



EB 2019/032

Resolución 069/2019, de 9 de abril, 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 3000-54 Arquitectos SLP contra la adjudicación del contrato “Contratación de la redacción del proyecto básico de la promoción B-115 de 117 viviendas de protección tasadas, anejos y urbanización en la parcela RD-3 de Zorrozaurre en Bilbao”, tramitado por VISESA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de febrero de 2019, la empresa 3000-54 Arquitectos SLP (en adelante, A54) interpuso, en el registro del poder adjudicador, un recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Contratación de la redacción del proyecto básico de la promoción B-115 de 117 viviendas de protección tasadas, anejos y urbanización en la parcela RD-3 de Zorrozaurre en Bilbao”, tramitado por VISESA.

SEGUNDO: Los días 8, 13 y 25 de febrero se recibieron en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 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).





TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 20 de febrero, se han recibido las alegaciones de JAAM Sociedad de Arquitectura, S.L.P. (en adelante, JAAM).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la representación de D.F.O.P., que actúa en nombre de la recurrente. El poder adjudicador alega que la impugnación no puede admitirse a trámite por falta de legitimación; en concreto, considera que A54 fue excluida por la Mesa de Contratación por estimar anormalmente baja su proposición después del correspondiente procedimiento, exclusión que le fue notificada autónomamente respecto a la adjudicación, y que por ello el licitador excluido carece de legitimación para recurrir la adjudicación porque ya no puede obtener el contrato y, por lo tanto, no tiene el interés tangible que caracteriza dicha legitimación. Esta alegación no puede aceptarse. En primer lugar, aunque el recurso identifica como acto impugnado la adjudicación del contrato, su argumentación y la propia pretensión se dirigen a anular la exclusión. Por otro lado, si bien dicha exclusión fue notificada autónomamente con los requisitos legales, incluyendo el ofrecimiento del recurso especial, debe tenerse en cuenta que se notificó el 16 de enero y que el recurso se interpuso el 5 de febrero, dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP para impugnarla. Teniendo en cuenta además que la doctrina de este Órgano (ver, por todas, su Resolución 40/2019) reconoce la legitimación para impugnar la adjudicación al licitador excluido mientras la exclusión no sea firme y del éxito de su pretensión se derive un beneficio efectivo (como es, en este caso, una retroacción de actuaciones que podría finalizar con la consecución del contrato), debe concluirse en que A54 está legitimado para la interposición del recurso.



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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

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

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

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



- a) El informe técnico que sustenta la exclusión está insuficientemente motivado, mientras que el recurrente ha aportado una completa justificación de los costes de su oferta.

- b) La única comparación razonable y válida para establecer la oferta es con la experiencia de trabajo de A54 con VISESA, no con otras licitaciones a las que no se ha concurrido o de las que no se ha sido adjudicatario.

- c) Finalmente, solicita que se dicte Resolución rechazando la decisión de la Mesa de Contratación de excluir a la recurrente, incorporándola al procedimiento y valorándola de acuerdo con los pliegos, lo que conllevará la adjudicación a A54 por haber presentado la mejor oferta; igualmente solicita una prueba pericial sobre el objeto del recurso.

SÉPTIMO: Alegaciones de JAAM

Por su parte, JAAM alega lo siguiente:

- a) La baja de licitación ofertada por A54 es de un 59,87%, muy importante y alejada de la media de bajas de todos los licitadores, lo que exige una argumentación exhaustiva para justificarla.

- b) No es aceptable una justificación de la oferta económica que no contempla la integridad de los trabajos objeto del contrato tal y como estos se describen en las prescripciones técnicas; concretamente, no incluye aspectos como la subsanación de documentos tras revisión e informes, la elaboración de fichas individualizadas de cada vivienda, la memoria de calidades, reuniones con las Administraciones interesadas, etc.; se alega que solo se recoge en la justificación la redacción del Estudio de Detalle y el Proyecto Básico, y no el resto de los trabajos.



- c) No se considera completo ni suficientemente justificado (extracto bancario) el importe de los gastos fijos.
- d) No se consideran comparables con el contrato debatido los proyectos que el recurrente menciona en su recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El reproche de que falta en el acto impugnado una motivación rigurosa no cabe después de que la LCSP exige en su artículo 149.6 que en ningún caso se acordará la aceptación de una oferta inicialmente sospechosa de temeridad sin que la propuesta de la Mesa de Contratación en este sentido está debidamente motivada; es decir, es la aceptación de la baja anormal lo que está sujeto a una debida motivación y no al revés, al contrario de lo que sucedía bajo la vigencia del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

a) VISESA atribuye las bajas en el procedimiento de adjudicación a la crisis del sector, que lleva a los profesionales de la arquitectura a realizar ofertas desesperadas y sin proporción con el trabajo a realizar para obtener carga de trabajo; ello ha venido suponiendo, desde 2010, un cumplimiento sino defectuoso sí límite de los trabajos a realizar en lo que se refiere a la calidad técnica y el respeto de las condiciones laborales del personal y de los derechos de proveedores y subcontratistas.

a) El precio de licitación del contrato se corresponde con los valores reales de la prestación; VISESA busca retribuir adecuadamente a los profesionales y que estos respondan con dedicación y esfuerzo equivalente, sin embargo, la



situación del mercado lleva a bajas de licitación fuera de toda sana competencia.

b) La Mesa de Contratación no entiende enervada la presunción de temeridad si el licitador no justifica el ahorro en los términos exigidos por el artículo 149 LCSP.

c) La explicación económica desglosada se realiza sobre supuestos comunes a los distintos licitadores, evidenciando sobre todo un ajuste en tiempo de los trabajos a realizar, con los riesgos que eso supone para la adecuada ejecución del contrato.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El núcleo del contenido del recurso es la alegación de que no se ha justificado suficientemente la exclusión de la baja por anormalidad. El análisis de la viabilidad de la impugnación debe partir del contenido de los actos fundamentales del procedimiento de verificación de la anormalidad de la oferta previsto en el artículo 149 de la LCSP:

Requerimiento de justificación de la viabilidad de la oferta

El escrito de 22 de noviembre, suscrito por el secretario de la Mesa de Contratación, establece, literalmente, lo siguiente:

En relación con la licitación de referencia, les comunicamos que, una vez examinada su oferta económica, en virtud de lo especificado en la Carátula del Pliego de Condiciones Administrativas en el apartado 17, su oferta ha sido considerada desproporcionada o temeraria. 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 13:00 horas del viernes 30 de noviembre)**, 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 A54

La aclaración presentada por el recurrente contiene, en síntesis, los siguientes argumentos:

- 1) Se aporta la composición del equipo técnico, se detalla el cuadro de costes y el beneficio neto; se adjuntan nóminas del personal (acordes al convenio colectivo aplicable) y facturas de subcontratistas y se justifica el precio / hora de los arquitectos socios de la empresa.
- 2) Se aporta una justificación comparativa de la oferta con otra experiencia similar para el mismo poder adjudicador.
- 3) El presupuesto de licitación en este caso es alto, lo que admite una baja porcentualmente más alta de lo habitual, especialmente teniendo en cuenta que una parte del trabajo a realizar ya se ha avanzado en la fase de concurso.
- 4) Se alegan condiciones excepcionalmente favorables para la prestación del servicio (experiencia con VISESA, cercanía del despacho al lugar de ejecución del contrato, conocimiento profundo del planeamiento urbanístico aplicable, experiencia del equipo...).
- 5) Finalmente, se alega el interés comercial del simple hecho de poder trabajar en Zorrozaurre y presentar el trabajo de la empresa en Bilbao.

Motivación de la exclusión

Las razones por las que las justificaciones de A54 no se consideraron convincentes, lo que supuso la exclusión de su oferta son, resumidamente, las que se expresan a continuación:



- 1) Por lo que se refiere a la comparación de la licitación debatida con otra en concreto, no puede tomarse como valor general, ya que la comparación rigurosa debiera realizarse con decenas de licitaciones de proyectos que VISESA ha tramitado en los últimos años, y no con una solo en el que la comparación beneficia al licitador; los demás licitadores también han ejecutado trabajos similares al debatido (era necesario para acreditar la solvencia) y sus bajas son significativamente homogéneas, únicamente la de la oferta del recurrente se dispersa de la media significativamente.
- 2) Dada la magnitud de la baja, no se consideran suficientes los argumentos aportados en la justificación, ya que parte de las condiciones que se alegan no son excepcionalmente ventajosas del recurrente (trabajos similares para VISESA, situación geográfica...).
- 3) En cuanto a la descomposición de los gastos de la oferta, el informe de necesidad que consta en el expediente justificaba el presupuesto inicial base con baremos destinados a calcular un coste real, máxime cuando en esta fase del trabajo (proyecto básico) se valora un trabajo intelectual especialmente cualificado, en el que el precio debe aportar un valor añadido al propio de las horas de dedicación de los técnicos intervinientes.

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

a) Doctrina general sobre las ofertas anormalmente bajas

A propósito del artículo 152 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), y más recientemente, en relación con el artículo 149 de la LCSP, este Órgano ha formado su doctrina sobre la verificación de la anormalidad de las proposiciones (ver, por todas, la



Resolución 63/2019 y las que en ella se citan); por su relevancia para el caso, deben señalarse los siguientes aspectos de la misma:

- por lo que se refiere a la naturaleza y función de la institución, se trata de una excepción al principio que establece que el contrato debe adjudicarse a la oferta económicamente más ventajosa, la cual permite excluir las ofertas especialmente ventajosas cuando quepa pensar razonablemente que el contrato no puede ser normalmente cumplido si se perfecciona en los términos propuestos.
- la apreciación de la anormalidad de una oferta requiere la previa tramitación de un procedimiento en el que se solicite el informe del servicio técnico correspondiente y se dé oportunidad al licitador identificado para que demuestre que su proposición puede ser cumplida; así, la STJUE de 27 de noviembre de 2001 (asuntos acumulados C-285/99 y C-286/99. ECLI:EU:C:2001:640) señala que la identificación de una oferta desproporcionada exige al poder adjudicador que solicite por escrito las (...) precisiones sobre los concretos elementos de la oferta sospechosa de anomalía que le hayan hecho albergar dudas y valore después dicha oferta a la luz de las justificaciones facilitadas por el licitador afectado en respuesta a la referida petición, **y que es necesario que (...) cada licitador sospechoso de haber presentado una oferta anormalmente baja disponga de la facultad de aportar todo tipo de justificaciones sobre los diferentes componentes de su oferta en un momento –que necesariamente ha de ser posterior a la apertura de todas las plicas– en el que tenga conocimiento no sólo del umbral de anomalía aplicable a la correspondiente licitación y del hecho de que su oferta haya perecido anormalmente baja, sino también de los puntos precisos que hayan suscitado las dudas de la entidad adjudicadora (ver también la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en adelante, TACRC).**
- en relación a la justificación de su oferta por el licitador incurso en temeridad, la finalidad de la Legislación de Contratos es que se siga un procedimiento contradictorio, para evitar rechazar las ofertas con valores



anormales o desproporcionados, sin comprobar, antes, su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan, al órgano de contratación, llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo; ver, por ejemplo, la Resolución 682/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) y ahora, el artículo 149.4 de la LCSP.

- en cuanto al informe del servicio técnico que analiza la justificación de las ofertas incursas en sospecha de temeridad, en la Resolución 97/2015 este Órgano Resolutorio ha sostenido que (...) hay que recordar que la finalidad última del procedimiento de apreciación de anormalidad o desproporción de una oferta es verificar si una oferta cuyo contenido es excepcionalmente ventajoso debe ser excluida por considerarse de imposible ejecución –el artículo 152.4 TRLCSP dice que la oferta no puede ser cumplida–. Esta imposibilidad de la ejecución no puede deducirse, sin más análisis, del desglose de los costes de la proposición o del valor del margen de beneficio; en la Resolución 42/2015 se afirma que se (...) exige del órgano de contratación un juicio de viabilidad si estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, lo cual significa que la exigencia de motivación ha de ser rigurosa para el caso de que se rechace la oferta, pues supone una excepción al principio de adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa (...) ; esta doctrina es igualmente aplicable al artículo 149 de la LCSP (ver la Resolución 68/2019 del OARC / KEAO).
- por lo que se refiere al sistema de fijación del umbral de sospecha de temeridad por referencia a la media de las ofertas, la citada sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2001, establece la conformidad de esta fórmula con el derecho europeo de la contratación pública, si bien (...) el referido resultado no debe ser intangible, sino que la entidad adjudicadora debe poder reconsiderarlo siempre que sea necesario, teniendo en cuenta, entre otros factores, el umbral de anomalía de las ofertas en licitaciones comparables y las enseñanzas que puedan extraerse de la experiencia común (ver, en especial, el apartado 72).



- finalmente, se debe señalar que el poder adjudicador goza de un amplio margen en el procedimiento de apreciación de la temeridad y, en este sentido, en la Resolución 095/2015 de este OARC / KEAO se afirma que (...) debe recordarse que es reiterada doctrina, expresada sobre todo a propósito de la valoración de los criterios de adjudicación, pero extensible también al caso, que el OARC / KEAO no puede entrar a controlar el ejercicio por la Administración de la discrecionalidad técnica, más allá de la verificación de que dicho ejercicio se ajusta a los límites jurídicos que lo constriñen, como son la existencia de los hechos determinantes de la valoración, la suficiencia de la motivación, el respeto al fondo reglado de la discrecionalidad y a las reglas procedimentales aplicables, o el seguimiento de los principios generales del TRLCSP, especialmente el de igualdad y no discriminación (ver, por todas, la Resolución 90/2013 del OARC / KEAO).

b) Sobre el procedimiento de verificación de la anomalía de la baja

A continuación se expone el criterio de este Órgano sobre los aspectos fundamentales del procedimiento de verificación de la oferta anormalmente baja, que comprende el requerimiento al recurrente para que explique su viabilidad, la justificación aportada por el licitador sospechoso y la decisión de aceptar o rechazar la proposición.

b 1) Sobre el requerimiento al licitador inicialmente incurso en anomalía y la justificación aportada por A54

El requerimiento al recurrente para que justifique la viabilidad de su proposición es una reiteración (incompleta) del artículo 149.4 de la LCSP en lo que se refiere a las condiciones de la oferta que pueden determinar el bajo nivel del precio o costes de la misma, sin hacer mención a ningún aspecto de la proposición. Este contenido no satisface la exigencia del citado precepto, que pide que dicho requerimiento se formule con claridad, de manera que el licitador incurso en sospecha de anomalía esté en condiciones de justificar plena y oportunamente la viabilidad de la oferta, esta irregularidad no ha resultado relevante en este caso ya que, posteriormente, la exclusión no se



basa en la inconcreción de la respuesta del licitador (lo que no es aceptable si la solicitud tampoco es concreta), por lo que no ha causado indefensión. A54 aporta en su justificación explicaciones específicas sobre cuestiones como el desglose de los costes o la comparación con otro trabajo similar, entre otras.

b 2) Sobre la motivación del acto impugnado

El informe que fundamenta el acto impugnado es suficiente para justificar el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador en esta materia; en particular, se observan las siguientes cuestiones, relevantes en el caso concreto analizado a juicio de este OARC / KEAO:

- 1) El informe desmiente la validez de la comparación con otro único proyecto similar por ser parcial (se refiere a una única prestación) e interesado; asimismo, contradice que las circunstancias alegadas por el recurrente sean, como dicen el requerimiento y el artículo 149.4 b) de la LCSP excepcionalmente favorables, por ser ampliamente difundidas entre los licitadores y no específicas del recurrente.
- 2) Para juzgar la suficiencia de la justificación ofrecida por A54, se considera significativo que la baja que se trata de justificar sea de un importe que supera el umbral de temeridad por un margen absoluto y porcentual muy amplio y, lo que quizás sea incluso más importante, muy alejado de la media de las bajas, incluso de la media del conjunto de las ofertas inicialmente sospechosas de temeridad; de hecho, es la oferta más baja de las 18 presentadas con mucha diferencia sobre la siguiente más barata.
- 3) El informe pondera si concurren las circunstancias excepcionalmente favorables para la prestación del servicio que alega la recurrente llegando a la conclusión de que no cabe considerarlas como tal en vista



de que otros licitadores también se encuentran ubicados en el área geográfica descrita por A54 y que también han realizado trabajos similares para VISESA.

c) Conclusión

A la vista de todo lo anterior, se considera que el recurso debe desestimarse y que el acto impugnado satisface suficientemente los requisitos para verificar la anormalidad de la oferta mediante un adecuado uso de la discrecionalidad técnica que asiste al poder adjudicador previo el correspondiente procedimiento contradictorio. Asimismo, no se estima necesario practicar prueba alguna para que este OARC / KEAO se forme un criterio jurídico sobre las cuestiones planteadas, sin que sea preciso recabar opiniones técnicas distintas de las que las partes han aportado en el expediente y en el procedimiento de resolución 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 la empresa 3000-54 Arquitectos SLP contra la adjudicación del contrato “Contratación de la redacción del proyecto básico de la promoción B-115 de 117 viviendas de protección tasadas, anejos y urbanización en la parcela RD-3 de Zorrozaurre en Bilbao”, tramitado por VISESA.



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

TERCERO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2019ko apririlaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de abril de 2019