



EB 2015/161

Resolución 009/2016, de 26 de enero 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 la empresa GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 16 de diciembre de 2015, la empresa GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS interpuso un recurso especial contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena.

SEGUNDO: El recurso, el expediente de contratación y 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) fueron recibidos en el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 21 de diciembre de 2015.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados, se han recibido las de la empresa BI SPORT, adjudicatario impugnado.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de Don J. L.C. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: El artículo 40.1 b) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 TRLCSP.

SEXTO: En síntesis, el contenido del recurso es el siguiente:

a) la empresa BI SPORT, que luego resultó ser la adjudicataria del contrato, presentó una oferta económica con el siguiente contenido literal:

«Que me comprometo a su ejecución por el siguiente precio: 560.892,57 € más 117.787, 44€ de iva por el periodo de dos años de duración del contrato»

El acta de la apertura señala que la Mesa de Contratación entendió que existía un error subsanable en la oferta presentada y consideró que el importe ofertado correspondía en realidad a un año de contrato, y por lo tanto la oferta para dos años de duración sería de 1.121.785 euros más 235.574,87 euros de IVA.



b) El recurrente niega la veracidad del contenido del Acta, pues no se adoptó que se trate de un error subsanable ni se declaró que la Mesa procedía a la subsanación en ese mismo momento.

c) El formato de la proposición ya estaba fijado en los Pliegos, sin que quepa hablar de un error en la redacción del pliego o la carátula.

d) Si bien los errores pueden ser corregidos, el contenido exacto de la nueva propuesta corregida no puede quedar en manos de la Mesa, que ni siquiera consultó al licitador sobre el alcance de la proposición. La Mesa debió haber calificado la oferta como inicialmente incurso en sospecha de temeridad, en los términos previstos en el artículo 152.3 TRLCSP, y no interpretar que la oferta era diferente de la que reflejaba su propuesta. No se ha seguido procedimiento alguno de subsanación, y no cabe ya permitir ahora que BI SPORT pueda corregir su oferta.

e) Finalmente, solicita la nulidad del acto impugnado y que BI SPORT quede apartado de del procedimiento, retrotrayéndose el expediente para una nueva adjudicación.

f) La Mesa debió excluir al licitador del proceso

SÉPTIMO: La empresa BI SPORT, adjudicataria impugnada, solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) El contenido del acta recoge fielmente lo sucedido en el acto de apertura.

b) La Administración entendió que el error no impedía conocer claramente lo que se estima fundamental para considerar la oferta, lo que es obvio, ya que no es racional pensar en una oferta de 560.992,57 euros por dos años si solo el coste del personal subrogado asciende a 407.337,07 euros.

c) Las normas que el recurso entiende infringidas se refieren a la documentación administrativa, no a la oferta económica.



d) La subsanación se hizo en el momento adecuado, y lo que es extemporáneo es el recurso.

e) En cualquier caso, no cabría la exclusión de la oferta por presentar baja anormal o desproporcionada sin previa audiencia del licitador sospechoso.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El acta refleja correctamente lo sucedido, aunque no de manera literal; la Mesa concluyó que se trataba de un error aritmético y que bastaba con multiplicar el importe ofertado por dos, sin que nadie se manifestara en contra de dicha decisión.

b) La subsanación no modifica nada de lo presentado ni da ventaja alguna a ninguna licitadora, simplemente se corrige un error en cuenta.

NOVENO: La correcta resolución del presente recurso pasa por decidir varias cuestiones; la primera de todas ellas, si la oferta económica de BI SPORT adolece o no de un error. La respuesta a esta pregunta es negativa. El error en la proposición al que se refiere alguna doctrina se refiere a una situación diferente (ver, por ejemplo, la Resolución 106/2015 del OARC / KEAO), y matiza la tradicional postura de que, a diferencia de lo que sucede con la documentación jurídica, la oferta económica no permite la subsanación. En concreto, se trata de contradicciones, ambigüedades, oscuridades u omisiones de la documentación que impiden conocer la verdadera voluntad del licitador, siendo posible en esos casos, siempre que ello no perjudique la igualdad de trato de todos los participantes en el procedimiento, solicitar a la empresa afectada una aclaración al respecto. En el supuesto analizado, la voluntad expresada es clara y unívoca, se ofrece ejecutar el contrato por un precio de «560.892, 57 € más 117.787, 44€ de iva por el periodo de dos años de duración del contrato». No hay en el resto de la oferta ningún dato contradictorio con éste que permita deducir que la verdadera voluntad del licitador sea otra distinta que



la expresamente formulada. La consideración de que, en realidad, el precio se refiere a un año es una suposición que no tiene apoyo documental alguno y no puede prevalecer contra la intención de la empresa tal y como ésta la ha formulado, pues es obvio que el poder adjudicador no puede reinterpretar a su antojo el contenido de las ofertas.

Dado que no existe error alguno, no procede analizar si es o no subsanable y con qué procedimiento, y la actuación de la Mesa debe tratarse como una reelaboración de la oferta, que no puede considerarse válida. Consecuentemente, la proposición debió considerarse en sus propios términos literales y valorarse en consecuencia, lo que debió implicar su aceptación, pues no hay en ella, en principio, ningún motivo de exclusión. Por lo tanto, debe anularse la adjudicación porque no se refiere a una oferta realmente presentada sino a otra modificada por la Administración y retrotraerse las actuaciones para que se efectúe la aplicación de los criterios sujetos a fórmula a todas las ofertas, incluyendo la efectivamente presentada por el adjudicatario impugnado, aplicándose, si procede, lo dispuesto en el artículo 152.3 del TRLCSP y en el punto 9.2 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) sobre ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas.

Finalmente, debe observarse que el adjudicatario impugnado reconoce en sus alegaciones que los términos de la oferta no se corresponden con su verdadera voluntad, que era referir el importe consignado al periodo de un año, siendo irracional entender otra cosa si se compara dicho importe con el presupuesto contractual y los costes que debe asumir el contratista. Como ya se ha señalado, la discrepancia entre la voluntad de la empresa y su clara formulación contraria no es un error subsanable, pues éste último se caracteriza por la posibilidad de solicitar, en ciertos casos, la aclaración de una expresión confusa o contradictoria para averiguar dicha verdadera voluntad. No obstante, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece que si existiese reconocimiento por parte del licitador de que su oferta adolece de error o inconsistencia que la hagan



inviabile, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Este OARC / KEAO entiende, no obstante, que el reconocimiento hecho en el escrito de alegaciones no es suficiente para excluir la oferta, porque se ha producido fuera del procedimiento de adjudicación y porque la posición del alegante en el procedimiento de recurso no es análoga a la de parte en el proceso, por lo que sería excesivo perjudicarle por esta manifestación (ver, por todas, la Resolución 20/2015 del OARC / KEAO). Sin embargo, el licitador puede reconocer, si lo estima oportuno, la inviabilidad de su oferta en el procedimiento que se reinicie para cumplir la presente Resolución.

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 interpuesto por la empresa GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS contra la adjudicación del contrato de “Servicio de gestión deportiva de las instalaciones deportivas municipales”, tramitado por el Ayuntamiento de Abanto – Zierbena anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción del procedimiento en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Noveno.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento, a la vista de 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 urtarrilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de enero de 2016.