



EB 2016/146

Resolución 143/2016, de 30 de diciembre 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 interpuesto por GUEDAN-SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. frente a la adjudicación del “Servicio consistente en el desarrollo y prestación de las actividades deportivas y servicios complementarios en las dependencias deportivas municipales del Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio”.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 29 de noviembre de 2016 GUEDAN-SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. (en lo sucesivo GUEDAN) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa un recurso especial contra la adjudicación del “Servicio consistente en el desarrollo y prestación de las actividades deportivas y servicios complementarios en las dependencias deportivas municipales del Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio”.

SEGUNDO: Al día siguiente se trasladó el recurso al poder adjudicador, solicitándole el expediente 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), los cuales se recibieron el 2 de diciembre de 2016.

TERCERO: El mismo 2 de diciembre de 2016 se trasladó el recurso a quienes figuran como interesados en el expediente. Transcurrido el plazo otorgado, el



día 13 de diciembre de 2016 se han recibido las alegaciones de BI SPORT, S.L., adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don O. Z.H. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada. El contrato objeto de recurso especial es un servicio con un valor estimado de 4.200.000,00 €.

TERCERO: El acto objeto del recurso es el acuerdo de 27 de octubre de 2016, del Pleno de Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio, de adjudicación del contrato, impugnable de conformidad con el artículo 40.2 c) del TRLCSP.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Incorrecta transcripción de propuestas económicas de los licitadores, con incidencia en la valoración de las ofertas y en la puntuación final en aplicación de la fórmula.

Se ha producido una alteración del resultado final como consecuencia de una incorrecta transcripción a la fórmula de, al menos, 8 de las propuestas de los



licitadores en los 3 apartados que componen el capítulo denominado “Relación de precios unitarios-precios hora”; en 7 de los 8 casos por un incorrecto cálculo del precio base sin IVA, y en otro por error en la traslación del precio del acta al cuadro final.

Los errores se han trasladado a la propia adjudicación, por cuanto que ha resultado adjudicataria una de las empresas a las que se valoró una oferta inferior a la realmente presentada por ella. Este hecho debería ser suficiente para anular la adjudicación indebidamente realizada.

b) Indebida consideración de las ofertas realizadas por los licitadores en el apartado relativo a las “mejoras”.

Denuncia el recurrente que la Mesa de contratación no se sujetó a las propuesta planteadas por los licitadores sino que las varió a su antojo sin ningún tipo de justificación ni motivación.

Justifica su acusación diciendo que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares incluían tres Anexos con los modelos de proposición económica: (i) en el “Anexo I - modelo de proposición económica” figura perfectamente diferenciado el precio de licitación anual, el IVA y el precio total ofertado; (ii) el “Anexo I.A. relación de precios unitarios-precio hora” no aclara si en los precios unitarios se debía considerar el IVA, lo que provocó que los licitadores optaran por soluciones diferentes; (iii) el Anexo “I.B. mejoras” adolece de falta de definición, a diferencia de los anteriores en donde había que facilitar el precio/año (Anexo I) y el precio unitario/hora (Anexo I.A), en éste no se especifica nada por lo que quedaba a criterio de los licitadores interpretar qué se les pedía. Justifica el recurrente la veracidad de su afirmación en que la propia Mesa preguntó a cada uno de los licitadores si las cantidades estipuladas en este apartado eran “por año o por contrato”, aunque de manera sorprendente, a su parecer, tal hecho no tiene reflejo en el acta.



De los 6 licitadores solo uno comparte el criterio de la Mesa a la hora de ponderar qué es lo que realmente se les estaba requiriendo. La Mesa inicio un proceso de aclaración de las ofertas, que luego ha obviado sin justificación alguna; decisión que entienden contraria a derecho por cuanto la falta de claridad de los pliegos y de los modelos entregados a los licitadores fue la que provocó que cada uno de ellos tuviera que interpretarlos. Reprocha la decisión arbitraria, injustificada y carente de motivación adoptada por la Mesa de contratación en la valoración de las ofertas en el apartado de “Mejoras”

c) Solicita que se dicte resolución declarando contraria a derecho la adjudicación del contrato y ordenar la corrección de los errores detectados con respecto a las propuestas planteadas, procediendo a valorar de nuevo las ofertas; ordenar, asimismo, que se tengan en cuenta las propuestas reales presentadas por los licitadores en el apartado de “Mejoras”, retrotrayendo el expediente al momento de la valoración de las ofertas. Subsidiariamente, solicitan que se declare la nulidad de pleno derecho del procedimiento por la imposibilidad de subsanación de los errores denunciados.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso sobre la base de los siguientes argumentos:

a) Sobre la incorrecta transcripción de propuestas económicas de los licitadores, con incidencia en la puntuación final en aplicación de la fórmula y valoración de las ofertas.

Reconoce el informe que se ha producido un error en el desglose de la base imponible y el IVA repercutible, que no puede calificarse más que de aritmético sin incidencia en la valoración de la oferta presentada por BI SPORT y su calificación como oferta económica más ventajosa. Manifiesta su conformidad con la retroacción del expediente hasta el momento de la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmula, aunque una vez



realizada la corrección la propuesta de adjudicación recaería igualmente en BI SPORT.

b) indebida consideración de las ofertas realizadas por los licitadores en el apartado relativo a las “Mejoras”.

En la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 21 de octubre, ni el Presidente, ni los Vocales ni el Secretario solicitaron aclaración de la oferta presentada por GUEDAN; fue en el momento de proceder a su lectura cuando un asistente preguntó si el material deportivo a ceder y poner a disposición del Ayuntamiento era por un año, a lo que el representante de GUEDAN respondió que su oferta se refería a cada anualidad; tras lo cual, el Secretario se limitó a dar lectura de su oferta, indicando “que en la misma no se hace mención a ninguna anualidad”. Añade el informe que la mera manifestación realizada por el representante del recurrente en la citada reunión, variando sustancialmente la oferta, no puede ser asumida por la Mesa de contratación al no encontrar ningún tipo de cobertura legal. Insiste en que nada hubiera impedido que si la intención del licitador era ofrecer la mencionada cantidad con carácter anual lo hubiera expresado en la oferta. Por el contrario, no cabe la modificación de la oferta y no existe obligación del órgano de contratación de solicitar la subsanación de la misma.

A continuación el informe reproduce la cláusula del PCAP debatida y el contenido de la oferta que sobre “Mejoras” ofrece GUEDAN. Observa que en ningún momento se establece el carácter anual de las mejoras, sino que el pliego establece que el licitador pone a disposición del Ayuntamiento una determinada cantidad en concepto de material deportivo o patrocinio que será solicitada por el Ayuntamiento a quien resulte adjudicatario en el momento que estime pertinente. Considera que los términos de la cláusula son claros, por lo que de conformidad con el artículo 1.281 del Código Civil hay que estar al sentido literal de la cláusula.



c) Solicita la desestimación del recurso especial.

OCTAVO: BI SPORT en sus alegaciones aprecia lo siguiente:

a) Incorrecta transcripción de propuestas económicas de los licitadores con incidencia en la puntuación final en aplicación de la fórmula y valoración de ofertas.

Se han producido errores por parte de la Administración contratante a la hora de realizar el desglose de la base imponible y el IVA en relación con algunas ofertas presentadas por los licitadores, que constituyen errores aritméticos que pueden subsanarse en cualquier momento al no afectar de ningún modo a la valoración final y al proceso de adjudicación, por lo que carece de sentido la retroacción del expediente pues contravendría los principios de economía procesal y eficacia, tal y como defendió este OARC / KEAO en su Resolución 042/2012.

b) Indebida consideración de las ofertas realizadas por los licitadores en el apartado relativo a las “Mejoras”.

Discrepa con el relato que GUEDAN hace del desarrollo de la sesión de la Mesa de contratación de 21 de octubre de 2016. En dicha reunión estuvo presente un integrante de BI SPORT y su versión de los hechos coincide con lo relatado en el informe al recurso, de forma que GUEDAN con su aclaración se apartó de su propuesta efectuada por escrito, y al modificarla indujo al resto de los licitadores a error y a una especie de subasta a viva voz, extremo que en ningún lugar fue provocado ni validado por la Mesa.

Considera que la aclaración realizada por el representante del recurrente en ningún momento ha de incidir en la decisión de la Mesa de contratación o en el propio proceso de adjudicación pues los principios y criterios que han de regir el proceso únicamente pueden ser aquellos recogidos en los pliegos del



concurso; con su proceder, el recurrente no solo está condicionando íntegramente el proceso de adjudicación sino que estaría situando su oferta en una posición de ventaja competitiva plenamente desleal. Por tal motivo, la Mesa de contratación a la hora de valorar las ofertas presentadas por los licitadores se tiene que limitar a lo establecido en los pliegos y en las propias ofertas. Concluye que la Mesa de contratación ha de ceñirse plenamente a la redacción literal de las propuestas, ya que de forma contraria se estaría atribuyendo capacidades de reinterpretación que infringirían los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato.

Finaliza diciendo que el reproche de GUEDAN a la falta de claridad de los pliegos, que provoca la posterior aclaración, no tiene amparo legal, y que si le parecían oscuros debió pedir de antemano aclaraciones o recurrir su contenido.

c) Solicita la desestimación del recurso.

NOVENO: GETINGE denuncia irregularidades en la transcripción de las ofertas en, al menos, 8 precios de los 3 apartados de los que se compone el capítulo denominado “Relación de Precios Unitarios-Precios Hora”.

El PCAP que regula el contrato contiene tres modelos de proposición económica: Anexo I, Anexo I.A. y Anexo I.B.; concretamente, en el “Anexo I.A. Relación de precios unitarios-precio hora”, se solicitan los siguientes precios:

1. Precio hora complementaria monitor de actividades dirigidas indoor y acuáticas.....€
2. Precio hora complementaria personal de control.....€
3. Precio hora complementaria personal de mantenimiento.....€

Los precios ofertados sirven para la valoración del criterio de adjudicación previsto en el inciso (ii) de la letra a) de la cláusula III.4.2 “Criterios de valoración cuantificables por fórmula” del PCAP, cuyo contenido es:



ii.- Precio hora/unitario hasta.....10 puntos

- Para todas aquellas horas fuera de lo especificado en el pliego.

.- Precio hora complementaria monitor de actividades dirigidas indoor y acuáticas hasta 3 puntos

.- Precio hora complementaria personal de control hasta 3,5 puntos

.- Precio hora complementaria personal de mantenimiento hasta 3,5 puntos

- La determinación de la puntuación será la siguiente:

La valoración de este criterio se efectuará dando la máxima puntuación a la oferta más baja, aplicando a las restantes ofertas la puntuación de conformidad a la siguiente fórmula:

$$Puntos = \frac{\text{Mejor oferta económica}}{\text{Oferta económica a evaluar}} \times \text{puntuación máxima}$$

A diferencia de lo que sucede con el “Anexo I – Modelo de proposición económica”, en el que se pide el desglose en partidas independientes del precio de licitación por anualidad para actividades deportivas, servicios auxiliares y udalaldia, el IVA correspondiente y el importe total en €, el Anexo I.A. no contempla partidas independientes del precio ofertado y del IVA que debe soportar la Administración (artículo 87.2 del TRLCSP), y ni siquiera señala si en la cantidad ofertadas se debe o no incluir este impuesto.

Ante esta indefinición los licitadores han optado por distintas soluciones que pasan en unos casos por ofertar de forma desglosada el precio de licitación, el IVA y el total (GUEDAN, BXPORT), en otros por indicar que en el precio está incluido el IVA (SEDENA, BI SPORT), en otro señalando que en el precio no se incluye el IVA (SPORT STUDIO) y, finalmente, no haciendo indicación alguna como sucede con la oferta de EMTESPORT.



Para valorar el criterio de adjudicación, el poder adjudicador ha tomado como base el precio de oferta excluido el IVA, precio que en el caso de SEDENA y BI SPORT se ha obtenido calculando matemáticamente la base a través del precio total y en el caso de EMTESPORT, al no haber mención alguna, considerando que el precio ofertado no incluía el IVA. Procede poner de manifiesto en este punto que la recurrente no impugna estas decisiones del órgano de contratación.

En relación con la transcripción errónea de los precios denunciados en el recurso, si se compara el importe de los precios ofertados con los importes que se recogen en el informe de valoración, se observa que:

- SEDENA: oferta la hora/monitor por 23,20 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 18,33 €, cuando el precio correcto es de 19,17 € ($23,20/1,21$).
- BI SPORT: oferta la hora/monitor por 20,90 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 16,03 €, cuando el precio correcto es de 17,27 € ($20,90/1,21$).
- SEDENA: oferta la hora/control por 21,01 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 16,60 €, cuando el precio correcto es de 17,36 € ($21,01/1,21$).
- BI SPORT: oferta la hora/control por 18,90 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 14,93 €, cuando el precio correcto es de 15,62 € ($18,90/1,21$).
- BPXPORT: oferta la hora/control por 19,42 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 19,42 €, cuando el precio correcto es de 16,05 € ($19,42/1,21$).



- SEDENA: oferta la hora/mantenimiento por 20,41 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 16,12 €, cuando el precio correcto es de 16,87 € ($20,41/1,21$).
- BI SPORT: oferta la hora/mantenimiento por 19,81 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe de valoración recoge un precio de 15,65 €, cuando el precio correcto es de 16,37 € ($19,81/1,21$).
- BPXPORT: oferta la hora/mantenimiento por 19,42 €, IVA incluido, y al calcular la base el informe recoge un precio de 19,42 €, cuando el precio correcto es de 16,05 € ($19,42/1,21$).

Los errores observados por este OARC / KEAO coinciden con los alegados por el recurrente y los reconocidos por el poder adjudicador en su informe al recurso especial, por lo que debe acogerse el motivo de impugnación. La estimación del recurso en este punto conlleva la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la elaboración de un nuevo informe de valoración sobre el criterio de adjudicación cuantificable por fórmula del inciso (ii) “Precio hora/unitario” de la letra a) de la cláusula III.4.2 “Criterios de valoración cuantificable por fórmula” del PCAP. No obstante, el poder adjudicador en su informe no muestra inconveniente en la retroacción del expediente, aunque afirma que los errores no inciden en la valoración global y no variaría la calificación de la oferta económica más ventajosa; cuestión ésta sobre la que se tratará en un Fundamento de Derecho posterior.

DÉCIMO: En segundo lugar, GETINGE reprocha que la Mesa de contratación, ante la falta de claridad del “Anexo I.B. mejoras”, preguntó en el momento de la apertura de las ofertas económicas si las cantidades estipuladas como mejoras eran “por año o por contrato”. El poder adjudicador y BI SPORT en sus alegaciones niegan que tal cuestión se planteara por la Mesa.



La cláusula III.4.2 “Criterios de valoración cuantificables por fórmula” del PCAP contiene en su letra b) un criterio de “Mejoras sobre los Pliegos, que no supondrán ningún coste añadido al Ayuntamiento.....hasta 10 puntos”, en el que se valora:

«a.- Compra y cesión de material y/o equipamiento deportivo, según necesidades del servicio:

Se otorgará la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la cuantía más elevada y asignándose al resto la puntuación de forma inversamente proporcional. No pudiendo esta ser inferior a 2.000 Euros, hasta un máximo de5 puntos.

b.- Patrocinio de actividades, eventos y/o propuestas varias relacionadas con el objeto del contrato:

Se otorgará la mayor puntuación a la empresa que ofrezca la cuantía más elevada y asignándole al resto la puntuación de forma inversamente proporcional, hasta un máximo de.....5 puntos.»

El modelo “Anexo I.B. mejoras” prevé la oferta de precios por:

«a) Compra y cesión de material y/o equipamiento deportivo:

.- Compra de material deportivo por importe de.....euros, IVA excluido

b) Patrocinio de actividades, eventos y/o propuestas varias relacionadas con el objeto del contrato por importe de.....euros, IVA excluido.»

En el acta de la reunión de la Mesa de contratación de 24 de octubre de 2016 no se recoge la incidencia sobre la valoración de las “Mejoras” que reclama GUEDAN. Por el contrario, si es objeto de examen la oferta de SEDENA que quiere que se valore su oferta anual por un total de 6 años, incluyendo las eventuales prorrogas que pudieran darse; pretensión a la que se niega la Mesa



de contratación aduciendo que el plazo del contrato es de 4 años y el contrato podría no prorrogarse, en cuyo caso la mejora no se llevaría a efecto.

GUEDAN oferta en el “Anexo I.B. Mejoras”:

«a) Compra y cesión de material y/o equipamiento deportivo:

.- Compra de material deportivo por importe de treinta mil euros (30.000, €), sin IVA.

b) Patrocinio de actividades, eventos y/o propuestas varias relacionadas con el objeto del contrato por importe de treinta mil (30.000, €), sin IVA.»

GUEDAN oferta una cantidad de 30.000 €, sin IVA, para cada uno de los conceptos objeto de valoración como mejoras, sin precisar si las cifras ofertadas son anuales o para toda la vigencia del contrato; a falta de tal precisión no puede deducirse que su voluntad fuera la de ofertar las mejoras con carácter anual. Por tanto, no puede acogerse la pretensión del recurrente porque sería introducir un elemento nuevo de valoración que no estaba previsto en su oferta económica; si realmente quiso ofertas las mencionadas cantidades para cada año del contrato debió indicarlo en la oferta y no pretender la reinterpretación de la oferta alterando el principio de que en los procedimientos abiertos las ofertas deben mantenerse inalterables a lo largo de todo el proceso de valoración. Este OARC / KEAO en su Resolución 119/2013, aludiendo a la sentencia del TJUE de 29 de marzo de 2012 (Asunto C-599/10. ECLI:EU:C:2012:191), ya advirtió que « (...) sólo los licitadores son responsables de los perjuicios derivados de su falta de diligencia en la elaboración de su oferta, por lo que no pueden exigir al órgano de contratación que les demande subsanación alguna.»

UNDÉCIMO: El Poder adjudicador admite errores materiales de transcripción de las ofertas del Anexo I.A., aunque matiza que tales errores no tienen repercusión en la valoración definitiva y en la adjudicación del contrato.



Se vuelven a valorar los precios unitarios tras la corrección de los errores observados expuestos en el Fundamento de Derecho Noveno, siendo las nuevas puntuaciones las siguientes:

EMPRESA	H/MONITOR	PUNTOS	H/CONTROL	PUNTOS	H/MANTENI.	PUNTOS	TOTAL P/U
GUEDAN	16,00	3,00	14,00	3,50	15,00	3,50	10,00
EMTESPORT	23,32	2,06	20,06	2,44	21,28	2,47	6,97
SEDENA	19,17	2,50	17,36	1,97	16,87	2,19	6,67
BISPORT	17,27	2,78	15,62	1,77	16,37	2,01	6,55
BXPORT	19,15	2,51	16,05	1,54	16,05	1,88	5,93
SPORT STUDIO	18,00	2,67	16,00	1,35	16,00	1,76	5,78

La clasificación tras valorar el resto de los criterios de adjudicación es:

EMPRESA	P/LICITACIÓN	P/UNITARIOS	P/MEJORAS	JUICIO VALOR	TOTAL
GUEDAN	36,78	10,00	3,74	35,00	85,52
EMTESPORT	40,00	6,97	7,91	30,50	85,38
SEDENA	36,67	6,67	10,00	24,25	77,59
BISPORT	39,90	6,55	1,87	37,25	85,57
BXPORT	36,86	5,93	3,11	23,00	68,90
SPORT STUDIO	39,39	5,78	2,49	32,50	80,16

De resultas de los cálculos realizados, se comprueba que el orden de clasificación de empresas permanece invariable y BI SPORT continúa siendo el licitador que ocupa el primer lugar.

Esta circunstancia hace que aun estimándose la reclamación del recurrente sobre los errores observados en la transcripción de los precios unitarios en el informe de valoración, sea innecesaria la retroacción de las actuaciones hasta la elaboración de un nuevo informe. Tal y como señala BI SPORT en sus alegaciones, este OARC / KEAO en su Resolución 042/2012 hizo suyo el contenido de la sentencia número 740/2009, de 23 de noviembre, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que señala que « (...) en la esfera administrativa ha de ser aplicada con moderación la teoría jurídica de las nulidades, advirtiendo que en la apreciación de supuestos vicios de nulidad deben ponderarse cuantas circunstancias concurren en el hecho denunciado, resultando



contraproducente decretar una nulidad del acto que conllevaría una nulidad de actuaciones con la consiguiente reproducción de las mismas, para desembocar en idéntico resultado.»

DUODÉCIMO: No se accede a la petición del recurrente de práctica de prueba consistente en la testifical del Secretario de la Mesa de contratación y de los licitadores representantes de los licitadores en el acto de apertura de plicas, por ser suficiente con la documentación del expediente para la resolución del recurso.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso interpuesto por GUEDAN-SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. frente a la adjudicación del “Servicio consistente en el desarrollo y prestación de las actividades deportivas y servicios complementarios en las dependencias deportivas municipales del Ayuntamiento de la Anteiglesia de Erandio”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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 abenduaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de diciembre de 2016