



EB 2024/060

Resolución 173/2024, de 24 de septiembre, 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 COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Mantenimiento integral de instalaciones de los edificios y locales judiciales y centro de menores de la C.A.P.V.”, tramitado por la Administración General de la Comunidad de Euskadi (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de abril de 2024 se presentó ante el órgano de contratación el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U. (en adelante, COMSA), contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Mantenimiento integral de instalaciones de los edificios y locales judiciales y centro de menores de la C.A.P.V.”, tramitado por la Administración General de la Comunidad de Euskadi (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

SEGUNDO: El recurso, la copia del expediente de contratación 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), se recibieron 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 mismo día 12 de abril.



TERCERO: Traslado el recurso a los interesados con fecha 15 de abril, no se han presentado alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de L.A.T., 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

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149 LCSP.

No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador, que solicita la inadmisión parcial del recurso, concretamente de la pretensión de exclusión de la oferta de GIROA, alegando que la propuesta de la Mesa de Contratación determinando la clasificación de las ofertas no es un acto impugnado. A juicio de este Órgano, la

valoración de la oferta recurrida supone su admisión tácita porque implica que su contenido se ha considerado legalmente adecuado, por lo que sí cabe contra dicha admisión la interposición del recurso especial. Debe tenerse en cuenta que la LCSP establece que la admisión de ofertas es un acto impugnabile, pero no especifica que dicha admisión se plasme en un acto expreso. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de la que se deduce, en síntesis, que la decisión por la que un poder adjudicador deniega, aunque solo sea implícitamente, la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación debe poder ser impugnada necesariamente por cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que haya sido o haya podido resultar perjudicada por una infracción legal (ver los apartados 62 de la STJUE de 21/12/2023, asunto C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016 y 143 de la STJUE de 7/9/2021, C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700).

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad de Euskadi (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales), tiene la condición de poder adjudicador, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

En síntesis, el recurso se basa en los siguientes argumentos:

- a) La oferta de la recurrente al lote 1 fue excluida por indicar un precio euros / mes cuando debía indicar un precio / hora; se alega que se trata de un error tipográfico por falta de atención o de transferencia del concepto (copiar y pegar

de otro apartado del texto) y que el modelo de oferta ya expresa que el precio es por hora.

b) La oferta de la empresa GIROA para los lotes 1 y 2 es de 0,00 euros / hora + 0,00 euros IVA, por lo que debió excluirse porque no deben admitirse precios por debajo del convenio colectivo del sector.

c) Existe un error en la suma de la oferta de GIROA al lote 2 (se indica 63.202,06 euros / mes + 13.272,43 euros IVA = 73.747,49 euros cuando debiera ser 63.202,06 euros / mes + 13.272,43 euros IVA = 76.474,49 euros).

d) Finalmente, se solicita que:

(i) se admita la oferta de COMSA SERVICE para el lote 1.

(ii) se invaliden las ofertas de la empresa GIROA en los lotes 1 y 2.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) Por lo que se refiere a la exclusión de la recurrente del lote 1, se alega que, de los datos de la oferta no puede deducirse que exista un error subsanable, siendo evidente que se requieren unas correcciones que van más allá de la mera aclaración o subsanación de errores materiales manifiestos. La subsanación que pretende el recurrente daría lugar a la elaboración de una nueva oferta, lo que va más allá de una mera aclaración o subsanación. Además, el poder adjudicador se remite al acta de la sesión de la Mesa de Contratación, que señala que no es posible reconvertir el precio / mes en precio / hora porque los meses pueden componerse de un número variable de horas según sea su duración de 28, 29, 30 o 31 días. Asimismo, no puede considerarse el precio euros / mes ofertado como un precio imposible teniendo en cuenta que otro licitador ha ofertado un precio de 0 euros / hora.

b) Por lo que se refiere a los reproches formulados contra la oferta de GIROA, el poder adjudicador alega que:

- (i) La oferta no está incurso en presunción de anormalidad según el parámetro fijado en los pliegos y no hay obligación de repercutir en cada precio unitario todos los costes de la prestación a la que se refiere.
- (ii) El error en el importe de la propuesta económica es un error de plasmación de la verdadera voluntad del licitador, la cual puede deducirse del contexto de la proposición, entendiéndose que consistía en proponer un precio total de 76.474, 49 euros / mes, que es el importe que resulta de la suma de los conceptos “precio base” e “IVA 21%”.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurrente impugna:

- (i) La exclusión de su oferta por haber propuesto un precio / mes para una de las prestaciones del contrato cuando los pliegos requerían la presentación de un precio / hora.
- (ii) La admisión de la oferta de otro licitador a pesar de un error en la suma y de proponer un precio de 0,00 euros / hora, lo que debió suponer su exclusión por tratarse de un precio inferior a los costes laborales de la prestación.

A la vista de las alegaciones del recurrente y del poder adjudicador y del resto de la documentación que consta en el expediente, en los siguientes epígrafes se exponen las apreciaciones del poder adjudicador sobre la viabilidad de la pretensión.

- a) Sobre la posibilidad de subsanar la oferta de la recurrente

COMSA alega que su exclusión penaliza un error tipográfico provocado por la “falta de atención” en la elaboración de la oferta y solicita su admisión. Este motivo de recurso debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) Este Órgano ha señalado reiteradamente (ver, por todas, su Resolución 30/2024) que, por su propia naturaleza, en el procedimiento abierto queda excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores (artículo 156.1 de la LCSP). Esta limitación supone que, una vez presentada la oferta, ésta no puede ser modificada porque ello supondría una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores y de la obligación de transparencia que se deriva del mismo, pues entraña el riesgo de que se considere que el órgano de contratación ha negociado confidencialmente con el licitador su proposición, en perjuicio de los demás licitadores. Por ello, el principio general es la imposibilidad de subsanar las imprecisiones o errores de la documentación de la oferta; en particular, los errores en la confección de la oferta económica que impidan conocer la voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna (ver, por ejemplo, las Resoluciones 115/2016 y 143/2017 del OARC / KEAO).

- 2) 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, referida al procedimiento restringido pero aplicable igualmente al procedimiento abierto). 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 no supone

una alteración de la proposición, sino que es una confirmación de la verdadera voluntad del licitador según se deduce del contexto e interpretación global de la oferta (ver, en este sentido, su Resolución 162/2020).

3) Aplicando al caso la doctrina general expuesta en los apartados 1) y 2) anteriores, se observa que en la oferta de COMSA concurren las siguientes circunstancias:

- Tanto en el importe total como en el “precio base” (importe sin IVA), la recurrente ha ofertado un precio mensual para el “servicio correctivo urgente – emergencia” del lote 2 cuando la documentación contractual (cláusula específica 5.1 “Sistema de determinación del precio” y Anexo II.1, que contiene el modelo de oferta económica) establece claramente que el precio debía fijarse por referencia a horas de trabajo.
- El error impide conocer el dato requerido por el poder adjudicador, no solo porque no se facilita el precio / hora, sino porque tampoco hay una operación aritmética que permita identificar con certeza un precio / hora a partir del precio mensual propuesto. Tampoco consta en el resto de la proposición un dato que permita entender que la voluntad del licitador sea distinta de la formalmente expresada.
- No se puede considerar como error subsanable cualquier configuración de la oferta económica que llevara a la exclusión de la proposición con el argumento de que no tiene sentido que nadie presente una proposición claramente destinada a ser rechazada o deficientemente valorada (ver las Resoluciones 89/2022 y 216/2023 del OARC / KEAO). 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 él es responsable de la falta de atención (reconocida por la propia recurrente) en la confección 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).

- En definitiva, la subsanación o aclaración de la oferta supondría, de hecho, una oportunidad para que la recurrente reelabore su oferta incluyendo en ella un precio por hora que ni figuraba ni se deducía de su proposición lo que, como ya se ha expuesto, no es aceptable.

b) Sobre la petición de exclusión de la oferta de GIROA

La recurrente solicita la exclusión de la proposición de GIROA por un error en la suma de las cantidades que componen el precio de su oferta y por la presentación de un precio unitario por importe de 0,00 euros, inferior al coste laboral de la prestación a la vista del Convenio Colectivo aplicable. Ambos motivos de recurso deben desestimarse, como se expondrá a continuación

b 1) Sobre el error en el cálculo del importe ofertado

COMSA solicita la exclusión de GIROA porque el precio de su oferta para el apartado "Mantenimiento" (lote 2) incurre en un error en la suma de su importe. Concretamente, la oferta señala lo siguiente:

Precio base:	63.202,06 euros / mes
IVA (21%):	13.272, 43 euros / mes
Total:	73.474,49 euros / mes

A la vista de este contenido, se observa lo siguiente:

- 1) Si bien el importe de la cuota del IVA es efectivamente el 21% del precio base (base imponible del impuesto), el "Total" es erróneo, pues la adición de ambos conceptos no da como resultado la suma expresada por el licitador, sino la de 76.474,49 euros. Se trata de un mero error en la suma del precio base y la cuota de IVA. De hecho, la diferencia entre el resultado correcto y la cantidad erróneamente expresada radica en una única cifra, la que representa las unidades de millar, siendo el resto de los dígitos idénticos, incluso los decimales. Consecuentemente, y de acuerdo con la doctrina expresada en los números 1) y 2) de la letra a) anterior, no

parece dudoso que la verdadera voluntad del licitador, oculta por un error en su plasmación, es proponer el importe que efectivamente resulta de la adición de ambas magnitudes, y no el señalado erróneamente. Debe tenerse en cuenta que el "Total" es un dato calculado directamente a partir del precio base, que es el único importe verdaderamente decidido por el licitador, pues la cuota de IVA es la definida por el legislador tributario.

- 2) De lo anterior se deduce que se trata de un error subsanable, que es precisamente lo que ha considerado también el poder adjudicador, que efectuó el correspondiente requerimiento a GIROA, al que la empresa respondió (ver los archivos 12 y 13 del expediente).

b 2) Sobre la oferta a importe 0

La recurrente entiende que la proposición de GIROA a los lotes 1 y 2 debe rechazarse por incluir la oferta de un precio a importe 0. Es importante aclarar que COMSA no alega que sea inaceptable o fraudulento, ni en general ni en este caso concreto, ofrecer la ejecución gratuita de un precio unitario o prestación parcial del contrato. Por el contrario, el único argumento para sostener la ilegalidad de la aceptación de la oferta es que su importe es inferior al coste salarial del servicio determinado por el convenio colectivo del sector. Planteado el debate en estos términos, debe reiterarse la doctrina de este Órgano al respecto (ver, por ejemplo, sus Resoluciones 59/2023 y 64/2023, ambas citadas en el informe de respuesta al recurso), cuya síntesis es la siguiente:

- 1) En principio, el cumplimiento de las obligaciones salariales es una cuestión propia de la ejecución del contrato. Esto supone que no puede presuponerse dicho incumplimiento durante la fase de licitación, salvo en los supuestos en los que la proposición, en términos globales y no por precios parciales o unitarios, evidencie de forma inequívoca la voluntad del licitador de incumplir los niveles salariales legalmente exigibles. De hecho, ofertar un precio unitario igual al máximo presupuestado o muy cercano al mismo tampoco es una garantía absoluta de que durante la ejecución del contrato se vayan a abonar los salarios de acuerdo con la

normativa laboral correspondiente. En definitiva, el cumplimiento de las obligaciones salariales habrá de verificarse durante la ejecución del contrato, con las consecuencias que en su caso procedan (resolución del contrato, penalidades, etc.).

- 2) Ni los pliegos ni la LCSP exigen que el licitador deba repercutir en el precio ofertado la totalidad de sus costes (tampoco los costes laborales). Aún es menos defendible que el operador económico deba necesariamente repercutir en todos y cada uno de los precios parciales de un contrato único los costes atribuibles a dicho precio parcial. Consecuentemente, el argumento utilizado por el recurso para pedir la exclusión de la oferta de la adjudicataria por incumplir el convenio colectivo no es aceptable. Además, la oferta impugnada no ha incurrido en sospecha de anormalidad, la cual, por cierto, siempre debe apreciarse en relación a la totalidad de la oferta porque no caben precios unitarios o parciales anormales, pues sus bajas pueden compensarse con otros precios parciales más elevados, dando como resultado una oferta viable en su conjunto (ver, por todas, la Resolución 22/2020 del OARC y la sentencia del Tribunal Supremo de 17/12/2019, nº 4069/2019, ECLI:ES:TS.2019:4069).

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en las letras a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49. 2 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 / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación pública interpuesto por la empresa COMSA SERVICE FACILITY MANAGEMENT, S.A.U., contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato “Mantenimiento integral de instalaciones de los edificios y locales judiciales y centro de menores de la C.A.P.V.”, tramitado por la Administración General de la Comunidad de Euskadi (Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

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

TERCERO: 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, 2024ko irailaren 24a

Vitoria-Gasteiz, 24 de septiembre de 2024