobre el fondo de la cuestión son las siguientes:

- a) Sobre el fundamento de la exclusión solicitada por la recurrente del resto de las ofertas por ser anormalmente bajas

El fundamento del acto impugnado es, en síntesis, la consideración de que la ofertas de INVECO e I-SEC incurrn en baja temeraria por proponer precios unitarios en varios sublotos a importe “0” o prácticamente gratuitos. A juicio de este Órgano, este argumento no es aceptable por los siguientes motivos:

- 1) En primer lugar, debe precisarse que la función de los parámetros objetivos a los que se refiere el artículo 149.2 de la LCSP es la de establecer una sospecha o presunción inicial de anormalidad que sirva de presupuesto procedimental para iniciar un trámite contradictorio de justificación de la oferta y de análisis de su contenido, requisito imprescindible para, en su caso, excluirla de la licitación por considerarla inviable (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión



Europea, TJUE, de 22/6/1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256). Por el contrario, no es finalidad de estas fórmulas limitar al licitador las condiciones de la oferta o los argumentos que puede invocar para justificar que puede ser normalmente cumplida, los cuales ya están fijados, incluyendo un listado no exhaustivo, en el artículo 149.4 de la LCSP. Lógicamente, el parámetro de temeridad tampoco puede desfigurar las características básicas de la institución de la baja anormal, siendo una de ellas que su objeto es la comprobación de que la oferta es viable y puede ser normalmente cumplida. De hecho, los parámetros escogidos por la Administración no se refieren a estas cuestiones, que no le son propias, sino que se limitan a marcar los umbrales matemáticos para establecer a qué ofertas debe aplicarse el procedimiento del artículo 149.4 de la LCSP (ver la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5/5/2022, nº 173/2022, ECLI:ES: TSJPV:2022:1895, que la confirma). Debe señalarse, además, que no existen en el pliego precios unitarios mínimos para los distintos sublotes.

- 2) A partir de lo indicado, puede observarse en la cláusula sobre ofertas anormalmente bajas más arriba reproducida que dos son los parámetros que han de ser tenidos en cuenta a la hora de presumir la existencia de ofertas temerarias por su cuantía: (i) el del sublte I (que supone el 85% del importe de licitación) que consta en el Anexo I.1 y que hace referencia a que la oferta debe cubrir los costes salariales y de seguridad social más un 2% de gastos generales, y (ii) la baja superior al 20% del precio de licitación. Pues bien, respecto al primer parámetro se desprende del expediente que todas las empresas realizaron ofertas que cubrían la previsión mínima cuyo importe era de 1.453.481,26€, siendo la oferta de la recurrente la de menor cuantía, por lo que nada más debe añadirse. En lo que al segundo parámetro de contraste se refiere, tampoco cabe advertir la existencia de baja temeraria alguna, pues ninguna de las ofertas incluye baja que supere la previsión del 20% del importe total de la licitación. Debe recordarse que, cuando el contrato se adjudica en razón



de varios criterios, no cabe iniciar el procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP sobre una oferta que no esté incurso en sospecha de anormalidad, según el parámetro prefijado en los pliegos (ver, por ejemplo, todas, la Resolución 152/2017 del OARC / KEAO).

- 3) Finalmente, ha de señalarse a la mercantil recurrente, que este Órgano tiene una consolidada doctrina (ver, por ejemplo, las Resoluciones 164/2020 y 64/2021, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI: ES:TS:2019:4069) que establece que carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto, sin que ello implique vulneración alguna del pliego como parece invocar ZANTZA. Al respecto, merece la pena recordar que nada obliga a los licitadores a repercutir íntegra o parcialmente el coste de cada prestación en el correspondiente precio unitario. De hecho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se deduce que incluso las ofertas a “0” euros por el total de la prestación son aceptables en un procedimiento de adjudicación, sin perjuicio de que pueda verificarse su viabilidad mediante el procedimiento que la LCSP prevé en su artículo 149 para las bajas incursas en presunción de anormalidad (ver la STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685). En este sentido, no es infrecuente en el tráfico mercantil, ni tiene nada de reprochable, que los operadores económicos formulen o negocien sus ofertas proponiendo determinadas prestaciones de un contrato sin un precio específico o adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal rentabilidad, estrategia que han seguido, en el caso analizado, dos de las tres licitadoras (ver, por ejemplo, la Resolución 73/2021 del OARC / KEAO).



b) Conclusión

A la vista de lo expuesto en el apartado a) anterior, el recurso debe desestimarse íntegramente. Por último, debe señalarse que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP para los recursos temerarios o interpuestos con mala fe, pues la impugnación el recurso no carece de argumentos jurídicos, aunque hayan sido rechazados.

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 ZANTZA SEGURIDAD, S.L. contra la adjudicación del contrato de “Servicio de vigilancia y seguridad para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley



29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko abenduaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de diciembre de 2022