



Erref / Ref: Recurso Especial de PREMIRA ENERGIA NORTE SL. contra adjudicación del Acuerdo marco para la contratación del suministro de gasóleo C de calefacción para la Diputación Foral de Alava y el resto de las entidades adheridas (expte 10/23)

Esp Zenb / N° exp: 2022/15- RE

RESOLUCION N° 2/2023

En Vitoria-Gasteiz, a 26 de enero de 2023.

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por D. José Oriol Ferrer Abelló, en representación de la mercantil **PREMIRA ENERGIA NORTE SL.**, contra el Acuerdo 685/2022, de 15 de noviembre, del Consejo de Gobierno Foral, de selección de suministrador del Acuerdo marco para la contratación del suministro de gasóleo C de calefacción para la Diputación Foral de Alava y el resto de las entidades adheridas (expte 10/23).

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE D. José Oriol Ferrer Abelló, en representación de la mercantil **PREMIRA ENERGIA NORTE SL** (en adelante PREMIRA) y como DEMANDADA la Diputación Foral de Alava, siendo el órgano de contratación el Consejo de Gobierno Foral (en adelante OC) y el tramitador del expediente la Secretaría Técnica de Servicios Generales (expte. 10/23).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 479/2022, de 2 de agosto, se aprobó el procedimiento de licitación del Acuerdo Marco gestionado a través de la Central de Contratación Foral de Álava, para la selección de un suministrador de gasóleo C de calefacción para las instalaciones de la Diputación Foral de Álava y del resto de los organismos adheridos, por procedimiento abierto. El valor estimado total del contrato asciende a 2.499.709,23 euros.

SEGUNDO.- Con fecha 15 de noviembre de 2022, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 685/2022, se resolvió adjudicar este contrato a la mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA y declarar excluida de la licitación a la empresa PREMIRA por resultar su oferta inadmisibles, puesto que se aparta sustancialmente del modelo establecido de proposición económica y no puede ser comparada con las del resto de licitadoras, sin que sea posible deducir claramente la voluntad del licitador.



TERCERO.- El 23 de noviembre de 2022 tuvo entrada en el Registro Electrónico Común de la Diputación Foral de Alava el escrito de la empresa recurrente por el que interpone recurso especial contra el acto de exclusión. En dicho recurso la recurrente solicita que se revoque el Acuerdo impugnado, por nulidad o subsidiariamente por anulabilidad. Junto con el escrito de recurso, PREMIRA presenta la siguiente documentación:

1. Escritura constitución PREMIRA ENERGÍA NORTE SL.pdf (documento 1).
2. Acuerdo Adjudicación y exclusión.pdf (documento 2).
3. Requerimiento 3_10_2022.pdf (documento 3).
4. Aclaración m3dto Diputación Foral Alava erronea.pdf (documento 4).
5. Aclaración m3dto Diputación Foral Alava correcta.pdf (documento 5).
6. Anexo I_exp 10-23.pdf (documento 6).

CUARTO.- Con fecha 29 de noviembre de 2022 se dio traslado del Recurso al OC en solicitud del expediente y del informe correspondiente, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.2 LCSP.

QUINTO.- Con fecha 30 de noviembre de 2022 se dio traslado del Recurso al resto de interesados, en cumplimiento de lo previsto en el art. 56.3 LCSP, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, sin que conste presentación.

SEXTO.- En la misma fecha del apartado anterior, se dictó por este órgano administrativo la Resolución 23/2022, notificada a las partes interesadas, relativa a la suspensión del procedimiento de contratación hasta tanto se resuelva sobre el fondo del recurso especial, momento en el cual se levantará la suspensión acordada.

SEPTIMO.- El 7 de diciembre de 2022 se recibió en este Órgano el informe del OC en el que se propone la desestimación del recurso, por los hechos y fundamentos que constan en el informe, junto al expediente administrativo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Es objeto del presente procedimiento la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la sociedad PREMIRA contra el Acuerdo de adjudicación del contrato, y en el que se acuerda excluir a la empresa recurrente de la licitación.

A la vista del valor estimado del contrato y de las previsiones del art. 44 de la LCSP que dispone en su apartado 1.a) que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones que refieran a contratos de suministros con un valor estimado superior a cien mil euros, puesto en relación con la letra c del apartado 2) del mismo precepto que indica que podrán ser objeto de recurso, entre otras actuaciones, “*los acuerdos de adjudicación*”, puede concluirse que el acto es susceptible de impugnarse mediante recurso especial en materia de contratación.

SEGUNDO. La competencia para resolver el presente recurso especial corresponde a este Órgano conforme a lo establecido en el art. 46.5 LCSP, y en el Decreto Foral 44/2010, de 28 de septiembre, del Consejo de Gobierno Foral, cuyo apartado 2.1, relativo a las competencias,



establece que *“corresponde al Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el conocimiento y resolución de los recursos relativos a los contratos del sector público en los que sea parte la Diputación Foral de Álava o alguno de los órganos dependientes o vinculados a la misma y, en particular, los Organismos Autónomos Forales, las Sociedades Públicas Forales y todos aquellos poderes adjudicadores que estén bajo su control.”*

TERCERO.- La entidad reclamante ostenta legitimación de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, que señala en su párrafo primero que *“podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

CUARTO.- El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP, a contar a partir del día siguiente a aquel en que se haya notificado la adjudicación.

QUINTO.- Entrando al fondo del asunto, PREMIRA considera improcedente su exclusión de la licitación por los motivos que constan en el Fundamento de Derecho Quinto del recurso especial, en concreto, la empresa recurrente alega que, en respuesta al requerimiento de aclaración que el OC le había remitido, incluyó por error tipográfico el concepto “precio promedio, pero que el fin de dicho documento era ofertar el “precio descuento” de 61,597 €/m³ como término absoluto.

SEXTO.- Por su parte, el órgano de contratación, en informe de 2 de diciembre de 2022, solicita la desestimación del recurso y explica que todas las proposiciones económicas de las empresas licitadoras, salvo la de la empresa recurrente, estaban presentadas en términos de descuento en euros por m³. La proposición económica de la recurrente, por el contrario, ofrecía un porcentaje de descuento.

El informe del OC se remite a lo expuesto previamente en el informe que propuso la exclusión de la oferta de PREMIRA, y alude al art. 139.1 LCSP y al art. 84 RGLCAP y a la doctrina administrativa en la materia, indicando algunas resoluciones de tribunales administrativos de recursos contractuales, como la Resolución 295/2015 del TACRC, entre otras. A continuación explica la información facilitada por la recurrente en el trámite de aclaraciones y concluye que no es posible inferir de forma automática que el porcentaje de descuento ofertado se corresponda, en términos absolutos, con la cantidad de 61,597 €/m³, que es calculada por PREMIRA en su escrito de aclaraciones, tomando como referencia los boletines del petróleo que decidió a la postre, según su propio criterio y sin que en la oferta hubiera referencia alguna a los concretos boletines del petróleo que debían utilizarse para transformar el porcentaje de descuento ofertado en términos absolutos. Por todo ello la aclaración constituye en sí una modificación a posteriori de la oferta que no puede ser admitida, de acuerdo con los principios de igualdad de trato de los licitadores y transparencia del procedimiento.

SEPTIMO.- Así las cosas, procede examinar si la exclusión de la recurrente es conforme a derecho. La exclusión de los licitadores por inadecuación de sus ofertas es un supuesto contemplado en el art. 84 RGLCAP, en los siguientes términos: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto*



en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, 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”.

Por su parte, el pliego de condiciones económico-administrativas de la contratación recoge igualmente en el apartado 8.3 las condiciones de exclusión de las ofertas por falta de concordancia, en el caso de variaciones sustanciales con el modelo establecido o si comporta error manifiesto en el importe de la proposición, entre otros supuestos, finalizando con una remisión expresa al art. 84 RGLCAP.

La jurisprudencia ha interpretado lo dispuesto en el art. 84 RGLCAP de tal forma que se debe huir de interpretaciones literalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por simples defectos formales. Tal forma de proceder sería contraria al principio de concurrencia, lo cual no abre la puerta a estrategias poco claras basadas en la presentación sorpresiva de documentación que, bajo la apariencia de una aclaración o corrección de un error material, introducen alteraciones en la configuración de la oferta. Los errores que contenga la oferta económica serán motivo de exclusión y no serán subsanables cuando no sea posible deducir claramente cuál es la voluntad de licitador en el momento de concurrir a la licitación. Por tanto, en cumplimiento del principio de igualdad de los licitadores, las aclaraciones posteriores a la oferta económica deben tener un ámbito restringido a aquellos casos de errores materiales de cambio u omisión de algunas palabras que, sin embargo, no alteran el sentido de la proposición. Así se reconoce en la Sentencia del TSJ de Cataluña 3034/2022, de 28 de julio, en rec. 2565/2020, por poner un ejemplo, que se apoya en la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en Sentencia de 21 de setiembre de 2004, rec. 231/2003. Para evitar este tipo de situaciones, la jurisprudencia es clara al respecto: no son subsanables aquellos defectos que no puedan ser salvados con la lectura de la propia oferta o del resto de documentación presentada, y las aclaraciones que puedan presentarse después no pueden disfrazar modificaciones de la oferta. Como recuerda la sentencia de la Audiencia Nacional dictada el 10 de noviembre de 2021, en rec. 234/2019, “la aclaración no puede equivaler a proponer una nueva oferta”.

Expuesto lo anterior, se debe analizar la documentación aportada por la empresa recurrente partiendo de que la oferta económica incluida en el sobre A, fechada el 15 de setiembre de 2022, aunque parecía adaptarse al modelo puesto a disposición de los licitadores, al incluir la leyenda estándar de “descuento (€/m³) sobre el precio medio de venta sin impuestos”, realmente señalaba un descuento porcentual de un 5,70%, sin más precisiones.

Posteriormente, el OC remitió una solicitud de aclaraciones, fechada el 3 de octubre de 2022, por el que se requiere información para conocer a qué precio correspondería en euros el descuento porcentual ofertado, y qué cálculos se habrían utilizado para obtenerlo. En respuesta, PREMIRA presenta una tabla con una serie de datos, fechada el 4 de octubre de 2022, en el que se incluyen el precio boletín (sin impuestos), el descuento en % y el descuento medio en €/m³. Estos datos se relacionan con los precios de boletín desde la semana “16 de mayo” hasta la semana “12 de setiembre” totalizando 18 semanas, aplicando su porcentaje de descuento a los precios de boletín de esas 18 semanas y calculando finalmente el descuento promedio de esas 18 semanas, con un resultado de 61,597 €/m³.



La recurrente, al ofrecer en el sobre A un porcentaje de descuento y no un descuento en euros, se apartó de la información facilitada por el OC a todos los licitadores al tiempo de publicar la convocatoria. En efecto, el modelo de proposición económica (anexo I de los pliegos) se refiere específicamente a que la oferta debía venir señalada en descuento de €/m³, y en el pliego de condiciones técnicas, en el apartado dedicado a “facturación”, se señala lo siguiente: “*Los precios de cada suministro serán variables en función de la situación del mercado en el momento de efectuarse cada uno de los pedidos y se determinarán de acuerdo a la siguiente fórmula: (PVCE-D) + IEHTG + IEHTE + IEHTA +IVA Donde: PVCE = Precio (por m³) medio de venta sin impuestos del gasóleo para calefacción publicado semanalmente en el “Boletín del Petróleo de la Comisión Europea”, correspondiente a España D = Descuento (en euros por m³) ofertado sobre el precio citado. IEHTG = Impuesto Especial sobre Hidrocarburos Tipo General (en la actualidad 78,71 €/m³) IEHTE = Impuesto Especial sobre Hidrocarburos Tipo Especial (en la actualidad 18 €/m³) IEHTA = Impuesto Especial sobre Hidrocarburos Tipo Autonómico (en la actualidad 0 €/m³) IVA = En la actualidad 21%*”

Llegados a este punto debemos hacer nuestras las apreciaciones que realiza el OC en su informe de 2 de diciembre de 2022. No es posible inferir de forma automática que la cifra de 61,597 €/m³ que resulta del escrito de aclaraciones presentado por PREMIRA se corresponda con el descuento del 5,70 % que ofreció en su proposición económica. El descuento de 61,597 €/m³ resulta de unos cálculos que PREMIRA ha hecho a posteriori, tomando como base de cálculo una serie de semanas que han quedado a su libre arbitrio, pues no había referencia alguna en la oferta de la licitadora sobre cuál era la base para calcular el descuento en euros. Por tanto, según se tome una base u otra, el resultado en euros varía, por lo que su determinación es fácilmente manipulable y queda totalmente al arbitrio de la licitadora.

Así las cosas, la oferta de PREMIRA en términos de porcentaje de descuento impide que pueda ser valorada con el resto de ofertas admitidas, tratándose de un error sustancial que no puede ser salvado a través de la lectura de su oferta, visto que la aclaración de PREMIRA no es tal, al basarse en elementos novedosos que tienen el efecto de modificar su oferta “ad hoc”, lo que no puede ser admitido, pues vulneraría los principios de igualdad de trato a los licitadores y transparencia del procedimiento.

Vistos los preceptos legales de aplicación, este Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. - Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. José Oriol Ferrer Abelló, en representación de la mercantil PREMIRA ENERGIA NORTE S.L., contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno Foral 685/2022, que resolvió adjudicar el Acuerdo marco para la contratación del suministro de gasóleo C de calefacción para la Diputación Foral de Álava y el resto de las entidades adheridas a la mercantil Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA.

Segundo. - Levantar la suspensión cautelar acordada por este OAFRC, por Resolución 23/2022, de 30 de noviembre.



Arabako Foru Aldundia
Diputación Foral de Álava

Diputatu Nagusiaren Saila
Departamento del Diputado General

Kontratu Errekurtsoen Foru Organo Administrazioa
Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales

Tercero. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de sanción prevista en el artículo 58.2 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.