



**EB 2014/61**

**Resolución 73/2014, de 17 de julio de 2014, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Telefónica España, S.A.U contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES 2014”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa.**

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

**PRIMERO:** Con fecha 17 de junio de 2014 se recibió en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC/KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES 2014”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa (en adelante, Ikerbasque). Consta en la documentación remitida por Ikerbasque el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCSP)

**SEGUNDO:** Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 17 de junio de 2014, se han recibido las de la empresa Euskaltel, S.A, beneficiaria de la adjudicación impugnada.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El artículo 42 del TRLCSP, sobre legitimación para la interposición del recurso especial en materia de contratación, señala que:

«Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.»

Por su parte, el artículo 44. 4 a) del propio TRLCSP prevé que el texto del recurso irá acompañado de:

«a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo órgano, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión al procedimiento.»

Queda acreditada la legitimación del operador económico recurrente así como la representación de Don J.E. V.V. como compareciente.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación:

«a) Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.»

En el presente caso se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2. c) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.



**CUARTO:** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

**QUINTO:** En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, de acuerdo con el artículo 3.3 b) TRLCSP.

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

a) Euskaltel debió ser excluida del procedimiento de contratación porque su oferta no reunía los requisitos exigidos en el pliego, tal y como se recogió en el acta de apertura de sobres de 30 de abril de 2014, que señalaba que su oferta incumplía la petición de cuatro fibras ópticas en el enlace de I2basque con Redlris en Vitoria – Gasteiz (ofrece sólo dos, literalmente “un par de fibras ópticas”), incumpliendo el subapartado 1.1 del Pliego técnico. A pesar de ello, la Mesa de Contratación acordó dar un plazo de alegaciones ante el órgano de contratación, “bajo apercibimiento de exclusión definitiva de la persona licitadora si en el plazo concedido no procede a la presentación de las mismas”.

b) Las alegaciones de Euskaltel reconocían el error en la oferta técnica y manifestaban que en la oferta económica sí que se ofertaban cuatro fibras ópticas a este circuito. Con base en ello, el órgano de contratación acordó no excluir a la empresa y a la postre le adjudicó el contrato.

c) La oferta debió excluirse porque no se trata de un error aritmético que permita su corrección, no puede modificarse el contenido de la oferta (que es, al fin y al cabo, lo que se ha permitido) y no cabe la subsanación de un defecto de la oferta técnica mediante lo expresado en la oferta económica, la cual se conoce una vez valorada la oferta técnica.

d) Por otro lado, las referencias a cuatro fibras (“4FO”) en la oferta económica se contienen en el propio modelo de oferta.



e) Además, la oferta de Euskaltel debió ser excluida también por haber planteado una propuesta indefinida que podría incrementar el gasto y que podría generar una modificación o alternativa en la oferta no permitida legalmente. Concretamente, la oferta señala que “la solución incluye los cableados ópticos necesarios para la conexión entre el punto de terminación de la fibra de Euskaltel y los equipos de Fundación Ikerbasque a excepción del caso del PdP Red Iris. En este último caso, se debe gestionar con Red Iris quién debe realizar la interconexión con los equipos finales.” Ello supone que no se garantiza que se realice la conexión en plazo y condiciones ofertadas, ni si ello entrañaría un gasto para el poder adjudicador.

f) Finalmente, solicita la nulidad del acto impugnado y la adjudicación del contrato a su oferta, ya que es el único licitador admitido.

**SÉPTIMO:** Por su parte, Euskaltel solicita la desestimación del recurso con las siguientes alegaciones:

a) La oferta de Euskaltel contiene un error material (de transcripción, por referirse al enlace “EJIE-PdP-Red Iris” en lugar de al PdP de i2basque”) en el sobre nº 2, y por lo tanto, subsanable; así, se ha introducido en el sobre nº 3 (criterios evaluables mediante fórmulas) “los datos técnicos y económicos básicos del enlace UPV /EHU Vitoria – Red IRIS (4 FO)”, tal como se requiere en el punto 5 (Proposición Económica) del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), lo que cumple con los requisitos del punto 5 del PPT. En dicho apartado 5 del PPT se indica que el licitador debe proporcionar precios “para los conceptos que se enumeran a continuación”, y entre ellos, figura expresamente el enlace “UPV / EHU Vitoria – Red IRIS (4 FO)”, según el modelo de oferta económica, consistente en una tabla resumen de los datos técnicos y económicos básicos que deben aportarse.

b) Las alegaciones de Euskaltel en cuanto al error material no modificaron los términos de la oferta y únicamente permitieron comprender y aclarar dicho error



contenido en la propuesta técnica en lo referido a la conexión “UPV /EHU Vitoria – Red IRIS (4 FO)”. De hecho, todos los criterios de adjudicación del contrato están sujetos a evaluación mediante fórmulas y dicha valoración no estaba afectada por el error de Euskaltel. Se alega también que el error no hacía inviable su propuesta ni alteraba su sentido.

c) Euskaltel, al presentar su oferta, expresó su aceptación de los Pliegos, incluyendo ofrecer el enlace de conexión de fibra óptica con RedIRIS (4FO), en su PdP de Vitoria – Gasteiz, y no el incluido erróneamente en su proposición técnica. No queda duda de que la propuesta de Euskaltel fue realizada para dar cumplimiento al objeto del contrato.

d) Por lo que se refiere al reproche de indefinición de la oferta, se alega que la salvedad se hace no porque Euskaltel no vaya a asumir su coste o porque se nieguen a ejecutarla sino porque se desconocen los protocolos para la ejecución de estos trabajos por parte de la propiedad del centro, siendo habitual que dicha propiedad exija ser ella quien los ejecute para garantizar que se cumplen sus protocolos internos. Por ello, se indica que debe gestionarse con Red Iris quién debe realizar la interconexión con los equipos finales.

**OCTAVO:** El órgano de contratación se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Ikerbasque comparte con el recurrente la idea de que no nos encontramos ante un mero error aritmético o material que permita su corrección y que la oferta técnica no puede ser modificada o subsanada. El poder adjudicador confirió a Euskaltel un trámite de aclaraciones o alegaciones (no de subsanación) antes de acordar la exclusión definitiva, trámite previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas (PCA). Sin embargo, Euskaltel no presentó una nueva oferta fuera de plazo, ni la modificó o subsanó; solo alegó que la oferta contenida en el sobre 3 ya cumple los requisitos técnicos del PPT.



b) El poder adjudicador entendió que el error en uno de los sobres, admitido por la empresa, quedó convalidado por el resto de la documentación presentada, sin modificación o subsanación alguna, ni variación de los términos de la oferta. El citado error solo se ha producido en el sobre 2 y no en el sobre 3, donde era exigible el precio para el enlace correctamente descrito.

c) Ikerbasque solicita que se tenga en cuenta, máxime la naturaleza privada y modesta de la Fundación convocante del concurso, el carácter antiformalista que debe regir la contratación.

d) Por otro lado, debe recordarse que Euskaltel ha declarado expresamente su aceptación de las condiciones de los Pliegos.

**NOVENO:** La primera pretensión sobre la que este Órgano debe decidir es la trascendencia del denominado “error material” del adjudicatario en la presentación de su oferta, en concreto, la referencia a “un par de fibras ópticas” para el enlace de EJIE-PdP-Red Iris cuando las prescripciones técnicas exigían cuatro para el enlace PdP de i2basque, habida cuenta de que la oferta económica sí hace referencia a cuatro para este último enlace. Este Órgano considera que esa parte del contenido de la oferta no puede considerarse un error material. La oferta técnica no deja lugar a dudas sobre el número de fibras que ofrece y hasta en dos ocasiones (folios 133 y 138 del expediente) habla claramente y sin lugar a dudas de un par de fibras. No hay en el resto de dicha oferta ningún indicio de que ese número obedezca a un error patente y evidente, derivado de un mal cálculo matemático o de una equivocación elemental de transcripción cuya corrección pueda rehacerse consultando otros datos del documento. Dicho de otro modo, no hay ninguna razón para creer que la verdadera voluntad del licitador fuera distinta de la que meridianamente ha expresado, que es la de presentar un proyecto técnico con dos fibras para el enlace “EJIE-PdP-Red Iris”. A estos efectos, es irrelevante la confesión de la propia empresa de que se trata de un error material y que la intención era cumplir con las cuatro fibras y el enlace que exigen las prescripciones técnicas,



no sólo por ser una declaración interesada, sino porque, incluso en el caso de que ello fuera cierto, el licitador no puede exigir al poder adjudicador que compense su falta de diligencia en la elaboración de la proposición con una interpretación de la misma que le sea favorable y contraria a su claro contenido. Tampoco es aceptable la alegación de que se ha formulado una declaración expresa de acatamiento de los pliegos, pues llevado el argumento al extremo, supondría que tal declaración (que el artículo 145.1 TRLCSP presume por la simple presentación de la proposición) haría innecesario el contraste de la oferta técnica con dichos pliegos para comprobar su adecuación. Debe observarse, también, que la exigencia de documentación técnica distinta de la referida a los criterios de valoración matemática era superflua, pues no constituían criterios de adjudicación; sin embargo, una vez solicitada, es claro que no puede pasarse por alto su contenido. Llegados a este punto, debe concluirse que la oferta debió ser excluida. El hecho de que el sobre de la oferta económica sí se refiera a las cuatro fibras para el enlace no obsta a esta conclusión, ya que, como bien dice el recurrente, tal referencia es parte del propio modelo de oferta y no declaración elaborada por el licitador, por lo que muy difícilmente podía cumplimentarse de otra forma. Por otro lado, en el mejor de los casos, incluso aunque se aceptara que la oferta económica sí cumple con los Pliegos, ello llevaría como mucho a entender que existe una evidente contradicción entre ella y la documentación técnica que impide conocer la verdadera voluntad del licitador y conduciría igualmente a la exclusión (ver el fundamento jurídico octavo de la Resolución 18/2012 de este Órgano). Dicha contradicción solo podría salvarse con la solicitud de una aclaración que le facultara a optar interesadamente entre dos sentidos opuestos, lo que sería inaceptable, como bien reconoce el propio poder adjudicador en su informe, pues supondría, de hecho, aceptar una modificación de la proposición en un procedimiento abierto, en el que no se permite tal circunstancia (ver la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29/3/2012, C-599/10).



**DÉCIMO:** Debiendo estimarse el recurso por los motivos expuestos en el fundamento jurídico anterior, no sería necesario entrar en la otra causa de exclusión de la oferta del adjudicatario, esto es: la supuesta indefinición de la oferta en lo que se refiere a la conexión entre el punto de terminación de fibra de Euskaltel y el PdP RedIRIS, pues cualquier decisión al respecto no alteraría el contenido estimatorio de la parte dispositiva de esta Resolución. No obstante, parece claro que el licitador no condiciona su oferta sino que únicamente señala la necesidad técnica de contar con el propietario del equipo para llevarla a cabo, por lo que este motivo de recurso no sería aceptable.

Por todo ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.2 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 de 2011, el sustituto del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

### **III.- RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U contra la adjudicación del contrato “14 i2BASQUE ENLACES 2014”, tramitado por la Fundación Ikerbasque / Ikerbasque Fundazioa, anulando el acto impugnado y ordenando la adjudicación a la siguiente oferta más ventajosa en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 47.2 TRLCSP.

**SEGUNDO:** Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 de la propia Ley.

**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, 2014ko uztailaren 17a**

Vitoria-Gasteiz, 17 de julio de 2014