



EB 2016/110

Resolución 112/2016, de 20 de octubre 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, que resuelve el recurso especial interpuesto por la UTE DANON ARTEAN MUGITU, frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de secretaría técnica del proyecto Mugiment y la implantación de la estrategia Mugisare”, promovido por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 12 de agosto de 2016 la UTE DANON ARTEAN MUGITU, (en adelante, la UTE) interpuso en el Registro del Órgano de Contratación un recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de secretaría técnica del proyecto Mugiment y la implantación de la estrategia Mugisare”, promovido por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura.

SEGUNDO: El recurso, junto con el expediente fue registrado el día 16 de agosto de 2016 en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), si bien el informe al que hace referencia el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) ha sido recibido el 6 de octubre de 2016.

TERCERO: La empresa ATHLON KOOP. E. (en adelante, ATHLON) ha presentado alegaciones al recurso el día 5 de septiembre de 2016.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación de la UTE recurrente la representación de don F. G.G. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios cuyo valor estimado sea superior a 209.000 € y el del que nos ocupa es de 450.120 €.

TERCERO: El acto recurrido es la Resolución de 22 de julio de 2016, de la Directora de Gestión Económica, de adjudicación del contrato (artículo 40.2 c) TRLCSP).

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

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

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

a) En la fase de justificación de oferta anormal o desproporcionada, la empresa ATHLON, adjudicataria final del contrato, no justifica la viabilidad de su oferta económica en los términos del art. 152.3 del TRLCSP y el requerimiento efectuado por la administración con fecha 6 de mayo de 2016, sino que manifiesta que su oferta no se encuentra incurso en valores anormales o desproporcionados pues presenta “la cantidad anual total ofertada”, siendo ésta la forma en la que la mesa debe se debe “interpretar”. Frente a ello cabe oponer:

(i) Ni la carátula, ni el PCAP indican el presupuesto de licitación para una anualidad, ni que la oferta deba presentarse por anualidades, pues la cláusula



3 del PCAP utiliza el término “presupuesto máximo de licitación” y en la oferta de ATHLON no se indica por ningún medio que su oferta sea anual y traslada esta circunstancia a la Mesa de contratación después de conocer los importes de las ofertas económicas del otro licitador.

ii) La prestación del contrato se desarrolla durante un plazo de 30 meses, aunque exista presupuesto habilitado para 3 anualidades (36 meses); se confunde “anual”, que se refiere a un período de 12 meses o un año que puede comprender distintas anualidades presupuestarias y “anualidad presupuestaria”, que se vincula con el ejercicio presupuestario que va del 1 de enero al 31 de diciembre. Su consignación en el PCAP significa que es la previsión de cómo se distribuirá el precio durante el plazo de duración del contrato pero no generan ningún derecho subjetivo a los licitadores.

iii) El punto 5 de la carátula del PCAP fija el plazo de duración del contrato en 30 meses por lo que la oferta, por su propia esencia, debe referirse al plazo contractual y ninguna de las cláusulas de los pliegos autoriza a entender que se deba hacer por una anualidad, ni que realizada ésta por una anualidad el precio pase a ser el producto por tres de dicha cifra. Por otra parte, para la valoración de la oferta económica, la Mesa de contratación no está obligada a dividir entre 3 la oferta del otro licitador pues el plazo de duración del contrato es de 30 meses no de 36 meses (3 anualidades).

iv) ATHLON está reconociendo tácitamente que su oferta incurre en un error manifiesto y pretende modificar el sentido de su oferta.

v) El artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) sólo prevé la subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa pero no los de la oferta económica.



vi) No procede la aplicación del art. 1.288 del Código Civil pues ni en la carátula ni en el PCAP se incluye cláusula oscura o con dificultad interpretativa.

vii) El carácter antiformalista del procedimiento de contratación es predicable de los requisitos formales pero nunca de los materiales.

b) Escasa valoración de los criterios no cuantificables por fórmulas pues obvian las aportaciones de valor de las empresas que forman la UTE, infravaloran de forma clara y sin motivación la metodología de exposición elegida por la UTE (la ficha se ha elaborado para este proyecto, y de cada servicio solicitado se ha realizado una ficha) y, en la descripción de los equipos de trabajo necesarios y distribución de tareas, a la UTE adjudicataria se le dan la totalidad de puntos (25) sin que figure justificación o motivación alguna al respecto.

c) Restricción a la libre concurrencia pues ATHLON ha participado en la elaboración de las prescripciones técnicas lo cual conlleva su exclusión de la licitación por no cumplir con las condiciones especiales de compatibilidad exigidas y suponer un trato privilegiado.

SÉPTIMO: Las alegaciones del poder adjudicador son en síntesis:

a) Obran en el expediente las razones en que se fundamenta la admisión y posterior adjudicación del contrato a ATHLON.

b) En relación con la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a un juicio de valor: (i) para la valoración de la “metodología de preparación y ejecución de las tareas” no se ha tenido en cuenta la capacidad, experiencia, medios materiales y humanos, certificados de calidad o mediomambientales o naturaleza jurídica de las empresas cuya oferta se valora pues tales cuestiones exceden del ámbito de los criterios de valoración y afectan a la capacidad y solvencia de las empresas, (ii) la motivación y puntuación otorgada al sistema de fichas viene expuesto en el informe de valoración, (iii) la puntuación



otorgada por el criterio de adjudicación “ descripción de los equipos de trabajo necesarios y distribución de las tareas” se encuentra justificada, igualmente, en dicho informe.

c) La participación en la elaboración de las especificaciones técnicas o documentos preparatorios no implica una incompatibilidad de manera automática, pues debe ser activa en el sentido de provocar restricciones a la libre concurrencia.

OCTAVO: La adjudicataria impugnada, ATHLON, alega lo siguiente:

a) Realizando una interpretación literal del punto 3 de la carátula del PCAP se entiende que las ofertas que se efectúen no pueden superar ninguno de los importes totales señalados, ni del presupuesto máximo, ni el de cada una de las anualidades. Esta cláusula puesta en relación con el Anexo VI del PCAP, que no dispone que el precio ha de señalarse por anualidades o por la suma de todos ellos, inducen a pensar que la oferta podía realizarse señalando el importe para una única anualidad o para la totalidad del contrato; siendo esta interpretación avalada por la mayoría de los miembros de la mesa de contratación y por la Oficina de Control Económico del Departamento de Hacienda y Finanzas. En todo caso, la oferta resultaba evidente y fácilmente cognoscible, sin que la aclaración haya supuesto una modificación de la oferta realizada.

b) En todo caso, existencia de oscuridad, ambigüedad o dificultad interpretativa en la documentación que rige la licitación pues los propios componentes de la mesa de contratación discrepan respecto a la forma en la que se debe realizar la oferta económica y de los antecedentes obrantes en el expediente (documento de autorización del gasto, “Memoria relativa al gasto plurianual” y el informe de la asesoría jurídica) cabe concluir que la intención del Gobierno Vasco era que el contrato se ejecutase en el plazo de 30 meses dentro de los años 2016, 2017 y 2018 y pese a que durante el 2016 se prestaría el servicio



menos meses el contratista debía ejecutar el mismo volumen de trabajo que para el resto de los años.

c) Respecto de las bondades de la oferta de ATHLON y de la valoración técnica efectuada el informe que analiza los criterios motiva las razones de la puntuación asignada y, de conformidad con el principio de discrecionalidad técnica, se deben respetar los resultados de las valoraciones.

d) Si bien ATHLON fue adjudicataria del contrato para el “Desarrollo de la secretaría técnica del proyecto mugiment y la implantación de la estrategia Mugisare”, ello no significa que efectuase labor alguna en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de la licitación.

NOVENO: El recurso plantea la cuestión de la voluntad contractual de la empresa ATHLON en cuanto al precio del contrato.

Los términos literales de la oferta económica efectuada por dicha empresa son los siguientes:

I.- Que he quedado enterado del procedimiento de adjudicación del contrato que tiene por objeto “SERVICIOS DE SECRETARÍA TÉCNICA DEL PROYECTO MUGIMENT Y LA IMPLANTACIÓN ESTRATEGIA MUGISARE” (K-13/2016)

(...)

IV.- Que en relación con la prestación o prestaciones, propongo su realización por el siguiente precio:

Precio sin IVA	IVA	Precio total
111.570,25 €	23.429,75 €	135.000,00€

Esta oferta se ajusta al modelo de proposición económica que figura como documento Anexo VI al PCAP.



Conforme al punto 4.1 de la carátula del PCAP el precio del contrato se determina a tanto alzado y la cláusula 6.1 del PCAP dispone que «En los contratos en que la determinación del precio se efectúe a través de tanto alzado el precio del contrato será el ofertado por el adjudicatario que en ningún caso podrá superar al presupuesto de licitación.»

En cuanto al presupuesto de contratación, el punto 3 de la carátula del PCAP dispone lo siguiente:

«3.- PRESUPUESTO DE LICITACIÓN *(las ofertas no pueden superar los importes totales señalados).*

El presupuesto máximo de licitación o, en su caso, de gasto indicativo asciende a 372.000,00 euros + 78.120,00 euros de IVA, resultando un importe total de 450.120,00 euros.

Anualidad	Precio sin IVA	IVA	Total
Año 2016	124.000 €	26.040 €	150.040 €
Año 2017	124.000 €	26.040 €	150.040 €
Año 2018	124.000 €	26.040 €	150.040 €
Total	372.000 €	78.120 €	450.120 €

NO SE ADMITIRÁN OFERTAS ECONÓMICAS QUE EXCEDAN DEL PRECIO MÁXIMO DEL CONTRATO IVA EXCLUIDO, ESTO ES 372.000,00 EUROS»

En el supuesto analizado el licitador oferta un precio total determinado por lo que la voluntad expresada es clara y no permite interpretaciones. No hay en el resto de la oferta un dato que permita deducir que la verdadera voluntad del licitador sea otra distinta que la expresamente formulada. En concreto, no se deduce de la oferta que la voluntad de licitador fuera la de ofertar el precio por anualidades. Consecuentemente, la proposición debió considerarse en sus propios términos literales pues, material y formalmente, es correcta.



Es cierto que este OARC / KEAO ha aceptado en algún caso la aclaración de la oferta si se respetan los principios de proporcionalidad e igualdad de trato y no se modifican los términos de la oferta (ver la Resolución 106/2015), pero en el supuesto que nos ocupa la oferta efectuada por ATHLON se ajusta a los requisitos de admisibilidad exigidos en el PCAP, es decir, la Mesa de contratación no observa error o ambigüedad que motive la necesidad de solicitar aclaraciones, porque realmente no hay motivo para ello. La consideración de que, en realidad, el importe ofertado se refiere únicamente a una anualidad, por lo que el precio realmente ofertado debe entenderse el que figura en la proposición económica multiplicado por el número total de anualidades del contrato (3), se efectúa en el procedimiento incidental contradictorio que se instruye al observar que en la oferta concurren valores anormales o desproporcionados y, a juicio de este OARC/KEAO, constituye una nueva manifestación de voluntad que supone una modificación de la oferta económica, lo cual está terminantemente vedado (STJUE, de 29 de marzo de 2012, apartado 40, ECLI:EU:C:2012:191) por implicar una infracción del principio de igualdad de trato y transparencia recogidos en el art. 1 del TRLCSP.

Además, esta aclaración no es congruente con las cláusulas contractuales pues las anualidades únicamente expresan el límite superior de gasto que va a abonar la administración por cada uno de los ejercicios presupuestarios (del 1 de enero al 31 de diciembre) en los que se ejecuta la prestación que, además, puede ser reajustado por diversas razones (retrasos en el inicio del contrato o durante su ejecución, etc.) pero que no tienen que coincidir con el plazo de ejecución del contrato, como ocurre en el contrato que nos ocupa cuyo plazo es de 30 meses, pues ambos son conceptos diferentes y tienen una naturaleza diferente; la anualidad es un concepto presupuestario y, por tanto, adjetivo al contrato, mientras que el plazo es un requisito esencial del mismo, lo cual no posibilita que se pueda multiplicar por tres el precio ofertado (en este sentido, ver Resolución 67/2014).



Finalmente, se ha de tener en cuenta que la oferta de la recurrente, realizada a tanto alzado y por la duración del contrato, no puede ser dividida.

DÉCIMO: Tampoco puede considerarse la existencia de oscuridad o ambigüedad entre lo especificado en el punto 3 de la carátula del PCAP y el modelo de proposición económica pues, de un lado, dicha cláusula señala cuál es el presupuesto máximo de licitación y el precio máximo que se puede ofertar (en ambos casos 372.000,00 €, IVA excluido), que coincide, además, con la cifra total del desglose de la distribución de las anualidades y, de otra, el modelo de proposición económica especifica que se debe ofertar el “*precio total*”, aclarando tanto la carátula (punto 4.1) como el PCAP (cláusula 6) que el precio del contrato será la cantidad ofertada por el licitador. La acotación que figura entre paréntesis (*las ofertas no pueden superar los importes totales señalados*) al lado del epígrafe de la cláusula (3.- PRESUPUESTO DE LICITACIÓN) tampoco induce a entender que lo solicitado es la oferta de una anualidad y, además, estas acotaciones se observan en otras cláusulas del PCAP (la 29.5, la 37, la 40) en las que se configuran como instrucciones dirigidas al redactor del pliego.

Consecuentemente, las cláusulas se complementan entre ellas y no cabe que un operador económico razonablemente informado y normalmente diligente que, tal y como se deriva del expediente, ha licitado anteriormente con la administración, pueda alegar error derivado de la oscuridad de unas cláusulas contractuales que identifican claramente que se solicita un precio total por la realización de las prestaciones objeto del contrato (ver en este sentido, Resolución 113/2014).

UNDÉCIMO: Concluido que el adjudicatario del contrato ha modificado su oferta, no cabe más que considerar que la inicialmente efectuada comporta error manifiesto en el importe de la proposición, lo cual conforme a lo dispuesto en la cláusula 22.f del PCAP y artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de



Contratos de las Administraciones Públicas, supone su exclusión del procedimiento de adjudicación.

La estimación de este motivo de impugnación hace que no sea necesario el análisis del resto de motivos aducidos en el 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: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE DANON ARTEAN MUGITU, frente a la adjudicación del contrato de “Servicios de secretaría técnica del proyecto Mugiment y la implantación de la estrategia Mugisare”, promovido por el Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, anular el acto recurrido y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a la valoración de las ofertas económicas, con exclusión de la presentada por ATHLON KOOP. ELKARTEA, adjudicando el contrato a la siguiente oferta económicamente más ventajosa en el orden de clasificación, previos los trámites correspondientes.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo previsto 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.