



EB 2015/042

Resolución 56/2015, de 20 de mayo de 2015, 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 el recurso especial interpuesto por las empresas ONDOAN, S.COOP. y LABAQUA, S.A. contra la adjudicación del contrato de servicios “Seguimiento del estado químico de los ríos de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua – URA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de abril de 2015 tiene entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante OARC / KEAO), el recurso especial en materia de contratación interpuesto por las ONDOAN, S.COOP. y LABAQUA, S.A contra la adjudicación del contrato de servicios de “Seguimiento del estado químico de los ríos de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua – URA.

SEGUNDO: Previa solicitud de 15 de abril de 2015, el expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) fueron recibidos en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (en adelante, OARC / KEAO) el 23 de abril de 2015.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 27 de abril de 2015, no se ha recibido ninguna.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

SEGUNDO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

Se trata de un contrato de servicios de la categoría 16 del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado de 2.644.628,10 €.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

El acto recurrido es la Resolución de 18 de marzo de 2015, del Director de la Agencia Vasca del Agua, de adjudicación del contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, URA tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El apartado 29.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establece que, para acreditar su solvencia técnica, los licitadores deben demostrar su «inscripción en el Registro de Entidades de Colaboración Ambiental del departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco en el Nivel II de actuación (...) o en el registro equivalente a nivel estatal». Cuando varias empresas se presenten en UTE, todos sus componentes deben acreditar su solvencia, siendo requisito previo a que se pueda acumular que todas las



empresas acrediten algún tipo de solvencia. En el caso impugnado, EKOLUR no cuenta con ninguna solvencia técnica, por lo que no puede acumularse la de toda la UTE. Además, EKOLUR tampoco cuenta con la ISO 17.020, como señala el informe técnico de valoración. Por todo ello, la oferta de la UTE adjudicataria, LTL – EKOLUR debió ser excluida.

b) La oferta de las recurrentes se ajusta a las necesidades de la Red, tanto en su diseño como en los objetivos del proyecto; en particular, la proposición ha tenido en cuenta los objetivos de la Red, la experiencia del equipo consultor, el diseño de la red de control y el estudio de la base de datos UrSarea de URA. En cambio, la oferta de la adjudicataria duplica el número de unidades de muestreo estimado por el órgano de contratación, lo que supone un sobredimensionamiento que no aporta información científica adicional significativa y producirán interpretaciones inexactas de los resultados. En definitiva, se ha primado un diseño exhaustivo frente al diseño ajustado, suficiente y económico presentado por las recurrentes

c) El órgano de contratación ha aplicado la fórmula de valoración del precio de tal modo que ha usado las “unidades estimadas” para hacer comparables los precios unitarios, ya que cada propuesta ofrece distinto número de unidades de ejecución, proporcionando la máxima puntuación a la oferta más cara y a la vez más temeraria, puesto que propone bajas de más de un 50% en los precios unitarios. Cualquier intento de utilizar una interpretación de un párrafo de un anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas para considera como más ventajosa la propuesta más cara contradice la carátula y los principios del TRLCSP.

d) No es ajustado a derecho que el cálculo de la baja media para la identificación de las ofertas anormales o desproporcionadas y el cálculo de la baja media para la valoración del precio se efectúe con criterios distintos, pues dicho parámetro debe ser único para todo el expediente.

e) Los precios unitarios ofrecidos por la adjudicataria son muy inferiores a los del mercado, lo que infringe el artículo 87.1 TRLCSP.



f) Finalmente, se solicita la nulidad o, subsidiariamente, la nulidad de la adjudicación.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El requisito de inscripción en el Registro que menciona el recurso es un requisito de solvencia técnica y no de habilitación profesional, como se deduce del artículo 6.3 del Decreto 212/2012, de 16 de octubre, por el que se regulan las entidades de colaboración ambiental y se crea el Registro de Entidades de Colaboración Ambiental de la CAE. Partiendo de esa base, de que los pliegos no han sido impugnados, y de lo dispuesto en el artículo 24.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), la regla general es la acumulación de características, siempre que exista algún tipo de solvencia que acumular, por lo que la actuación de la Administración aceptando la oferta de la adjudicataria ha sido correcta.

b) Dentro de un mismo techo presupuestario, la oferta con un mayor número de unidades de control y por ello con mayor volumen analítico es la que plantea un mayor esfuerzo de seguimiento y reporta a URA más y mejor información para evaluar más certeramente el estado de los ríos.

c) De acuerdo con el punto 4 de la carátula del PCAP, el precio se determina por precios unitarios referidos a unidades cuyo número real se condiciona a las necesidades del poder adjudicador, independientemente de las unidades estimadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) o de las propuestas por el contratista en su oferta, por lo que no hay duda sobre la certeza del precio que pide el artículo 87.1 TRLCSP. Por otro lado, según el Anexo VI del PCAP, que contiene el modelo de oferta económica, “el número de unidades estimadas servirá para la determinación del valor de la proposición económica presentada por el licitador para su consideración en el marco de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas (apartado



30.2 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares)”, por lo que la valoración del criterio del precio ha sido correcta y ajustada a los Pliegos, los cuales no se han impugnado en tiempo y forma, por lo que vinculan al poder adjudicador y a los licitadores. No es cierto que se haya otorgado la máxima puntuación en el criterio precio a la oferta más cara; en el citado Anexo VI se indica que “la suma de los valores resultantes de multiplicar los precios unitarios ofertados por el número de unidades ofertadas asociadas no podrá superar el presupuesto de licitación indicado en la cláusula 3 de la carátula de este pliego. La superación del presupuesto de licitación supondrá el rechazo de la oferta”, y de este modo, se ha adjudicado el contrato con arreglo a los precios unitarios que constaban en su oferta y un presupuesto máximo limitativo de 1.263.278,72 euros, IVA incluido. En este sentido, el importe de 1.044.032 (más IVA) no es el importe de adjudicación (precio del contrato) sino su presupuesto máximo limitativo, que el órgano de contratación no tiene por qué agotar.

d) De la lectura de la carátula (cláusula 30.2.1 y adenda del Anexo VI) se deduce que el importe a valorar como oferta económica global es el resultado de la suma de multiplicar cada uno de los precios unitarios ofertados por el número de unidades estimadas en el Pliego, que es precisamente lo que el poder adjudicador ha hecho. Para calcular los valores anormales o desproporcionados se hace referencia a la baja media de las ofertas a valorar y se añade que “se tomará el importe total indicado en la adenda del anexo VI, oferta económica”. El informe de la Administración reconoce la incongruencia de la cláusula, pues ya que, por un lado, se indica que el valor sobre el que se aplica el límite del 15% es la baja media de las ofertas o precios a valorar pero, por otro lado, se hace referencia al importe total de esa misma adenda, siendo así que el único importe total contenido en la adenda se refiere a la suma de los valores resultantes de multiplicar los precios unitarios ofertados por el número de unidades ofertadas asociadas. El importe tomado como base para hallar las ofertas con valores anormales o desproporcionados es el importe total que se indica en el adenda del anexo de la oferta económica, que tiene en cuenta las unidades ofertadas y no las estimadas. Esta decisión no es



reprochable porque no siendo los licitadores responsables de la oscuridad de la cláusula, no puede el poder adjudicador interpretarla luego en perjuicio de ellos. El resultado es que ninguna de las ofertas es inicialmente sospechosa de temeridad, que es el mismo resultado al que se hubiera llegado en el caso de utilizar el importe obtenido tras multiplicar los precios unitarios por el número de unidades estimadas.

e) Los recurrentes confunden los conceptos de “presupuesto de licitación” y “precio de mercado” cuando alegan infracción del mandato del artículo 87.1 TRLCSP; en concreto, no se tiene en cuenta que el precepto se refiere al precio general del mercado en el momento de aprobar los pliegos, no al precio ofertado por los licitadores cuya adecuación al precio de mercado solo puede verificarse mediante el procedimiento de apreciación de la anormalidad o desproporcionalidad. En este caso, los pliegos que fijaban los precios no fueron impugnados y las ofertas presentadas no incurrían en presunción de temeridad. Por otro lado, es claro que el precio es cierto, aunque no sea fijo, pues lo que se exige es la certeza del precio pero no la de sus contingencias. En definitiva, los pliegos describen suficientemente el precio y las prestaciones contractuales, sin perjuicio de su concreción por las ofertas de los licitadores.

OCTAVO: La primera cuestión planteada es la falta de solvencia de la UTE adjudicataria. Su resolución debe partir del contenido de la cláusula 29.2 de la carátula del PCAP, que entre los requisitos de solvencia establece el siguiente:

«Documento acreditativo de la inscripción en el Registro Entidades de Colaboración Ambiental del Departamento de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco en el Nivel II de actuación – Entidades de Control Ambiental en aguas continentales según Decreto 212/2012, de 16 de octubre, por el que se regulan las entidades de colaboración ambiental y se crea el Registro de Entidades de Colaboración Ambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco – o en el registro equivalente a nivel estatal- según ORDEN MAM/985/2006, de 23 de marzo, por la que se desarrolla el régimen jurídico de las entidades colaboradoras de la administración hidráulica en materia de control y vigilancia de calidad de las aguas y de gestión de los vertidos al dominio público hidráulico-.»



Como bien señala el poder adjudicador, se trata de un requisito relativo a la solvencia técnica fijado como tal en los pliegos y no impugnado en tiempo y forma, por lo que pasa a ser vinculante para el órgano de contratación y los licitadores. De la lectura del Decreto 212/2012 se deduce que no puede considerarse como un requisito de habilitación empresarial (artículo 54.2 TRLCSP) porque no es necesario legalmente para la realización de la actividad objeto del contrato. Así, el apartado 2 del artículo 6 establece una serie de actividades que deberá realizar obligatoriamente una entidad de colaboración ambiental, distinguiéndolas de otros casos en los que su participación es voluntaria para la persona promotora, mientras que el apartado 3 del mismo artículo establece que «el Departamento que tiene atribuidas las competencias en materia de medio ambiente podrá requerir los servicios de las entidades de colaboración ambiental en el desarrollo de los diferentes procedimientos administrativos u otras actividades encomendadas en su área de actuación», pero sin exigir que la contratación deba recaer exclusivamente en estas entidades ni excluir la participación de entidades no inscritas.

Sentada la premisa anterior, y dado que el adjudicatario impugnado es una UTE, debe aplicarse la regla de que su solvencia debe calcularse acumulando la de las empresas componentes, siempre y cuando cada una de ellas disponga de alguna solvencia que aporte al conjunto (ver, por ejemplo, la Resolución 556/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). En este caso, del análisis de la oferta de la UTE se deduce que no es cierto, como alega el recurrente, que la empresa EKOLUR no cuente con ninguna solvencia, pues consta que aporta documentación acreditativa de “haber realizado al menos un trabajo en materia de seguimiento del estado de masas de agua superficiales”, que es otro de los requisitos de solvencia exigidos en el apartado 29.2 de la carátula del PCAP, por lo que este motivo de impugnación debe ser desestimado. Por otro lado, que EKOLUR cuente o no con la ISO 17.020, como denuncia el recurso, es irrelevante, pues dicho certificado no figura en los pliegos como uno de los requisitos exigibles para acreditar la solvencia técnica.



Consecuentemente, el primer motivo de recurso debe desestimarse.

NOVENO: La segunda cuestión planteada por el recurso es, en síntesis, que se ha valorado un aspecto de la oferta de la adjudicataria que no aporta información científica adicional significativa y puede producir interpretaciones inexactas de los resultados, en concreto el elevado número de unidades de muestreo. Al igual que hemos realizado en otras ocasiones (ver, por ejemplo, la Resolución 33/2015), debe exponerse en primer lugar el criterio de este órgano resolutorio sobre el uso de la discrecionalidad técnica en la elaboración de informes. Así, se ha manifestado que «(...) en todo informe valorativo de propuestas contractuales concurren elementos reglados y discrecionales, admitiéndose que la Administración goza de un margen de discrecionalidad en el momento de valorar la proposición más ventajosa (STS de 24 de enero de 2.006 - recurso de casación 7645/00, RJ 2006, 2726 -), con cita de otras anteriores como las de 25 de Julio de 1989 – RJ 1989, 9811 -, 1 de junio de 1999 - RJ 1999, 2745 - y 7 de octubre de 1999 - RJ 1999, 8840). Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 23 de noviembre de 2009 (recurso nº 740/2009 8JUR 2010/140325) con cita, entre otras, de STC 353/1993 (LA LEY JURIS 2406-TC/1993). El control de este órgano únicamente se puede centrar sobre los aspectos que, conforme a la jurisprudencia sobre los procedimientos de concurrencia competitiva, son objeto de control a efectos de cumplir el mandato constitucional del artículo 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad, pues acerca de lo que la jurisprudencia denomina “*núcleo material de la decisión*”, esto es, sobre los juicios de valor técnico emitidos por el órgano técnico competente, el OARC/KEAO no puede pronunciarse, siempre que se hayan respetado las reglas del procedimiento, se haya dado cumplimiento al deber de motivación, se respete el fondo parcialmente reglado del criterio aplicado o conste arbitrariedad.»

Una vez delimitado el alcance del control que este Órgano puede ejercer y los aspectos sobre los que puede pronunciarse, hay que señalar que no se observa infracción jurídica alguna. En este sentido, se observa que el informe técnico que justifica la aplicación de los criterios sujetos a un juicio de valor expone las razones por las que considera que, en el epígrafe “Memoria y metodología, planteamiento de diseño de la red de control”, la oferta de la adjudicataria impugnada es la que obtiene mayor puntuación, citando en concreto “un diseño mejor justificado en cuanto a la asignación de programas de control, con alternativas que pretenden mejorar el ámbito espacial del estudio y con una mayor intensidad



de muestreos”, lo que “da lugar a que el volumen de resultados analíticos sea notablemente superior a la del resto de ofertas y que además se dé un mejor ajuste de las baterías de control a las presiones identificadas”. Por todo ello, este motivo de impugnación debe desestimarse.

DÉCIMO: El recurrente considera que no se ha aplicado correctamente la fórmula de valoración del precio. Dicha fórmula se describe en el apartado 30.2.1 de la carátula del PCAP de la siguiente forma:

«Precio

Ponderación: 40,00%

Fórmula:

- Si B_i es menor o igual que A , $P_i = 30 \times B_i / A$
- Si B_i es mayor que A , $P_i = 30 + 10 \times (B_i - A) / (B_{\max} - A)$

Donde:

P_i : puntuación de la oferta nº i

B_i : baja en unidades porcentuales de la oferta nº i respecto al presupuesto de licitación (p.e. 10% de baja, $B_i=10$)

$B_{\max}$: baja máxima en unidades porcentuales

A : $0,75 \times B_{\text{med}}$

B_{med} : baja media en unidades porcentuales realizada por las ofertas respecto al presupuesto de licitación.»

Además, en la adenda al Anexo VI del PCAP (modelo de oferta económica) se establece que “el número de unidades estimadas servirá para la determinación del valor de proposición económica presentada por el licitador para su consideración en el marco de los criterios evaluables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas (apartado 30.2 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares).”

Como el propio recurrente reconoce cuando critica que se interprete un párrafo de un Anexo de los pliegos para considerar como oferta más ventajosa la más cara, la aplicación del criterio se ha basado en los apartados citados, por lo que el motivo de recurso debe ser rechazado. Si se estimaba que la fórmula de cálculo del criterio relativo al precio era, como se afirma en el recurso,



contradictoria con los principios del TRLCSP, debieron impugnarse en su momento las cláusulas correspondientes de los pliegos, lo que no se ha hecho, por lo que dichos pliegos rigen el procedimiento de adjudicación y pasan a ser vinculantes para el órgano de contratación y los licitadores.

UNDÉCIMO: Los últimos motivos planteados en el recurso son la inadecuación del cálculo de la existencia de bajas anormales o desproporcionadas y el reproche de que los precios presentados por el adjudicatario no se ajustan al mercado, motivos que, en realidad, pueden tratarse conjuntamente, pues en fase de licitación la única forma de excluir una oferta por considerar que su precio está fuera del mercado y no puede ser normalmente cumplida es el procedimiento previsto en el artículo 152 TRLCSP. En este sentido, la cláusula 33 de la carátula del PCAP, titulada “Valores anormales o desproporcionados” fija el parámetro de sospecha inicial de temeridad en «bajas superiores a 15 puntos porcentuales respecto a la baja media de las ofertas a valorar (se tomará el importe total indicado en la adenda del Anexo VI “Oferta económica”)». Como reconoce el informe del poder adjudicador, se ha tomado como base para hallar las ofertas con valores anormales o desproporcionados el importe total que se indica en el adenda del anexo de la oferta económica, que tiene en cuenta las unidades ofertadas y no las estimadas. Es cierto que la cláusula puede tener cierta ambigüedad en su redacción, ya que, por un lado, se refiere a “las ofertas a valorar” que, como se ha señalado en el Fundamento de Derecho anterior, toman como base las unidades estimadas, y por otro menciona “el importe total que se indica en el adenda del anexo de la oferta económica”. Este OARC / KEAO entiende que una interpretación sistemática lleva a la conclusión de que, como expresa el recurrente, no es coherente tomar una magnitud para aplicar el criterio de adjudicación relativo al precio y otra distinta para calcular la anormalidad o desproporción de la proposición, pues precisamente la finalidad es descartar las ofertas que no puedan ser normalmente cumplidas por el precio propuesto, y ese precio no puede ser otro que el valorado. Consecuentemente, la actuación de la Administración no sería correcta. No obstante, como señala el informe del poder adjudicador, la aplicación de la fórmula tomando como base las unidades estimadas hubiera concluido igualmente en que no hay ninguna



proposición inicialmente sospechosa de anormalidad o desproporción. Por ello, en virtud del principio de conservación de actuaciones recogido en el artículo 66 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, no procede anular el acto impugnado, pues la retroacción de actuaciones conduciría necesariamente al mismo resultado, lo que conduce a la desestimación del motivo de recurso.

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:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial interpuesto por las empresas ONDOAN S. Coop. y LABAQUA S.A. contra la adjudicación del contrato de servicios “Seguimiento del estado químico de los ríos de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, tramitado por la Agencia Vasca del Agua – URA.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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



QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko maiatzaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de mayo de 2015