



EB 2016/037

Resolución 062/2016, de 10 de mayo de 2016, del 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 DEURBE SOCIEDAD DE GESTIÓN, S.L.P., frente al Acuerdo de la Mesa de contratación de exclusión de su oferta del Lote nº 1 y el Acuerdo del Director General de adjudicación del contrato de "Consultoría y asistencia para la redacción del proyecto y dirección e inspección de las obras de 32 VPO, anejos y urbanización vinculada en la parcela SZR-1 de la SUNC en Portugalete", tramitado por VISESA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 19 de marzo 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales/Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial interpuesto por DEURBE SOCIEDAD DE GESTIÓN, S.L.P. (en adelante, DEURBE), frente al Acuerdo de 2 de marzo de 2016 de la Mesa de contratación que excluye su oferta de la licitación del lote nº 1, y el Acuerdo de 8 de marzo de 2016 del Director General de VISESA de adjudicación del contrato de "Consultoría y asistencia para la redacción del proyecto y dirección e inspección de las obras de 32 VPO, anejos y urbanización vinculada en la parcela SZR-1 de la SUNC en Portugalete".

El 21 de marzo se trasladó el recurso a VISESA. El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada en el registro del OARC / KEAO el día 29 de marzo de 2016.



SEGUNDO: Trasladados los recursos a los interesados, no se ha recibido alegación alguna dentro del plazo otorgado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

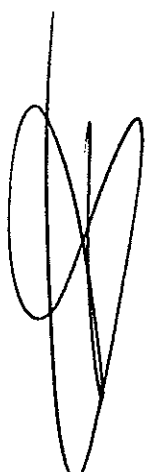
PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don J.M. G.A. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. En este caso, se trata de un contrato de la categoría 12 (Servicios de arquitectura, etc.) del Anexo II del TRLCSP, con un valor estimado superior a 209.000,00 €.

TERCERO: Las letras b) y c) del artículo 40.2 del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso:

«b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.»



El recurrente impugna el Acuerdo de 2 de marzo de 2016 de la Mesa de contratación que le excluye de la licitación del contrato y el Acuerdo de 8 de marzo de 2016 del órgano de contratación de adjudicación del contrato, que consideran la proposición económica del recurrente anormalmente baja o desproporcionada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado III.03 del Pliego de Condiciones Administrativas (en adelante, PCA).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, VISESA tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3.3 b) del TRLCSP, y el contrato de servicios cuya adjudicación se impugna se halla sujeto a regulación armonizada, por lo que le es de aplicación el contenido del artículo 190 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos de los recurrentes son, en esencia, los siguientes:

a) La resolución objeto de recurso vulnera el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) porque estima que el cálculo de la media para determinar si una oferta es anormal o desproporcionada se debe realizar mediante el "cálculo aritmético, una vez excluidas las ofertas fijadas, y no se valora otra metodología". Considera que el apartado III.03 del PCA no establece el método de cálculo, y la elección por la Mesa de contratación de un método sin soporte normativo que lo ampare es contrario a la interpretación restrictiva de las cláusulas que legitiman la exclusión. Si el PCA no determina el método de cálculo existen dos opciones: o el contenido del pliego es nulo, o habrá de acudirse analógicamente al método legalmente establecido. Con la primera de las opciones no puede acordarse la exclusión de una oferta por temeraria. En el segundo supuesto se impone la aplicación del artículo 85.3 del RGLCAP.

En aplicación de este artículo, a su parecer, una vez calculada la media de todas las ofertas (96.874,16 €), deben excluirse las que la superen en un 10% ($96.874,16 \text{ €} \times 110\% = 106.561,58 \text{ €}$); excluidas las que superan esta cifra, obtiene una nueva media de las ofertas restantes de 87.947,11 €; a la que aplica la reducción del 10% del artículo 85.3 del RGLCAP ($87.947,11 \text{ €} \times 90\%$) a fin de obtener un nuevo límite de temeridad que fija en 79.152,40 €, y observa que al ser su oferta de 82.267,62 € se encuentra dentro de los límites que impiden calificarla de temeraria, de modo que el acuerdo de la Mesa de contratación habría infringido el mencionado precepto, por lo que procede su anulación.



b) El considerando 2º del anexo detallado del Acuerdo de exclusión no tiene en cuenta la valoración de la experiencia porque es uno de los criterios incluidos en la solvencia, cuando es el propio PCA el que obliga a considerar la solvencia en el análisis de las ofertas temerarias. Aprecia que la facultad de la Mesa de contratación que “podrá considerar la relación entre la solvencia de la empresa y la oferta presentada” se convierte en obligatoria a menos que se justifique la imposibilidad o impertinencia de su estimación. No está en manos de la Mesa de contratación la valoración de este extremo cuando, como es el caso, no se motiva la impertinencia de su aplicación y la decisión se convierte en arbitraria.

c) El considerando 3º del anexo detallado del Acuerdo de exclusión sostiene que no se valora el ahorro en base al menor plazo y recursos para llevar a cabo el contrato porque se trata de un extremo puntuable. Señala DEURBE que lo que pretenden justificar es que la reducción del plazo permite un ahorro y que ello incide en la proporción entre las necesidades de su ejecución y la oferta presentada. Añade que el poder adjudicador no analiza ni justifica el efecto de la reducción del plazo, ni como incidiría en los costes y, en definitiva, en la proporcionalidad de la oferta. Insiste en que es la reducción de los plazos lo que demuestra que la oferta presentada obedece a un análisis y una adecuada planificación que permiten la ejecución del contrato conforme a la oferta presentada. La conclusión que se alcanza en la resolución impugnada se limita a asegurar lo contrario sin acreditarlo, vulnerando el artículo 152 del TRLCSP y el apartado III.03 del PCAP, pues si la reducción de los plazos es considerado un ahorro por la Ley y los pliegos, concluir lo contrario vulnera tal premisa. La reducción de los plazos demuestra que la oferta obedece a un análisis cabal y a una adecuada planificación de la ejecución del contrato.

d) El adjudicatario tiene su domicilio profesional en Navarra y cuando deba ejecutar la segunda fase del contrato (dirección facultativa y supervisión de la obra) sus profesionales deberán desplazarse desde Navarra a Portugalete, lo que provoca una diferencia competitiva con DEURBE, con domicilio en Bilbao, que incide en los costes y en ventaja respecto de este licitador.



e) Todos los licitadores incurso en sospecha de temeridad han sido excluidos, circunstancia que es suficientemente reveladora de que el trámite del artículo 152 del TRLCSP se ha convertido en algo hueco y vacío de contenido, al ser notorio que la voluntad de excluirlos se había adoptado con anterioridad en la práctica. Vuelve a recalcar que han justificado los tiempos, los costes y la corrección de su oferta con un detalle que no puede suscitar dudas, pero que no han sido objeto de un análisis que determine su falsedad, lo que supone la vulneración de su derecho de defensa al convertir el trámite de audiencia en un mero artificio vacío de contenido.

f) Solicita la declaración de nulidad del Acuerdo de la Mesa de contratación de 2 de octubre de 2016 y el Acuerdo del Director General de VISESA del día 8 del propio mes.

SÉPTIMO: El poder adjudicador rebate al recurrente argumentando que:

a) El recurrente alega que el apartado III.03 del PCA no establece el método de cálculo para apreciar cuándo las ofertas están incursas en temeridad, y argumenta que ante la falta de previsión es de aplicación el artículo 85 del RLCAP. VISESA rebate esta afirmación diciendo que el PCA define perfectamente el cálculo de las bajas temerarias y que no es de aplicación el mencionado artículo.

Conforme al artículo 3 del TRLCSP, VISESA es un poder adjudicador que no es administración pública y que según el artículo 190 de la propia norma para la adjudicación de contratos armonizados debe atenderse, con ciertas adaptaciones, a lo dispuesto en los artículos 138 a 188 del TRLCSP. El artículo del 152.2 del TRLCSP expresamente señala que son los pliegos los que fijan el parámetro objetivo conforme al cual una oferta debe entenderse desproporcionada, no siendo de aplicación el RLCAP porque no hay una remisión expresa a su aplicabilidad, como sí lo hace en su apartado primero cuando el único criterio valorable para la adjudicación del contrato es el del precio. En el supuesto examinado, haciendo uso de la posibilidad contemplada en el artículo 152.2 del TRLCSP, el PCA en su apartado III.03 fija



el umbral de anormalidad en las ofertas que sean inferiores "a la oferta media menos 10 unidades porcentuales", por lo que no se entiende la alegación del recurrente acerca de que no se establece el método de cálculo.

Añade que la media aritmética de las ofertas presentadas era de 96.979,43 y que el límite de temeridad es de 87.281,48 (media-10%); y que para el cálculo de dicha media no se han tenido en cuenta la ofertas que no han sido admitidas. Recuerda que una cláusula similar fue analizada por este OARC / KEAO en su Resolución 095/2015, sin que suscitara dudas sobre su aplicabilidad y su pleno ajuste a derecho.

b) El informe de 12 de febrero de 2016 que analiza la justificación de la baja, excluye la valoración de la solvencia y experiencia previa en vivienda y el trabajo con VISESA, lo que no significa que no se hayan considerado siquiera sino que no han resultado relevantes para enervar la presunción de temeridad. La referencia genérica a la experiencia de la licitadora, que obra en su justificación, no concreta de ningún modo cómo su solvencia justifica la cantidad económica ofertada ni realiza ningún análisis concreto que interrelacione la experiencia de la empresa con el ahorro que le permite en la ejecución del contrato. El informe de análisis de justificación de la baja analiza todos los aspectos aportados por el licitador y motiva adecuadamente la no aceptación de la justificación, no pudiendo ser considerado dicho informe en modo alguno arbitrario y carente de motivación.

c) El recurrente alega que no se valora el ahorro en base el menor plazo y recursos para llevar a cabo el contrato. El informe sobre la justificación de la baja analiza el ahorro de plazos conjuntamente con otra serie de factores como la escasa dedicación horaria prevista en dicha justificación, de forma que el ahorro del licitador se va a trasladar en una menor dedicación en horas al proyecto, ya que ante un ahorro en plazo se entiende que ha de haber mayor dedicación horaria por parte de los perfiles adscritos para el cumplimiento del contrato. El ahorro en el plazo no enerva la presunción de temeridad, más bien al contrario hace temer sobre la correcta ejecución del contrato.



d) El recurrente alude a la situación del mercado actual y su impacto en los precios ofertados, así como de que tiene una ventaja competitiva respecto del adjudicatario por la proximidad de su estudio a la ubicación de la promoción. El informe al recurso del poder adjudicador rebate diciendo que los ajustes desproporcionados de las ofertas se realizan con el único objeto de sobrevivir en el mercado de la crisis inmobiliaria y no cuantifican adecuadamente el nivel de exigencia establecido en el pliego de bases técnicas en cuanto a dedicación y costes asociados al contrato. No se valora la viabilidad de la oferta del adjudicatario derivada de su ubicación en Navarra por cuanto no está incurso en temeridad. Añade que la proximidad de la obra no puede entenderse como un factor que provoque diferencia competitiva ya que no se ve su extrapolación en las ofertas del resto de licitadores situados en la zona.

e) Sobre el reproche de indefensión en el trámite de justificación de la baja, el informe al recurso del poder adjudicador defiende que tanto los técnicos informantes como la Mesa de contratación analizan exhaustivamente las justificaciones aportadas por los licitadores. Dada la importancia que tiene el trámite, lo que VISESA exige respecto de la justificación es un análisis de costes y dedicaciones que enerven la presunción de temeridad.

f) Solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: DEURBE reprocha que el apartado III.03 del PCA no establece el método de cálculo para apreciar cuándo las ofertas son anormales o desproporcionadas y que la elección por la Mesa de contratación de un método sin soporte normativo que lo ampare es contrario a la interpretación restrictiva de las cláusulas que legitiman la exclusión, lo que lleva a la aplicación del artículo 85.3 del RGLCAP.

Se debe señalar en primer lugar que VISESA es un poder adjudicador que según el artículo 3.3 b) del TRLCSP no es administración pública, y que siendo el contrato sujeto a regulación armonizada (categoría 12 del Anexo II del TRLCSP) su adjudicación se regula por lo dispuesto en el artículo 190 del TRLCSP que en su apartado 1 se remite, a su vez, a los artículos 138 a 188 del



propio texto refundido; sin embargo, la letra a) el artículo 190.1 del TRLCSP excepciona la aplicación, entre otras, de las normas establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 152 del TRLCSP sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas. Esta excepción impide invocar la aplicación del artículo 85.3 del RGLCAP que, dicho sea de paso, solo es de aplicación en los contratos de las administraciones públicas cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el del precio (artículo 152.1 del TRLCSP).

Sin embargo, la excepción indicada del artículo 190.1 del TRLCSP no impide que un poder adjudicador que no es una administración pública opte por fijar en los pliegos un parámetro objetivo en función del cuál apreciará si las proposiciones pueden o no ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados; y en el caso de que se aprecie que una proposición puede no ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anómalos dará lugar inevitablemente al inicio del procedimiento del artículo 150.3 del TRLCSP.

En el contrato que se analiza, el apartado III.03 del PCA, en la parte referida a la oferta económica, de forma expresa indica que «se considerarán, desproporcionadas o temerarias las ofertas cuya baja respecto a la media de todas las ofertas sea superior al 10%».

La siguiente cuestión que debe dilucidarse es si efectivamente el texto reproducido contiene o no un método de cálculo para apreciar si hay ofertas que incluyen valores que pueden ser declarados anormales o desproporcionados. A juicio de este OARC / KEAO, la voluntad del poder adjudicador es clara: para obtener el parámetro de temeridad se debe hallar la baja media de todas las ofertas, sin excepción alguna, y a la cifra obtenida restarle su 10 por ciento. Como señala el poder adjudicador en su informe, no entrarán en este cálculo las ofertas que previamente han sido rechazadas por superar el tipo de licitación o por otras razones.

Por tanto, no puede acogerse la primera alegación del recurrente.



NOVENO: El recurrente impugna el Acuerdo de la Mesa de contratación que excluye su oferta de la licitación al considerar habiendo sido identificada como desproporcionada, en el trámite de audiencia otorgado no se justifica que pueda ser cumplida.

Este OARC / KEAO en sus Resoluciones 71/2014 y 95/2015 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza y función de la identificación de ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas, señalando que «Como es bien sabido, un principio fundamental de la contratación pública es que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa. Como excepción a este principio, el TRLCSP permite excluir las ofertas excepcionalmente ventajosas en razón de las condiciones ofertadas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser cumplido si se perfecciona en esos términos. La apreciación de la anomalía o desproporción de una proposición requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida y se solicite el informe del servicio técnico correspondiente.» En este sentido, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99, ECLI:EU:C:2001:640), en su considerando 5, viene a señalar 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 en su considerando 53 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 periclitado anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora.»

En relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante,



TACRC) en su Resolución 683/2014 ha manifestado que «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.»

En cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en 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.» Y en la Resolución 42/2015 que «El art. 152.4 TRLCSP 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 pero, en caso de conformidad, no se requiere que se expliquen de manera exhaustiva los motivos de aceptación (Resolución TACRC nº 60/2015, nº 517/2014 y nº 826/2014).»

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).»

Sentadas las bases para la apreciación de ofertas con valores desproporcionados, y delimitados los aspectos de la decisión del poder adjudicador a los que debe ceñirse el control ejercido por este OARC / KEAO, debe analizarse ahora el caso concreto que nos ocupa.

Mediante escrito de 29 de enero de 2016, la secretaria de la Mesa de contratación comunicó al recurrente que su oferta había sido considerada desproporcionada, por lo que se le otorgaba un plazo de 5 días hábiles para que justificara «(...) 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 excepcionales favorables de que disponga para ejecutar la prestación.». La comunicación de la Mesa de contratación recoge parcialmente lo señalado por el artículo 152.3 del TRLSP como forma de justificar la valoración de su oferta, pero no refiere qué aspectos concretos de la misma motivan su sospecha de que no puede ser cumplida.

Como se ha hecho en otras ocasiones por este Órgano Resolutorio, para dilucidar la cuestión debatida, es ineludible examinar el contenido de las justificaciones aportada por DEURBE el 4 de febrero de 2016 y el contenido del informe de 12 de febrero de 2016 del servicio técnico de VISESA, que analiza las consideraciones generales relativas a las justificaciones aportadas y las consideraciones particulares sobre las justificaciones de cada oferta:



a) Justificaciones de DEURBE:

- Efectúa una estimación económica de los costes de (i) elaboración del proyecto, con identificación de las principales partes que lo componen, expresándolo en función de las horas de dedicación de cada grupo de técnicos y su importe; (ii) costes de colaboradores externos; (iii) impresión de copias y documentos; (iv) dirección de obra; (v) seguros y visados profesionales; (vi) imprevistos y (vii) gastos generales y beneficio industrial, lo que arroja un importe total de 82.267,62 €; de esta cuantía el 76,29% (82.267,62 € -- 7.500,00 € -- 12.000,00 € = 62.767,62) corresponden a trabajos propios de su estudio, cantidad que considera adecuada y suficiente especialmente en el momento actual de escasas expectativas de trabajo.
- Composición del estudio de arquitectura, con colaboradores continuos desde hace 20 años, medios materiales que han sido debidamente justificados en la oferta y más de 25 años de existencia como empresa mercantil.
- Dilatada experiencia en la redacción de una importante cantidad de proyectos de edificación de viviendas libres y protegidas, que les permiten un conocimiento exhaustivo y actual de toda la normativa de aplicación, tanto la propia de las VPO como las municipales, autonómicas, estatales sectoriales, etc.
- El arquitecto director del estudio fue Director del Departamento de Arquitectura y Urbanismo de Ayuntamiento de Portugalete, arquitecto municipal y arquitecto colaborador, en su día, en la redacción del vigente PGOU de Portugalete, donde ha construido más de mil viviendas, de las cuales 237 VPO han sido recientemente finalizadas, lo que le concede un especial conocimiento del lugar, del municipio, de su planteamiento urbanístico y de la normativa de aplicación general.

b) Argumentación de VISESA:



- Consideraciones generales relativas a las justificaciones aportadas por los licitadores con ofertas anómalas:

(i) en varios casos el licitador presenta su proposición ajustada a una baja concreta respecto del precio de licitación al margen de lo que puede ser la realidad de los trabajos, de forma que la justificación que aporta el licitador solo pretende apuntalar una decisión previamente adoptada, sin mayores visos de certeza y seguridad para la ejecución del contrato; (ii) en otros casos se enumeran ahorros por justificaciones de tipo general como son la experiencia, la solvencia, la eficiencia, la proximidad y otros diversos. La experiencia en la promoción de vivienda ha sido condición de solvencia y la experiencia con VISESA no es relevante porque los trabajos objeto de esta licitación tienen distinto objeto de lo que se ha contratado en ocasiones anteriores; (iii) las colaboraciones más ventajosas que esgrimen los licitadores no justifican las posibles reducciones de precio entre un licitador y el resto, toda vez que los colaboradores de unas empresas y otras son en gran medida los mismos, y los que difieren no justifican las posibles reducciones de precio entre un licitador y el resto; (iv) algunos licitadores aportan presupuestos de distintos colaboradores externos (geotécnica, topografía, laboratorios, etc.) que son susceptibles de estar afectados por los mismos supuestos que tratan de justificar trasladando la posible condición anómala a la siguiente empresa en su propia cadena de contratación; (v) las justificaciones en función de una mejor organización del trabajo no se entienden relevantes, puesto que los trabajos a contratar tienen un objeto muy acotado y se desarrollan a partir de un proyecto básico elaborado e impuesto por VISESA, sin que quepa entender como significativas las posibles diferencias entre un licitador y otro; (vi) en cuanto a la justificación de la obtención de beneficios a pesar de que la oferta es baja, las justificaciones realizadas evidencian un ajuste en cuanto a dedicación en tiempo a los trabajos a realizar, que conlleva el riesgo de la adecuada prestación profesional y de la correcta supervisión y control de los mismos.

- Consideraciones particulares sobre la justificación de DEURBE:



(i) justifica que la totalidad del trabajo se hace con el equipo propio y que los trabajos a contratar ascienden únicamente a 7.500 €; (ii) y realiza el siguiente desglose de horas: Redacción de proyecto de ejecución_297 horas, dirección de obra arquitecto superior_450 horas, dirección de obra arquitecto técnico_225 horas, coordinación de seguridad y salud_200 horas: en total_1.172 horas; (iii) no se consideran relevantes sus explicaciones en relación al ahorro la experiencia, ya que es condición previa de solvencia para todos los licitadores; (iv) el ahorro en base al menor plazo y recursos para llevarlo a cabo tampoco se considera relevante, por haber sido el plazo puntuable en otro apartado; por otro lado, realizar un trabajo en menor tiempo con más recursos no se entiende como un ahorro económico para el licitador, sino más bien una desventaja al tener que contar con más recursos humanos para elaborarlo en un menor tiempo posible y la valoración de horas realizada se considera una hipótesis muy baja de implicación horaria en la prestación a licitar; (v) la implantación de un sistema de calidad en el trabajo es similar al de otros licitadores y no justifica la proposición económica anormalmente baja, por lo que no se entiende relevante (vi) el licitador en ningún momento expone o justifica las razones que le diferencian de otros licitadores y que le permitan presentar una proposición económica tan anormalmente baja.

c) Apreciación del OARC / KEAO

Como ya se ha expresado, el amplio margen de discrecionalidad técnica del que disfruta el poder adjudicador está limitado por determinados aspectos que constituyen el núcleo del contenido del control que ejerce el OARC / KEAO, como son la existencia de los hechos que justifican 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. Desde este punto de vista, se observan las siguientes infracciones, que determinan la insuficiencia de la justificación de la exclusión del recurrente:

- VISESA constata que la valoración de las horas realizada por DEURBE se considera una hipótesis muy baja de implicación horaria en la prestación a



licitar, pero la valoración del informe técnico es totalmente genérica y carente de motivación, no señala dónde y en qué partes advierte esa falta de implicación, ni dice cuál se considera aceptable; ello supone que el ejercicio de la discrecionalidad adolece de falta de motivación, pues no se expresa el proceso lógico que ha llevado a la adopción de esa opinión.

- La consideración de que la experiencia de DEURBE no es relevante porque ya se ha valorado como requisito de solvencia para todos los licitadores, de modo que se descarta como justificación sin entrar a analizar la validez del argumento, no es aceptable. Por un lado, no hay un listado cerrado de las razones que puede aportar el licitador para justificar la pertinencia de su oferta, de forma que cualquiera que se presente debe ser analizada y, en su caso, rebatida; además, el fondo parcialmente reglado constituido por el artículo 85.6 RGLCAP permite expresamente que se considere la relación entre la solvencia presentada y la oferta de la empresa, precepto que, además, reproduce el apartado III.03 del PCA. En el caso concreto, la solvencia del lote 1 se ceñía a haber proyectado y/o dirigido en obra un mínimo total de 30 viviendas y haber proyectado y/o dirigido en obra una promoción mayor de 15 viviendas, en cualquier municipio; por el contrario, DEURBE está invocando una solvencia particular referida a su conocimiento del urbanismo del municipio de Portugalete y al hecho de que ha construido en el mismo más de 1.000 viviendas que el poder adjudicador ni siquiera ha tomado en consideración.

- La escasez de las expectativas de trabajo, reconocida mayoritariamente por el sector, conlleva la búsqueda de una mayor eficiencia a través de un mejor aprovechamiento de la capacidad productiva de la empresa; a este respecto la dedicación de un mayor número de recursos a la ejecución del contrato sí puede ser un factor a tener en cuenta, y si el incremento de recursos puede suponer un incremento de gastos, éstos se compensan con la reducción de los plazos de ejecución. El hecho de que la reducción del plazo haya sido valorada como criterio de adjudicación, no impide que se tome en cuenta como justificación del precio.



- El poder adjudicador afirma que algunos licitadores con su justificación únicamente pretenden apuntalar una decisión previamente adoptada, con lo que se viene a señalar que en estos casos la oferta no tiene visos de certeza y seguridad para la ejecución del contrato. No obstante, tal afirmación, que se basa en la sospecha de que hay licitadores que ofertan un precio con la intención de acercarse al porcentaje que delimita el umbral de desproporcionalidad pero sin superarlo y que en tales condiciones sus ofertas carecen de consistencia, no tiene el sustento probatorio que requiere una decisión de la gravedad de la impugnada.

- La afirmación de que los precios de los colaboradores y subcontratistas están afectados por los mismos supuestos que tratan de justificar, de modo que se traslada la condición de desproporcionalidad a toda la cadena de contratación, está afectado por la misma falta de motivación y base probatoria que la de inconsistencia del desglose de la oferta del licitador. Asimismo, obliga a la empresa incurso en sospecha de temeridad a una imposible prueba diabólica, pues la afirmación del órgano de contratación nunca puede ser destruida, ya que la presunción de inconsistencia de los precios puede desplazarse no solo a los proveedores y subcontratistas de la empresa, sino también a los sucesivos niveles de proveedores y subcontratistas de éstos.

- Finalmente, del contenido del expediente se verifica que el valor promedio de las ofertas presentadas y admitidas es de 96.979,43 €, esto es: un 33,12% inferior al presupuesto de licitación (145.000,00 €) del lote 1, y que el umbral de anomalía quedó fijado en 87.281,48 €, cifra inferior en un 10% al valor promedio de las ofertas admitidas, que representa el 60,19% del presupuesto de licitación. De las 42 propuestas recibidas 11 fueron identificadas como desproporcionadas, lo que equivale a un 26% de los licitadores. Una anomalía en un número tan elevado de licitadores lleva a cuestionar si el presupuesto de licitación estuvo bien confeccionado o si el método de cálculo para la determinación del umbral de anomalía era o no el correcto. Tal y como ha quedado expuesto, corresponde al poder adjudicador la identificación de las ofertas desproporcionadas, dar a las empresas la oportunidad de demostrar la seriedad de sus propuestas, el examen de las justificaciones aportadas en un



debate contradictorio efectivo cuyo objetivo es evitar la arbitrariedad, y expresar su convicción de las ofertas pueden ser o no cumplidas. No obstante, nada impedía en este proceso que, vistas las circunstancias, el poder adjudicador se hubiera cuestionado si el umbral que marca la desproporción era o no el adecuado, sobre todo a la vista de que es conocido y compartido que la situación del sector profesional al que se dirige el contrato pasa por una situación en la que son habituales las fuertes bajas de licitación. Por otra parte, llama también la atención que de las justificaciones realizadas por las 11 empresas ninguna haya sido lo suficientemente sólida como para que VISESA hubiera considerado aceptables las explicaciones aportadas, más si se tiene en cuenta que varias de ellas rozan el umbral de normalidad fijado en el PCA.

- Es de destacar, también, que el apartado 02.II del PCA se refiere únicamente a las condiciones de "Solvencia técnica y profesional", sin que haya ninguna referencia a la solvencia económica. No se comprende un celo tan riguroso en la valoración de la justificación de las ofertas cuando VISESA no ha solicitado garantía alguna sobre la situación económica de los licitadores a los que va dirigido el contrato, y el presupuesto del contrato (145.000,00 €) invita a pensar que es difícil que un licitador con la experiencia y los medios del recurrente puedan poner en peligro la ejecución del contrato.

- Por otra parte, la 1ª fase del contrato consiste en una prestación de tipo intelectual con el objetivo de un resultado como es la redacción del proyecto, donde es difícil valorar el esfuerzo y la dedicación; frente a la realización de la 2ª fase de dirección de obra que es una actividad que persigue la correcta ejecución del proyecto previamente redactado. En el caso de DEURBE el importe de ambas fases (40.000,00 € y 42.267,62 €) son equiparables.

- Finalmente, el poder adjudicador equipara la onerosidad del contrato con la obtención de un beneficio, cuando se trata de dos cuestiones distintas. A tenor del considerando 77 de la STJUE de 12 de julio de 2001, Asunto C-399/98 (ECLI:EU:C:2001:401), el carácter oneroso del contrato se refiere a la contraprestación que corresponde al poder adjudicador; mientras que la obtención de un beneficio puede ser entendida de distintas maneras; así, del



mismo modo que el concepto de "poder económico" de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que permite participar en un contrato público de servicios a entidades cuya finalidad prioritaria no es la obtención de un lucro (considerando 45 de la STJUE de 23 de diciembre de 2009, Asunto C-305/08, ECLI:EU:C:2009:807), nada impide, como dice Abogado General en las conclusiones (ECLI:EU:C:2006:410) de la STJUE de 18 de enero de 2007, Asunto C-220/05 (ECLI:EU:C:2007:31), que «en tiempos de escasez de encargos, incluso empresas privadas pueden estar interesadas en aceptar encargos de los que no esperan obtener ningún beneficio, o, en su caso, sólo un beneficio muy pequeño, para poder al menos así cubrir mejor los costes fijos.»

Expuesto todo lo anterior, examinadas las justificaciones de DEURBE sobre su proposición económica y los argumentos del informe técnico, que son asumidos en el Acuerdo de exclusión impugnado, este OARC / KEAO considera que en dicho informe no se justifica de manera suficiente la convicción de VISESA de que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por DEURBE SOCIEDAD DE GESTIÓN, S.L.P., frente a su exclusión del lote nº 1 del contrato de "Consultoría y asistencia para la redacción del proyecto y dirección e inspección de las obras de 32 VPO, anejos y urbanización vinculada en la parcela SZR-1 de la SUNC en Portugalete", tramitado por VISESA, anulando el Acuerdo de 2 de marzo 2016 de exclusión y el Acuerdo de 8 de marzo de 2016 de adjudicación, ordenando la retroacción



de las actuaciones hasta el momento de valoración de las ofertas económicas que debe incluir también la de la recurrente.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko maiatzaren 10a

Vitoria-Gasteiz, 10 de mayo de 2016

José Antonio Ausín Unzurrunzaga

Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra

Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales