



EB 2020/140

Resolución 180/2020, de 18 de diciembre, 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 XLARK, ESTUDIO DE ARQUITECTURA Y URBANISMO ANTON PAGOLA Y ASOCIADOS, S.L.P. contra la exclusión de su oferta del “LOTE 1: (G-72) 36 VPO en la Parcela R2 del Ámbito “Egazelai”, Eibar. Gipuzkoa” tramitado por Visesa.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 7 de octubre de 2020, la empresa XLARK, ESTUDIO DE ARQUITECTURA Y URBANISMO ANTON PAGOLA Y ASOCIADOS, S.L.P. (en adelante, XLARK) 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 pública contra la exclusión de su oferta del “LOTE 1: (G-72) 36 VPO en la Parcela R2 del Ámbito “Egazelai”, Eibar. Gipuzkoa” tramitado por Visesa.

SEGUNDO: El citado recurso fue remitido al poder adjudicador el mismo día 7 de octubre, recibándose en el registro del OARC / KEAO 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) los días 8 y 16 de octubre, respectivamente.





TERCERO: Trasladado el 13 de octubre el recurso a las empresas interesadas en el procedimiento de adjudicación impugnado, el 20 de octubre se han presentado alegaciones por la empresa SATIE ARQUITECTOS, S.L.P.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 30/2020, de 16 de octubre, el OARC / KEAO ha acordado suspender el procedimiento de adjudicación.

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 A. P. A., 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

Conforme al art. 44.2 b) de la LCSP son impugnables 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 de la LCSP.

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, VISESA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

En resumen, los argumentos del recurso son los que siguen:

- a) La recurrente, por ser la primera vez que concurre a un concurso promovido por Visesa y siguiendo una política comercial de la empresa, no contempló el cobro de conceptos tales como gastos generales y beneficio industrial y en la justificación de la baja manifestó que, de aplicarse dichos conceptos, su oferta hubiera estado dentro de la baja media, por lo que no resulta de recibo que Visesa en su informe alegue que “no se cuantifica el eventual ahorro”.
- b) La alegación de que la empresa puede obviar la necesidad de contar con un “manager BIM” no fue atendida por Visesa por no ser un ahorro sino un coste de un colaborador, sin embargo, este colaborador no está incluido en el equipo, por lo que su coste no se valora.
- c) El error padecido en la Memoria justificativa de la oferta consistente en expresar que el precio ofertado sin IVA era 145.926,00 €, cuando en realidad lo



era con IVA, no puede ser determinante para afirmar que “desvirtúa tanto la oferta presentada como el análisis y justificación de costes”, ya que nada se dijo en su momento por la Mesa de contratación y no es de recibo alegarlo al analizar las justificaciones de las bajas.

d) El alcance de la justificación de la oferta tachada de anomalía no ha de ser exhaustiva.

e) Finalmente, solicita que se anule la exclusión de su oferta, se ordene su admisión y la continuación del procedimiento en todos sus trámites hasta acordarse la adjudicación a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de SATIE

Satie, efectúa las siguientes alegaciones:

a) Entre otras, se aprecian las siguientes anomalías: (i) un 45 % del presupuesto se halla sin caracterizar en relación con los distintos tipos de costes, (ii) el importe que figura en la memoria justificativa como “Total Coste Previsto (en euros) (sin IVA)” es de 145.926,00 € que difiere de los 120.000,00 € ofertados en el Anexo V, (iii) no indica el convenio colectivo a aplicar a los colaboradores y ayudantes, (iv) el precio/hora facilitado para los colaboradores y ayudantes no alcanza el salario mínimo interprofesional del convenio de despachos y oficinas de Guipúzcoa, (v) el recurrente prevé una dedicación en obra de un total de 2.319 horas cuando de las bases de la licitación se desprende la necesidad de dedicar 1.752 h /año, que hace un total de 3.504 horas.

b) La diferencia de la oferta de la recurrente con la oferta económica inmediatamente superior es de 18.749 €, es decir, un 15 % inferior a ésta.



OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando, de forma resumida, que:

a) En lo que respecta a la consideración de coste 0 para los conceptos de gastos generales y beneficio industrial, la recurrente se remitió al cálculo realizado en el apartado 5 de la carátula del PCAP y cuantificado por Visesa en un 19 % y no aporta datos concretos referenciados a la oferta, no pudiéndose dar por justificado la mera aplicación de la proporcionalidad aritmética considerada en los pliegos.

b) La metodología BIM está incluida en la licitación como una sobreprestación y ha sido ofertada por todos los equipos, por lo que no supone una ventaja competitiva y el BIM manager ha sido incluido solamente por un equipo, el resto lo realiza con sus colaboradores.

c) No se exige del licitador un desglose pormenorizado de los costes, pero si una coherencia de los datos facilitados. Así, en lo referente al error en la memoria justificativa de la oferta económica se observa que, si como afirma la recurrente, hay que minorar el 21 % del IVA de la cifra facilitada, más del 50 % de las horas previstas para los colaboradores y ayudantes quedan por debajo del nivel retributivo aplicable conforme al convenio colectivo declarado de aplicación por la recurrente

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

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 baja

El requerimiento de justificación de la baja indica lo siguiente:

Por lo que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 149.4 de la Ley de Contratos del Sector Público y en la Carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, le solicitamos justifique **en el plazo de 5 días hábiles (antes de las 24:00 horas del miércoles 29 de julio)**, la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación.

Justificación aportada por XLARK

La aclaración presentada por el recurrente contiene los siguientes apartados, que resumen su contenido:

- 1) La consideración de que la presunción de oferta desproporcionada o temeraria se deriva de la aplicación de una regla contenida en el punto cuarto del apartado 17 de la Carátula, no se deriva de una consideración de las condiciones de ejecución del contrato, las condiciones generales favorables para su ejecución y las particulares de los autores de la propuesta.
- 2) La propuesta de la recurrente es la mejor valorada técnicamente.
- 3) Condiciones favorables para el ahorro:
 - La oferta no contempla la aplicación de gastos generales (GG) y beneficio industrial (BI). En el caso de haber aplicado a la oferta presentada (120.600,00 €) el 19 % de GG y BI la cantidad resultante (143.514,00€) se hallaría dentro de la baja media. Los gastos de GG y BI se hallan cubiertos por los contratos en vigor de este mismo año con otras entidades.
 - Se dispone de sistemas de calidad ISO 9001 e ISO 14006 Ecodiseño.
 - La experiencia que se aporte en relación con la metodología BIM repercute en una reducción de costos y debido a esta experiencia acreditada (se remiten imágenes de modelado de la propuesta) queda obviada la necesidad de un manager BIM, lo que repercute en un ahorro (se adjunta presupuesto de un proveedor de servicios BIM).
- 4) La oferta presentada se vería modificada teniendo que sumar dichas cantidades al total ofertado, por lo que a la oferta final le corresponde una baja del 25,30 %.
- 5) La documentación y datos aportados son de carácter confidencial.



Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de XLARK no se consideraron convincentes constan en dos informes: uno declarado como confidencial, que no se publicó debido a que XLARK manifestó en su escrito justificativo el carácter confidencial de la documentación y datos aportados, donde se exponen las razones de la no admisión de los argumentos aducidos, y otro declarado como público en el que se realiza un resumen de las conclusiones del primero de los informes, y sobre la base de estos informes la Mesa de contratación acordó excluir la oferta de la recurrente por los siguientes motivos:

- 1) La justificación presentada no elimina la evidencia de la baja temeraria ni la revierte, porque no aporta razones suficientes que justifiquen el ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, que puedan justificar esta oferta anormalmente baja y/o desproporcionada.
- 2) De la documentación presentada en el sobre nº3 (Anexo V y memoria económica justificativa) se deduce la incongruencia invalidante de la oferta (cláusula 23 del PCAP) puesto que en el Anexo V se indica que la oferta asciende a la cantidad de 120.600 euros + 25.326 euros en concepto de IVA, lo da un total de 145.926 euros IVA incluido. Y sin embargo en la memoria justificativa de la oferta económica, el desglose de la misma alcanza un importe total de 145.926 sin IVA (que no constituye un error tipográfico o aritmético por cuanto que se puede comprobar que la suma de los importes parciales alcanza la cifra total indicada de 145.926 euros sin IVA).

a) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

Sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones (ver, por todas, las Resoluciones 98/2020 y 108/2020 y las que en ella se citan) este Órgano ha manifestado:

- 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.

- 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).
- 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 los motivos del recurso

La exclusión se fundamenta en dos motivos: en lo que respecta al primero de ellos, que la justificación no elimina la evidencia de temeridad, la recurrente vuelve a reiterar los argumentos aportados en su momento en orden a verificar la oferta efectuada y, en lo que respecta al segundo, la incongruencia entre la memoria justificativa de la oferta económica y esta última, opone que es fácilmente salvable, ya que es evidente el error cometido de incorporar a todos los precios, tanto los unitarios como el total, el 21 % del IVA.

El grueso de la justificación de la baja efectuada consiste en el argumento de que, si se adicionase a la propuesta económica efectuada el 19 % de gastos generales y beneficio industrial más la cantidad correspondiente al asesoramiento de un BIM manager, la oferta presentada no se hallaría incurso en presunción de desproporcionalidad. Sin embargo, a juicio de este OARC / KEAO este argumento no explica la viabilidad de la oferta. En concreto, se basa en una hipótesis económicamente inadecuada (artículo 149.4 de la LCSP) ya que, en vez de explicar la composición de la oferta, la justificación realizada se centra en adicionar a la propuesta económica efectuada la valoración económica de diversos conceptos, que no forman parte de su oferta, con la única finalidad de alcanzar un montante económico superior al umbral a partir del cual opera la presunción de anormalidad. La explicación de la composición de la oferta resulta especialmente relevante cuando no contempla los gastos generales ya que éstos, aunque no son imputables directamente al contrato, inciden sobre él por ser necesarios para el funcionamiento de la empresa y ejercicio de la actividad a la que profesionalmente se dedica el licitador. En este sentido, la afirmación de la recurrente de que dichos costes se hallan absorbidos por “los contratos en vigor de este mismo año por otras entidades” resulta vaga, amplia, genérica y sin sustento en base fáctica alguna, como pudiera ser la relación de los contratos más significativos o los importes de ellos, que permitan al poder adjudicador apreciar que la licitadora goza de la solvencia técnica o económica y financiera suficiente para hacer frente a estos costes sin que peligre la viabilidad del contrato.



c) Conclusión

En conclusión, se debe entender que la justificación de la oferta económica presentada por XLARK se basa en una hipótesis económica inadecuada para apreciar la viabilidad de la misma y se trata de una justificación incompleta, razones que llevan a desestimar el recurso aunque se estimaran el resto de argumentos aducidos por la recurrente.

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 XLARK, ESTUDIO DE ARQUITECTURA Y URBANISMO ANTON PAGOLA Y ASOCIADOS, S.L.P. contra la exclusión de su oferta del “LOTE 1: (G-72) 36 VPO en la Parcela R2 del Ámbito “Egazelai”, Eibar. Gipuzkoa” tramitado por Visesa.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación en lo concerniente al Lote 1.



CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que informe a este Órgano de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: 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, 2020ko abenduaren 18

Vitoria-Gasteiz, 18 de diciembre de 2020