



Expte.: R-21/2018

ACUERDO 48/2018, de 5 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se desestima la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.D., en representación de “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.”, frente al Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 2 de marzo de 2018, por el que se adjudica el contrato de ejecución de las obras de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz a Construcciones y Excavaciones Erri-Berri S.L. y Lakita S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de junio de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la ejecución de las obras contenidas en el proyecto de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz del Plan Municipal de Pamplona, redactado por la ingeniería “URGEIN, S.L.”

SEGUNDO.- Mediante Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017, se adjudicó el contrato a la mercantil “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.”, constando en el apartado 2º de la parte expositiva de dicho Acuerdo lo siguiente:

“A pesar de que la máxima puntuación,..... correspondía a la mercantil ERRI-BERRI, S.L., la Mesa de Contratación ha propuesto la adjudicación del contrato a la oferta presentada por la mercantil “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A., al considerar que es la oferta más ventajosa de las que cumplen con las exigencias del Pliego de Condiciones ya que, considera que la proposición presentada por Erri-Berri, S.L., no cumple con las exigencias establecidas en el punto 8 del Pliego de Condiciones Administrativas.....”

TERCERO.- “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.”, interponen en plazo reclamación en materia de contratación pública frente al citado Acuerdo solicitando que se proceda a anular el Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017, anulando su exclusión y resultando las adjudicatarias por haber presentado la oferta más ventajosa.

CUARTO.- Por Acuerdo 7/2018, de 1 de febrero, este Tribunal procedió a estimar parcialmente la reclamación formulada, anulando el acuerdo de adjudicación del contrato de forma que, retrotrayendo las actuaciones a la fase inmediatamente posterior a la apertura de las ofertas económicas, la Mesa de Contratación procediese a requerir a “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.” que completase su oferta, aportando el detalle del precio de cada una de las unidades de obra que componían el Presupuesto, formulado en el mismo modelo y sistema en que estuviese confeccionado el presupuesto, así como copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, perfectamente legibles.

QUINTO.- Mediante Acuerdo de la Mesa de contratación de 7 de febrero, se dio cumplimiento al Acuerdo del Tribunal y se concedió a las mercantiles un plazo de 48 horas para presentar la documentación económica en forma, que fue entregada el 8 de febrero.

La Mesa de Contratación se reunió el 26 de febrero, tras cotejar la documentación presentada se comprobó que existía una discrepancia entre la suma de algunos precios detallados de cada una de las unidades de obra presentadas y los que aparecen en el resumen del presupuesto, siendo la suma de estos importes los que se corresponden con el precio de la oferta económica en su día presentada, por lo que adoptó acuerdo en el sentido de requerir a Construcciones y Excavaciones Erri-Berri S.L. y Lakita S.A., para que en el improrrogable plazo de 48 horas, subsanare las contradicciones existentes en su oferta, entre los importes que aparecen en el Resumen del Presupuesto presentado y los resultantes de la suma de los importes detallados de cada una de las partidas de los diferentes capítulos, con la advertencia de que no hacerlo se tendrá rechazada la oferta.

El 28 de febrero por parte de Construcciones y Excavaciones Erri-Berri S.L. y Lakita S.A. se presentó documentación aclaratoria en cumplimiento del anterior requerimiento de la Mesa de Contratación. En dicho escrito se indicaba que la no coincidencia de los importes de las partidas con el sumatorio del capítulo se correspondía únicamente a los capítulos de Gestión de Residuos y Seguridad y Salud en las fases 1 y 2 en que se encuentra dividido el Proyecto de Ejecución. Continuaban indicando que en su oferta se había seguido el criterio planteado en proyecto manteniendo el porcentaje asignado a los subcapítulos de Seguridad y Salud en cada Fase de Obra, lo que motiva como en el Proyecto de Ejecución, que si se suman los importes de las unidades de obra, dicho sumatorio no da la cantidad que se expresa, ya que dicha cantidad se ve afectada por el porcentaje correspondiente a cada fase.

SÉPTIMO.- El 1 de marzo la Mesa de Contratación analiza la documentación presentada comprobando la corrección realizada. Tras un exhaustivo cotejo de cada una de las partidas se comprueba la existencia de dos errores en las unidades de obra del capítulo relativo a la Red de Pluviales de la 1ª Fase, concretamente en los metros cúbicos de excavación en zanjas y pozos, ya que se han considerado 7.077,64 m cúbicos, cuando los del proyecto son 7.109,79 m cúbicos, por lo que se comunica dicha circunstancia a las entidades interesadas para su aclaración en un plazo de 48 horas.

El mismo 1 de marzo las proponentes presentan la documentación corrigiendo dicho error, ajustando las unidades de obra y los precios de algunas partidas del capítulo de pluviales para que la oferta coincida con los importes recogidos en el cuadro resumen del presupuesto.

OCTAVO.- El 2 de marzo la Junta de Compensación adjudica el contrato a Construcciones y Excavaciones Erri-Berri S.L. y Lakita S.A., al considerar que han aclarado la oferta presentada, al presentar los precios de las unidades de obra, sin haber variado la oferta económica presentada.

NOVENO.- Con fecha 15 de marzo Obras Especiales Edificación e Infraestructuras S.A. procede a presentar reclamación en materia de contratación pública, con base en las siguientes alegaciones:

- En primer lugar y a tenor del Acuerdo 7/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, el Tribunal señalaba que la aclaración en ningún caso podría suponer una modificación de la oferta económica valorable ya presentada. Las entidades debían poner precio a cada una de las unidades de obra del Presupuesto, de modo que la suma de todas ellas no modificara el precio global sino que fuera exactamente el mismo.

- La ahora reclamante solicitó la entrega completa de la oferta subsanada y del análisis de la misma concluyó que la suma total de los precios de todas las unidades de obra era superior al referido precio global de la oferta originaria; es decir, que se trataba de una nueva proposición económica, lo que no se autorizaba en el Acuerdo 7/2018 citado. Así, el total P.E.M. ofertado en primer lugar ascendía a 3.289.172,65 €, cuando la suma de los precios de las unidades de obra que figura en la aclaración de la oferta es de 3.304.684,45, es decir, existe una diferencia de 11.147,53 €.

- La Mesa de Contratación sin embargo, al margen del citado Acuerdo 7/2018, procede a otorgar un nuevo plazo de 48 horas a Erri-Berri y Lakita para que subsanen nuevamente la documentación aportada como subsanación primera, es decir, una tercera oferta.

- Considera la reclamante que la subsanación presentada infringía la prohibición de inmodificabilidad de la originaria y que la Mesa no solo no la rechazó, sino que le dio un nuevo plazo cuando el primero ya era improrrogable y así se da la posibilidad de que presenten una nueva oferta (la 4ª) y por lo tanto, se vulnera la prohibición de que cada licitador pueda presentar una única oferta. Considera que se atenta directamente al principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, al permitir que uno de ellos pueda presentar varias ofertas con distintos precios so pretexto de corregir errores mientras que los demás únicamente pueden presentar una.

DÉCIMO.- El día 3 de mayo don Pedro Cruz Reyes en representación de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 Etxabacoitz, remite expediente administrativo junto con escrito de alegaciones en el que expone lo siguiente:

- En primer lugar, la Junta de Compensación, mediante acuerdo de 14 de noviembre de 2017 adjudicó la obra de urbanización a la mercantil ahora reclamante al considerar que era la proposición más ventajosa de las que reunían los requisitos exigidos en el Pliego. En concreto, se defendía la inadmisión de Erri-Berri y Lakita por no aportar los precios unitarios. Contra tal acuerdo ambas mercantiles interpusieron recurso que este Tribunal estimó parcialmente al considerar que eran defectos subsanables y no esenciales.

- Una vez aportada documentación de subsanación por las empresas requeridas y comprobado por la Mesa que la oferta total coincidía con la inicialmente presentada y se aportaban los precios descompuestos, propuso adjudicación a Erri-Berri y Lakita.

- La actual reclamante pidió acceso a la nueva documentación y presentó escrito poniendo de manifiesto que la suma de los precios supera el importe de la oferta inicial y solicitaba se rechazase ya que no podía modificarse la oferta en vía de subsanación de deficiencias. Reunida nuevamente la Mesa a la luz de este escrito y tras comprobar que en algunas partidas no coincide el importe con la suma de los precios detallados, requirió a Erri-Berri y Lakita para que en 48 horas subsanaran las contradicciones existentes.

- El 28 de febrero se presenta nueva documentación en cumplimiento del anterior requerimiento. Analizada por la Mesa el día 1 de marzo, se aprecia la existencia de dos errores en las unidades de obra del capítulo relativo a la Red de Pluviales de la 1ª Fase, ya que se han considerado 7.077,64 m cuando los del proyecto son 7.109,79 m, lo que significa que si se multiplica por el precio ofertado, daría un importe superior a los 21.374,47€ que se indican y la partida de la red de pluviales sería superior a los 141.344,17 euros que se recoge en el resumen del presupuesto.

Comunicado a las empresas proponentes, el mismo 1 de marzo presentan nueva documentación idéntica a la del día 28 y manteniendo la misma fecha, pero corrigiendo el error, rectificando el precio de alguna partida del capítulo de pluviales para que efectivamente, la oferta coincida con los importes recogidos en el cuadro resumen del presupuesto.

- Finalmente, el día 2 de marzo se reúne la Junta de Compensación y tras analizar las incidencias acontecidas y el Acuerdo 7/2018 del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra, en concreto en el Fundamento de Derecho Séptimo y entendiendo que lo que vincula a la Junta a la hora de adjudicar es, según dice el citado Acuerdo, la cifra final que no ha variado a lo largo de los documentos presentados y aun no compartiendo algunas de las consideraciones del Acuerdo, se llega a la conclusión de que lo que realmente debe tener en cuenta la Junta es la proposición económica total que oferta el licitador para ejecutar la totalidad de las partidas que contiene el proyecto, “sin realizarse valoración adicional alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, de las cantidades que supongan cada una de las unidades de obra...”. Por tanto, acuerda la adjudicación a favor de Erri-Berri y Lakita.

-La Junta de Compensación considera que con la estimación de la reclamación de Erri-Berri y Lakita mediante el Acuerdo 7/2018 se creó una situación injusta, al considerar como defecto subsanable lo que era defecto esencial. La realidad ha demostrado que la oferta carecía del necesario estudio del proyecto y el hecho de que hayan tenido que rehacer hasta tres veces su oferta para cuadrar la suma de cada partida rompe el principio de igualdad de oportunidades entre los contratistas.

UNDÉCIMO.- Abierto el día de 3 de mayo el plazo para la presentación de alegaciones por parte de otros licitadores, el día 9 de mayo don Félix Azcona Laparra en representación de Construcciones y Excavaciones ERRI-BERRI, S.L. presenta escrito alegando que no han existido ofertas económicas distintas, y que lo sucedido son dos errores accesorios e irrelevantes en el importe de las unidades de obra que no afectan al precio final, ni al resumen de las distintas partidas o unidades de obra.

La primera de ellas es que en los capítulos de gestión de residuos y Seguridad y Salud existen unidades de medición distintas. Los precios unitarios son 1, pero el precio final está corregido por unidades de medición distintas de 1, pero eso no supone ninguna variación de la oferta.

La otra cuestión se refiere al error en el cálculo del precio de la unidad red de pluviales relativo, donde se ha tenido en cuenta 7.077,64 m² cuando en proyecto son 7.109,79m², debiéndose el error al archivo suministrado por el director del proyecto.

Por ello, a su juicio, las aclaraciones presentadas no desvirtúan la identidad e invariabilidad de la oferta presentada y solicita que se desestime la reclamación y se confirme el acto recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, al presente procedimiento de adjudicación resultan de aplicación, “ratione temporae”, en atención a la fecha de inicio del mismo, las disposiciones contenidas en la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, siendo éste, en consecuencia, el marco legal aplicable a la resolución de la controversia suscitada a través de la acción ejercitada.

La adjudicación de contratos de obras por la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz está sometida a la Ley Foral 6/2016, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), conforme a lo dispuesto en el artículo 3 letra d) de dicha norma, al tratarse de contratos de obras de los agentes urbanizadores que no están comprendidos en el artículo 2.1 letra e) y, en consecuencia, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos de obras, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 210.1 de la LFCP.

SEGUNDO.- Al tratarse de una entidad licitadora que impugna la adjudicación del contrato licitado, se encuentra legitimada conforme a lo dispuesto en el artículo 210 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en uno de los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3 c) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación fue presentada el 15 de marzo, dentro del plazo de diez días naturales siguientes a la notificación que fue recibida el 6 de marzo, establecido por el 210.2.b de la LFCP.

QUINTO.- La primera cuestión que alega la entidad reclamante es el hecho de que la aclaración de la oferta económica presentada por las entidades adjudicatarias en trámite de aclaraciones no cumple lo dispuesto en el Acuerdo 7/2018, de 1 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, porque sumados los precios puesto a cada unidad de obra la suma de los mismos es superior a la oferta económica presentada en primera instancia, por lo que considera que se modifica la oferta, debiendo excluirse a las adjudicatarias por alterar la oferta económica presentada.

Procede empezar por recordar que el artículo 195 de la LFCP regula la subsanación de la documentación y la aclaración de ofertas en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tramitados por entidades que no son Administraciones Públicas. Dicho artículo, en su apartado 2, dispone:

“2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, cuando se considere que la oferta presentada adolece de oscuridad o de la concreción suficiente, se podrán solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores. Las aclaraciones complementarias no podrán modificar la oferta presentada. El plazo para formular aclaraciones complementarias no podrá ser inferior a cinco días.

Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.”

En nuestro Acuerdo 40/2015 ya dijimos que una correcta interpretación del precepto (disposición similar a la que se recoge en el artículo 52.4 de la misma norma para el caso de que el adjudicador sea una Administración Pública) exige, conforme al último inciso del apartado 1 del artículo 21 de la LFCP, tener en cuenta los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria en relación con la actuación a seguir ante una oferta ambigua que requiera aclaraciones o en la que hayan de corregirse errores materiales o de redacción y ello debido a que es en esta doctrina en la que la regulación foral sobre este extremo encuentra su fundamento.

Así, el Tribunal General, en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, dictada en el asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, consideró contrario a las exigencias de una buena administración desestimar una oferta sin solicitar aclaraciones de la misma cuando la ambigüedad pueda explicarse de forma simple y disiparse fácilmente, razonando que “(...) 56 *Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38). 57 Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, National Farmers’ Union y otros, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y*

una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste (véase, en este sentido, la sentencia Tideland Signal/Comisión, citada en el apartado 56 supra, apartado 43)”.

Como ya señalamos en el precitado Acuerdo, de la doctrina citada podemos extraer que en los supuestos en que la oscuridad y ambigüedad de la oferta pueda disiparse fácilmente, resulta obligado sustanciar el trámite de aclaración de la misma por parte del licitador, y en ello a los efectos de salvaguardar el principio de concurrencia; así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón en su Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto cuando dice que “(...) *es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y de los órganos encargados de la resolución de recursos especiales en materia de contratación, considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP determina las causas por las que la Mesa podrá desechar tales ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta (...)*”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 237/2012, de 31 de octubre, pone de relieve que se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras, ya que, cómo manifiesta el mismo Tribunal en la Resolución 64/2012, de 7 de mayo, “*un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública*” como “*la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos*”, siempre que con la decisión de no exclusión quede garantizado el respeto “*a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento*”.

Por ello, señalamos, debe considerarse que no vulnera el principio de igualdad de trato a los licitadores el hecho de que el órgano de contratación les solicite aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, dado que esta actuación es una exigencia que deriva de los principios de buena administración y de proporcionalidad. No obstante, esta posibilidad tiene un límite que no puede sobrepasarse: la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque modifique su sentido inicial o porque incorpore otros términos no previstos inicialmente. Así pues, en relación con los errores en las proposiciones económicas, debe prevalecer la admisión de las proposiciones, previa aclaración de las mismas, siempre que el error sea de tipo formal o material, con el límite de que no cambie el sentido de la oferta una vez aclarado o enmendado, y no se vulnere el principio de igualdad de trato; de manera que estos errores pueden dar lugar a una simple aclaración o a una enmienda, y ello siempre que no se altere el importe del precio ofrecido. Éste, y no otro, es el sentido de los artículos 52.4 y 195.2 de la LFCP, de ahí la salvedad que en los mismos se recoge en el sentido de posibilitar el ejercicio de las facultades de aclaración sobre el precio ofertado, siempre que el mismo venga referido a una fórmula, ecuación o similar, en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.

Como ya en señalamos en el Acuerdo 64/2017 se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones; de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras, ya que un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública como la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos; ello siempre que con la decisión de no exclusión quede garantizado el respeto a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

En similares términos se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 9/2017, de 3 de febrero, cuyo fundamento de derecho

noveno dice: *“Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. La cuestión que lógicamente sigue a esta posibilidad es si es posible modificar la lectura que pueda hacer el órgano de contratación de alguno de los parámetros literales de la oferta sin que ello afecte al resto de los licitadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010 (LA LEY 27790/2012)) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan 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. Señala el Tribunal Comunitario que "en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (...) Esa petición de aclaraciones debe formularse de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular, cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones. Además, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición.”*

SEXTO.- En relación con la cuestión que nos ocupa, mediante Acuerdo del Tribunal de Contratos Públicos 7/2018, de 1 de febrero, se estimó parcialmente la reclamación formulada por las mercantiles Erri-Berri S.L. y Lakita S.A. frente al Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de

Etxabakoiz en el sentido siguiente: *“Por lo antedicho, procede estimar parcialmente la reclamación formulada, anulando el Acuerdo de adjudicación del contrato de forma que, retrotrayendo las actuaciones a la fase inmediatamente posterior a la apertura de las ofertas económicas, la Mesa de Contratación que debe intervenir en el procedimiento proceda a requerir a “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.” que completen su oferta, aportando el detalle del precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulado en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el presupuesto, así como copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, perfectamente legibles.”*

A tenor del Acuerdo 7/2018 de este Tribunal, la entidad reclamante considera que la aclaración de la oferta en ningún caso podría suponer una modificación de la oferta económica valorable ya presentada. Sin embargo, del examen de la aclaración presentada por la entidades adjudicatarias aprecia que la suma de los precios de todas las unidades de obra era superior al precio global de la oferta originaria; Así, considera que la oferta en primer lugar ascendía a 3.289.172,65 €, siendo la suma de los precios de las unidades de obra aportadas para completar la oferta 3.304.684,45, es decir, existe una diferencia de 11.147,53 €.

Por lo expuesto, sostiene que se trata de una nueva proposición económica, una oferta distinta, por lo que no se ajusta al Acuerdo 7/2018 citado y debe ser excluida.

Frente a dicha posición, las entidades adjudicatarias sostienen que no han existido ofertas económicas distintas, que el precio final y el resumen de las distintas partidas de la aclaración se corresponden exactamente con la oferta presentada y que las los precios de dos unidades de obra son errores materiales que no afectan al precio final ofertado.

La primera de ellas es que en los capítulos de gestión de residuos y Seguridad y Salud existen unidades de medición distintas. Los precios unitarios son 1, pero el precio

final está corregido por unidades de medición distintas de 1, pero eso no supone ninguna variación de la oferta.

La otra cuestión se refiere a la unidad relativa a los metros correspondientes a la red de pluviales donde se han considerado 7.077,64 cuando en proyecto son 7.109,79, siendo un error que se debe al archivo suministrado por el director del proyecto.

La Mesa de Contratación comprobó que la suma de los importes que aparecen en el resumen del presupuesto coincide con la oferta económica presentada en su momento, pero que a su vez, que en algunas partidas el precio de la unidad no coincidía con el resumen de capítulos y con la oferta final de la propia aclaración, por lo que consideró que debía aclararse la oferta presentada.

En relación con la regulación del pliego sobre la oferta económica, como ya señalamos en el Acuerdo 7/2018, *“el Pliego de Condiciones determina (condición 8ª) que en el sobre 3 se incluirá la proposición económica, en la que se detallará el precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulada en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el mismo, y que estas proposiciones se presentarán mediante una copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel.*

Por su parte, la condición 9ª del Pliego determina que para la valoración de la oferta económica se otorgarán 2 puntos por cada punto porcentual de baja con respecto al precio de licitación. Así, conforme al Pliego, es claro que la proposición económica que se debe tener en consideración a la hora de valorar las proposiciones es la cifra total que oferta cada licitador para ejecutar la totalidad de las partidas que contiene el proyecto (en concreto, el porcentaje de baja sobre el importe máximo de licitación), sin realizarse valoración adicional alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, de las cantidades que supongan cada una de las unidades de obra, consideradas una a una o por apartados concretos del Presupuesto.”

SÉPTIMO.- En este caso, del análisis de la aclaración presentada se aprecia que no es una nueva oferta con un precio distinto, dado que el importe total y el de los resúmenes de los capítulos de las partidas de la aclaración coinciden con la oferta económica presentada. Las diferencias entre las cifras de algunas unidades y el resumen de la partida son errores materiales o de cálculo en la presentación de ofertas, que no puede suponer la exclusión de la oferta.

En el mismo sentido, la Resolución 44/2014, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León dispone lo siguiente: *“El sistema de determinación del precio empleado, por precios unitarios, impide apreciar en este caso la concurrencia de los presupuestos que, conforme al citado artículo 84 del RGLCAP, posibilitarían la exclusión del mencionado licitador, pues bastaba efectuar una simple operación aritmética para salvar el error de cuenta que afectaba a la oferta de esta empresa, al no haber multiplicado los precios unitarios ofertados por el número de anualidades del contrato. En consecuencia, se considera correcta la apreciación que efectuó la Mesa de contratación en el acta de propuesta de adjudicación de 27 de febrero de 2014, en la que hace constar que “Al figurar en los pliegos que el presupuesto base de licitación se realiza por precios unitarios, independientemente de la oferta global que hubieran reflejado las empresas (en el caso de Messer Ibérica de Gases, S.A.U. esta oferta global se ha realizado con los consumos de un año), para obtener los puntos del criterio ‘precio’ se aplica la fórmula al sumatorio de los resultados obtenidos de multiplicar el precio de cada artículo del lote por el respectivo consumo estimado para los dos años de ejecución del contrato”. En apoyo de esta solución puede traerse a colación la Resolución del Tribunal Central de Recursos Contractuales 278/2012, de 5 de diciembre, según la cual “(...) de acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP, el error en el importe de la proposición sólo puede determinar la exclusión cuando sea ‘manifiesto’, y aún si existiese reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, procedería la exclusión si éstos hicieran ‘inviabile’ la proposición. A este respecto, es preciso reiterar el criterio señalado al respecto por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 30/2008, y asumido por este Tribunal, según el cual ‘Este requisito de la inviabilidad es de carácter objetivo, no dependiendo, por tanto, de la*

mera voluntad del licitador y debe ser libremente apreciado por la mesa de contratación. Se trata además de un concepto jurídico indeterminado por lo que deberá ser apreciado en función de las circunstancias que concurran en cada caso'. (...) Aplicando la doctrina expuesta a nuestro caso, de acuerdo con lo señalado en el fundamento anterior, observamos que el error cometido consiste en un error material de cálculo al determinar el importe total de la oferta que debe ser consecuencia de los importes unitarios ofertados para cada tipo de licencia, teniendo en cuenta el número de unidades a suministrar para cada una de ellas. En consonancia con ello, la mesa de contratación ha considerado que se trata de un error de cuenta, criterio que comparte este Tribunal. Así, el 'error de cuenta', de acuerdo con la doctrina civil, es el que se produce al operar en el cálculo matemático -como es el caso aquí examinado-, y de acuerdo con el artículo 1266 del Código Civil 'el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección'.

En relación con la exclusión de la oferta de una entidad recurrente por considerar que los precios unitarios ofertados exceden del presupuesto ofertado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 137/2017, de 3 de febrero dispone lo siguiente: *“Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta puede ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. La cuestión que lógicamente sigue a esta posibilidad es si es posible modificar la lectura que pueda hacer el órgano de contratación de alguno de los parámetros literales de la oferta sin que ello afecte al resto de los licitadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan 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. (...) Si tenemos en cuenta el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es claro que el elemento que caracteriza la oferta desde el*

punto de vista económico, al que se le considera definitorio de la prestación y cuyo valor es tenido en cuenta a los efectos de definir el límite cuantitativo superior de la oferta es el precio total del lote y no, como pretenden el órgano de contratación y el adjudicatario, los precios unitarios de cada producto. Este Tribunal puede coincidir en que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares hubiera podido considerar prevalentes los precios unitarios atendiendo a la naturaleza de cada producto, pero lo cierto es que el propio órgano de contratación ha optado claramente por considerar que es el precio total del lote el criterio útil a los efectos antes indicados y que incluso el precio total por unidad tiene una importancia en el pliego superior a la de los precios unitarios, respecto de los que se limita a decir que deben ser mencionados. Siendo esto así, lo cierto es que la oferta del licitador recurrente no excede de la cantidad máxima fijada para el lote 5, razón por la cual no se le puede excluir en una aplicación recta y literal del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. (...) Como corolario de lo anterior debe señalarse que es evidente que la explicación ofrecida por el recurrente no supone en modo alguno una modificación de su oferta, la cual puede ser determinada sin mayor dificultad en todos sus aspectos esenciales (incluida la determinación de los precios unitarios de cada producto) mediante una simple y sencilla operación matemática que, sin duda, el órgano de contratación estaba en condiciones de realizar o de pedir que se le aportase.”

En este caso, el error cometido consiste en un error material de cálculo al concretar los precios de algunas unidades de obra, sin que se vea alterada la oferta presentada, por lo que resulta un error de cuenta que puede ser corregido o aclarado.

De acuerdo con lo expuesto, se aprecia que la aclaración de la oferta presentada se ajusta a lo señalado en el Acuerdo 7/2018, de 1 de febrero, del Tribunal y en la doctrina aplicable a la aclaración de la oferta económica, al no suponer una modificación de la oferta económica valorable, por lo que debe desestimarse la alegación planteada.

OCTAVO.- En segundo lugar, la entidad reclamante considera que se han concedido varios trámites de aclaraciones a la entidad para que justificara la oferta

económica formulada. Alega que la Mesa de Contratación otorgó un nuevo plazo de 48 horas a Erri-Berri y Lakita para que aclarasen nuevamente la documentación aportada como aclaración, es decir, una tercera oferta y se le requirió para que presentase nueva aclaración (la 4ª), lo que vulnera la prohibición de que cada licitador pueda presentar una única oferta.

Sostiene que se vulnera el principio de no discriminación e igualdad de trato de los licitadores, al permitir que uno de ellos pueda presentar varias ofertas con distintos precios, so pretexto de corregir errores mientras que los demás únicamente pueden presentar una.

Como se ha expuesto con antelación debe señalarse, en primer lugar, que las entidades adjudicatarias no presentan nueva oferta, sino que se le ha solicitado aclaración en relación con algunos precios unitarios de las unidades de obra presentadas.

Además, se advierte que la mesa de contratación no ha aplicado de forma correcta el trámite de aclaraciones. En este sentido, la Ley Foral de Contratos Públicos en su artículo 195.2 establece lo siguiente:

“2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, cuando se considere que la oferta presentada adolece de oscuridad o de la concreción suficiente, se podrán solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores. Las aclaraciones complementarias no podrán modificar la oferta presentada. El plazo para formular aclaraciones complementarias no podrá ser inferior a cinco días.

Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.”

El plazo mínimo legal para presentar aclaraciones es de cinco días naturales. Sin embargo, la entidad ha concedido tanto en fecha 7 de febrero (primer trámite de aclaraciones complementarias como a 28 de febrero (segundo trámite), 48 horas de

plazo para presentar aclaraciones. Estos plazos no se ajustan a la normativa de aplicación, por lo que dichos trámites de alegaciones no fueron correctamente efectuados, siendo además un plazo tan mínimo que impide un correcto cumplimiento de lo solicitado, lo que puede explicar que se cometiera algún error por parte de las entidades requeridas al incluir todas las partidas de las unidades de obra y que se haya tenido que solicitar una nueva aclaración con fecha 1 de marzo.

En relación con dicha cuestión, la Resolución Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 819/2016, de 14 de Octubre de 2016, dispone lo siguiente: *“La cuestión estriba entonces en determinar cuál es la trascendencia de ese defecto formal, y si ese defecto supone que el error en la presentación de la documentación por parte de UTE SAPIM resulta imputable igualmente a la Administración, lo que, de conformidad con la doctrina antes señalada, exigiría que se le concediera un nuevo plazo. Y a tal pregunta ha de contestarse afirmativamente en el presente caso.*

Como se ha señalado hasta ahora el trámite del artículo 151.2 TRLCSP constituye un trámite formal de carácter tasado, tanto para el órgano de contratación, que no cuenta con apenas margen para decidir sobre su contenido, plazo y forma de cumplimiento, como para el propio licitador que no goza de la posibilidad de subsanar los defectos que padezca en su cumplimiento, estableciendo el legislador como consecuencia radical la exclusión del mismo, al considerar retirada su oferta.

En el presente caso, al licitador se le concedió un plazo de únicamente cuatro días hábiles, que es menos de la mitad del plazo legalmente establecido. Lo exiguo de ese plazo hace que cualquier error en la documentación presentada sea imputable en este caso al órgano de contratación, sin que quepa suponer que el hecho de que el licitador tratara de cumplir en plazo con lo exigido por el órgano de contratación constituya implícitamente una renuncia al resto del plazo. En este sentido no es posible descartar que de haber contado con el plazo establecido legalmente el licitador hubiera sido capaz de detectar la falta de titulación del equipo de trabajo que pretendía adscribir inicialmente al contrato y haberlo resuelto antes de que finalizara el plazo.

Por tanto, adoleciendo el requerimiento de documentación de defectos debe anularse el acuerdo de exclusión de la UTE SAPIM, notificando un nuevo requerimiento para la presentación de la documentación del artículo 151.2 TRLCSP, donde se haga mención

a toda la exigida por el PCAP y concediendo un nuevo plazo de diez días hábiles para su cumplimiento.”

Como señala la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando el defecto formal es imputable al propio órgano de contratación, en virtud de los principios de buena fe y confianza legítima, debe otorgarse un nuevo plazo para cumplimentar el requerimiento incorrectamente efectuado (Resolución nº 391/2016).

Por tanto, en este asunto los trámites de aclaración no han sido correctamente efectuados, por lo que era necesario conceder un nuevo trámite de aclaraciones con el plazo legalmente establecido, a fin de cumplir con la obligación legal. En este caso, se realizó un nuevo trámite con fecha 1 de marzo, que aclaró el error material de la oferta económica.

Además de lo anterior, debe indicarse que las aclaraciones, aunque pueden estar relacionadas respecto al precio de las unidades, puede entenderse que se refieren a cuestiones distintas, por lo que no se han concedido varias aclaraciones sobre el mismo aspecto. Además, hay que tener en cuenta que no hay límite a las aclaraciones que se solicitan más allá de no modificar el pliego.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) señala lo siguiente: *“Además, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición.”*

En virtud de todo lo expuesto, se aprecia que no se ha infringido el principio de igualdad de trato en la tramitación de las aclaraciones realizada, dado que solo se han corregido los errores materiales sin variar la oferta económica presentada, por lo que procede desestimar la alegación planteada.

De conformidad con lo expuesto, debe desestimarse la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras S.A.”, frente al Acuerdo de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 2 de marzo de 2018, por el que se adjudica el contrato de ejecución de las obras de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don J.M.D. en representación de “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras S.A.”, frente al Acuerdo de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 2 de marzo de 2018, por el que se adjudica el contrato de ejecución de las obras de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz.

2º. Notificar este Acuerdo a “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras S.A.”, “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.”, a la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 5 de julio de 2018. LA PRESIDENTA, Silvia Doménech Alegre.
EL VOCAL, Eduardo Jiménez Izu. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.