



EB 2019/061

Resolución 098/2019, de 27 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 XAKER KIROL ZERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios para la gestión de las actividades deportivas, socorrismo, control de accesos y administración en las instalaciones deportivas del Organismo Autónomo DERIOKO UDAL KIROLDEGIA, tramitado por DERIOKO UDAL KIROLDEGIA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 10 de abril de 2019 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 XAKER KIROL ZERBITZUAK, S.L. (en adelante, XAKER) contra la adjudicación del contrato “Servicios para la gestión de las actividades deportivas, socorrismo, control de accesos y administración en las instalaciones deportivas del Organismo Autónomo DERIOKO UDAL KIROLDEGIA, tramitado por DERIOKO UDAL KIROLDEGIA.

SEGUNDO: El día 11 de abril 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 los días 12 y 15 de abril.





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 15 de abril, se han recibido las alegaciones de EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE (en adelante, EBONE) y de GUEDAN SERVICIOS DEPORTIVOS, S.A. (en adelante, GUEDAN), los días 23 y 24 de abril.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta la legitimación de la recurrente, así como la representación de D. I.A.B., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.c) de la LCSP son impugnables los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, DERIOKO UDAL KIROLDEGIA 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) Respecto a la propuesta económica de GUEDAN:

- La propuesta económica de GUEDAN ascendía a la cantidad de 111.413,55 euros por el lote 1 y 115.795,74 euros por el lote 2; el acta de la Mesa considera que dichas ofertas no cubren los costes directos derivados del cumplimiento del Convenio colectivo aplicable, y que la empresa se ha comprometido a aplicar. Con base en el artículo 176.1 de la LCSP, se requirió a la empresa para que aclarara si las proposiciones presentadas a ambos lotes corresponden a una anualidad del presupuesto base de licitación y plazo de ejecución del contrato por dos años exigido en los Pliegos, con la advertencia de que la aclaración no puede, en ningún caso, suponer una modificación de la oferta. A juicio del recurrente, este precepto solo es aplicable al procedimiento de adjudicación por diálogo competitivo (que no es el caso) y la Mesa de Contratación lo utiliza para no aplicar el procedimiento previsto en el artículo 149 de la LCSP para las bajas anormales; se trata de una aclaración impropia porque la misma pregunta revela la respuesta correcta: que las propuestas económicas corresponden a una anualidad y el plazo de ejecución es de dos años, por lo que se permite una modificación de la proposición legalmente inaceptable.
- GUEDAN responde a la solicitud manifestando que la oferta se corresponde con una anualidad y que ni el pliego ni el modelo anexo especificaban este extremo; esta afirmación es insostenible porque el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) sí concreta que el presupuesto base de licitación es por dos años e IVA excluido y además existe una consulta del recurrente al poder adjudicador publicada en la web que despejaba cualquier duda.



b) Respecto a la propuesta económica de la UTE EBONE – JASO KIROLAK

- La oferta de esta UTE para el lote 1 ascendía a 112.036, 67 euros, en el correspondiente Acta de la Mesa de Contratación se señala que, si bien en el acto público de apertura se leyó que presentaba oferta para el LOTE 1 por valor de 112.036, 57 euros, en la oferta presentada se detalla expresamente que el precio corresponde a euros / año.
- El recurrente entiende que ello supone modificar la oferta, pues pudo haber quedado claro que la propuesta económica ascendió a 112.036,67 euros por año, pero en ningún caso por cuántos años, siendo una conclusión infundada por parte de la Mesa que la voluntad del licitador sea prestar el servicio durante los dos años que prevé el pliego.

c) Finalmente, se solicita la anulación o la nulidad del acto impugnado, excluyendo las ofertas de GUEDAN a los lotes 1 y 2 y la oferta de la UTE EBONE – JASO KIROLAK al lote 1, adjudicándose ambos lotes a la siguiente mejor oferta.

SÉPTIMO: Alegaciones de EBONE

EBONE se opone a la estimación del recurso alegando que, en la proposición de la UTE de la que forma parte, se pudo constatar que se especificaba que el precio señalado se correspondía con una anualidad del contrato, de modo que la oferta quedaba determinada, pues la voluntad del licitador de prestar el servicio durante dos años deriva simplemente de la formulación de la oferta, que supone la aceptación incondicionada de los pliegos. Consecuentemente, no existe modificación de la oferta, que se puede determinar con una simple multiplicación para adecuarla al periodo de duración del contrato.



OCTAVO: Alegaciones de GUEDAN

GUEDAN se opone al recurso por los siguientes motivos:

a) Aunque el PCAP sí referencia el Presupuesto Base de Licitación y el valor estimado a un periodo inicial de duración de dos años, se alega que, en cambio, el modelo de proposición económica (Anexo II del PCAP) no especificaba que la oferta económica tuviera que referirse a un periodo de dos años ni impedía con claridad la posibilidad de que se presentara un presupuesto para una anualidad (fórmula habitual en los procedimientos de adjudicación); asimismo, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se refiere constantemente a periodos anuales para fijar las horas abonables anuales.

b) La aclaración de las ofertas económicas es admisible, siempre que no suponga su modificación; en este caso, se trata de la aclaración de un simple error material.

NOVENO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) La Mesa de Contratación consideró que procedía la correspondiente aclaración, pues, por un lado, la oferta de GUEDAN se compromete a la aplicación del correspondiente convenio colectivo y, por otro lado, no cubre los costes directos derivados de dicha aplicación.

b) Por lo que se refiere a la oferta de la UTE EBONE JASO KIROLAK, el poder adjudicador entiende que su oferta es clara e indubitada, pues indica expresamente que su oferta es de 112.036, 37 euros por año; debe tenerse en cuenta que el presupuesto base de licitación y el plazo de ejecución del contrato son con base a dos años. Por ello, no es preciso ningún tipo de aclaración porque



no hay ambigüedad en la oferta, y la “manipulación” del modelo no cambia el sentido de la proposición, lo que justifica la actuación de la Mesa multiplicando el importe por dos.

DÉCIMO: 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

(...)

B) VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO, PRESUPUESTO BASE DE LICITACIÓN Y TIPO DE LICITACIÓN. PLAZO DEL CONTRATO

B.1) PRESUPUESTO BASE LICITACIÓN (por dos años e IVA excluido)

LOTE	Presupuesto IVA excluido	IVA
1. Servicios deportivos	249.247,32 €	52.341,94 €
2. Control de accesos y administración	259.050,88 €	54.400,68 €

B.2) VALOR ESTIMADO DEL CONTRATO (dos años + dos prórrogas de un año cada una e IVA excluido): **1.016.596,40 €**

B.3) PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO: El ámbito temporal del contrato será de **DOS AÑOS** desde el 1 de octubre o fecha de firma del contrato, con **dos posibles prórrogas** de un año de duración cada una de ellas

(...)

ANEXO II PROPOSICIÓN ECONÓMICA

1º) Que me comprometo a su ejecución por el precio de €, más €, correspondientes al. % de I.V.A.

En su caso:

Que me comprometo a la ejecución del LOTE 1 por el precio de €, más €, correspondientes al % de I.V.A.



Que me comprometo a la ejecución del LOTE 2 por el precio de €, más €, correspondientes al % de I.V.A.

(...)

3º) Que conozco el Pliego de Prescripciones Técnicas, con su contenido, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y demás documentación que ha de regir el presente contrato, que expresamente asumo y acato en su totalidad.

Asimismo, es importante señalar la siguiente aclaración, publicada en la Plataforma de contratación el día 31 de agosto:

INFORME CONSULTAS LICITACIÓN SERVICIOS DEPORTIVOS, SOCORRISMO, CONTROL DE ACCESOS Y ADMINISTRACIÓN EN LAS INSATACIONES DEL O.A. DERIOKO UDAL KOROLDEGIA

(...)

16. En referencia al modelo de proposición económica del concurso de gestión de las actividades deportivas, quería confirmar lo siguiente: ¿El precio se refiere al total del presupuesto para 2 años (precio hora x horas estimadas x 2 años)?

La propuesta económica ha de realizarse sobre EL PRESUPUESTO BASE DE LA LICITACIÓN (2 años), no pudiendo ser superado.

En resumen, la pretensión del recurso es la exclusión de las proposiciones de GUEDAN (a los lotes 1 y 2) y de la UTE EBONE JASO (al lote 1) por entender que sus ofertas económicas incurren en un error insubsanable. A continuación, se exponen las apreciaciones de este OARC / KEAO al respecto.

a) Sobre la oferta económica de GUEDAN (lotes 1 y 2)

El contenido de la oferta económica de GUEDAN es el siguiente:

PROPOSICIÓN REFERENTE A CRITERIOS DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA

1º) Que me comprometo a la ejecución del **LOTE 1** por el precio de 111.413,55€ (CIENTO ONCE MIL CUATROCIENTOS TRECE EUROS CON CINCUENTA Y CINCO CÉNTIMOS), más 23.396,85€ (VENTITRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS EUROS CON OCHENTA Y CINCO CÉNTIMOS, correspondientes al 21% del I.V.A.

(...)



1º) Que me comprometo a la ejecución del **LOTE 2** por el precio de 115.795,74€ (CIENTO QUINCE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y CUATRO CÉNTIMOS), más 24.317,11 (VENTICUATRO MIL TRESCIENTOS DIECISIETE EUROS CON ONCE CÉNTIMOS), correspondientes al 21% del I.V.A.

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 los importes propuestos para cada lote. Dichos importes solo pueden 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 el apartado B) del Cuadro de Características del PCAP) y se confirma en la respuesta a la consulta del recurrente, publicada en la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi. Debe recordarse que este OARC / KEAO 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 ambiguamente 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 de 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 GUEDAN sea distinta de la efectivamente reflejada.

Esta conclusión tiene la consecuencia de que, al no haber ambigüedad o error en la oferta, tampoco cabe ninguna solicitud de aclaración o subsanación. El trámite seguido equivale, en realidad, a la reelaboración de la oferta inicial y a la admisión por GUEDAN (en el mismo procedimiento de adjudicación, y no solo en las alegaciones al recurso; ver las Resoluciones 9 y 112/2016 de este OARC



/ KEAO) que su proposición incurre en un error manifiesto en su importe, lo que, según el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), supone que debe ser desechada, sin que quepa que el licitador reclame a la Administración la concesión de una posibilidad de subsanación o aclaración para compensar una deficiente elaboración de la oferta de la que solo él es responsable, especialmente a la vista de que la cuestión debatida fue objeto expreso de una aclaración publicada, plenamente respetuosa con el sentido de los pliegos y que pudo conocer antes de la citada elaboración (ver, por ejemplo, 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).

b) Sobre la oferta económica de la UTE EBONE JASO (lote 1)

El contenido de la oferta de la UTE EBONE JASO es el siguiente:

MODELO DE PROPOSICIÓN REFERENTE A CRITERIOS DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA

1. Que se comprometen a la ejecución del LOTE 1 por el precio de 112.036,67€/año, más 23.527,70€/año, correspondiente al 21% de I.V.A.

Se observa que el licitador ha alterado el modelo de oferta, que no contempla que el precio sea por año, sino por la totalidad del contrato, que tiene una vigencia inicial de dos años. De acuerdo con el antes citado artículo 84 del RGLCAP, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición. A juicio de este Órgano, este precepto es plenamente aplicable al caso, pues la literalidad de la oferta es clara: prestar un año del servicio que se pretende contratar por un precio concreto. A partir de ese dato incontestable, la determinación inequívoca del precio total propuesto es tan sencilla como multiplicar el precio por dos para completar el precio para la vigencia de dos años establecida en los pliegos. No es aceptable la alegación del recurrente de que la redacción es ambigua porque no se especifica la intención de que la prestación vaya a realizarse los dos citados años, pues, dicha omisión de señalamiento expreso debe integrarse con el acatamiento de los pliegos que la simple



presentación de la proposición ya implica (artículo 139.1 de la LCSP) y que la propia oferta económica reitera expresamente en su punto 3, sobre todo a la vista de que tampoco hay ningún dato que avale la interpretación de que la propuesta es solo para un año y que la UTE no quiere prestar el servicio más allá de este periodo. Consecuentemente, el motivo de impugnación debe descartarse en lo que se refiere a la oferta de la UTE EBONE JASO al lote 1.

c) Conclusión

A la vista de las letras a) y b) anteriores, el contenido dispositivo de la presente resolución es el siguiente:

- Lo expresado en el apartado a) anterior lleva a entender que debe anularse la adjudicación del lote 2, con retroacción de actuaciones en dicho lote excluyendo la oferta de GUEDAN y adjudicación del contrato al siguiente clasificado en el listado del artículo 150.1 de la LCSP.
- Por el contrario, debe desestimarse la pretensión en lo que se refiere al lote 1, ya que, al ser válida la oferta de la UTE EBONE – JASO, siempre habría al menos una proposición mejor clasificada que la de XAKER en el listado del artículo 150.1 de la LCSP, en el que esta empresa ocupa el tercer puesto, por lo que la exclusión de la oferta de GUEDAN no supondría en ningún caso la adjudicación al recurrente.

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: En relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por XAKER KIROLO ZERBITZUAK, S.L. contra la adjudicación del contrato “Servicios para la gestión de las actividades deportivas, socorrismo, control de accesos y administración en las instalaciones deportivas del Organismo Autónomo DERIOKO UDAL KIROLDEGIA, tramitado por DERIOKO UDAL KIROLDEGIA:

- a) Estimar parcialmente el recurso en lo que se refiere al Lote 2, anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones con exclusión de la oferta de GUEDAN de acuerdo con lo expresado en las letras a) y c), primer inciso, del Fundamento jurídico décimo de la presente Resolución.
- b) Desestimar el recurso en lo que se refiere al lote 1.

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

Vitoria-Gasteiz, 2019ko maiatzaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de mayo de 2019