



EB 2022/100

Resolución 170/2022, de 3 de noviembre, 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 LIMPIEZAS ABANDO, S.L. contra su exclusión del contrato “Servicio de limpieza del edificio de la calle Portal de Castilla, 15, de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 10 de junio de 2022 se ha presentado 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 LIMPIEZAS ABANDO, S.L. (en adelante, ABANDO) contra su exclusión del contrato “Servicio de limpieza del edificio de la calle Portal de Castilla, 15, de Vitoria – Gasteiz, tramitado por la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo (en adelante, AVCD).

SEGUNDO: El mismo día 10 de junio 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 14 de junio.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 16 de junio, se han recibido el día 23 del mismo mes las alegaciones de LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO IMPACTO, S.L. (en adelante, IMPACTO).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

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

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

El artículo 44.1 a) de la 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) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso: «b) 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

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La oferta de la recurrente incurrió en sospecha de anormalidad; presentada la correspondiente justificación no se admitió, pero sí la de la empresa que presta el servicio actualmente (IMPACTO), igualmente incurso en dicha sospecha y que proponía un precio muy similar.
- b) La recurrente alega que la exclusión, que considera desproporcionada y no ajustada a Derecho, se basa en una previsión de gastos de personal publicada en los pliegos pero que no coincide con los costes reales; asimismo, se alega que se han incluido conceptos como el absentismo o las vacaciones, que se dio explicación de la errónea aplicación de gastos de personal proporcionada por la actual contratista y que se comprometió el cumplimiento del convenio colectivo aplicable.
- c) Se aporta cita de jurisprudencia y de diversas resoluciones de órganos y tribunales de recursos contractuales; se alega que la exclusión no está suficientemente motivada y que debe tenerse en cuenta que la proposición supera el umbral de anormalidad por un margen muy pequeño; asimismo, se alega que el requerimiento de justificación de la baja es genérico.
- d) Finalmente, se solicita lo siguiente:
 - (i) La práctica de prueba documental, consistente en requerir a la anterior adjudicataria del servicio (IMPACTO) para que aporte documentación



oficial de las trabajadoras en alta adscritas a la ejecución del contrato, detallando los datos prescritos en el artículo 130.1 de la LCSP.

- (ii) La anulación de la exclusión impugnada y la retroacción del procedimiento de adjudicación al momento anterior a dicha exclusión, continuando luego la tramitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de IMPACTO

La alegante considera que la exclusión de la recurrente es procedente y se ajusta a la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en esta materia por las siguientes razones:

- a) La respuesta de la recurrente al requerimiento de justificación se limitó a informar y desglosar los costes, pero no justificó ni acreditó documentalmente su posición, sino que se basa en meras hipótesis, tan solo alegó su experiencia y conocimiento del sector.
- b) La propia recurrente reconoce que los costes considerados en su oferta no cubren los costes de la subrogación tal y como esta se describe en los pliegos; la alegante considera que la oferta debe analizarse a la luz de los datos reales que existían en el momento de elaborarse dichos pliegos.
- c) No hay agravio comparativo con la aceptación de la justificación de la baja anormal de IMPACTO, cuya justificación se ajustó plenamente a los datos del listado de subrogación que figuraba en los pliegos, conocido por todos los licitadores.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

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



a) Si bien se consideró que la recurrente había justificado suficientemente los costes de trabajos no habituales, material, consumibles, maquinaria, seguros, uniformes, prevención de riesgos laborales, gastos financieros, de estructura y beneficio industrial, no sucedió lo mismo con los cálculos del coste de personal directo, que no se deducían de los pliegos que rigen la licitación, los cuales especificaban un concreto convenio colectivo aplicable. Además, el poder adjudicador alega que no se tuvieron en cuenta factores como la cobertura de las ausencias previsibles (como las vacaciones) e imprevisibles (bajas, absentismo...), ni algunos trabajos no habituales. No se aceptaron las referencias a las posibles bonificaciones al personal que realizara sustituciones puntuales porque dichas bonificaciones no se aplicarían a las personas que realizarían la prestación de forma continuada.

b) La única información válida sobre la que las empresas deben calcular su oferta es la publicada en los pliegos, que la recurrente acató al presentar su proposición.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente impugna el acuerdo de exclusión de su proposición, el cual se basa en la consideración de que no se ha justificado suficientemente la viabilidad de la oferta en procedimiento previsto en el artículo 149.4 de la LCSP. 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) Sobre el procedimiento de verificación de la anormalidad

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 previsto en el artículo 149.4 de la LCSP:

- Requerimiento de justificación de la baja



El contenido del requerimiento es el siguiente:

“Se requiere a LIMPIEZAS ABANDO S.L. justifique y desglose de manera razonada y detalladamente el bajo nivel de su oferta mediante la presentación de aquella información y documentos que resulten pertinentes a estos efectos”.

- Justificación aportada por ABANDO

La justificación presentada por el recurrente es, en síntesis, la siguiente:

- 1) La empresa alega su prestigio y sus recursos humanos y tecnológicos, así como su experiencia y la amplitud de su cartera de clientes.
- 2) Afirma que ha realizado un arduo trabajo previo para la elaboración de la oferta (visitas al centro, reuniones con los operarios que efectúan la prestación contratada...), lo que le ha permitido concluir que se pueden reorganizar las jornadas y las tareas manteniendo la calidad; alega que realizará un mayor control para optimizar los rendimientos y mejorar la gestión.
- 3) Se aporta un detalle de costes, incluyendo el coste personal directo (bonificaciones incluidas), trabajos no habituales, materiales, consumibles, maquinaria, seguros, uniformes, prevención de riesgos laborales, beneficio y gastos financieros y de estructura.
- 4) Se ha tenido en cuenta el convenio colectivo aplicable a los trabajadores que prestan sus servicios en centros del Gobierno Vasco y el personal con derecho a subrogación. Afirma que las coberturas por vacaciones, bajas y otros motivos se realizarán con personas de colectivos desfavorecidos, lo que supone un importante ahorro por tratarse de contratos bonificados. Asimismo, se alega que la compañía conoce bien



las posibilidades de bonificación de las actuales trabajadoras, pues conoce sus condiciones tras un exhaustivo estudio.

- 5) Se alega, entre otros factores adicionales, la proximidad geográfica de su estructura, que le permite solventar imprevistos eficazmente, su bajo nivel de absentismo, su pertenencia a un gran grupo empresarial que le permite obtener buenos precios en virtud de su gran volumen de compra, la cobertura de una póliza de responsabilidad civil frente a terceros y su pequeño margen comercial.
- Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de la recurrente no se consideraron convincentes son, resumidamente, las que se expresan a continuación:

- 1) Los costes de trabajos no habituales, material, consumibles, maquinaria, seguros, uniformes, prevención de riesgos laborales, gastos financieros, gastos de estructura y beneficio industrial, se consideran suficientemente justificados por las explicaciones aportadas.
- 2) Por el contrario, los cálculos de personal directos presentados no se corresponden con los datos publicados en los pliegos de la licitación; teniendo en cuenta la información sobre el personal a subrogar, sus salarios brutos, los costes de sustitución en vacaciones y de Seguridad Social, la cifra resultante es muy superior a la que facilita la empresa, incluso sin tener en cuenta los gastos de sustitución por bajas o absentismo.
- 3) El poder adjudicador alega que la actual adjudicataria del contrato, también licitadora en el contrato, presenta unos gastos de personal muy superiores a los de LIMPIEZAS ABANDO y que las explicaciones sobre posibles bonificaciones al personal que sustituiría a las personas que ejecutan habitualmente el servicio no son suficientes.



- 4) La única información válida sobre la que deben elaborar su proposición es la contenida en los pliegos que rigen el contrato.

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 (TRLCS), 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 de la 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; 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 las cuestiones planteadas por el recurso

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anteriores, de las alegaciones de las partes y de la documentación que consta en el expediente, a continuación se exponen las observaciones de este Órgano sobre las cuestiones planteadas por la impugnación, las cuales llevan, apreciadas en su conjunto, a estimar el recurso:

- 1) La solicitud de justificación de la baja anormal se limita a reproducir literalmente el primer párrafo del artículo 149.4 de la LCSP, sin incluir ninguna mención concreta a los puntos de la oferta sobre los que se desea obtener información. Es claro que este contenido no satisface los requisitos legales exigibles a este trámite, señalados anteriormente; así, el citado artículo 149.4 señala que la petición que se dirija al licitador deberá formularse con claridad, de manera que esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta sospechosa de anormalidad. Este precepto sería superfluo si se cumpliera con un requerimiento como el formulado en este caso, que no contiene ninguna mención a aspectos concretos de la proposición. Esta circunstancia debe tenerse en cuenta, en contra del poder adjudicador, a la hora de evaluar las posibles omisiones o deficiencias de las justificaciones presentadas por el recurrente, especialmente teniendo en cuenta que LIMPIEZAS ABANDO sí ha presentado, al menos, un desglose de los costes y varios argumentos para justificar su oferta y que el poder adjudicador no ha solicitado justificaciones adicionales (ver la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO).



- 2) Es importante señalar que el informe técnico que sustenta el acto impugnado da por justificadas todas las partidas de costes del contrato excepto la de los gastos de personal directo (si bien esta última es, con diferencia, la más significativa), cuya falta de acreditación es el único fundamento de la exclusión y no porque se estime que LIMPIEZAS ABANDO vaya a incumplir la normativa social y laboral o el convenio colectivo aplicable, supuesto que justificaría por sí solo la exclusión (ver el penúltimo párrafo del artículo 149.4 de la LCSP), sino porque las explicaciones se estiman insuficientes. En este sentido, llama la atención que se tenga en cuenta la diferencia entre los costes de personal estimados por la recurrente y los expuestos por la actual adjudicataria (también sospechosa de anormalidad y considerada finalmente viable), y no la escasa diferencia global entre ambas ofertas o los mayores importes indicados por LIMPIEZAS ABANDO (considerados creíbles por el propio poder adjudicador) en otras partidas, algunas de las cuales ni siquiera menciona dicha adjudicataria (otros trabajos no habituales, prevención de riesgos, etc.).
- 3) La oferta de la recurrente ha resultado estar incurso en sospecha de anormalidad por presentar un margen de un 13,49% de rebaja respecto al precio medio, estando el umbral de anormalidad fijado en los pliegos en un 10%; dicho de otro modo, el umbral de anormalidad se ha superado por 4.897,53 euros (257,76 euros mensuales para los 19 meses de vigencia improrrogable del contrato). A juicio de este Órgano, el importe que ha marcado la incursión de la recurrente en sospecha de anormalidad es pequeño tanto en términos absolutos como porcentualmente y, además, se reparte a lo largo de un periodo de tiempo superior al año, duración inicial más habitual de este tipo de contratos, lo que hace más fácil la absorción por la empresa de la hipotética falta de rentabilidad inicial de su proposición.



d) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados, el recurso debe estimarse, lo que conlleva la anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones para que la oferta de LIMPIEZAS ABANDO sea readmitida y se continúe la tramitación del procedimiento de adjudicación. Dado que la resolución del recurso solo ha precisado de apreciaciones jurídicas basadas en datos que ya constaban en el expediente, no se considera oportuna la práctica de la prueba documental solicitada.

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: Estimar el recurso interpuesto por LIMPIEZAS ABANDO, S.L. contra su exclusión del contrato “Servicio de limpieza del edificio de la calle Portal de Castilla, 15, de Vitoria – Gasteiz”, tramitado por la Agencia Vasca de Cooperación para el Desarrollo, en los términos expresados en la letra d) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las actuaciones que lleve a cabo para ejecutar la presente Resolución.



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, 2022ko azaroaren 3a

Vitoria-Gasteiz, 3 de noviembre de 2022