



EB 2013/085

Resolución 114/2013, de 11 de noviembre de 2013, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Aurrerantz, S. Coop. de Iniciativa Social contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Amorebieta – Etxano.”

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de septiembre de 2013 se presentó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Aurrerantz, S. COOP. de Iniciativa Social contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Amorebieta – Etxano.”

SEGUNDO: El 16 de octubre se solicitaron alegaciones a los interesados, recibándose las de la empresa Lagunduz 2, S.L. Asimismo, consta en el expediente el informe del órgano de contratación al que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Queda acreditada en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de quien en su nombre comparece, de conformidad con lo previsto en los artículos 42 y 44. 4. a) del TRLCSP.

SEGUNDO: El artículo 40.1 del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

- b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

El contrato impugnado está comprendido en la categoría 25 del Anexo II y su valor estimado es superior a 200.000 euros.



TERCERO: El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:

«Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en el plazo previsto en el artículo 44.2 TRLCSP. La alegación de Lagunduz, que estima que el recurso es extemporáneo, debe desestimarse porque la fecha de remisión de la notificación (momento que debe tenerse en cuenta para iniciar el cómputo del plazo para interponer un recurso especial contra la adjudicación) es, como reconoce el propio órgano de contratación, el 3 de septiembre de 2013 (fecha del depósito en la oficina de correos) y el recurso se interpuso el 17 de septiembre de 2013.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Amorebieta - Etxano tiene la condición de poder adjudicador y de Administración Pública, según lo dispuesto en los artículos 3.2 a) y 3.3 a) del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos alegados por el recurrente son, en síntesis, los siguientes:

a) se alega infracción de la cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) en relación con los artículos 152 TRLCSP, 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, (RGLCAP), y 82 de la Ley 30/1992 por las siguientes razones:

- la cláusula 4 del PCAP establece que no hay un precio total a los efectos de formulación de las ofertas económicas, sino que cada una contendrá un precio unitario para cada tipo de hora de servicio (horas ordinarias y festivas), siendo el tipo base, que no puede superarse, 29 euros por hora ordinaria y 50,75 euros por hora extraordinaria o de festivo.

- la cláusula 17 califica como anormales o desproporcionadas las ofertas que se encuentren dentro de los supuestos objetivos que recogen los artículos 85 y siguientes del RGLCAP.

- después de las exclusiones producidas por no alcanzar el umbral mínimo de 30 puntos, el número total de ofertas que pueden ser puntuadas es de tres, siendo aplicable el artículo 85.3 RGLCAP, que establece que se considerarán inicialmente incursas en temeridad «cuando concurren tres licitadores, las que sean inferiores en más de 10 unidades porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. No obstante, se excluirá para el cómputo de dicha media la oferta de cuantía más elevada cuando sea superior en más de 10 unidades porcentuales a dicha media. En cualquier caso, se considerará desproporcionada la baja



superior a 25 unidades porcentuales.» En consecuencia, la UTE adjudicataria estaba incurso en temeridad:

CUADRO Nº 1 “BAJAS DE LAS OFERTAS ECONÓMICAS - MEDIA ARITMÉTICA OFERTAS”

LICITADORES	OFERTA HORA ORDINARIA (€/H)	VARIACIÓN SOBRE LA OFERTA MEDIA	OFERTA HORA FESTIVA (€/H)	VARIACIÓN SOBRE LA OFERTA MEDIA	VARIACIÓN SOBRE LA OFERTA MEDIA (sin Aurrerantz)
UTE LAGUNDUZ	26,95 €	-1,50%	26,95 €	-27,89%	-18,79%
AURRERANTZ	28,15 €	2,89%	45,75 €	22,41%	
CLECE	26,98 €	-1,39%	39,42 €	5,48%	18,79%

MEDIA ARITMÉTICA OFERTAS

27,36 €

37,37 €

MEDIA ARITMÉTICA OFERTAS
(sin Aurrerantz)

26,97 €

33,19 €

Por otro lado, la temeridad es aún más evidente tendiendo en cuenta el último inciso del artículo 85.3 RGLCAP (baja superior a los 25 puntos porcentuales).

CUADRO Nº 2 “BAJAS DE LAS OFERTAS ECONÓMICAS – PRECIO BASE DE LICITACIÓN”

LICITADORES	OFERTA HORA ORDINARIA (€/H)	VARIACIÓN SOBRE LA BASE DE LICITACIÓN	OFERTA HORA FESTIVA (€/H)	VARIACIÓN SOBRE LA BASE DE LICITACIÓN
UTE LAGUNDUZ	26,95 €	-7,07%	26,95 €	-46,90%
AURRERANTZ	28,15 €	-2,93%	45,75 €	-9,85%
CLECE	26,98 €	-6,97%	39,42 €	-22,33%

PRECIO BASE
LICITACIÓN

29,00 €

50,75 €

En resumen, debió haberse seguido el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP.

b) se considera que la valoración técnica de la empresa CLECE, segunda clasificada, fue incongruente, a la luz de las reglas imperativas que determina el Pliego de Condiciones Técnicas (PCT) en cuanto a cómo ha de ser proyectada y ejecutada la prestación del contrato. La cláusula 17 del PCAP señala que se valorarán los «sistemas de coordinación con el Ayuntamiento y la existencia de protocolos de actuación respecto a incidencias y urgencias en el servicio.» Por su parte, la cláusula 4 del PCT, que desarrolla el contenido del principio de coordinación, establece que las ofertas deben incluir cauces que garanticen la coherencia y complementariedad de las intervenciones desarrolladas por el servicio de ayuda a domicilio y otros servicios domiciliarios y sociales; por ello, los servicios ofertados han de prever un sistema de coordinación y adaptarse a la realidad del municipio contratante, como expresa el apartado 8 del PCT.; la valoración para CLECE fue de 3 puntos en el subapartado “Sistema de coordinación con el Ayuntamiento y protocolos en incidencias y urgencias”,



cuando la oferta no cumple con las PCT (apartados 1, 4 y 8) porque el sistema de coordinación está diseñado y planificado para otra población (Muskiz), por lo que no se adapta a la realidad del municipio contratante; consecuentemente, CLECE debió obtener 0 puntos en este epígrafe, lo que debió conllevar su exclusión por no alcanzar los 30 puntos y la clasificación del recurrente en segundo lugar.

SÉPTIMO: La empresa Lagunduz 2, S.L. alega lo siguiente:

a) la oferta económica presenta un equilibrio entre las horas ordinarias y extraordinarias en base al reparto real, y no se puede considerar que exista una bajada desproporcionada del precio; en cualquier caso, el coste de las horas extraordinarias tiene una escasa incidencia en cuanto a riesgo económico y en cuanto a la cuenta de explotación del servicio en cuestión.

b) que su oferta es la más ventajosa, garantiza la prestación del servicio y que la empresa tiene una acreditada solvencia técnica y económica.

c) finalmente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: El órgano de contratación solicita la desestimación del recurso, en síntesis, por los siguientes motivos:

a) la intención del órgano de contratación ha sido valorar el carácter desproporcionado de las ofertas teniendo en cuenta conjuntamente el precio de la hora ordinaria y el de la festiva, y no de forma separada, como pide la recurrente; así, la fórmula de cálculo de la temeridad aparece tras la valoración conjunta de ambos precios y no después de cada uno de ellos; la citada valoración conjunta deviene de que el peso de la hora festiva, en el conjunto del contrato, es notablemente inferior que el de la hora ordinaria, representando las horas festivas entre el 2 y el 3% del total de horas prestadas al conjunto de personas beneficiarias, como se deduce del análisis de los datos de los años 2011 y 2012. Asimismo, el pliego especifica que el servicio se presta en horas festivas con carácter limitado y excepcional (fines de semana y festivos, a personas calificadas como grandes dependientes); la empresa recurrente presta actualmente el servicio percibiendo el mismo precio por la hora ordinaria que por la festiva.

b) para la fórmula de cálculo del carácter desproporcionado, se decidió valorar en proporción 1 a 4 la hora festiva y la ordinaria, obteniendo un precio único, y aplicando después el artículo 85.3 RGLCAP, es decir, calculando la media de las tres ofertas valoradas, y comprobándose que no hay ninguna presuntamente incurso en temeridad, razón por la que no se aplicó el artículo 152.3 TRLCSP:



- Oferta de Lagunduz:

$$26,95 \times 4 + 26,95 = 134,75 \text{ euros}$$

- Oferta de UTE Servicios Sociales / Aurrerantz:

$$28,15 \times 4 + 45,75 = 158,35 \text{ euros}$$

- Oferta de CLECE:

$$26,98 \times 4 + 38,57 = 146,49 \text{ euros}$$

- Media de las ofertas: $134,75 + 158,35 + 146,39 = 146,53$ euros; inferior en más del 10%, 131,88 euros, y superior en más del 10%, 161,18 euros (ninguna oferta está en ninguno de los dos supuestos).

c) por lo que se refiere a la impugnación de la puntuación atribuida a CLECE, se sostiene que su oferta cumple con el PPT, que la referencia a Muskiz es únicamente para dejar constancia del hecho, que las funciones previstas para la coordinadora cumplen con el objetivo de coordinación, y que los tres puntos atribuidos obedecen a que en la propuesta se mezclan las funciones de coordinadora y las de responsable de coordinación, duplicidad que se considera innecesaria.

NOVENO: El recurso denuncia, en primer lugar, la infracción de la cláusula 17 del PCAP y de la normativa que rige la apreciación de que una oferta está incurso en sospecha de ser anormal o desproporcionada. En concreto, se alega que el adjudicatario impugnado estaba incurso en dicha sospecha y que, sin embargo, no se tramitó el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP para que la empresa pudiera justificar que su proposición puede ser cumplida. El parámetro de la temeridad está expresamente señalado en el PCAP, tal y como pide el artículo 152.2 TRLCSP, y consiste en una remisión al artículo 85 RGLCAP. Este precepto establece los criterios que deben seguirse para determinar la temeridad en las subastas (en la actual terminología legal, adjudicaciones al precio más bajo), pero no hay, en principio, inconveniente legal en que el poder adjudicador lo elija como parámetro en los procedimientos con uso de varios criterios. No obstante, la combinación del contenido del artículo 85 RGLCAP con las carencias del PCAP hace inviable en este caso la aplicación del sistema de baja anormal o desproporcionada, como se argumenta a continuación.

El artículo 85 RGLCAP compara las bajas con el presupuesto base de licitación. El objeto del contrato analizado es una relación sucesiva y periódica remunerada con dos precios unitarios distintos, uno para cada uno de los dos tipos de prestaciones que comprende (horas ordinarias y horas festivas), por lo que el presupuesto base de licitación es aquí una magnitud secundaria, en el sentido de que su importe es el resultado de multiplicar las horas por sus



precios unitarios. Sin embargo, en el Pliego se indica un presupuesto global máximo y el importe máximo de cada uno de los dos precios unitarios, pero no se ofrece el dato del peso relativo de cada uno de los dos tipos de prestaciones en el presupuesto global; dicho de otro modo, se desconoce, siquiera estimativamente, la proporción de horas ordinarias y extraordinarias en el total de horas que la Administración va a solicitar. Esta carencia está implícitamente admitida por el órgano de contratación, que la suple acudiendo a la proporción 4 a 1, deducida, al parecer, de la ponderación del precio de cada horario como criterio de adjudicación; sin embargo, el mismo órgano reconoce que la experiencia de la ejecución del contrato en ejercicios anteriores señala que la proporción es cercana a 97 a 3. En cualquier caso, es claro que la documentación contractual no contiene información suficiente para que los licitadores puedan conocer cuál es el baremo para apreciar la temeridad ni, desde luego, para que el poder adjudicador pueda decidir si está obligado o no a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP, insuficiencia que no puede compensarse improvisando fórmulas no establecidas en los Pliegos, pues ello supondría interpretar en perjuicio de quien no ha provocado el problema interpretativo una cláusula oscura y, en definitiva, una actuación arbitraria. En este sentido, se recuerda que el principio de transparencia, el cual es en el ámbito de la contratación pública instrumento del principio de igualdad (artículo 1 TRLCSP), implica que los licitadores deben conocer, en el momento de preparar sus ofertas, todos los datos relevantes para la determinación de la oferta más ventajosa, así como que esos datos deben ser lo bastante claros como para ser interpretados de la misma forma por todos los licitadores que se conduzcan con un grado normal de diligencia, exigencias que no cumple el parámetro de temeridad escogido (ver las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, asunto C-19/00, 24/11/2005, asunto C-331/04, de 12/11/2009, asunto C-199/07, de 16/2/2012, asunto C-77/2010 y de 10/5/2012, asunto C-368/10).

Tampoco es aceptable aplicar el artículo 85 RGLCAP sobre cada uno de los precios unitarios, como pretende el recurrente. En primer lugar, tal fórmula tampoco está claramente prevista en los Pliegos, por lo que le sería aplicable el reproche expuesto en el párrafo anterior. Por otro lado, sería contrario a la finalidad última del procedimiento de apreciación de la temeridad, que es comprobar si la oferta puede o no ser normalmente cumplida. Carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque podría concluirse que la desproporción en uno de los precios unitarios podría compensarse con el importe del otro precio para dar como resultado una oferta viable en su conjunto. Nótese que, sin embargo, para llegar a esa conclusión haría falta conocer el peso relativo de cada precio unitario en el presupuesto global, dato que, como se ha señalado, no consta en la documentación contractual.

Llegados a este punto, hay que concluir que no es posible aplicar el parámetro de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el PCAP sin incurrir en arbitrariedad, la cual se origina porque no se ha consignado en los Pliegos un parámetro objetivo para apreciar la anormalidad de la oferta, como



pide el artículo 152.2 TRLCSP, sino un clausulado que permite a la Administración interpretarlo arbitrariamente en perjuicio de los principios de igualdad y trato no discriminatorio, lo que conlleva que merezca la sanción de nulidad de pleno derecho (ver la Resolución 69/2012 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales, y la Resolución 31/2013 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, p.ej.). Sin embargo, el alcance de esta declaración de nulidad debe matizarse: por un lado, la nulidad no se extiende al resto del contenido de los pliegos, cuyo contenido se mantiene, en virtud de lo dispuesto en los artículos 35.2 TRLCSP y 64.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; por otro lado, la nulidad implica en este caso que el adjudicatario no puede ser excluido, ni la adjudicación impugnada con base en la cláusula afectada por ella, lo que conlleva la desestimación del recurso, sin que sea pertinente la retroacción de actuaciones, pues ésta sólo podría llevar a una adjudicación igual a la que se ha dictado (artículo 66 de la Ley 30/1992).

DÉCIMO: Una vez desestimado el motivo cuya aceptación hubiera conllevado, en el mejor de los casos para el recurrente, a la anulación del acto recurrido y la retroacción de actuaciones para tramitar el procedimiento de apreciación de oferta anormal o desproporcionada previsto en el artículo 152.3 TRLCSP, y confirmada la adjudicación, no procede entrar en el segundo motivo de impugnación, que pretende la exclusión de la empresa CLECE, cuya oferta está clasificada en segundo lugar, ya que su estimación en ningún caso conllevaría satisfacción de interés o derecho alguno del recurrente.

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:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Aurrerantz, S. Coop. de Iniciativa Social contra la adjudicación del contrato de “Servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Amorebieta – Etxano.”

SEGUNDO: 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 del TRLCSP.



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, 2013ko azaroaren 11a
Vitoria-Gasteiz, 11 de noviembre de 2013