



EB 2022/038

Resolución 89/2022, de 25 de mayo, 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 mercantil ZIENTZIKASI, S. COOP. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ludotecas y el servicio de ocio activo en materia artística-cultural para personas mayores (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Erandio.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 1 de marzo de 2022 tuvo entrada 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 recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil ZIENTZIKASI, S. COOP. (en adelante, ZIENTZIKASI) contra la adjudicación del contrato “Servicio de ludotecas y el servicio de ocio activo en materia artística-cultural para personas mayores (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Erandio.

SEGUNDO: El mismo día 1 de marzo este OARC / KEAO solicitó al poder adjudicador, además de la copia del expediente de contratación, 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). Dicha documentación se recibió el día 3 del mismo mes.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 7 de marzo, se han recibido las alegaciones de ALAIKI ZERBITZU GIZAKULTURALAK, S.L. (en adelante, ALAIKI), adjudicataria impugnada, el día 11 de marzo.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de L.D.D. que actúa en su 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 servicios 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: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador



En cuanto al régimen jurídico aplicable, el Ayuntamiento de Erandio tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, 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) La justificación de la baja temeraria que realiza ALAIKI no se corresponde con alguno de los valores establecidos en la LCSP, concretamente en su artículo 149.4.
- b) ALAIKI reconoce en sus alegaciones al procedimiento de baja instruido por el órgano de contratación que su oferta tiene un error que la hace inviable, ya que en vez de establecer el precio para los dos años de contrato lo hizo para un año. Sin embargo, de la oferta económica presentada no se deduce de manera evidente dicho error, y su subsanación ha implicado modificar la oferta previamente realizada para hacerla viable, vulnerando el principio de igualdad.
- c) No existe en los pliegos oscuridad alguna que pueda inducir al error, tal y como alega la adjudicataria, pues son absolutamente claros en cuanto al tiempo de duración del contrato y, por lo tanto, el precio a ofertar. Por otro lado, si ALAIKI tuvo alguna duda al respecto pudo haberlo consultado con el poder adjudicador.
- d) Finalmente, solicita la exclusión de la oferta de ALAIKI.

SÉPTIMO: Alegaciones de ALAIKI

ALAIKI se opone a la estimación del recurso, en síntesis, por los siguientes argumentos:

- a) ALAIKI cometió un error material involuntario en la presentación de las ofertas económicas, claro, perfectamente perceptible a simple vista y sin



necesidad de razonamientos especiales, por cuanto en las mismas consignó el importe anual ofertado en lugar del correspondiente al periodo bienal. Así, la oferta real referida a los dos años es la resultante de una simple operación aritmética, consistente en multiplicar el importe anual ofertado por dos.

b) ALAIKI considera que no nos encontramos ante una oferta anormalmente baja que debía justificarse sino ante un error material que debía ser corregido. Por tanto, no había necesidad de justificar ninguna oferta anormalmente baja, porque ésta no existió.

c) El error cometido por ALAIKI es subsanable, citando para ello diversa doctrina de los Tribunales de Recursos Contractuales, según la cual los errores cometidos en la oferta económica pueden ser subsanados si se cumplen determinadas condiciones. Así se considera que el error material cometido, puede haberse debido al propio modelo contenido en el Anexo I que ha podido inducir a una duda razonable porque no expresaba si el precio ofertado debía ser por ejercicios naturales o por toda la duración del contrato. Por otro lado, es evidente que se ha incurrido en error, pues el precio consignado supone una baja del 52,96% respecto del precio base de licitación, el cual no soporta el coste del personal para los dos años.

d) Por otro lado, el permitir la subsanación del precio no ha supuesto otorgar a la alegante ningún trato de favor, por cuanto que la recurrente en ningún caso hubiera resultado adjudicataria, pues con ambas ofertas (la errada y la corregida) la adjudicataria resultaría ser ALAIKI.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso alegando que el error reconocido por ALIKI en el trámite de justificación de las ofertas anormalmente bajas podía ser subsanado, ya que no introducía ninguna variable que alterase la oferta, pues de la documentación existente surgía el elemento de juicio para



deducir que la oferta real era el duplo de la plasmada (como son los costes directos del servicio señalados en la memoria justificativa del expediente de contratación- gastos del personal a subrogar-), los cuales no podían llegar a ser cubiertos con la dicción literal de la oferta. Por ello, se admitió la aclaración de la oferta al entenderse que el error cometido era material o formal y no se otorgaba ningún trato de favor ni se modificaba la oferta.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de lo establecido en los pliegos que rigen la licitación que, por no haber sido impugnados en tiempo y forma, vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación. En este caso, son relevantes los siguientes apartados:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

(...)

15. FORMA DE PRESENTACIÓN DE LAS PROPOSICIONES

ARCHIVO ELECTRÓNICO SOBRE C: "CRITERIOS FORMULA"

SE PRESENTARÁN TANTOS SOBRES C COMO LOS LOTES A LOS QUE SE LICITE (UN SOBRE C PARA CADA LOTE AL QUE SE LICITE).

En este archivo electrónico titulado "CRITERIOS FORMULA" se deberá incluir la oferta económica y los criterios de adjudicación cuantificables por fórmula.

Las proposiciones deberán ajustarse al modelo establecido en **el Anexo I** del presente pliego, que deberá estar firmada por el licitador o persona que lo represente

Si alguna proposición excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte de la empresa licitadora de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa de contratación, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no altere su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición. (...)



ANEXO I

LOTE 2 - Servicio de Ocio Activo en materia artística-cultural para personas mayores

MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y CRITERIOS CUANTIFICABLES POR FÓRMULA

D/Dña. con domicilio en calle y
provisto del D.N.I., en nombre propio o en representación de la empresa
.....con domicilio en calle, C.P.
Tfno. y C.I.F.

DECLARO

1.- Que conozco y acepto incondicionalmente el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas y el de Prescripciones Técnicas que rigen la contratación por el procedimiento abierto para la prestación del **SERVICIO CONSISTENTE EN LA EJECUCION DEL SERVICIO DE LUDOTEKAS y OCIO ACTIVO EN MATERIA ARTÍSTICA-CULTURAL PARA PERSONAS MAYORES** y demás documentación que debe regir el presente contrato, que expresamente asumo y acato en su totalidad.

2.- Que el firmante y la empresa a la que representa reúne todas y cada una de las exigencias establecidas para contratar con la Administración y que no se encuentran incursos en ninguna de las limitaciones o prohibiciones establecidas en la legislación vigente para contratar con la administración.

3.- Que me comprometo a la ejecución del **servicio** de referencia por el **precio** (debe expresarse en letra y en número), para los dos años de contrato, de:

☐ **Lote 2.- Servicio de Ocio Activo en materia artística-cultural para personas mayores**
Precio: (debe expresarse en letra y en número) euros, más (debe expresarse en letra y en número) euros, correspondientes al IVA.

4.- Que en relación con la **Mejora: Plan de formación y apoyo a los/as trabajadores/as**, se proponen las siguientes horas:

Horas: _____

Por otra parte, el contenido de la oferta económica de ALAIKI (lote 2) es el siguiente:

3. Que me comprometo a la ejecución del servicio de referencia por el precio para los dos años de contrato, de:

☒ **Lote 2.- Servicio de Ocio Activo en materia artístico-cultural para personas mayores**

Precio: cuarenta mil novecientos **setenta y dos mil euros con setenta y cinco céntimos 40.972,75 €**, más **cuatro mil noventa y siete euros con veintisiete céntimos 4.097,27 €**, correspondientes al IVA.

En resumen, la cuestión de fondo es la adecuación a Derecho de la decisión de la Mesa de contratación, ratificada por el Órgano de contratación, de admitir la aclaración de reconocimiento de un error de plasmación del precio del contrato



de la adjudicataria en el trámite de justificación de las ofertas anormalmente bajas, lo que en opinión de la recurrente ha supuesto una modificación de la oferta que debería haber conllevado la exclusión de aquélla. A juicio de este Órgano, el motivo impugnatorio debe ser estimado por las siguientes razones:

- 1) Se observa que la literalidad de la proposición respeta escrupulosamente el modelo de oferta, que no se ha alterado, y que el licitador se ha limitado a cumplimentarlo con el importe propuesto. Dicho importe solo puede referirse a la prestación contractual, tal y como esta se define en los pliegos de la licitación, es decir, con una vigencia inicial de dos años, según la cláusula 3 del PCAP y lo establecido en el propio Anexo I transcrito, sin que quepa aceptar la alegación de la adjudicataria de que la redacción de dicho Anexo I podría inducir al error a la hora de su cumplimentación, pues la claridad de la misma es, a juicio de este Órgano, manifiesta como puede observarse más arriba. Prueba de ello, es que en ningún momento se solicitaron aclaraciones por parte de los licitadores. Por último, debe señalarse que, siendo el criterio precio con mucho el más importante y decisivo en la licitación, su compleción debe hacerse con el máximo cuidado, atención y revisión por parte de un licitador diligente acostumbrado a participar en este tipo de licitaciones.
- 2) La adjudicataria impugnada considera posible la subsanación del error cometido. Sin embargo, a juicio de este OARC/KEAO, ello no es así pues ello supondría sobrepasar la mera corrección de un error material o un error de cuenta y convertirla en una alteración de la oferta al aceptar la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, infringiendo el principio de la inmutabilidad de la oferta. En este caso, la reinterpretación de la oferta efectuada por ALAIKI supone, de hecho, una modificación de la proposición inicial, conocidos, además, el resto de precios ofertados por los licitadores, lo que le permitiría justificar un nuevo precio en función de aquéllos. Esta conclusión no se deduce solamente de la circunstancia de



que se haya cambiado su literalidad sino, especialmente, de que dicha modificación no se ha basado en algún otro contenido de la oferta contradictorio con aquélla o indicios presentes en la documentación de la proposición. En definitiva, se ha producido una alteración de la oferta con el fin de hacerla viable, lo cual no es conforme a derecho.

- 3) Este OARC / KEAO, al igual que otros Tribunales, ha admitido que el poder adjudicador solicite una aclaración al operador económico cuando del contexto de la oferta puede deducirse que la verdadera voluntad del licitador no ha sido correctamente formalizada o está ambigüamente expresada y ha sido ocultada por un error en su plasmación, pero puede deducirse de dicho contexto; en tal caso, la aclaración no equivale a una modificación o reelaboración de la oferta, lo que la LCSP prohíbe en los procedimientos abiertos como el analizado por ser equivalente a negociarla (artículo 156.1 de la LCSP), sino que simplemente se confirmaría la citada voluntad real (ver, por todas, la Resolución 53/2019 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI: EU:C:2018:122, apartados 49 al 53). Sin embargo, en el supuesto analizado no hay dato o contradicción alguna en el contexto del documento que permita deducir que la intención de ALAIKI sea distinta de la efectivamente reflejada.
- 4) Al no haber ambigüedad o error en la oferta, y a la luz del modelo de oferta (no existía en los Pliegos ninguna posibilidad de licitar por anualidades), de la documentación contractual y de lo escrito por el licitador, no tenía la Mesa ningún elemento de juicio para deducir que la oferta real era superior a la consignada, que se refería a solo un año. Por ello, actuó correctamente cuando solicitó justificación de la baja temeraria (que es lo que entendió) y, sin embargo, erró al aceptar la explicación dada por ALAIKI, pues (i) no puede aceptarse el argumento dado por el poder adjudicador para deducir que la oferta era del duplo de lo consignado, pues no se basa en el contenido de la oferta sino en el propio expediente



de contratación (memoria justificativa y coste de subrogación), y constituye una suposición del poder adjudicador. Además, aceptarlo llevaría a considerar error subsanable cualquier configuración de la oferta económica que llevara a la exclusión o penalización de la proposición con el argumento de que no tiene sentido que nadie presente una proposición destinada a ser rechazada o deficientemente valorada. Conviene recordar que, por el contrario, la jurisprudencia del TJUE establece que la correcta presentación de la proposición incumbe única y exclusivamente al licitador, por lo que solo éste es el responsable de la confección negligente de su oferta (ver, por todas, la Resolución 184/2018 del OARC / KEAO y la STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10, ECLI:EU:C:2012:191, apartado 38); y (ii) la justificación de ALAIKI debió descartarse también porque se basa en una hipótesis o práctica inadecuada desde el punto de vista jurídico (artículo 149.4 de la LCSP); en efecto, dado que la inalterabilidad de las ofertas es una regla fundamental en los procedimientos abiertos como el que se analiza (artículo 156.1 de la LCSP), no puede entenderse conforme a Derecho una explicación que pretende acreditar la viabilidad de la oferta proponiendo su ejecución en términos distintos de los inicialmente propuestos (ver, Resolución 120/2019 del OARC/KEAO).

- 5) Por todo lo indicado anteriormente, el recurso debe estimarse procediéndose a la exclusión de la oferta de la mercantil ALAIKI y retrotrayendo las actuaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 150.4 de la LCSP.

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 mercantil ZIENTZIKASI, S. COOP. contra la adjudicación del contrato “Servicio de ludotecas y el servicio de ocio activo en materia artística-cultural para personas mayores (lote 2)”, tramitado por el Ayuntamiento de Erandio, anulando la adjudicación, excluyendo la oferta de ALAIKI y ordenando la retroacción de actuaciones de acuerdo con lo expresado en el apartado 5) del Fundamento jurídico noveno de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: De acuerdo con lo previsto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé conocimiento a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a 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, 2022ko maiatzaren 25a

Vitoria-Gasteiz, 25 de mayo de 2022