



EB 2017/090

Resolución 093/2017, de 10 de agosto de 2017, 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 en materia de contratación interpuesto por THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. frente al desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de mantenimiento de los ascensores de uso público de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 28 de junio de 2017, THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. (en adelante THYSSENKRUPP) interpuso en el registro de la OSI Ezkerraldea Enkarterri Cruces un recurso especial frente al desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de mantenimiento de los ascensores de uso público de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”.

Remitidos por el poder adjudicador, el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), 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) el día 6 de julio de 2017.

SEGUNDO: Trasladado el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente, no se ha recibido alegación alguna dentro del plazo otorgado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de don J.C. S.I. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato recurrido es un servicio con un valor estimado de 1.213.540,37 €.

TERCERO: El acto recurrido es la Resolución de 12 de junio de 2017 que acuerda el desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato.

Sobre la impugnación del desistimiento de una adjudicación, en su Resolución 031/2017 este OARC / KEAO se pronunció a favor de «(...) la posibilidad de que un acuerdo de esta índole pueda ser objeto de recurso especial (ver la Resolución 116/2013) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ



de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).»

CUARTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) La decisión del órgano de contratación de desistir de la adjudicación del lote 2, basada en un error al fijar el importe máximo de licitación que desvirtúa el procedimiento de adjudicación, carece de fundamento y es contraria a lo dispuesto por el artículo 155 del TRLCSP. A su juicio, la resolución no explica cómo afecta al interés público o cuál es la infracción concreta a la que se refiere, por lo que no hay causa que justifique que se dan los presupuestos legales para ello. El órgano de contratación fijó en los pliegos el importe máximo de licitación y no cabe alegar desigualdad ni oscuridad de las cláusulas que determinen su ilegalidad.

b) De conformidad con el artículo 35.2 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común, y del artículo 155.4 del TRLCSP, un acto que determine el desistimiento tiene que contener un razonamiento bastante que lo justifique desde un punto de vista jurídico, de modo que el administrado conozca si está soportado legalmente o no, y si la fundamentación obedece o es contraria a la interpretación sentada por los órganos revisores. Es por ello, que no basta con afirmar que un error de determinación del importe máximo de licitación desvirtúa el procedimiento, sino que hay que poner de manifiesto porqué se considera que ha habido un error y porqué se considera que es una infracción legal. La resolución recurrida adolece de defectos jurídicos sustanciales que impiden conocer la ilegalidad aducida y privan recurrir con todos los elementos necesarios para ello.



c) Solicita la anulación de la resolución de desistimiento, retrotrayendo las actuaciones al momento en que se dictó la misma, dictando otra que acuerde la adjudicación del lote 2 a THYSSENKRUPP.

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

a) Una vez efectuada la apertura de las ofertas económicas por la Mesa de contratación, se comprueba que de las 6 ofertas presentadas al lote 2, cuatro de ellas propone rebajas muy por encima del límite del 20% establecido por el apartado 33 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) para su consideración como temeraria, y las otras dos están justo en ese umbral. Esta circunstancia lleva a analizar el precio del mercado en el lote 2, llegando a la conclusión de que se puede realizar la prestación por un precio que oscilaría entre el 30%-50% del importe de licitación. Se da una incongruencia en los pliegos al poner en relación el importe máximo de licitación con el límite establecido para poder considerar las bajas como temerarias, que ha producido una oscuridad tal en las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación que ha acabado por desvirtuar el mismo. Esta oscuridad es la que constituye una infracción no subsanable de las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación a efectos de fundar el desistimiento en los términos previstos en el artículo 155.4 del TRLCSP. Esa contradicción queda reflejada en que al menos dos de las ofertas se quedan justo en el umbral de la temeridad probablemente condicionadas por el error. La única forma de salvaguardar que todos los licitadores puedan presentar oferta sin ningún condicionante es desistir del procedimiento de adjudicación para iniciar uno nuevo en el que todos los licitadores puedan presentar sus proposiciones económicas sin estar condicionados por el contenido de cláusulas oscuras o erróneas.

b) Solicita la desestimación del recurso.



OCTAVO: THYSSENKRUPP impugna la Resolución de 12 de junio de 2017 en cuya parte dispositiva se acuerda «Desistir de la adjudicación del lote 2 por cuanto a la vista de las de las proposiciones económicas presentadas por los diferentes licitadores, y una vez revisados tanto el importe máximo de licitación como el porcentaje establecido para la consideración de baja temeraria, contrastados estos datos con el valor de mercado del objeto de este lote, se pone de manifiesto un evidente error en la determinación del importe máximo de licitación que desvirtúa el procedimiento de adjudicación; por lo que se propone desistir de la adjudicación de este lote e iniciar nueva licitación posibilitando que todos los licitadores puedan efectuar nueva oferta una vez corregidos los errores detectados.»

El artículo 155.4 del TRLCSP prevé que «El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.» Acerca del desistimiento, este OARC / KEAO en su Resolución 031/2013 consideró que «(...) es una potestad reglada y, por ello, ha de estar fundado en razones objetivas basadas en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. El desistimiento pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato.» Para añadir más adelante que «En consecuencia, habrá que proceder a analizar si efectivamente se aprecia la concurrencia de errores manifiestos en la redacción de los pliegos a los que hace referencia el Órgano de contratación en la Orden de desistimiento y si éstos constituye infracción no subsanable de las normas de preparación o de adjudicación del contrato y por ello justifican el desistimiento acordado.»

La OSI Ezkerraldea, Enkarterri, Cruces alega dos infracciones no subsanables (i) el importe del presupuesto base de licitación que para el lote 2 es de 120.000,00 + 21% de IVA (punto 3 de la carátula del PCAP), que tras la apertura de las ofertas económicas y a la vista de las 6 ofertas presentadas, se calcula que es entre un 30% y un 50% superior al importe real de mercado; (ii) la consideración de temerarias las ofertas con descuentos superiores al 20% respecto del importe máximo de licitación (punto 33 de la carátula del PCAP),



que juntamente con la primera ha creado confusión y ha desvirtuado la oferta económica de las licitadoras.

Sobre el precio de los contratos, el artículo 87.1 del TRLCSP establece que «(...) Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general del mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.» El concepto “precio general del mercado” utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable en base a la actividad licitadora de la Administración (ver, en este sentido, el Acuerdo 45/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). Ciertamente, una vez conocidas las propuestas de los licitadores, se puede afirmar que dicho presupuesto no se calculó de manera correcta; sin embargo, el hecho de que algunas ofertas difieran con tanta amplitud del presupuesto de licitación no significa que nos encontremos ante una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. A este respecto, se debe recordar la actividad preparatoria consiste en la realización de una serie de actos sucesivos encaminados a la correcta adjudicación del contrato, y en este proceso de elaboración, donde el poder adjudicador goza de gran libertad, no ha quedado demostrado que el apartado 3 de la carátula del PCAP este afectado por algún vicio de invalidez, sino únicamente que no estaba correctamente calculado, circunstancia que no impidió que los licitadores pudieran presentar ofertas. Debe tenerse en cuenta también que el presupuesto de licitación tiene la condición de máximo y los licitadores podían rebajarlo para obtener mayor puntuación en uno de los criterios de adjudicación (ver la Resolución 084/2017 de este OARC / KEAO). Precisamente, la característica de los procedimientos de concurrencia competitiva consiste en que las empresas, sujetas a la tensión competitiva propia de estos procedimientos, mejoren sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta. Del hecho de que se haya efectuado una oferta admitida con un porcentaje de baja similar al que



ahora el poder adjudicador indica que es el adecuado al mercado, se colige que el procedimiento de adjudicación ha cumplido con su finalidad.

Relacionado con el anterior, se alega por el poder adjudicador que el apartado 33 de la carátula prevé que podrán ser considerada temerarias las ofertas con descuentos superiores al 20% respecto del importe máximo de licitación, y que el error en el cálculo del presupuesto habría podido llevar a la confusión a dos licitadores que no ofertaron precios superiores a dicho porcentaje por el temor a incurrir en situación de temeridad, motivado por la oscuridad de la cláusula. No puede acogerse el argumento de que el contenido de los apartados 3 y 33 de la carátula del PCAP ha producido una oscuridad en las normas reguladoras del procedimiento que ha acabado por desvirtuar completamente el mismo. Los apartados citados no son oscuros, sino más bien muy claros y no entran en contradicción ni crean confusión: el importe máximo de la licitación está claramente señalado y el umbral de la desproporcionalidad queda fijado en el 20% del importe máximo de licitación (el señalamiento de un umbral fijo como parámetro se ha admitido por el STSJPV de 19 de enero de 2016, nº de procedimiento 611/2014, ECLI:ES:TSJPV:2016:213). El alcance y sentido de estas cláusulas es conocido por cualquier operador económico normalmente diligente, que opera en el sector de actividad al que se refiere el objeto del contrato y que licita con cierta regularidad a contratos públicos. Tampoco en este caso se observa una infracción no subsanable que pueda ser motivo para declarar su invalidez. El hecho de que dos de los licitadores pudieran haberse sentido condicionados al realizar sus ofertas porque el umbral de la desproporcionalidad era conocido (96.480,00 €) y que por ello sus ofertas fueron en un caso igual y en el otro aproximado a esa cifra, no es motivo suficiente para alegar una infracción no subsanable de las normas de preparación del procedimiento. Nada impidió a los licitadores afectados, conocedores de los precios del mercado y siendo conscientes de que el presupuesto base de licitación estaba erróneamente calculado, para que ofreciesen su mejor oferta, incluso sabiendo que incurrían en situación de desproporcionalidad del artículo 152 del TRLCSP, puesto que tal situación es



inicialmente una presunción que puede quedar desvirtuada si tras el procedimiento consiguiente el licitador demuestra que su proposición puede ser cumplida.

En consecuencia, debe estimarse el recurso y anular la Resolución de 12 de junio de 2017 que acuerda el desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L.U. frente al desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato de “Servicio de mantenimiento de los ascensores de uso público de la Organización Sanitaria Integrada Ezkerraldea Enkarterri Cruces”, tramitado por el Servicio Vasco de Salud – Osakidetza, anulando la Resolución de 12 de junio de 2017 que acuerda el desistimiento de la adjudicación del lote 2 del contrato, y ordenando la retroacción de las actuaciones hasta el momento en el que la Mesa de contratación, si lo estima oportuno, inicie con el licitador admitido cuya oferta ha sido identificada como desproporcionada el trámite previsto en el artículo 152.3 del TRLCSP, o, en su caso, proponga la adjudicación del contrato al licitador que ocupa el primer puesto en el orden de clasificación previsto en el artículo 151.1 del TRLCSP.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de licitación.



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

Vitoria-Gasteiz, 2017ko abuztuaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de agosto de 2017