



EB 2021/225

Resolución 047/2022, de 8 de marzo, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por ALSE SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación del contrato de “servicio de seguridad y vigilancia de los campus, centros y dependencias de la UPV /EHU”, tramitado por la UPV / EHU.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de diciembre de 2021 la mercantil ALSE SEGURIDAD, S.A (en adelante ALSE) 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 contra la adjudicación del contrato de “servicio de seguridad y vigilancia de los campus, centros y dependencias de la UPV /EHU”, tramitado por la UPV / EHU

SEGUNDO: El día 17 de diciembre este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, 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 entre los días 20 de diciembre de 2021 (el expediente) y el 17 de febrero de 2022 (el informe).

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 20 de diciembre, se han recibido las alegaciones de DELTA SEGURIDAD S.A.U. (en adelante, DELTA), adjudicataria impugnada, el día 24 de diciembre.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO: Solicitud de acceso al expediente.

La recurrente solicita el acceso al expediente sobre la base de que el poder adjudicador no le permitió acceder a la parte de la oferta técnica de la adjudicataria que declaró confidencial. Por su parte, DELTA SEGURIDAD S.A.U, se opone al acceso a la información de la oferta técnica declarada confidencial alegando que la misma es extremadamente valiosa e importante para la empresa.

Como viene señalando este Órgano (ver, por todas, su Resoluciones 13 y 107/2021), la solicitud de acceso al expediente en el procedimiento de recurso especial se regula en el artículo 52 de la LCSP en términos similares a los que ya figuraban en los artículos 16 y 29.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante, RPE). La finalidad que persigue este procedimiento es evitar la indefensión del recurrente de tal manera que la privación de este derecho por el órgano de contratación no sea la causa de un recurso especial insuficiente o carente de fundamentación jurídica (ver, por ejemplo, la Resolución 436/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). Para sustentar su decisión, este OARC/KEAO ha de estar a lo alegado por el recurrente y por el poder adjudicador, a la verificación del cumplimiento de ciertas formalidades (especialmente, la solicitud de acceso inicial al órgano de contratación y la presentación del recurso especial en plazo con solicitud de acceso al órgano resolutorio) y a la observancia de los límites materiales del derecho de acceso, como pueden ser la protección de los intereses comerciales legítimos o de los datos de carácter personal. Debe recordarse en todo caso que, tal y como se dijo en la Resolución 248/2015 del TACRC, el derecho de acceso al expediente encuentra su fundamento en la necesidad de conocer los elementos de juicio que han servido de base al acto impugnado, y ello como exigencia propia del



derecho a la tutela efectiva. Por tanto, solo en la medida en que los documentos cuyo acceso se solicita sean necesarios para la articulación de dicha defensa, tiene sentido el ejercicio de este derecho. Consecuentemente, con independencia del juicio que pueda merecer la denegación decidida por el poder adjudicador en cuanto a su adecuación a la LCSP, solo se puede considerar una irregularidad relevante cuando tenga por efecto la indefensión del interesado y, en concreto, cuando le impida presentar un recurso especial suficientemente fundado (ver la Resolución 47/2015 del OARC / KEAO) de modo que si, por ejemplo, la resolución de adjudicación está suficientemente motivada en los términos exigidos en el artículo 151 de la LCSP o el interesado accedió por otra vía a la información necesaria no puede alegarse dicha indefensión. Por otro lado, el derecho de acceso a las ofertas de las restantes entidades licitadoras no es un derecho absoluto, sino que debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra empresa licitadora (ver, por ejemplo, la Resolución 329/2016 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía). Finalmente, este Órgano ha venido señalando que es contrario a la buena fe que un licitador solicite el acceso a aspectos de la documentación presentada por un competidor cuando él mismo ha declarado confidencial los mismos aspectos en referencia a su propia proposición (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 130/2015, 72/2018 y 57, 134/2019 y 030/2021).

Aplicado lo anterior al caso analizado, se desestima el acceso requerido por los motivos que se exponen a continuación:

- 1) ALSE SEGURIDAD S.A. ha declarado la confidencialidad parcial de los apartados de su oferta técnica relativos a i) el plan de trabajo y organización del servicio (apartado 1.1), ii) el plan de formación (apartado 2), y iii) la calidad en el ámbito de la igualdad, inserción laboral y PRL (apartado 3.2). Por su parte, DELTA SEGURIDAD S.A.U., ha declarado confidencial los apartados de su oferta técnica relativos al plan de trabajo



(apartado 1) y tratamiento de la información (apartado 3). Se observa que ALSE SEGURIDAD S.A. pretende un acceso más amplio que el que él mismo considera aceptable y referido a información equivalente a la que él mismo considera que es confidencial, lo cual es un indicio del carácter sensible de la información a la que pretende acceder y de que la decisión del poder adjudicador sobre la petición de acceso es correcta; además, como ya se ha señalado más arriba, una petición de acceso de tales características no es aceptable por contraria a la buena fe.

- 2) Debe tenerse en cuenta que, como posteriormente se analizará de forma más detallada, la documentación que consta en el expediente ha permitido a ALSE efectuar un recurso fundado; en particular, es suficiente con analizar el informe técnico y las diversas actas de las mesas de contratación para impugnar las puntuaciones otorgadas por el poder adjudicador.

La conclusión a todo ello es que no procede aceptar la solicitud de acceso al expediente formulada en vía de recurso.

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de J.E.C. 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 servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.



TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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, concretamente de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

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

a) DELTA ha efectuado una oferta meramente simbólica, muy por debajo de los precios de mercado, respecto de los servicios extraordinarios que forman parte del contrato. Debe entenderse que en la formulación de esta oferta DELTA ha incurrido en fraude de ley al aprovechar que los pliegos no prohibían concurrir con precios simbólicos para efectuar una oferta desmarcándose de los costes salariales, con la única finalidad de manipular las fórmulas de valoración a su favor y en perjuicio del resto de licitadores. La consecuencia de ello debe ser la exclusión de la oferta.

b) DELTA oferta para los servicios extraordinarios prestados en festivo diurno y festivo nocturno un precio que supone la mitad del previsto en el convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el año 2021. Ello evidencia la



intención de ejecutar el contrato incumpliendo las condiciones laborales aplicables al personal a adscribir al servicio.

c) La oferta de DELTA se encontraría incurso en “baja anormal” y no existe reflejo material de que se hayan llevado a cabo los cálculos de la cláusula específica 22.3.2, apartado 1.3 del PCAP.

d) Las cláusulas contradictorias de los pliegos no pueden perjudicar a los licitadores. En concreto, la referida a la valoración de los precios unitarios, que permite su utilización artificiosa, junto a la que desarrolla los mecanismos para la apreciación de las “ofertas anormalmente bajas”, que impiden la valoración con carácter autónomo la temeridad de los precios unitarios, han favorecido la actitud fraudulenta de una de las licitadoras.

e) Finalmente, solicita

- (i) que se declare la disconformidad a derecho de la adjudicación del contrato con la exclusión de la oferta de DELTA y la retroacción de la licitación para que se declare la oferta de ALSE como la proposición económicamente más ventajosa,
- (ii) subsidiariamente, que se retrotraiga la licitación para que DELTA justifique la seriedad y viabilidad de su oferta, según lo indicado en la STJUE de 10/9/2020, C-367/19,
- (iii) subsidiariamente, se anule completamente la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones de DELTA

DELTA, adjudicataria impugnada, efectúa las siguientes alegaciones:

a) Nos encontramos ante una única prestación y un único precio global por una determinada prestación de tracto duradero y sucesivo. Dentro de la ejecución de dicha prestación se contempla la realización de servicios extraordinarios, que no están delimitados y se realizarán atendiendo a las necesidades concretas. Estos



últimos no constituyen prestaciones diferentes de las ordinarias, sino ampliaciones de éstas, por lo que el precio ofertado no es nuevo.

b) DELTA puso su máxima diligencia en la presentación de la oferta tratando de obtener la mayor puntuación posible y ofrecer al poder adjudicador la mejor de sus ofertas y, para ello, tuvo en cuenta (i) que el PCAP no establece más que un precio máximo, (ii) la dicción literal del criterio de adjudicación 2 y (iii) la única limitación establecida en el PCAP a la realización de la oferta económica (apartado 14.1 d) de las condiciones generales), consistente en que no sobrepase el presupuesto base de licitación o de los precios unitarios que revistan carácter de máximos.

c) DELTA realizó una atenta lectura del PCAP y asumió un riesgo empresarial, que no es ilimitado, ya que el importe orientativo de los servicios extraordinarios no habrá de exceder de 165.289,26 €, sin que se demanden tantas horas como las que se derivan del importe. Además, la oferta es de 8 € por lo que el resto de licitadores disponían de un margen (entre 0 a 8 euros), para efectuar su oferta y haber obtenido el máximo de puntos del criterio.

e) Se efectúan simulaciones sobre cuál hubiera sido la puntuación de DELTA en el caso de ofertar, 11 €/h, 14 €/h o 16 €/h y, en todos ellos, los puntos que en aplicación de la fórmula que figura en el PCAP se asigna a las ofertas del resto de licitadores diferentes a DELTA es significativamente bajo.

f) El hecho de que DELTA haya ofertado 8 €/hora, que se halla por debajo del salario establecido en el convenio colectivo, no significa que lo incumpla. Una cosa es el precio al que se oferta el servicio y otra el cumplimiento de convenio.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso sobre la base de los argumentos que concluye de la siguiente manera:



a) Tal y como está configurada la fórmula, cualquier precio ofertado por DELTA inferior al de los otros dos competidores hubiera causado un efecto similar al que se ha producido. Tal y como está diseñada, en todos los casos, atribuye mayor número de puntos a la oferta más baja y unos pocos puntos a las demás ofertas. ALSE, como cualquier operador diligente debió comprobar la operativa de las fórmulas de valoración del precio en sus dos vertientes y haber conjugado correctamente la incertidumbre sobre la actuación de sus competidores con la presentación de unos precios competitivos y no limitarse a realizar una mínima bajada sobre el presupuesto base. Por el contrario, DELTA se ha sujetado a las reglas de juego establecidas en el PCAP.

b) A la alegación de que los precios por los servicios extraordinarios ofertados por DELTA incumplen las condiciones del convenio colectivo aplicable se opone que la oferta de un precio reducido se efectúa en dos de los cuatro precios unitarios solicitados y que estos servicios representan el 2,74 % del presupuesto base de licitación (PBL) y, lo más importante, la garantía del pago de los salarios de los trabajadores depende del correcto cumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones laborales.

c) En lo que respecta a la presunta baja anormal, aunque se acogiera la interpretación del recurrente de la cláusula específica 22.3.2, diferenciando los servicios ordinarios por un lado y los extraordinarios por otro, ninguna de las mercantiles incurriría en sospecha de anormalidad.

d) El acto de adjudicación no evidencia ninguna cuestión que no hubiese podido alcanzar a comprender cualquier licitador mediante un estudio razonable del PCAP o hubiese podido desvelarse en tiempo y forma.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El recurrente formula una triple pretensión en cascada y de forma subsidiaria, (i) como pretensión principal solicita la exclusión del DELTA por efectuar una oferta en fraude de ley y la retroacción del procedimiento para que se le adjudique el



contrato, (ii) de forma subsidiaria, solicita la exclusión de DELTA por hallarse su oferta en presunción de temeridad y la retroacción del procedimiento al objeto de que proceda a justificar su oferta, (iii), de forma subsidiaria a las anteriores, la cancelación del procedimiento de adjudicación por la oscuridad de las cláusulas que lo regulan. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y Pliego de condiciones técnicas (en adelante, PCT) que rigen la licitación, que, por no haber sido impugnado en tiempo y forma, su contenido vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. En concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

5.- PRECIO Y PAGOS.

5.1.- Sistema de determinación del precio: sistema mixto: a tanto alzado (servicio ordinario) y precios unitarios (euros/hora mano de obra servicios extraordinarios).

Las ofertas que superen el presupuesto base de licitación (sin IVA) para el servicio ordinario que es de 6.531.314 euros para 2 años y 3.265.657 € por anualidad serán rechazadas

Así mismo se establecen los siguientes precios unitarios para los servicios extraordinarios:

- Laboral diurno: 13,98€ por hora
- Laboral nocturno: 15,51€ por hora
- Festivo diurno: 15,20€ por hora
- Festivo nocturno: 16,73€ por hora

Estos precios tienen carácter de máximos, en consecuencia, las ofertas que los superen serán rechazadas. Se establece un presupuesto orientativo máximo de los servicios extraordinarios para los dos años de vigencia del contrato, de 165.289,26 euros (IVA excluido).

22.2.2.- Criterios evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas:

(...)

- Criterio 2: Precio de los servicios extraordinarios

Ponderación: 12 puntos. Se otorgará la máxima puntuación del apartado (12 puntos) a la oferta que incluya el precio más bajo. Aquellas ofertas que igualen el precio máximo establecido (15,36 €) obtendrán 0 puntos. El resto de ofertas se valorarán conforme a la siguiente fórmula:

$$PV = P * \left[\frac{B}{(L - O)} \right]$$

Cada parámetro de la formula se detalla a continuación:

Pv: Puntuación de la oferta a valorar



P: Puntuación máxima del criterio (12 puntos)

B: Baja a puntuar (diferencia entre el importe del presupuesto máximo establecido y el importe ofertado a valorar)

L: Presupuesto máximo establecido (15.36 € iva excluido)

O: Oferta más económica

El importe ofertado por las licitadoras en este apartado se obtendrá de la media aritmética de los precios ofertados para cada tipo de hora (laboral diurno, laboral nocturno, festivo diurno y festivo nocturno) que en ningún caso podrán superar los precios unitarios máximos establecidos en la cláusula específica 5.1.

22.3.- Ofertas anormalmente bajas: se establecen los siguientes parámetros o límites para su apreciación

22.3.1.- En cuanto al precio: no procede

22.3.2.- En cuanto a la oferta considerada en su conjunto: los siguientes

(...)

1.3.- Si concurren tres o más empresas licitadoras, se considerará anormalmente baja la oferta en la que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que la oferta económica sea inferior en más de un 10% a la media aritmética de todas las ofertas económicas presentadas.

b) Que la puntuación que le corresponda al resto de criterios de adjudicación distintos del precio sea superior a la suma de la media aritmética de las puntuaciones de todas las ofertas y la desviación media de estas puntuaciones.

Para calcular la desviación media de las puntuaciones se obtendrá, para cada oferta, el valor absoluto de la diferencia entre su puntuación y la media aritmética de las puntuaciones de todas las ofertas. La desviación media de las puntuaciones es igual a la media aritmética de estos valores absolutos.

Teniendo en cuenta lo antecedente, las consideraciones de este OARC / KEAO sobre el fondo de la cuestiones en el orden en el que han sido planteadas en el recurso son las siguientes:

- a) Sobre el carácter de fraudulento de la oferta efectuada a dos de los cuatro precios unitarios referidos a los servicios extraordinarios

Considera la recurrente que la oferta que efectúa el adjudicatario impugnado de 8 euros/ hora por festivo diurno y festivo nocturno es una oferta meramente simbólica, inferior a los costes salariales y efectuada en fraude de ley.



Este motivo de impugnación ha de ser desestimado por las siguientes razones.

- 1) El presupuesto base de licitación (PBL) (6.696.603,23 € sin IVA) está referido fundamentalmente a un precio alzado por los servicios ordinarios (6.531.314 €, sin IVA), que representa el 97,53 % del PBL y, a cuatro precios unitarios (euros/hora mano de obra) por la prestación de servicios extraordinarios, cuyo gasto efectivo está condicionado a las necesidades del poder adjudicador, sin que exista obligación de demandar una determinada cuantía de unidades (cláusula 6.2.b).2) de las condiciones generales del PCAP), hasta el máximo de 165.289,26 €, IVA excluido, lo que representa el 2,45 % del PBL. Por su parte, en lo que se refiere a los requisitos de la oferta económica a efectuar por los precios unitarios, el PCAP no contiene pauta alguna, a excepción de no sobrepasar el precio máximo de cada precio unitario. En particular, no se fija un importe mínimo que se deba respetar en la presentación de la oferta, ni se especifica un número aproximado de horas a trabajar de forma extraordinaria en día festivo y en día laborable.
- 2) Por lo que respecta al criterio de adjudicación que evalúa los precios unitarios extraordinarios ofertados, la fórmula se aplica a la media aritmética de los precios ofertados para cada tipo de hora (laboral diurno, laboral nocturno, festivo diurno y festivo nocturno), de manera que la oferta con la media aritmética más baja obtiene la máxima puntuación (12), la oferta coincidente con la media aritmética máxima (15,36 €), obtiene 0 puntos y, las restantes, la puntuación que arroje la fórmula que figura en los pliegos. Además, para una mejor comprensión de la fórmula, el Anexo I.3 del PCAP contiene una simulación sobre su comportamiento. Es de reseñar que sobre esta fórmula no se ha solicitado aclaraciones en la fase de licitación del contrato ni es impugnada por el recurrente.
- 3) En lo que se refiere a los criterios de adjudicación, es de reseñar que, si bien en un primer momento el poder adjudicador goza de un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios de adjudicación, en la fase



de selección de la oferta económicamente más ventajosa no puede separarse de los criterios especificados en las bases de la convocatoria, ya que ello garantiza el principio de igualdad de trato y la competencia en el procedimiento de adjudicación. En lo que se refiere específicamente a los criterios “evaluables de forma automática mediante aplicación de fórmulas”, que son los descritos en el artículo 146.2 de la LCSP como “aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos”, este Órgano ha manifestado (ver, por todas, su Resolución 145/2020) que su rasgo principal es el de la ausencia total de margen de apreciación en la valoración de las ofertas, ya que la puntuación se deriva de la aplicación de una fórmula y el resultado de una fórmula no puede interpretarse, tan solo se calcula. Una vez que uno o varios de estos criterios se establecen, como en este caso, en unos pliegos firmes por consentidos, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en la licitación, lo que no solo implica respetar su contenido, sino también su misma condición de criterio sujeto a fórmula. En este sentido, la sola clasificación de los criterios como automáticos tiene consecuencias procedimentales, como un orden concreto que debe seguirse para la apertura de las correspondientes ofertas y, lo que es más relevante para el caso analizado, la prohibición radical de que en su aplicación el órgano de contratación pueda introducir ningún elemento subjetivo o juicio discrecional o valorativo, con el correlativo efecto de que los licitadores tienen el derecho a esperar que el procedimiento de adjudicación se conduzca en esos estrictos términos y no en otros distintos.

- 4) La consideración de que la oferta ha sido formulada en fraude de ley (artículo 6.4 del Código Civil) no puede prosperar por las siguientes razones:
 - Como ha afirmado este OARC / KEAO en su Resolución 073/2022, no cabe deducir el carácter fraudulento de la oferta sobre la base de que su objetivo es lograr la máxima puntuación (o, lo que es lo mismo, minimizar la puntuación de los competidores) porque, precisamente,



ése es el camino que conduce a la adjudicación del contrato y a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa. Consecuentemente, no es razonable exigir a los licitadores que renuncien a plantear su oferta de la forma que mejor la optimice en términos de puntuación, y mucho menos penalizar esa actuación con la exclusión del procedimiento de adjudicación.

- No se puede concluir que la oferta haya sido realizada en fraude de ley cuando es el propio pliego al establecer la ponderación y la fórmula de cálculo de la puntuación del criterio el que induce a que los licitadores se esfuercen al máximo a la hora de presentar una oferta realmente competitiva en lo que a los precios unitarios extraordinarios se refiere. Además, para que la conducta de DELTA pudiera ser calificada de fraudulenta, el artículo 6.4 del Código Civil requiere la obtención de un fin contrario al ordenamiento jurídico y no puede ser considerado como precepto o principio jurídico infringido el alegado por el recurrente de que se proponen precios simbólicos para manipular la fórmula en perjuicio del resto de licitadores que ofertan un precio real, pero obteniendo menos puntos, pues que el licitador pretenda conseguir la máxima puntuación y que sus competidores obtengan la mínima posible, con respeto a las reglas establecidas en las bases, es algo consustancial a los procedimientos de concurrencia competitiva (ver en este sentido la Resolución 73/2021 de este OARC / KEAO). Además, en el procedimiento que nos ocupa, que el resto de los licitadores haya obtenido una puntuación significativamente inferior a la de la adjudicataria es el resultado del comportamiento de la fórmula, que es automática y destierra la apreciación de cualquier elemento subjetivo en su aplicación.
- El adjudicatario recurrido aporta unos argumentos sólidos y razonables sobre la seriedad de su oferta consistentes en que (i) el presupuesto máximo destinado a estas horas extraordinarias es de 165.289,26 € (sin IVA) frente a los 6.531.314 € que corresponden a los servicios



ordinarios y (ii) la oferta de 8 € lo es para dos de los cuatro servicios extraordinarios. A ello se debe sumar que la denuncia de la oferta de precio simbólico se efectúa únicamente respecto de los ofertadas para los días festivos, pues nada se alega respecto de los precios unitarios ofertados por los servicios extraordinarios a realizar los días laborables. Ello es relevante porque la memoria justificativa de la contratación afirma que los servicios extraordinarios son para dar cobertura a los actos académicos (congresos, jornadas, inauguraciones de cursos, elecciones sindicales ...), de lo que se puede deducir razonablemente que la gran parte de estas horas serán demandadas en día laborable.

- Este Órgano entiende que la opción adoptada en la oferta del recurrente no puede considerarse una práctica empresarial inadecuada. En primer lugar, 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), cuya concurrencia o no en el supuesto que nos ocupa se analizará más adelante, 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, asumiendo el riesgo de que, finalmente, no se dé tal resultado.



- Es el funcionamiento de la fórmula el que arroja como resultado que la totalidad de la puntuación se asigne a la oferta de precio unitario más bajo y que las puntuaciones atribuidas al resto de las ofertas diferentes a la más baja, sea cual sea el importe de esta última, sean muy bajas.
- 5) No puede ser aceptada la alegación de que la cantidad ofertada por dichos servicios no cubre los costes salariales, porque nos hallamos ante dos cuestiones diferentes: una cosa es el precio ofertado por unos servicios que representan una prestación residual en el conjunto de la oferta y otro el incumplimiento de la empresa de sus obligaciones salariales, lo cual no se puede deducir sin más de la oferta efectuada, sin perjuicio de la eventual temeridad, y se comprobará en la fase de ejecución del contrato. Además, se ha de tener en cuenta que estos precios unitarios, que representan un porcentaje muy bajo del PBL, pueden ser compensados por la globalidad de la oferta.
- 6) A la vista de lo manifestado en los números anteriores, no se puede excluir la oferta de un licitador, efectuada conforme a las reglas establecidas en las bases de la licitación, por el resultado que arroja una fórmula de valoración que el recurrente ni duda que esté correctamente definida ni que haya sido correctamente aplicada por el poder adjudicador, a salvo de que la oferta se halle en presunción de temeridad, lo cual se analizará en el apartado posterior.

b) Sobre la presunción de baja anormal

Considera el recurrente que la oferta de DELTA se halla en presunción de temeridad en lo que respecta a los precios unitarios de los servicios extraordinarios y que el poder adjudicador no ha reflejado materialmente los cálculos por los que ha llegado a una conclusión contraria. Este argumento ha de ser desestimado por las siguientes razones:

- 1) La cláusula específica 22.3.2 exige como presupuesto básico para considerar el carácter anormal de una oferta considerada en su conjunto,



para el caso de que concurren tres o más ofertas, que la oferta económica sea inferior en más de 10 % a la media aritmética de todas las ofertas económicas presentadas. La referencia que se efectúa en esta cláusula a “oferta económica”, en el supuesto que nos ocupa debe ser entendida al precio a ofertar por los servicios ordinarios, que es la oferta a efectuar a tanto alzado por los servicios a prestar durante un año y representa el 97,53 % del PBL. A este respecto, resulta relevante que la cláusula que invoca el recurrente se refiere a una única oferta económica, y no a tantas ofertas como precios unitarios (ver, en este sentido, la Resolución 53/2015 del OARC / KEAO).

- 2) El gasto máximo de los cuatro precios unitarios por servicios extraordinarios a ofertar representa el 2,45 % del PBL y, de ellos, se alega la desproporción respecto de dos que se corresponden con los servicios a realizar los días festivos que, como se ha señalado en el número cuarto del apartado a) del Fundamento Jurídico Noveno de esta Resolución, es previsible que sean raramente demandados. En este sentido, debe recordarse que 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 la sentencia del Tribunal Supremo 4069/2019 - ECLI: ES:TS:2019:4069, de 17 de diciembre de 2019). Por ello, carece de sentido hablar de precios unitarios anormales considerados individualmente porque la desproporción en uno de ellos podría compensarse con el importe del otro precio (o, en este supuesto, del ofertado por los servicios ordinarios) para dar como resultado una oferta viable en su conjunto (en este sentido la Resolución 22/2020 del OARC / KEAO).
- 3) Concluido que conforme a la cláusula específica 22.3.2 la oferta de DELTA no se halla incurso en presunción de anormalidad, no se requiere que los cálculos matemáticos figuren expresamente en el expediente de contratación. Téngase en cuenta que la no exigencia de justificación de los valores de la oferta constituye base suficiente para concluir que el



poder adjudicador considera que no es de aplicación el parámetro de baja desproporcionada que, por otra parte, puede ser calculado por el propio recurrente. No obstante, se constata que en el Acta de la Mesa de contratación correspondiente a su sesión de fecha 7 de octubre de 2021, se deja constancia de que se han efectuado los cálculos oportunos y que en ninguna de las ofertas concurren las circunstancias de la cláusula específica 22.3.2.

c) Sobre la oscuridad de los pliegos

Se invoca la oscuridad de la cláusula que valora los precios extraordinarios y la que contiene el parámetro de temeridad de la oferta en su conjunto en el supuesto de que se hayan presentado tres o más licitadores, pero no se argumenta ni contradicción, ni ambigüedad, ni una redacción susceptible de diversas interpretaciones, por lo que este motivo debe decaer. En concreto, el supuesto carácter perjudicial de la valoración de las horas por servicios extraordinarios no deriva de la fórmula, sino de la presentación de una oferta que no ha resultado ser la más ventajosa según los criterios de adjudicación establecidos en las bases de la licitación. A este respecto, debe recordarse que, junto a la fórmula, que no es discutida por el recurrente, el PCAP contiene en su Anexo I.3 una simulación sobre cómo opera, por lo que los licitadores tenían toda la información necesaria para preparar su oferta.

d) Conclusión

Una vez sentado que (i) los pliegos no contienen un límite mínimo por debajo del cual no se permita realizar oferta, (ii) que la oferta no se halla incurso en temeridad, (iii) que la finalidad perseguida por la adjudicataria impugnada es la obtención del contrato y (iv) que ni la fórmula ni el parámetro de temeridad establecidos en el PCAP adolecen de oscuridad, cabe concluir que la oferta de la adjudicataria no puede calificarse de inadecuada o fraudulenta, por lo que no procede la exclusión solicitada por el recurrente por la mera aplicación de unas fórmulas que conducen, junto a la suma de la puntuación correspondiente a los



criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor, a un resultado no deseado por el recurrente pero sujeto a las reglas del procedimiento establecidas en el PCAP. Todo ello conduce a la desestimación en su totalidad del recurso.

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 ALSE SEGURIDAD, S.A. contra la adjudicación del contrato de “servicio de seguridad y vigilancia de los campus, centros y dependencias de la UPV /EHU”, tramitado por la UPV / EHU.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko martxoaren 8a

Vitoria-Gasteiz, 8 de marzo de 2022