EB 2023/106

Resolución 173/2023, de 26 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 interpuesto por la empresa LIMPIEZAS ABANDO, S.L., contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicio de limpieza de edificios públicos", tramitado por el Ayuntamiento de Ayala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de mayo de 2023 la empresa LIMPIEZAS ABANDO, S.L., 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 en materia de contratación pública contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato "Servicio de limpieza de edificios públicos", tramitado por el Ayuntamiento de Ayala.

SEGUNDO: El mismo día 17 de mayo el OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador el 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). Dicha documentación se recibió el día 24 de mayo.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 6 de junio, se han recibido, el día 12 de junio, las alegaciones de las empresas ASE PLUS S.L. y GARBINDU LIMPIEZAS Y MANTENIMIENTO, S.L. (en adelante, GARBINDU).

Nahi izanez gero, J0D0Z-T5025-XAK8 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T5025-XAK8 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D.I.G.F., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) 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) LCSP establece 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 en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

El Ayuntamiento de Ayala tiene la consideración de poder adjudicador y, concretamente, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: **Alegaciones del recurso**

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

a) La oferta de la recurrente fue excluida por considerarse que incurría en sospecha de anormalidad y su viabilidad no quedó suficientemente justificada en el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 149.4 LCSP, lo que contrasta con la aceptación de la oferta de ASE PLUS a pesar de que su precio de hora por trabajos extraordinarios es inferior al marcado en el convenio colectivo aplicable.

b) La recurrente alega que la diferencia por la que la oferta ha entrado en baja es pequeña, y que no son ciertos los incumplimientos alegados en el informe técnico que sustenta el acto impugnado, así como la falta de concreción del requerimiento de explicación de la viabilidad de la proposición.

c) LIMPIEZAS ABANDO alega los principios de proporcionalidad y oferta económicamente más ventajosa y diversa jurisprudencia y doctrina de los órganos y tribunales de recursos contractuales.

d) Finalmente, se solicita la anulación del acto impugnado, y la retroacción de actuaciones al momento anterior a su expedición, debiendo el órgano de contratación admitir la oferta de la recurrente y continuar por los trámites correspondientes el procedimiento de adjudicación.

SÉPTIMO: Alegaciones de ASE PLUS

Se alega que:

a) Los costes de LIMPIEZAS ABANDO están por debajo de los costes reales, y suponen la generación de pérdidas o la bajada de jornadas a los trabajadores.

b) Para una de las trabajadoras no se computa la subida salarial que sí se prevé para el resto de la plantilla.

c) La propuesta es deficitaria (arroja una pérdida de 2.767,63 euros anuales).

OCTAVO: <u>Alegaciones de GARBINDU</u>

GARBINDU alega lo siguiente:

a) Los costes de personal expuestos por LIMPIEZAS ABANDO en su recurso son incorrectos, pues están afectados por errores en los porcentajes de jornada y en su justificación y en la categoría profesional de, al menos, un trabajador; se alega que los costes de personal se elevan a unos 97.000 euros, por lo que una oferta de poco más de 99.000 no es viable.

b) No se ha contemplado el coste de la plataforma elevadora para la limpieza de cristales.

c) La recurrente afirma que no se ha contemplado la bolsa de horas porque cuenta con personal disponible para satisfacer las necesidades de los clientes, lo que choca con la afirmación de que trabaja con márgenes de beneficio reducidos.

d) Los precios que alega LIMPIEZAS ABANDO para las mejoras ofertadas (contenedores higiénicos, alfombras y bacteriostáticos) son insuficientes.

e) Se alega que la partida de materiales, uniformes y PRL también es deficitaria.

f) GARBINDU estima que la oferta de LIMPIEZAS ABANDO incurriría en unas pérdidas de 6.259,34 euros el primer año de contrato, importe que se incrementaría en ejercicios sucesivos debido a los incrementos salariales pactados por convenio colectivo y a la subida del IPC.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) El requerimiento de justificación de la baja anormal enviado a la recurrente no es genérico, sino que pedía expresamente "una justificación de las condiciones de la oferta presentada, que sea susceptible de determinar coste ofertado, de manera desglosada y detallada", con detalle respecto a varios apartados (ahorro que permite el bajo coste ofertado, respeto a las obligaciones medioambientales, sociales o laboral de subcontratación, posible obtención de una ayuda de estado, etc.); en particular, se pedía expresamente que se detallara el "respeto de obligaciones laborales del / la contratista, subrogación, establecido en la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (presentar coste de personal, desglosado por trabajadora)". En la citada cláusula 21 se indicaba expresamente la necesidad de garantizar los derechos laborales reconocidos por la empresa saliente, incluida su antigüedad, con remisión al Anexo 0.

b) Pese a la claridad y detalle del requerimiento la recurrente se limita a presentar un escrito de dos folios, sin detalle y sin que se dé la justificación pedida; tan solo se aporta una breve exposición de los costes, sin justificar cómo se han obtenido y sin detalle de las condiciones de la oferta susceptibles de determinar el bajo precio propuesto. El escrito de justificación se limita a dar una cifra alzada por cada una de las cinco trabajadoras, pero sin detalle ni desglose ni justificar que se cumplen las condiciones de subrogación. La recurrente pretende completar la explicación de la anormalidad mediante el recurso especial, lo que no es procedimentalmente correcto; además, la explicación aportada en el recurso confirma la falta de rigor de la proposición porque incurre en varios errores en cuanto a las categorías profesionales, porcentajes de jornada en relación con el convenio colectivo aplicable.

c) La exclusión impugnada no se funda en que se haya ofertado por debajo de los costes del presupuesto de licitación, sino en que la proposición está incursa en presunción de temeridad y en que no se ha acreditado la viabilidad de la propuesta, mucho más baja que las demás presentadas. Tampoco se ha justificado, entre otras, el rigor de las previsiones por absentismo, vacaciones y revisión de convenio, ni se han tenido en cuenta las mejoras ofertadas.

d) El poder adjudicador cita la doctrina del OARC / KEAO para alegar que la resolución impugnada está exhaustivamente motivada, mientras que el recurrente no ha aportado argumentos suficientes para acreditar que la proposición pueda llevarse a cabo normalmente.

DÉCIMO: <u>Apreciaciones del OARC / KEAO</u>

En síntesis, la recurrente impugna la exclusión de su proposición por entender que la viabilidad de la oferta ha quedado suficientemente justificada. El análisis del recurso debe partir de las actuaciones practicadas en dicho procedimiento, para luego exponer la doctrina de este Órgano en relación con la cuestión planteada y, finalmente, aplicarla al caso concreto.

a) <u>Sobre el procedimiento de verificación de la anormalidad</u>

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, recogido en el artículo 149.4 LCSP:

- Requerimiento de justificación de la baja anormal

El citado requerimiento tiene el siguiente contenido:

Esta Alcaldía-Presidencia, **RESUELVE**:

PRIMERO. Solicitar a la empresa **LIMPIEZAS ABANDO, S.L.**, que presente en el plazo máximo de 5 días hábiles desde el envío de la correspondiente comunicación, referido al criterio de adjudicación **A.1) MEJOR OFERTA ECONÓMICA PRESENTADA** del contrato servicio de limpieza de edificios públicos en el Municipio de Ayala, una justificación de las condiciones de la oferta presentada, que sea susceptible de determinar el bajo coste ofertado, de manera desglosada y detallada, en especial, en lo que se refiere a, por ejemplo:

- Ahorro que permite un tan bajo coste del servicio ofertado.
- Soluciones técnicas o condiciones excepcionalmente favorables que disponga para prestar el servicio.
- Innovación y originalidad en las soluciones propuestas para la prestación del servicio.
- El respeto de obligaciones que resulten aplicables en materia medioambiental, social o laboral de subcontratación, no siendo justificable precios por debajo del mercado o que incumplen lo establecido en el artículo 201 de la Ley de Contratos del Sector Público.
- El respeto de obligaciones laborales del/de la contratista, subrogación, establecido en la cláusula 21 del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas. (presentar coste de personal desglosado por trabajadora).
- La posible obtención de una ayuda de estado.

- Justificación presentada por el recurrente

1) En síntesis, la justificación presentada incluye el coste anual personal directo de cinco operarias (especificando el importe correspondiente a cada una de ellas pero sin concretar las categorías profesionales), así como cinco conceptos englobados en el epígrafe “Otros costes” (i) absentismo, vacaciones y revisión convenio, (ii) otros trabajos, (iii) mejoras ofertadas + bolsa de horas, (iv) material , maquinaria, uniformes, PRL y (v) beneficio, estructura y gastos financieros, especificando el importe de cada uno de los citados cinco conceptos. Además, se formulan observaciones sobre la experiencia y la capacidad de la empresa y del grupo empresarial del que forma parte, el análisis y conocimiento del objeto del contrato (que le permitirá organizar el servicio de forma eficiente) y la disposición de personal altamente bonificado para la cobertura de todo tipo de ausencias.

- Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de la recurrente no se consideraron convincentes y que sustentan el acto impugnado son, en síntesis, las siguientes:

- La cifra de coste directo anual del personal no se desglosa (salarios, seguridad social…) y no se pone en relación con la antigüedad del personal a subrogar.
- No se ha justificado la previsión por absentismo, vacaciones y revisión de convenio; en particular, no se tiene en cuenta que ya hay dos trabajadoras eventuales con derecho a subrogación y que no consta que estén bonificadas.
- El precio por hora extraordinaria no es coherente con un precio tan bajo para el total de horas anuales ni con la afirmación de que se dispone de personal altamente bonificado.
- No se detalla ni justifica ninguna medida de ahorro, a pesar de que se invoca la pertenencia a un grupo empresarial.
- La cantidad establecida para beneficio, gastos de estructura y gastos financieros no es realista puesta en relación con el resto de los costes.
- La baja es significativamente inferior a la media de las ofertas presentadas, lo que requiere una justificación especialmente exhaustiva, que no se ha presentado.

b) 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 recordarse algunos 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 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, sino que el licitador debe conocer los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora. 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 (…), doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO).

- Cuando el umbral de temeridad ha sido superado en un escaso importe, lo que supone un indicio débil de anormalidad, el operador económico no tiene por qué justificar exhaustivamente su oferta (obviamente sus justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta) mientras que, por el contrario, se exige del poder adjudicador una motivación más rotunda si se procede a la exclusión de una oferta de estas características.

- Finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución 095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que (…) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO).

c) Análisis de la pretensión del recurso

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anteriores, se observa lo siguiente:

1) El requerimiento de justificación de la anormalidad de la oferta se limita a reproducir el contenido del artículo 149.4 LCSP, sin hacer ninguna mención a especificidad alguna del expediente, excepto por la referencia al apartado 21 del Pliego de Cláusulas Económico Administrativas (obligaciones laborales derivadas de la subrogación de trabajadores). Sin embargo, a juicio de este Órgano, este único punto preciso sobre el que se requería información adicional no ha sido contestado satisfactoriamente por la recurrente. En particular, no se ha desglosado, como solicitaba el requerimiento, el coste personal por trabajadora, ni se han considerado las diferentes categorías profesionales (hay una persona con categoría de peón especialista), ni se ha tenido en cuenta la subrogación de dos trabajadoras eventuales. Téngase en cuenta que nos hallamos ante un contrato intensivo en mano de obra en el que los costes del personal tienen preponderancia en el valor estimado del contrato.

2) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) anterior, de que el acto impugnado está ampliamente motivado y de que no se ha acreditado infracción de la discrecionalidad técnica que ampara en esta materia al poder adjudicador, el recurso debe desestimarse.

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 pública interpuesto por la empresa LIMPIEZAS ABANDO, S.L., contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “Servicio de limpieza de edificios públicos”, tramitado por el Ayuntamiento de Ayala.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko irailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de septiembre de 2023