



EB 2021/127

Resolución 168/2021, de 21 de octubre, 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 ELECTRICIDAD N. OSES, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material eléctrico para la Brigada municipal de Obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de junio de 2021, la mercantil recurrente (en adelante, E. OSES) interpuso, en el registro del poder adjudicador, un recurso calificado de reposición contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material eléctrico para la Brigada municipal de Obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri.

SEGUNDO: El día 12 de julio se recibió 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 citado recurso acompañado del 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: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 13 de julio, se han recibido las alegaciones de ALMACENES ELÉCTRICOS VASCONGADOS, S.A. (en adelante, AELVASA), adjudicataria impugnada, el 16 del mismo mes.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de que E.F.R. actúa en nombre.

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

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

CUARTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Basauri tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

QUINTO: Calificación del recurso

A la vista de lo señalado en los tres fundamentos jurídicos anteriores a éste cabe concluir que nos hallamos ante un recurso especial y no ante un recurso de reposición, que es como lo califica la recurrente como consecuencia de la errónea indicación dada por el poder adjudicador sobre el recurso a interponer en la resolución objeto de impugnación. A este respecto, este OARC/KEAO ha



manifestado con anterioridad (ver, por todas, su Resolución 212/2019) que, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con la legislación contractual y, en su caso, con las directivas europeas de contratación pública, no estando vinculado por el recurso ofrecido por el órgano de contratación en los pliegos de la licitación, o por el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente (artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

SEXTO: Argumentos del recurso

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

- a) La propuesta de la recurrente ha sido excluida porque según el órgano de contratación no ha presentado oferta a tres productos (Referencias 3.48, 3.49 y 3.57) cuando los pliegos exigen la obligatoriedad de ofertar todos los productos del listado. Pues bien, dicha apreciación no es correcta puesto que la oferta a los productos indicados sí se realizó, pero debido al formato “contabilidad” de la columna del precio de la hoja excel las cuantías iguales a “0,00 €” se convirtieron automáticamente en “- €”. Es decir, el hecho de que en los precios de esos tres concretos productos aparezca “- €” no quiere decir que no se presentase oferta sino que se hizo a precio 0.
- b) En prueba de ello, en el Anexo 3 relativo al plazo de entrega de los productos a suministrar se indica el plazo para los tres productos referidos, lo que evidencia la voluntad de la recurrente de suministrar todos los productos requeridos en el pliego.
- c) Por ello, la recurrente considera que la contradicción apreciada hubiera sido fácilmente solucionada si la mesa le hubiera solicitado una aclaración o



subsanación de la misma, tal y como hizo con otros licitadores a los que se les permitió subsanar sus ofertas.

d) E. OSES estima que en virtud del principio de proporcionalidad resulta desmedido excluir a un licitador por la omisión de un dato cuya subsanación resulta inocua para los principios de igualdad y libre concurrencia, puesto que la misma no supone una modificación de la oferta ni varía su sentido económico inicial.

e) Finalmente, solicita anular el acto de adjudicación y que se retrotraigan las actuaciones para que se le requiera la subsanación de su oferta.

SÉPTIMO: Alegaciones de AELVASA

El adjudicatario se opone a la estimación del recurso con los argumentos que se resumen a continuación:

a) La subsanación de la oferta económica pretendida por la recurrente se encuentra muy restringida por la jurisprudencia, y las normas jurídicas invocadas por la contraparte para dicha subsanación no son de aplicación al presente caso.

b) Aunque se considerase que cabe la subsanación, la misma ha de rechazarse, ya que supondría la elaboración de una nueva oferta debido a que se haría constar bien el precio de 0,004 € que la recurrente dijo al poder adjudicador mediante correo electrónico que era el precio de los productos, o bien el de 0,00 € que manifiesta ahora que es el que pretendía hacer constar y que el propio programa informático convirtió en el signo “- €”. Al respecto, debe señalarse también que el precio cero en realidad no constituye un precio válido al constituir una ausencia de precio. En definitiva, no nos encontramos ante un error material de automática aclaración sino ante un error que precisa de una interpretación o análisis por lo que no cabe su subsanación.



c) Por último, incluso retrotrayendo las actuaciones para la valoración económica de la oferta de la recurrente, la posición de AELVASA en la clasificación del artículo 150 de la LCSP no variaría y, por tanto, seguiría resultando la adjudicataria del contrato.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) La subsanación de una oferta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que se acompañe sin que quepa elegir entre diversas interpretaciones. En el presente caso, no concurre dicha circunstancia puesto que (i) la explicación ofrecida por OSES no ha sido uniforme y ha variado con el tiempo y (ii) porque es poco menos que imposible conocer la voluntad real de la recurrente, ya que en un mundo mercantilizado la gratuidad del producto (precio 0) no se presume, por lo que la falta de consignación del precio no puede considerarse como un suministro a precio 0 sino como la falta de oferta respecto de dichos concretos productos.

b) Finalmente, aún en el caso de que se estimase el recurso con retroacción de las actuaciones para la valoración de la oferta económica, la oferta de la adjudicataria se seguiría manteniendo como la más ventajosa, por lo que por razones de economía procedimental no tendría sentido tal retroacción para obtener el mismo resultado.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

La pretensión de la recurrente consiste en que, además de anularse el acto impugnado, se proceda a la retroacción de las actuaciones a fin de que se valore su oferta económica, pues cabe la aclaración o la subsanación de la misma. El análisis del recurso debe partir de lo establecido en la documentación contractual



que rige la licitación, la cual no ha sido impugnada, por lo que vincula al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. A ello se ha de sumar la información que consta en la oferta de la adjudicataria impugnada. En concreto, el contenido relevante es el siguiente:

PPT

(...)

2 - CARACTERISTICAS DE LA OFERTA

- Se ofertarán todos y cada uno de los productos que aparecen en el pliego, ajustándose a las descripciones existentes (Anexo 1) y a las condiciones especificadas en el presente pliego. Si algún producto se considerara no valorable por error o inexistencia se dará precio de uno equivalente o se justificará adecuadamente.

Oferta de E. OSÉS

219	CNX	3.48	UD	PUNTERA AISLADA HUECA PKE108 ROJO 1 mm ²	- €
220	CNX	3.49	UD	PUNTERA AISLADA HUECA PKE1508 NEGRA 1,5mm ²	- €
221	CNX	3.50	UD	PUNTERA HUECA DOBLE PKT1014 ROJO 2X10mm ² -bolsa 50-	0,05 €
222	CNX	3.51	UD	PUNTERA HUECA DOBLE PKT2510 AZUL 2X2,5mm -bolsa 100-	0,01 €
223	CNX	3.52	UD	PUNTERA HUECA DOBLE PKT412 GRIS 2X4 -bolsa 100-	0,02 €
224	CNX	3.53	UD	PUNTERA HUECA DOBLE PKT614 AMARILLO 2X6 -bolsa 100-	0,03 €
225	CNX	3.54	UD	PUNTERA HUECA PKE25016 NEGRO 25mm ² (Puntera aislada 25/16 negro)	0,03 €
226	CNX	3.55	UD	Puntera preaislada ref. Al 16/12 blanca sección 16mm ² longitud 12 mm	0,02 €
227	CNX	3.56	UD	Punteras aisladas 6/12 verde	0,01 €
228	CNX	3.57	UD	Punteras preaislada 2,5/8 gris Ø2,5 mm ² long. 8mm	- €

Las apreciaciones de este OARC / KEAO al respecto son las siguientes:

a) Sobre la subsanación o aclaración de la oferta económica

Alega la recurrente que el error o la ambigüedad en su oferta económica podía ser fácilmente solucionado mediante la solicitud por parte de la mesa de contratación de la aclaración o subsanación de aquélla. Por ello, procede exponer la doctrina de este Órgano sobre la subsanación de la oferta económica.



a 1) Doctrina general sobre la subsanación de la oferta económica

Por su propia naturaleza, en el procedimiento abierto queda excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (artículo 157 del TRLCSP y 156 de la LCSP) lo cual implica que, una vez presentada su oferta, en principio ésta no puede ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador por suponer ello una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores y de la obligación de transparencia que deriva del mismo, pues entraña el riesgo de que se considere que el poder adjudicador ha negociado confidencialmente con el licitador su oferta, en perjuicio de los demás licitadores. No obstante, también ha manifestado que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta pueden corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta (ver, en este sentido STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto 599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartados 36, 37, 40 y 41 que si bien referido al procedimiento restringido es plenamente aplicable al abierto). Como ha manifestado este OARC / KEAO en ocasiones precedentes (ver, la Resolución 143/2017 y la Resolución 115/2016) los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente, y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de modo indubitado su intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error o modificación en su plasmación. En estas circunstancias este Órgano ha considerado que la aclaración es una confirmación del contenido de la oferta según se deduce de su contenido e interpretación global (ver, en este sentido la Resolución 162/2020).



a 2) Sobre la subsanación de la oferta económica de E. OSÉS

Aplicados los argumentos anteriormente expuestos sobre los errores en las proposiciones al supuesto que nos ocupa, este OARC/KEAO considera que la alegación de la recurrente ha de ser estimada por los siguientes razonamientos:

- 1) A juicio de este órgano, la voluntad del licitador de ofertar todos los productos exigidos por los pliegos puede deducirse del conjunto de su oferta, por lo que debe decaer el argumento que ha provocado su exclusión. En efecto, aunque en la oferta económica de E. OSÉS conste en tres de los productos referenciados (núm. 3.48, 3.49 y 3.57) y en el porte de tipología B en la columna relativa al precio unitario el signo “- €”, no puede concluirse sin más análisis que la voluntad de la licitadora era la de no ofertar dichos productos. Y ello, porque si se analiza el resto de la oferta económica (ANEXO 3) puede observarse que a dichas referencias se les ha asignado un plazo de entrega, lo cual no tendría sentido si no fueran a ser suministrados. Es por ello, que ante dicha falta de congruencia la Mesa de contratación debió solicitar la aclaración de la oferta a fin de conocer si efectivamente se iban a suministrar los productos referenciados y, si así fuera, el significado numérico (precio) del signo “- €” de los mismos.
- 2) Por otro lado, la aclaración resultaba igualmente pertinente porque, a pesar de que en las casillas de la columna del precio unitario apareciese el signo mencionado, lo cierto es que una vez situado el cursor encima de las mismas aparece en la barra de fórmulas el valor cero (0). Es decir, dicho signo representa el valor del número cero cuando se utiliza el formato de contabilidad dentro de una hoja Excel para rellenar las casillas, como hizo el recurrente. Sentado lo anterior, y visto que se asignaba un plazo de entrega a los productos afectados por dicha circunstancia, la Mesa debió cerciorarse mediante la correspondiente aclaración que ese era el precio efectivamente



ofertado. Debe tenerse en cuenta, que dicha solicitud no hubiera supuesto un cambio en el precio ni la incorporación a la oferta de referencias de productos no inicialmente previstas, lo cual, evidentemente, hubiera supuesto una alteración ilegal de la oferta.

- 3) No contradice el argumento anterior el hecho de que la recurrente remitiese un correo electrónico afirmando que el error se debía a que el precio asignado era tan bajo (0,004 €) que el redondeo lo había convertido en 0 €, ya que lo verdaderamente relevante de esa información era el hecho de que efectivamente había ofertado los productos discutidos (independientemente del precio concreto propuesto que, como se ha señalado en el apartado 2) anterior, es 0), lo que hacía desaparecer el argumento de su exclusión.
- 4) Por otro lado, debe señalarse que no cabe aceptar la alegación de AELVASA y del poder adjudicador relativa a que no puede considerarse como precio válido un importe de cero (0) euros, de forma que la aceptación de la alegación de la recurrente debería considerarse, en todo caso, como una ausencia de precio o una falta de oferta que conllevaría igualmente a su exclusión. Y ello, porque la oferta de precios a importe 0 es perfectamente posible y admitida por la más reciente jurisprudencia del TJUE (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de de 10/9/2020, C-367/19, ECLI:EU:C:2020:685, apartados 23 a 36), todo ello al margen de que se considerase aplicable, en su caso, la normativa relativa a la institución de la baja anormal. Por otro lado, los pliegos no prohíben la citada oferta.
- 5) Por último, no pueden aceptarse las alegaciones, tanto del poder adjudicador como de la adjudicataria, relativas a que incluso si se retrotrajesen las actuaciones en ningún caso la de la recurrente podría ser considerada la oferta más ventajosa, por cuanto que dicho



argumentario no queda acreditado en el expediente, sin que pueda admitirse como prueba la simulación de la valoración de la oferta económica de la recurrente efectuada por el poder adjudicador (de la que se desconoce la procedencia de los datos, concretamente, los de la recurrente) y no ser susceptible de causar efectos jurídicos al no constar la fecha de su emisión o elaboración, ni firma alguna.

b) Conclusión

Como consecuencia de lo anteriormente manifestado, procede estimar el recurso interpuesto, de forma que se proceda a la retroacción de las actuaciones a fin de que se valore la oferta económica de la recurrente, considerando como importe de 0 euros las casillas donde aparezca el símbolo “- €”.

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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa ELECTRICIDAD N. OSES, S.A. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de “Suministro de material eléctrico para la Brigada municipal de Obras”, tramitado por el Ayuntamiento de Basauri, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción del procedimiento para que la oferta económica de la recurrente sea valorada de conformidad con lo establecido en la letra b) del fundamento jurídico noveno.



SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para cumplir la presente Resolución.

QUINTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urriaren 21a

Vitoria-Gasteiz, 21 de octubre de 2021