EB 2023/240

Resolución 078/2024, de 25 de abril, 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 ISS, FACILITY SERVICES, S.A. contra la adjudicación del contrato de "Limpieza y retirada selectiva y depósito de residuos en los edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Basauri" Lote 1 y 2, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 24 de noviembre de 2023 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 ISS, FACILITY SERVICES, S.A., contra la adjudicación del contrato de "Limpieza y retirada selectiva y depósito de residuos en los edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Basauri" Lote 1 y 2, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

SEGUNDO: El día 24 de noviembre este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, 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 28 de noviembre.

Nahi izanez gero, J0D0Z-T5ND1-XMPS 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-T5ND1-XMPS en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados, con fecha 4 de diciembre se han presentado alegaciones por las empresas GIZATZEN S.A. y OHL SERVICIOS – INGESAN, S.A.U. (en adelante, UTE BEG)

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Representación y legitimación</u>

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de S.B.G.V., que actúa en nombre y representación de ISS, FACILITY SERVICES, S.A.

La alegación de UTE BEG de que el recurrente carece de legitimación para la impugnación del Lote 2 por ser la tercera en el orden de adjudicación del lote y no haber atacado la valoración o admisión de la oferta clasificada en segundo lugar no puede prosperar habida cuenta de que el recurso, simultáneamente a la solicitud de exclusión de la oferta de UTE BEG de los Lotes 1 y 2, solicita que se motive adecuadamente la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor para facilitar la interposición de un recurso frente a dicha valoración, de lo que podría derivarse una hipotética ventaja para el recurrente, que caracteriza el interés tangible de la legitimación.

SEGUNDO: <u>Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial</u>

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: <u>Impugnabilidad del acto</u>

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

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

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

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa, resumidamente, en los siguientes motivos:

a) La oferta de la UTE BEG, consistente en el precio unitario/hora de ampliaciones y disminuciones de superficies de 0,01 € / hora para los lotes 1 y 2 y que representa una baja respecto al tipo del 99,9% y supera el umbral de temeridad en un 95%, debe ser excluida por las siguientes razones:

i) Se ha incumplido el PCAP y sus anexos al no incluir en sus precios por hora todos los tributos, tasas y cánones de cualquier índole que sean de aplicación, así como cualquier otro gasto que se derive de la prestación, tal como se requería en el pliego.

ii) Se contraviene la Cláusula 7.4. del PCAP al no cumplir con el deber de justificar lo anormal de sus precios, con la exhaustividad obligada por la doctrina de los tribunales que habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta y, en contra de lo exigido en la Cláusula 7.4. del PCAP, la UTE se ha limitado a tratar de demostrar la viabilidad de la oferta en conjunto sin entrar a explicar la composición del precio de 0,01 €/hora,

iii) La justificación se basa en hipótesis o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica, económica y jurídica, al introducir estadísticas

internas de sus Sociedades constituyentes que carecen de aplicabilidad general, con estimaciones arbitrarias de modificación del contrato de un 1,5%, o un 8,2%, o un 6,5% o un 14% o un 10% (datos tomados del escrito de justificación de la UTE) que no parecen muy rigurosos y, en todo caso, contradicen los límites de modificación del contrato hasta el 20% establecidos en el PCAP y al basar sus cálculos de justificación en costes por hora de 18 euros sin tener en cuenta el absentismo, la antigüedad, la uniformidad, los materiales de limpieza, los EPIs, etc. Todo ello partiendo de unas propuestas mermadas en 10.686 horas anuales (6.153 en el Lote1 y 4.533 horas anuales en el Lote2) respecto a la situación actual de equilibrio del contrato que viene prestando mi representada.

iv) Las ofertas infringen los artículos 1 y 149 de la LCSP y 84 del RGLCAP, porque situando el contrato en los diferentes escenarios de modificación contemplados en el PCAP, ampliación o disminución del 20%, llevarían el contrato a una inviabilidad notoria en el primer caso y una ineficiencia y falta de control totales para el Ayuntamiento en el segundo.

v) Las ofertas de la UTE vulneran el Preámbulo y el artículo 1 de la LCSP en el posible escenario de no modificación del contrato, pues la UTE, como se ha demostrado, estaría cobrando servicios no prestados, el Ayuntamiento no tendría capacidad de reacción, ya que no puede alterar las reglas aplicables establecidas en sus pliegos, y esto dejaría al resto de licitadores en una posición de inferioridad respecto a las normas de la competencia en igualdad de oportunidades, de no discriminación y de transparencia. La desproporción en los precios de 0,01 euros por hora no puede compensarse con el importe del otro precio.

b) Ausencia de motivación suficiente en el Acuerdo de adjudicación impugnado, que solamente indica que, vistas las puntuaciones finales obtenidas por las empresas licitadoras, no haciendo referencia alguna a por qué motivo el órgano

de contratación decide adjudicar, al igual que el Informe técnico que la sustenta, que omite cualquier valoración respecto a las ventajas de la proposición del adjudicatario, lo cual dificulta la interposición de un recurso lo suficientemente fundado, ya que impide comparar las ofertas racionalmente para poder fundar la discrepancia.

c) Finalmente, solicita que se acuerde:

i) Admitir el recurso a trámite

ii) Anular y dejar sin efecto el Acuerdo de la Resolución de Adjudicación, dictado por el Pleno del Ayuntamiento de Basauri.

iii) Se proceda a la exclusión de las ofertas (Lote 1 y Lote 2) de la UTE BEG (GIZATZEN-OHL) por las infracciones de sus propuestas económicas y la justificación de precios anormalmente bajos contra lo dictado en el PCAP, el Preámbulo y los artículos 1 y 149 de la LCSP y el artículo 83 del RGLCAP, anulando y dejando sin efecto la Resolución de adjudicación y acordando la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas, para de este modo se efectúe una nueva clasificación de las empresas.

iv) Simultáneamente, se anule la adjudicación del contrato por infracción del Artículo 151 de la LCSP, para que el Poder Adjudicador adopte una nueva adjudicación que incluya la motivación adecuada de las puntuaciones otorgadas en los Sobres B (requisitos técnicos y documentación relativa a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor), que permita cumplir la función de facilitar la interposición de un recurso fundado a mi representada.

v) Subsidiariamente, en caso de no prosperar nuestras pretensiones, se nos conceda plazo adicional para acceder nuevamente al expediente administrativo con el objetivo de formular alegaciones complementarias a este recurso.

SEPTIMO: <u>Alegaciones de la UTE BEG</u>

La adjudicataria impugnada se opone al recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) La recurrente es la vigente adjudicataria del servicio y su recurso busca crear oscuridad y dilatar al máximo la sucesión contractual para seguir beneficiándose de su condición de vigente contratista por lo que el OARC debería valorar la imposición a la recurrente una multa por mala fe y/o temeridad en la interposición del recurso.

b) El recurso especial presentado se dirige indistintamente frente a adjudicación de los Lotes 1 y 2. La línea argumental del recurso puede llegar a servir para defender la legitimación para recurrir la adjudicación del Lote 1, pero no para el Lote 2, en el que la recurrente ha quedado clasificada en tercer lugar, a 18,8 puntos de UTE BEG, y a 2,21 puntos del segundo clasificado. Esto es, ni siquiera en el caso de la hipotética exclusión de la oferta de UTE LEG en el Lote 2 se produciría la adjudicación del contrato de ese Lote a la recurrente.

c) El acuerdo de adjudicación de los dos lotes del contrato está motivado adecuadamente. En particular, el informe de valoración de las ofertas técnicas justifica las puntuaciones otorgadas conforme a las previsiones de las bases de la licitación, y dentro de los límites admitidos por el OARC para la valoración de las ofertas y el recurrente no dedica siquiera una pequeña parte de su escrito a combatirlos. La invocación de la falta de motivación de los informes de valoración es puramente ornamental, para intentar justificar su legitimación para recurrir la adjudicación del Lote 2.

d) Las ofertas incursas en valores anormales deben ser analizadas desde el punto de vista de la globalidad y así lo establecen, además, los pliegos de la licitación. Además, es rotundamente falso que el PCAP contemple "claramente una ponderación diferente y la temeridad para cada precio de forma individual", como se afirma en el recurso especial. Específicamente, son varios los ejemplos en los que el

OARC ha considerado que son adecuadas a derecho proposiciones con precios próximos a cero en relación con determinados precios parciales, si no lo prohíbe el PCAP.

e) En lo que respecta a la motivación de la aceptación de la justificación de las ofertas a los Lotes 1 y 2 no se ha infringido ninguno de los límites que el poder adjudicador ha de respetar en el ejercicio de su potestad discrecional de determinar la suficiencia de las justificaciones aportadas para justificar su viabilidad. En particular, (i) el requerimiento es genérico y únicamente exige "presentar la documentación que considere suficiente para acreditar la viabilidad de su oferta económica" (ii) en respuesta a ello, por cada uno de los lotes se acreditó el desglose económico, la inclusión en la oferta de una estimación adicional de 8,2 % de horas adicionales en el Lote 1 y de 6,5 % en el Lote 2, la posibilidad de acudir al beneficio industrial (de un 6,1 % en el Lote 1 y 4,9 % en el Lote 2) en el caso de necesitar más horas y la estimación de las horas adicionales a demandar derivada de la experiencia de las empresas de la UTE y los antecedentes del contrato.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador, en síntesis, alega lo siguiente para oponerse al recurso:

a) El órgano de contratación especificó que el parámetro a tener en cuenta para el cálculo de la oferta anormalmente baja era exclusivamente el precio, tanto el precio fijo como el precio variable para ampliaciones y disminuciones. Con ello se excluía de la valoración de las ofertas presuntamente incursas en baja temeraria otras variables incluidas en los criterios de valoración automáticos como puede ser la ampliación de la bolsa de horas mínima exigida o las horas de formación en materia de igualdad. Pero de ello no se concluye que la apreciación de ambos factores tuviera que hacerse por separado, sino que se valorarían ambos factores relativos al precio, siendo perfectamente posible que la valoración de la viabilidad de la oferta se efectúe conjuntamente, como de hecho ha sucedido. En relación con la baja efectuada:

i) Ni el PCAP ni el PCT establecen un número concreto de horas de limpieza, lo que se establecen son superficies a limpiar y frecuencia. La organización del servicio por la empresa adjudicataria y las horas precisas depende de su ámbito organizativo. Según los técnicos municipales, la recurrente ha ofertado menos horas. Así en relación con el Lote 1 la UTE BEG oferta un total de 345,5 horas semanales y la recurrente un total de 343 horas semanales, y en el Lote 2 la UTE BEG oferta un total de 1.703,77 horas semanales y la recurrente 1.652,55 horas semanales y es admisible que las empresas en su estrategia, al presentar sus ofertas, efectúen estimaciones de precios que parezcan razonables, sin que sea preciso cubrir eventualidades que consideren muy improbables, máxime cuando en los criterios de solvencia económica ya se exige acreditar un determinado volumen de negocios que cubra dicha eventualidad.

ii) La viabilidad económica de la oferta debe realizarse en su globalidad, no por precios unitarios. Al ofertar los precios para posibles ampliaciones o disminuciones del contrato, la empresa lo hace bajo su responsabilidad y a cargo de su riesgo empresarial, en la expectativa de que no se produzcan determinadas circunstancias que, de producirse, lo serán a su cuenta y riesgo. El recurrente critica aspectos de la justificación de los precios ofertados que no forman parte de la motivación para aceptar la oferta.

iii) Con las alegaciones referidas a la supuesta ineficiencia en la ejecución del gasto, en realidad la recurrente cuestiona la bondad de la fórmula y/o de los puntos asignados al factor variable precio por ampliaciones o disminuciones de superficies a limpiar, que no procede ser el PCAP firme.

b) El poder adjudicador se opone a la alegación sobre la supuesta falta de motivación del informe técnico que sustenta la adjudicación y alega que no puede prosperar porque está motivado, aplica la metodología determinada en los PACP (oferta insuficiente/suficiente/buena/destacable) a los criterios aprobados en el PCAP y de su lectura se desprende de no es exactamente la misma motivación la de la oferta del recurrente que la del adjudicatario. La decisión técnica

discrecional está correctamente motivada, es una decisión razonada y razonable, por más que como tantas veces ocurre, sea opinable y discutida.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En resumen, la recurrente pretende la anulación de la adjudicación del contrato sobre la base de (i) la inviabilidad de la oferta de 0,01 €/hora de ampliaciones y disminuciones de superficies, así como la falta de motivación de la aceptación de las justificaciones de la UTE BEG por el poder adjudicador y (ii) la infracción de los límites de la discrecionalidad técnica por el poder adjudicador en el momento de la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor.

El análisis de las cuestiones planteadas por el recurrente debe partir de las cláusulas de los pliegos aplicables al caso que, por consentidas, son firmes, debiendo estar las partes a lo dispuesto en ellas.

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA Y LA RETIRADA SELECTIVA Y DEPÓSITO DE RESIDUOS EN LOS EDIFICIOS MUNICIPALES DEPENDIENTES DEL AYUNTAMIENTO DE BASAURI.
(…)

M) OFERTAS ANORMALMENTE BAJAS
De conformidad con lo dispuesto en el art. 149 de a LCSP y en los artículos 85 y 86 del RGLCAP

En la plataforma de contratación, en el apartado de “Aclaración a los pliegos” consta lo siguiente:

Fichero: Of 42 - 23 - ACLARACION AL PLIEGO TECNICO LIMPIEZA INTERIOR DE EDIFICIOS (2).pdf
Aclaración: Para determinar si una oferta se considera anormalmente baja y de acuerdo con lo establecido en los PCAP, se tendrán en cuenta los siguientes criterios de valoración automáticos: 1.1.
Precio. 1.2. Precio para servicios variables (ampliaciones y disminuciones).
Fecha aclaración: 21/06/2023

a) Sobre la inviabilidad de la oferta

El recurrente critica las explicaciones ofrecidas por la UTE BEG sobre la seriedad de la oferta de 0,01 € de ampliaciones y disminuciones de superficies, así como la falta de motivación de la aceptación de estas explicaciones por el poder adjudicador.

Las apreciaciones de este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a.1) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

Este Órgano en sus diversos pronunciamientos ha desarrollado una extensa doctrina sobre las ofertas incursas en presunción de anormalidad (ver, por todas la Resolución 19/2023), siendo la más reseñable por su relación con las cuestiones planteadas en el recurso la siguiente:

- 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, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.

- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (…) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, y que es necesario que (…) cada

licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).

- en relación con la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.

- la finalidad del procedimiento de apreciación de la temeridad es determinar si la oferta es viable, lo cual debe comprobarse, consecuentemente, con relación a la globalidad de la oferta (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).

- la desproporción en un precio unitario podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (en este sentido la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO)

- 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 (STJUE de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685), y sin matización alguna sobre su efecto en la valoración del resto de las ofertas. 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 adicional concretamente asignado para ellas en el contexto de un negocio jurídico que esperan perfeccionar con una contraprestación monetaria que estiman globalmente lucrativa (Resolución 047/2022).

- 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).

- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de temeridad, 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), sin perjuicio de que el apartado 6 de dicho artículo establezca que la aceptación de la oferta sospechosa también ha de ser "debidamente motivada".

a.2) Sobre la explicación del precio ofertado y la justificación de su estimación por el poder adjudicador

Las justificaciones que ofrece la UTE BEG sobre el precio/hora ofertado a las ampliaciones y reducciones son las siguientes:

- Con independencia del precio a facturar, ante eventuales ampliaciones del servicio se retribuirá al personal en base al convenio de aplicación.
- La oferta efectuada para el precio fijo comprende un importe adicional para cubrir las posibles ampliaciones que cifra en un 8,2 % para el Lote 1 y en un 6,5 % para el Lote 2, alegando que es un porcentaje desmesurado en comparación con los datos de los que dispone la actual adjudicataria y los contratos gestionados por la UTE BEG a nivel nacional (más de 200.000.000 €) en los que las ampliaciones no superan en % horario el 1,5% de las horas de servicio.
- Además, en el caso de necesitar más horas, se podría hacer frente a las mismas con el importe del beneficio industrial que supone otro 6,1 % de horas más en el Lote 1 y ,4, 9 % más de horas en el Lote 2.
- Además, en el Lote 1 se disponen de 600 horas de bolsa de libre disposición y 100 horas más valorables como mejoras y en el Lote 2 de 1.500 horas de bolsa de libre disposición y otras 200 más como mejoras valorables.
- La UTE posee experiencia suficiente para llevar a buen término el contrato y las empresas que la conforman prestan servicios en numerosos contratos de características similares, lo que permite reducir gastos generales.

- OHL y Gizatzen pertenecen al Grupo OHL y se benefician de los acuerdos a nivel de grupo empresarial y prestan servicio actualmente en numerosos contratos de características similares.

Las justificaciones ofrecidas por la UTE BEG son aceptadas por el poder adjudicador sobre la base de que la considera que (…) es viable desde un punto de vista económico, incluidos los posibles aumentos y disminuciones de superficies que no obstante cabe señalar que se encuentran limitadas en un porcentaje indicado en el PCAP, teniendo en cuenta la oferta en su conjunto, las previsiones económicas al respecto y la ratificación de la adjudicataria en el compromiso de atender los posibles aumentos y reducciones de superficies.

a.3) Sobre los argumentos de la impugnación

Trasladada la doctrina expuesta en el apartado a.1) anterior a las explicaciones aportadas por la adjudicataria impugnada en orden a justificar la viabilidad del precio unitario incurso en baja anormal y a la motivación del Órgano de contratación que las considera suficientes resumidas en el apartado a.2) anterior, el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1) En contra de lo alegado por la recurrente, la viabilidad de la oferta cabe ser apreciada de la totalidad de la oferta y más en un supuesto como el que nos ocupa en el que el precio fijo ofertado por la UTE BEG para la ejecución de los dos lotes en los que se divide el objeto del contrato no se halla en baja anormal y ésta es apreciada única y exclusivamente en el precio unitario (€ / hora) de las posibles modificaciones del contrato (apartado U) de la carátula del PCAP). Ello implica que la sospecha de la posible inviabilidad del contrato no pesa sobre el precio ofertado por las obligaciones efectivamente asumidas por el adjudicatario sino única y exclusivamente sobre aquellas que dependen de un acontecimiento incierto, como es una posible ampliación o disminución de superficies de los diferentes edificios a limpiar, que puede que se demande del contratista o puede que no. A este respecto, es de reseñar que el aumento o disminución de la superficie a limpiar lo es de los edificios especificados en el PPT y que no existe certeza alguna sobre la posibilidad de que se

aumente o disminuya la superficie a limpiar toda vez que las bases de la licitación no prevén circunstancia alguna que pueda motivar la modificación del contrato.

2) A lo señalado en el apartado 1) el recurrente no le puede oponer la aclaración al PCAP publicada por el poder adjudicador, donde únicamente puntualiza cuál será el parámetro para apreciar la temeridad, pero en ningún caso especifica que la justificación se debe ceñir al precio unitario ni, mucho menos, supone un límite a la discrecionalidad del poder adjudicador en el momento de la apreciación de las justificaciones ofrecidas por el licitador (ver la Resolución 164/2020 del OARC / KEAO).

3) La alegación del recurrente de que la justificación de la baja efectuada se basa en una hipótesis o práctica inadecuada no puede ser aceptada a la vista de que el único precio anormal es el que se va a aplicar a las modificaciones contractuales y forma parte del riesgo empresarial la asunción de una obligación incierta en cuanto a su existencia. Además, en vista de las justificaciones aportadas, esta decisión no se ha adoptado de una forma frívola ni irracional, sino según la experiencia del licitador en el mercado del servicio licitado y los propios antecedentes del servicio que en contratos precedentes no ha sufrido modificaciones significativas.

4) En cuanto a las cuestiones concretas que alega el recurrente, cabe oponer que (i) no hay obligación de repercutir la totalidad de los costes apreciados de forma individual, entre los que cabe incluir los tributos, tasas y cánones, en cada precio unitario (ii) de la misma manera que puede que la modificación del contrato alcance el 20 % del PBL cabe que no se produzca modificación alguna del contrato, (iii) es cierto que este Órgano ha manifestado con anterioridad que cuanto mayor sea el porcentaje de baja anormal más exhaustiva debe ser la justificación, pero en este supuesto la baja lo es de un precio unitario que puede que no se aplique durante la vigencia del contrato porque es posible que no se produzca ni aumento ni disminución de las superficies a limpiar y, (iv) finalmente, cabe señalar que la asunción de un riesgo por el contratista

derivado del análisis del mercado, de su propia experiencia en el mismo y de los antecedentes del servicio no vulnera el principio de competencia al que se refiere el artículo 1 de la LCSP.

5) En lo que respecta a la falta de motivación del informe que acepta las justificaciones ofrecidas por UTE BEG, este Órgano considera que, si bien escueta, la conclusión del informe no incumple ninguno de estos extremos y contiene un pronunciamiento sobre la viabilidad de la oferta considerando convincentes las explicaciones dadas, las cuales, a la vista de lo expuesto en los números 1) a 4) anteriores resultan racionales y conformes con la doctrina de este OARC / KEAO.

b) Sobre la vulneración de los límites de la discrecionalidad técnica en el informe de valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor

En este motivo de impugnación la recurrente efectúa una alegación genérica sobre la falta de motivación del informe técnico y resalta la infracción del principio de igualdad en la valoración de tres criterios secundarios que consisten en una puntuación desigual ante iguales fortalezas de las ofertas de la recurrente y de la UTE BEG. Las consideraciones de este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

1) La metodología de valoración figura expresada en el propio PCAP y consiste en la calificación de la oferta que se evalúa como "Oferta Insuficiente" (hasta 40% de la puntuación máxima del criterio) si el desarrollo y alcance de la propuesta es insuficiente o incoherente, "Oferta Suficiente" (hasta 50% de la puntuación) cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea pobre o inexistente en alguna de los aspectos, "Oferta Buena" (hasta 75% de la puntuación máxima) cuando el desarrollo y alcance de la propuesta sea adecuado y siempre que los aspectos no desarrollados o poco desarrollados no tengan consideración de esenciales, y no pongan en riesgo llevar a buen fin del contrato y "Oferta Destacable" (hasta 100% de la puntuación máxima) cuando el desarrollo y

alcance de la propuesta sea completa y exhaustiva siendo la propuesta totalmente adecuada y la mejor para los fines del contrato. A este respecto, se observa que, por cada criterio de adjudicación, el evaluador selecciona el aspecto de la oferta más resaltable como fortaleza o debilidad y aplica el método de valoración que ha explicitado en el PCAP, dando cumplimiento a lo dispuesto en las bases de la licitación.

2) El recurrente denuncia que en tres criterios de adjudicación se ha infringido el principio de igualdad, pues se valora de forma desigual una oferta igual de dos licitadores. Los criterios de adjudicación recurridos son los siguientes:

-Propuesta informática de comunicación, seguimiento y control de la planificación de los trabajos……..……..hasta 5 puntos

ISS

Ofrecen una aplicación informática para el seguimiento del servicio y actuaciones, control de calidad, reportes del servicio comunicaciones, planificación del servicio… etc. La herramienta informática se considera completa.

Oferta buena. Puntuación: 3,5 puntos.

UTE BEG

Ofrecen una aplicación informática para el seguimiento del servicio y actuaciones, control de calidad, reportes del servicio comunicaciones, planificación del servicio… etc. La herramienta informática se considera completa.

Oferta destacable. Puntuación: 5 puntos

-Propuesta de composición y distribución del personal por centros……..hasta 3 puntos

ISS

Presentan tabla explicativa del personal con sus horarios y horas a prestar el servicio repartidas por días.

Oferta destacable. Puntuación: 2,5 puntos.

UTE BEG

Se presenta una tabla estudiada con las horas y horarios de los distintos trabajadores.

Oferta destacable. Puntuación: 3 puntos.

-Horas de trabajo asignadas a cada trabajador en cada centro de trabajo...hasta 3 puntos

ISS

Describen el equipo que estará a disposición por parte de la empresa. Incluyen equipos de reten y servicios 24 horas para asumir cualquier incidencia. Presentan una tabla indicando a los operarios asignados por centros con sus horas.
Oferta destacable. Puntuación: 2,5 puntos.

UTE BEG

Se presenta una tabla estudiada con la distribución de horas de los trabajadores indicando las horas diarias de cada uno.
Oferta destacable.
Puntuación: 3 puntos.

Esta alegación debe ser estimada, ya que no cabe que, ante una igual calificación de las dos ofertas, resultado de una justificación que consiste en resaltar el mismo aspecto de ambas ofertas, bien sea expresándolo con las mismas palabras o con ligeras modificaciones de las que se deduce que lo valorado en ambas es lo mismo, uno de los licitadores obtenga mayor puntuación que el otro. Esto ocurre en el subcriterio "Propuesta informática de comunicación, seguimiento y control de la planificación de los trabajos", donde se resalta exactamente el mismo aspecto de la oferta y en el subcriterio "Propuesta de composición y distribución del personal por centros", en el que ambas ofertas desarrollan el mismo contenido: horas y horarios "del personal" (ISS) o, lo que es lo mismo "de los distintos trabajadores" (UTE BEG) y la única diferencia que existe entre ambas justificaciones es terminológica, pero no cualitativa, al calificar una tabla de "explicativa" (la de ISS) y la otra de "estudiada" (la de UTE BEG). Por su parte, en el subcriterio Horas de trabajo asignadas a cada trabajador/a en cada centro de trabajo no se explica la razón por la que, a pesar de resaltar en la propuesta de ISS un mayor número de aspectos de la oferta, entre los que se incluye la tabla de distribución de horarios, que es lo único que se resalta de la oferta de la UTE BEG, la primera obtiene menor puntuación que la segunda.

3) Los tres criterios secundarios denunciados, a los que se refiere el apartado 2) anterior, lo son "a modo de ejemplo" y el recurso especifica que "esta situación se repite en otros subcriterios a lo largo del informe". Sin embargo, el análisis por este Órgano del resto de los subcriterios no es compatible con el principio de congruencia (artículo 57.2 de la LCSP) ni

con la propia naturaleza del recurso, pues un procedimiento impugnatorio no se puede convertir en una denuncia o solicitud de que este OARC / KEAO haga una revisión general del informe de valoración a la búsqueda de infracciones de la LCSP que el recurrente no ha sido capaz de concretar (ver, por ejemplo, la Resolución 130/2015 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

A la vista de lo especificado en el apartado b) 2) anterior el recurso debiera ser estimado en parte, lo que motiva que deba ser desestimada la petición de UTE BEG de imposición de una sanción por temeridad y mala fe en la interposición del recurso. No obstante, el número de errores alegado por el recurrente se refiere a tres criterios secundarios de adjudicación en los que la oferta de la recurrente, aunque se le asignara la máxima puntuación del subcriterio, no resulta ser la mejor valorada en la relación calidad-precio en ninguno de los dos lotes impugnados. Así, si la oferta de la recurrente se valora en 5 puntos (máximo de ponderación relativa) en el criterio "Propuesta Informática de comunicación, seguimiento y control de la planificación de los trabajos" donde ha sido valorada inicialmente con 3,5 puntos, con 3 puntos (máximos del subcriterio) en el criterio de adjudicación "Propuesta de composición y distribución del personal por centros", donde ha sido valorado con 2,5 puntos y con 3 puntos en el criterio de "Horas de trabajo asignadas a cada trabajador / a en cada centro de trabajo", donde ha sido valorada en 2,5 puntos, la valoración global de la recurrente sería en el Lote 1 de 61,43 puntos frente a los 78,78 puntos totales obtenidos por la UTE BEG y en el Lote 2 de 59,94 puntos frente a los 76,24 de la adjudicataria.

En este sentido, este OARC / KEAO ha manifestado con anterioridad (ver, por todas, la Resolución 7/2019) que en estos casos no procede anular la valoración pues el resultado último permanecería siendo el mismo, pues como dice el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la sentencia núm. 740/2009, de 23 de noviembre (JUR/2010/140325) con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Junio de 2003-recurso n 8952-97 «reiterada jurisprudencia de esta Sala (contenida básicamente en las sentencias de 17 May. 1994, 22 Mar. 1994 y 30 Nov. 1993) señala que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las

nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurran en el hecho denunciado, resultando contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado. »

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ISS, FACILITY SERVICES, S.A., contra la adjudicación del contrato de “Limpieza y retirada selectiva y depósito de residuos en los edificios municipales dependientes del Ayuntamiento de Basauri” Lote 1 y 2, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

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, 2024ko apirilaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de abril de 2024