



**EB 2021/157**

**Resolución 183/2021, de 23 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 la empresa LAS LLANAS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación por el que se acuerda su exclusión del contrato de “Suministro de Gasóleo C para las instalaciones de calefacción de la Escuela de Ingeniería de Eibar en el Campus de Gipuzkoa y de la Escuela de Ingeniería de Bilbao del Campus de Bizkaia”, tramitado por la UPV/EHU.**

## **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 16 de agosto de 2021, la empresa LAS LLANAS, S.A. (en adelante, LAS LLANAS) 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 contra el acuerdo de adjudicación por el que se acuerda su exclusión del contrato de “Suministro de Gasóleo C para las instalaciones de calefacción de la Escuela de Ingeniería de Eibar en el Campus de Gipuzkoa y de la Escuela de Ingeniería de Bilbao del Campus de Bizkaia”, tramitado por la UPV/EHU.

**SEGUNDO:** El mismo día 16 de agosto se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente 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 los días 18 de agosto y 15 de septiembre, respectivamente.





**TERECERO:** Traslado el recurso a los interesados con fecha 19 de agosto, se han recibido el 25 del mismo mes las alegaciones de la empresa COMERCIAL ARBERE, S.L. (en adelante, ARBERE).

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa licitadora y la representación de D.S.N. 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 suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

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

### **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 UPV/EHU tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto de Administración Pública (artículo 3 de la LCSP).



#### **SEXTO: Argumentos del recurso**

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

- a) La recurrente fue requerida para justificar y desglosar razonada y detalladamente el bajo nivel de precios ofertado, pero sin que se le advirtiera de que se debían explicar las condiciones técnicas, estructurales o innovadoras que lo posibilitaban. Por ello, se considera que la justificación presentada es adecuada y no constituye una declaración de intenciones.
- b) Por otro lado, no se le requirió por parte de la mesa para aportar información adicional.
- c) Finalmente, se solicita que se admitan las alegaciones para poder continuar en el procedimiento.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones de ARBERE**

Por su parte, ARBERE expone que justificó razonada y detalladamente su oferta.

#### **OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

El poder adjudicador se opone al recurso porque no se justifican ni se razonan los aspectos que permiten a LAS LLANAS mantener los costes controlados.

#### **NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

En síntesis, el núcleo del contenido del recurso es la alegación de que se ha incurrido en error en la valoración objetiva de la justificación de la exclusión de la baja por 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 de la LCSP:



### Requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta

En el Acta, de 9 de junio, relativa a la apertura del sobre 2 (criterios sujetos a fórmula) se recoge el siguiente acuerdo de la mesa de contratación:

(...) requerir a la licitadora para que, en el plazo de 10 días naturales (incluidos sábados, domingos y festivos) desde el día siguiente a la publicación de esta acta en el Perfil del Contratante, justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios ofertados.

### Justificación aportada por LAS LLANAS

La aclaración presentada por la recurrente fue la siguiente:

Que la oferta económica que he presentado se ajusta perfectamente dentro de nuestros márgenes comerciales, pudiendo ejecutar **con total normalidad** el contrato de suministro en las instalaciones de calefacción de la Escuela de Ingeniería de Eibar y de la Escuela de Ingeniería de Bilbao.

Nuestra estructura organizativa está eficientemente establecida para ser altamente competitivos en este mercado, manteniendo los costes controlados y tal y como he declarado en el punto 2 del ANEXO III.1 (Oferta económica), comprometiéndonos a ejecutar el contrato con arreglo a las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas.

### Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de LAS LLANAS no se consideraron convincentes, lo que supuso la exclusión de su oferta, son, las que se expresan a continuación:

A juicio de la Comisión Técnica constituye una declaración de intenciones, al carecer de argumentaciones sobre las condiciones técnicas, estructurales e innovadoras que sirvan de base al coste ofertado, no considerando adecuadas las justificaciones de la licitadora.

A la vista de todo ello, se expone a continuación el criterio del OARC / KEAO sobre la razonabilidad de la impugnación.



a) 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 señalarse los siguientes 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, 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.
- 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”.
- por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del



TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien (...) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común (ver, en especial, el apartado 72).

- finalmente, se debe señalar que 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).

b) Sobre la justificación aportada por LAS LLANAS y su exclusión

La recurrente alega que ha justificado adecuadamente el precio ofertado en orden a acreditar la viabilidad de su oferta. Por su parte, el poder adjudicador se opone al recurso aduciendo la insuficiencia de dicha justificación. A juicio de este Órgano, la pretensión del recurrente no puede prosperar y el recurso debe desestimarse por las razones que se explican a continuación:

- 1) De acuerdo con el artículo 149 de la LCSP, es obligación del licitador explicar de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios ofertado, porque de no hacerlo así el órgano de contratación rechazará su oferta. Y ello porque la existencia de ofertas anormalmente bajas es una mera presunción *iuris tantum* de que la oferta no pudiera ser cumplida, exigiendo un procedimiento contradictorio, en que se da la oportunidad a



los licitadores de justificar la viabilidad de su oferta, recayendo sobre ellos la carga de justificar su proposición.

- 2) A juicio de este Órgano, dicha oportunidad no ha sido aprovechada por la recurrente, pues concurre lo señalado en el último párrafo del apartado 4 del artículo 149 de la LCSP en lo que a la justificación incompleta se refiere. En efecto, si bien el requerimiento efectuado por el poder adjudicador es tan solo una reiteración parcial de lo establecido en el artículo 149.4 de la LCSP, lo cierto es que la respuesta de LAS LLANAS carece de cualquier argumento o justificación que pueda enervar la presunción de temeridad señalada. Es decir, no se desarrolla mínimamente la afirmación genérica sobre los márgenes comerciales y la estructura organizativa de la empresa, a pesar de que son la base de la justificación; tampoco se aporta ningún dato numérico, ni desglose económico, ni ningún documento adjunto que permitan al poder adjudicador comprobar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por la licitadora y llegar a la conclusión de que la oferta va a poder ser cumplida. En este sentido, no cabe acceder a la alegación de la recurrente sobre el hecho de que no fue requerida para aportar información adicional; si bien es cierto que es posible que el poder adjudicador solicite aclaraciones sobre la justificación presentada por el licitador sospechoso de temeridad (ver, por ejemplo, la Resolución 196/2019 del OARC / KEAO), se trata de un instrumento para puntualizar concretos aspectos dudosos de dicha justificación, pero no puede servir para dar la oportunidad al licitador de compensar su falta de contenido.
- 3) En conclusión, este Órgano considera que no existen errores de hecho, materiales o defectos de procedimiento en la resolución del órgano de contratación por la que concluye que la oferta de LAS LLAMAS es inviable y no puede ser cumplida en los términos exigidos en los PCAP, por lo que no puede prosperar el recurso interpuesto.



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 interpuesto por la empresa LAS LLANAS, S.A. contra el acuerdo de adjudicación por el que se acuerda su exclusión del contrato de “Suministro de Gasóleo C para las instalaciones de calefacción de la Escuela de Ingeniería de Eibar en el Campus de Gipuzkoa y de la Escuela de Ingeniería de Bilbao del Campus de Bizkaia”, tramitado por la UPV/EHU.

**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, 2021eko azaroaren 23a**

Vitoria-Gasteiz, 23 de noviembre de 2021