



Recurso nº 176/2024

Resolución nº 334/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.B.B., en representación de la mercantil AUDAX RENOVABLES, S.A., frente al acuerdo de exclusión de su oferta de la licitación convocada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social para contratar el *“Suministro de gas natural en el recinto de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, sita en C/Doctor Tolosa Latour, S/N de Madrid”* (expediente: 2023-7042); este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia de Informática de la Seguridad Social convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 16 de noviembre de 2023, licitación para la adjudicación del *“Suministro de gas natural en el recinto de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, sita en C/Doctor Tolosa Latour, S/N de Madrid”*, cuyo valor estimado es de 442.511,82 euros.

Segundo. En el curso de la licitación del contrato, y tras la apertura de las ofertas de los licitadores, la Mesa de contratación acordó excluir la proposición presentada por la mercantil AUDAX RENOVABLES, S.A., lo que se comunicó a la misma mediante oficio fechado el 17 de enero de 2024, en los siguientes términos:

“Con fecha 15 de enero de 2024, se reúne la mesa de contratación de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social para proceder a la apertura de los sobres de criterios evaluables automáticamente de las empresas que han sido admitidas a la licitación.

En la oferta realizada por esa empresa, presentan nota aclaratoria en la que indica:

“Que dentro del coeficiente K unitario, en lo que al concepto regulado del ATR, se ha tenido en cuenta para el cálculo del importe por cada punto de suministro, si éste dispone o no de telemedida activa. Los datos se han obtenido de su respuesta a la pregunta formulada a través de la plataforma de contratación del estado...

Que en caso de que durante la vigencia del contrato alguno de los puntos de suministro tuviese algún cambio en lo que a la telemedida activa se refiere, se trasladarán las variaciones que correspondan a la variación del ATR al precio del coeficiente K”.

Por lo que la mesa acuerda excluir la oferta presentadas por Vds. por haber efectuado a una oferta contraria a lo dispuesto en los pliegos, en concreto contraria a la cláusula 9.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, lo que constituye una causa clara de exclusión (así lo ha considerado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución nº 428/2015). En esencia, se estaría arrogando la facultad unilateral de variar los precios del contrato obviando los trámites obligatorios previstos en la Ley de Contratos del Sector Público, desplazando así las prerrogativas del Órgano de Contratación.

En dicha resolución el Tribunal indica: “El Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106) , la aceptación incondicional de los Pliegos: “Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.’” (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero, 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29

de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas)”.

También indica dicha resolución que no procede conferir trámite de subsanación o de aclaraciones sobre la oferta con el siguiente fundamento: “El trámite excepcional de solicitud de aclaraciones no puede concebirse ni emplearse como cauce para dejar sin efecto declaraciones libre y conscientemente recogidas por los licitadores en sus ofertas, que al redactarlas se encuentran vinculados por el contenido de los Pliegos, y a quienes incumbe emplear, a tal efecto, toda la diligencia necesaria, asumiendo las consecuencias (la exclusión de la licitación) que de sus propias decisiones, contrarias a lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, se desprendan” (...).”.

Dicho acuerdo fue notificado a la mercantil aquí actora el pasado 19 de enero de 2024, habiendo sido insertado previamente el correspondiente anuncio en la PCSP el 15 de enero anterior.

Tercero. Frente a dicho acuerdo de exclusión se interpone por parte del licitador excluido recurso especial en materia de contratación ante el Registro del órgano de contratación, mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2024.

Se indica en el recurso que en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en el Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PPT y PCAP, respectivamente) no se detallaba la naturaleza de los equipos de medida, y simplemente se hacía una indicación en la cláusula 4ª del PPT relativa a las obligaciones del contratista. Se apunta por ello que, ante esta indefinición, se procedió a consultar acerca de la naturaleza de los equipos de medición, y que a través de la respuesta obtenida:

“(...) se completó la información que no constaba en los pliegos respecto a las características de los equipos de medida de los contadores, características que deberá asumir y afrontar el contratista que devenga adjudicatario del contrato”. Entiende este licitador que con ello “las condiciones de ejecución del contrato -en concreto, la forma como el contratista deberá dar cumplimiento a la cláusula 4ª del

pliego de prescripciones técnicas- se ven definidas y expuestas a los licitadores no solo en los pliegos, sino que también en la respuesta a la consulta transcrita”.

Tras efectuar esta precisión, se alude en el recurso a la oferta presentada y a la nota aclaratoria que incorporó a la misma, señalando que:

“(e)n ningún momento manifestó que no aceptaba incondicionalmente los pliegos, y que no aceptaba la configuración y características de los equipos de medida. Y, evidentemente, en ningún momento manifestó que se otorgaba la capacidad de modificar unilateralmente el contrato”.

A partir de esta consideración, se rechaza la motivación de la exclusión de su oferta, negando que se formulase una propuesta contraria al contenido de los pliegos. Para sustentar esta alegación, se recoge en el recurso el texto de la nota aclaratoria y se vincula lo allí expuesto con la respuesta a la consulta efectuada acerca de si los puntos de suministro disponían o no de telemedida activa, indicando que:

“(e)n ningún momento manifestó que no aceptara las condiciones de los pliegos, sino todo lo contrario: dejó claro en su propuesta que aceptaba incondicionalmente que en los precios ofrecidos el suministro se desarrollaría mediante los contadores vigentes, de acuerdo a las tipologías actuales de los mismos”.

En esta línea de razonamiento, en el recurso se puntualiza lo siguiente:

“Lo único que Audax puso de manifiesto es que en caso que alguna de las tipologías de contadores manifestase algún cambio en cuanto a la capacidad de telemedir se refiere, a lo largo de la ejecución del contrato, que comportase una variación de la aplicación de los conceptos regulados a aplicar en función de si el equipo está o no telemedido, según se recoge en “Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, “Orden TED/1072/2023, de 26 de septiembre” y “Resolución de 16 de marzo de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” , incrementando o decreciendo los costes de suministro, considera que deberían concurrir

variaciones al alza o a la baja de los precios, para dar cabida contractual al eventual cambio de condiciones de ejecución del contrato.

Del análisis del literal de las manifestaciones formuladas por Audax, debe concluirse que lo único que ha manifestado Audax en los párrafos que dan lugar a su exclusión es que si a lo largo de la ejecución del contrato variasen las condiciones de suministro concurrentes en el momento de la licitación, es decir si a lo largo de la ejecución del contrato variasen las características de los contadores presentes en el momento de aceptar incondicionalmente los pliegos, esta variación, que conlleva necesariamente desde el punto de vista técnico una actualización de los conceptos regulados, debería trasladarse al régimen económico del contrato”.

Se defiende que la nota aclaratoria:

“(n)o lleva a cabo ninguna innovación, y es una manifestación absolutamente prescindible, y que en nada oferta a la viabilidad técnica y jurídica de la oferta: es un mero recordatorio de que el contrato debería ajustar su régimen económico a las variaciones de términos técnicos de contrato que puedan acontecer”.

Con apoyo en esta argumentación, se rechaza que haya existido vulneración de la cláusula 9.1 del PCAP y se defiende que en ningún caso la empresa se otorga una facultad de modificar unilateralmente el contrato.

En cuanto al cumplimiento de los pliegos, se apunta que el recurrente:

“(f)ormuló una oferta plenamente válida respecto a los distintos precios del contrato, y en ningún caso manifestó que no ejecutaría en caso de ser adjudicataria el contrato en los términos que constan fijados en los pliegos, ni indicó que en caso de ser adjudicataria del contrato ejecutaría el mismo en unos términos diferentes a los fijados en los pliegos”.

En este punto, se defiende además que para que proceda una exclusión es necesario que esté plenamente justificado y acreditado el incumplimiento de los pliegos por parte de

la propuesta excluida, debiendo tratarse de un incumplimiento claro y manifiesto, circunstancia que a juicio del recurrente no concurre en el presente caso, por lo que aduce que el acuerdo de exclusión vulnera los principios de libre competencia, igualdad de trato entre licitadores, de proporcionalidad, de no sufrir restricciones en la concurrencia, y de eficiencia.

De otra parte, se opone que en ningún momento se ha reivindicado una potestad de modificación unilateral del contrato, porque jurídicamente no puede un contratista disponer de la capacidad de modificar unilateralmente el contrato.

Adicionalmente, se expone en el recurso que:

“(d)ado que la normativa de contratación no incorpora de forma expresa como causa de exclusión del procedimiento la no-aceptación de los pliegos, la exclusión acordada por la Mesa en el procedimiento de referencia carece de fundamento legal alguno, ha sido adoptada sin base normativa y sin fundamento jurídico plausible que la ampare”.

Argumenta el recurrente en este punto lo siguiente:

“Para la admisión o exclusión del procedimiento de la propuesta de Audax, lo que hay que plantearse es si la oferta de mi representada es válida o no es válida para la ejecución del contrato, y si es válida o no es válida para la comparación de ofertas a la hora de asignar las puntuaciones. Si es válida, no hay más opción jurídica que su admisión al procedimiento, y sólo cabría la exclusión si los precios ofrecidos no encajasen con los precios objeto de la licitación.

Con relación a la viabilidad de la oferta presentada, no hay ningún elemento que obste a que si Audax deviene adjudicataria del contrato pueda ejecutar el mismo en plenas garantías.

Hay que analizar el literal de la propuesta, y aunque los términos y expresiones empleados puedan resultar ambiguos o puedan presentar alguna oscuridad, pero no obstante admiten una interpretación favorable al cumplimiento de las

prescripciones técnicas, esta es la que debe imperar debe presumirse que la propuesta del licitador se ajusta al pliego de prescripciones técnicas, y para presumir la oferta no presenta una imposibilidad de adecuada ejecución del objeto del contrato.

Solo cuando el incumplimiento sea expreso e indudable, de modo que no quepa duda alguna que la oferta es incongruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procedería la exclusión (...).

Y se concluye indicando que su oferta:

“(e)s plenamente válida y viable, hecho que ha de dar lugar a concluir que la exclusión de la propuesta se realiza de forma contraria a derecho, dado que se excluye a una oferta plenamente viable, que se ha limitado exclusivamente a reflejar en su propuesta un derecho que como contratista tendría en caso de formalizar el contrato: el derecho a ajustar el contrato en caso de variación del coste de suministro por cambio de tipología de telemetría de los contadores”.

Cuarto. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. En el mismo se hace referencia al acuerdo de exclusión impugnado, señalando que la propia recurrente:

“(r)econoce haber introducido dentro del sobre relativo a la oferta económica un documento que denomina “Nota aclaratoria Gerencia firmado”, debido a la respuesta dada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social a una pregunta formulada a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público en relación a las características de los puntos de suministro, si eran de telemedida o no”.

Frente a lo defendido en el recurso, considera el órgano de contratación que lo expresado en dicha nota:

“(s)í supone una vulneración del pliego de cláusulas administrativas puesto que expresamente indica que se trasladaran las variaciones que correspondan a la

variación del ATR al precio del coeficiente K, arrogándose una facultad no prevista en la modificación de las condiciones del contrato, sin tener en cuenta las prerrogativas y facultades de la administración en la interpretación, ejecución y desarrollo de los contratos. Por lo tanto, la mesa actuó correctamente al excluir la oferta de la recurrente, siguiendo el criterio establecido por el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 428/2015 citada por la mesa en su acuerdo de exclusión”.

Se añade a lo anterior que:

“No es posible, siguiendo con lo expuesto en la citada resolución, proceder tal y como expone la recurrente de no tener por puestas las citadas manifestaciones en su nota aclaratoria. Además el resto de licitadores, que también son empresas comercializadoras del sector de suministro de gas, no han reflejado ninguna reserva o manifestación en sus ofertas, sino que se han limitado a cumplimentar el modelo de oferta económica incluido dentro de los pliegos, cuyo contenido era preciso, ya que únicamente había que rellenar los datos del precio del factor K”.

En el informe se razona también acerca de la existencia de vulneración de la cláusula 9.1 del PCAP en cuanto en la misma se requiere que las proposiciones de los licitadores se ajusten a lo previsto en el pliego, junto con la Hoja-Resumen correspondiente a la licitación, con lo que:

“(e)l incluir documentos, tal y como ha efectuado la licitadora en la que realizan manifestaciones contrarias a los pliegos, y a las facultades del órgano de contratación, sí es una vulneración de la citada cláusula”.

Se añade que:

“(r)realizar esta manifestación de “trasladar las variaciones a los precios reflejados”, sí supone alterar de facto la oferta, y quiebra el principio de riesgo y ventura de todos los contratos administrativos del artículo 195 de la LCSP en contra de lo que el licitador dice en su escrito de recurso”.

Defiende, asimismo, el órgano de contratación la adecuada motivación de la exclusión al contener los elementos necesarios para poder recurrir.

A lo anterior se añaden las siguientes manifestaciones:

“Por último, en relación con las dos últimas alegaciones efectuadas por la recurrente en su recurso, conforme al criterio seguido por la mesa de contratación reflejado en el Acta de la sesión, esta ha considerado que la expresión reflejada en el documento relativa a trasladar las variaciones a los precios reflejados sí es una manifestación de su intención de efectuar esa variación, ya que en ningún momento hace mención a que se debería tramitar una posible modificación contractual en el caso de producirse esa circunstancia. Además, la argumentación de que se tuviera por no puesta esa manifestación no tiene fundamento porque es doctrina reiterada del TACRC, entre ellas resolución 1540/2023 que explicita “...., entendemos que la alegación se debería desestimar de plano, pues la Reclamante está vinculada a sus propios actos, como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en numerosas resoluciones, entre ellas la Resolución 969/2023 de 20 de octubre de 2023”, y por tanto, las ofertas presentadas deben ser consideradas completamente sin que se pueda ignorar lo contenido en ellas, con independencia de si ello beneficia o perjudica a la licitadora.

Asimismo, la alegación consistente en la falta de tipificación en la normativa de la exclusión por la no aceptación de los pliegos carece totalmente de virtualidad, puesto que según la resolución 428/2015, o la más reciente ya citada 1540/2023, la presentación de la oferta implica la aceptación incondicional de los pliegos, sin salvedad o reserva alguna (que es lo que efectúa la recurrente en su documento de aclaración), y siendo además según la doctrina mencionada los pliegos como “lex contractus”, su incumplimiento, en este caso, de la cláusula 9.1 debe suponer por tanto, su exclusión, con lo que queda acreditada la tipicidad de la exclusión por el incumplimiento de una cláusula del pliego”.

Se defiende, por todo ello, la desestimación del recurso.

Quinto. La secretaria del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgando un plazo de cinco días hábiles para que, si se estimara oportuno, se formularan alegaciones, sin que se haya evacuado este trámite por ninguno de ellos.

Sexto. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de fecha 22 de febrero de 2024 acordando la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

UNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos.

Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso, a tenor de lo establecido en el artículo 45.1 de la vigente LCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 44, apartados 1.a) y 2.b), de la LCSP, al impugnarse un acuerdo de exclusión de un licitador por parte de un poder adjudicador de un contrato de suministro de valor estimado superior a 100.000 euros.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, no habiendo transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de comunicación del acuerdo y la de presentación del recurso [artículo 50.1.c) LCSP].

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación de la empresa recurrente, ha de reconocerse la misma al haber sido excluida de la licitación por el acuerdo que se impugna, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la vigente LCSP pues, la eventual estimación de su recurso, le supondría ser reintegrada al procedimiento de contratación.

Quinto. Pasando ya a examinar el fondo de la cuestión objeto del recurso, conviene comenzar aludiendo a las cláusulas del PCAP relativas a la presentación de las proposiciones por parte de los licitadores.

En primer término, en la cláusula 9.1 se establece lo siguiente:

“Las proposiciones de los licitadores deberán ajustarse a lo previsto en el presente pliego, junto con la Hoja-Resumen correspondiente a la licitación.

Su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, su Hoja-Resumen complementaria y pliego de prescripciones técnicas, sin salvedad ni reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Su presentación igualmente supone la autorización para la consulta u obtención de aquellos documentos exigidos en el procedimiento, de acuerdo con la vigente normativa que es de aplicación, que hayan sido elaborados por cualquier Administración, salvo que formule su oposición expresa”.

De otro lado, hay que traer a colación la cláusula 10.4 relativa al contenido del sobre número dos “Oferta económica y, en su caso, documentación sobre aspectos susceptibles de valoración automática”. En la misma se indica:

“En este sobre los licitadores incluirán la oferta económica, que será formulada con arreglo al modelo que se incluye como Documento 2 del presente pliego.

Cuando la adjudicación se realice por precio a tanto alzado, y se estime, en atención al objeto y naturaleza del contrato, la necesidad de que se realice un desglose de la oferta a los únicos efectos del cálculo de las eventuales modificaciones contempladas en la cláusula vigésimo cuarta, y se considere conveniente, se incorporará un anexo al citado Documento 2 que deberá ser cumplimentado por el licitador”.

El modelo al que se remite esta cláusula recoge el siguiente texto:

“PRIMERO: Que, enterado de las condiciones y requisitos que se exigen para la adjudicación del contrato de suministro de gas natural en el recinto la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, sito en c/ Doctor Tolosa Latour, s/n de Madrid, según expediente nº 2023/7042, se compromete a tomar a su cargo la ejecución de dicho contrato, con estricta sujeción al Pliego de Cláusulas administrativas particulares, su Hoja-Resumen y el Pliego de prescripciones técnicas que lo definen, por los siguientes precios unitarios:

(...)

Las ofertas se realizarán sobre el valor del parámetro K para cada punto de suministro, con redondeo a 3 decimales. Cada K correspondiente a un CUPS (del K1 al K4) deberá estar comprendido entre 0,000 y 0,050. Cualquier oferta con un k no incluido en este rango será desestimada”.

De acuerdo con dicho modelo, para cada una de las tarifas de acceso que se indican los licitadores han de indicar el importe K unitario. En el apartado 5.4 de la Hoja-Resumen del PCAP (“Sistema de determinación del precio”), se define este coeficiente K de la siguiente manera:

“Parámetro a ofertar, en €/kWh y con tres decimales, por las licitadoras en función de la tarifa y que incluye todos los conceptos a excepción del valor del Mibgas, el término fijo, el alquiler del equipo de medida y los impuestos. (estimándose un valor máximo unitario de K de 5 céntimos de euros por kWh y CUPS)”.

Teniendo presente este marco de previsiones de los pliegos, procede ya pasar a examinar el contenido de la oferta económica presentada por la empresa recurrente. En la misma, junto con el modelo incorporado en el Pliego debidamente cumplimentado, con indicación del importe K unitario para las distintas tarifas, incorpora adicionalmente un documento –el nº 20 del expediente administrativo–, en el que expone lo siguiente:

“Nota aclaratoria a la proposición económica para la Gerencia de Informática de la Seguridad Social

Expediente nº2023/7042

Don Marc Blasi Borràs, con DNI/NIE nº 44998692C y domicilio en c/de la electrónica nº19 planta 7 puerta C, Badalona (Barcelona) actuando en su propio nombre y derecho, o en representación de la Empresa AUDAX RENOVABLES, S.A. con CIF A-62338827 a la cual representa por su calidad de apoderado.

DECLARA:

Que para la oferta del importe del coeficiente K unitario para cada una de las tarifas ofertadas, tal como indica en los pliegos, se han incluido todos los conceptos a excepción del valor del Mibgas, el término fijo, el alquiler del equipo de medida y los impuestos.

Que dentro del coeficiente K unitario, en lo que al concepto regulado del ATR, se ha tenido en cuenta para el cálculo del importe por cada punto de suministro, si éste dispone o no de telemedida activa. Los datos se han obtenido de su respuesta a la pregunta formulada a través de la plataforma de contratación del estado:

...

Que en caso de que durante la vigencia del contrato alguno de los puntos de suministro tuviese algún cambio en lo que a la telemedida activa se refiere, se

trasladarán las variaciones que correspondan a la variación del ATR al precio del coeficiente K.”

Toda la cuestión que es objeto de controversia en el presente recurso gira en torno a la interpretación que haya de darse al contenido de esta nota aclaratoria. Para el órgano de contratación, con la misma se introduce una inadmisibile condición respecto de la oferta formulada, lo que se estima constituye un incumplimiento de los pliegos determinante de exclusión. Por el contrario, la empresa licitadora defiende en su recurso que se trataría de una simple precisión sin mayor relevancia, motivada por la respuesta que se facilitó a su consulta, y en nada supone un condicionante a la oferta, ni un incumplimiento de los pliegos, ni una reserva a su favor de la posibilidad de modificar los términos del contrato.

Al margen de cuál haya podido ser la motivación de esta manifestación de la empresa en su oferta, lo que interesa aquí es determinar su auténtico objeto y el alcance en cuanto a la proposición formulada. A tal respecto, estima este Tribunal que una manifestación expresa de este contenido no puede tenerse por irrelevante, como parece postular en su recurso el licitador. Desde luego, si la empresa decide añadir alguna precisión a los términos de su oferta, como aquí ha sucedido, es porque quiere integrar el contenido de la misma con lo expresado en la nota aclaratoria. La misma por tanto cobra un singular relieve, convirtiéndose en parte de la oferta. Y el sentido que en este caso debe otorgarse a la misma, dado su claro tenor literal, no puede ser otro que el de la formulación de una reserva o salvedad por parte del ofertante en cuanto al mantenimiento de los términos de su oferta para el caso en que concurra la circunstancia que se expresa. Esto es, se manifiesta al órgano de contratación que, para el caso en el que *“durante la vigencia del contrato alguno de los puntos de suministro tuviese algún cambio en lo que a la telemida activa se refiere”*, el licitador se reserva el derecho a trasladar *“las variaciones que correspondan a la variación del ATR al precio del coeficiente K”*.

Con ello, se está introduciendo un doble condicionante respecto de la oferta formulada:

1º.- Se indica al órgano de contratación que el licitador se reserva el derecho a variar el importe ofertado del coeficiente K según su criterio.

2º.- El licitador se reserva el derecho a apreciar la existencia de las circunstancias en las que podría proceder a variar el importe del coeficiente.

Esto es, el licitador supedita el mantenimiento de los términos de su oferta a una circunstancia futura e incierta (la posible variación de las circunstancias relativas a la telemática activa en alguno de los puntos de suministro), cuya apreciación queda a su criterio. Y además el licitador manifiesta que en tal eventualidad introducirá en el precio "*las variaciones que correspondan*", con lo que se arroga el derecho a decidir el alcance de la alteración del precio.

Ello supone, de una parte, que estamos ante un claro ejemplo de declaración de voluntad cuyo contenido se sujeta a condición (los términos de la oferta solo se mantienen en tanto no concurra la circunstancia futura e incierta que se describe), y, de otra, que el licitador se reserva un derecho potestativo de modificación de un elemento esencial del contrato como es el precio, de manera unilateral, lo que resulta prohibido no ya solo por los principios básicos de la contratación pública, sino, con alcance general, por el principio general en materia de contratación que se contiene en el artículo 1256 de nuestro Código civil, conforme al cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Precepto que haya su trasunto, en el ámbito de la contratación pública, en los artículos 139.1 de la LCSP y 2.2 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.

Es evidente, por todo ello, que nos encontramos ante la introducción de un condicionante inadmisibles respecto de la oferta formulada, lo cual supone un incumplimiento de los pliegos, al variar los términos en los que conforme a los mismos debe formularse la oferta y sujetar ésta a condición, reservándose además el licitador el derecho a variar los términos de la misma, siendo así que la presentación de proposición debe suponer estrictamente una asunción incondicionada de lo dispuesto en los pliegos.

Tal proceder no puede quedar justificado por cuanto se alega en el recurso. En primer lugar porque, como se ha razonado, los términos de la nota aclaratoria no dejan lugar a la duda en cuanto a su objeto y alcance, no pudiendo aceptarse lo que ahora se aduce para

tratar de restar relevancia a lo manifestado allí. Y, en segundo término, porque tampoco queda amparado el licitador por el hecho de que el condicionante se establezca en relación con una eventual variación en algún aspecto del contrato. Es evidente que si se produce una modificación contractual la misma habrá de producirse con estricta sujeción a las previsiones de la LCSP, por acuerdo del órgano de contratación y con fijación de la compensación que en su caso pudiera corresponder al contratista, pero ello en su momento, en atención a las concretas circunstancias, y por decisión del órgano de contratación, con la posibilidad de impugnación por parte del contratista, quien no puede condicionar el mantenimiento de su oferta mediante una reserva del derecho a apreciar la existencia de una circunstancia de tal naturaleza así como del derecho a fijar por su parte las variaciones de precio que ello hubiera de conllevar. El efecto de ello no puede ser como indica el recurrente el tener por no formulada esta manifestación, puesto que la Mesa de contratación no puede conformar los términos de la oferta a su voluntad, sino la exclusión de la oferta por incumplimiento evidente de los pliegos.

Por último, tampoco cabe acoger el argumento del recurrente relativo a una falta de previsión en los pliegos de la exclusión de una oferta por esta circunstancia, puesto que de lo que se trata es de aplicar en este caso el principio básico de la contratación pública conforme al cual las proposiciones de los licitadores deben ajustarse estrictamente a los pliegos de la licitación, incurriendo en caso contrario en causa de exclusión. Ni tampoco es atendible lo aducido en torno a que el hecho de ser su oferta viable hace improcedente la exclusión, pues la causa de la misma no es la falta de viabilidad de la oferta, sino el carácter condicionado de la misma, en los términos previamente razonados.

La doctrina de este Tribunal es clara en esta materia. En la Resolución nº 1069/2019, de 30 de septiembre, se recoge cómo:

“(l)a presentación a la licitación supone la aceptación incondicionada de las bases de la convocatoria (cfr.: artículo 139.1 LCSP), de modo que no solo no podrá discutirlas con posterioridad (cfr.: artículo 50.1.b) LCSP) sino que las ofertas que no se ajusten a aquellas deberán ser excluidas, aunque los Pliegos guarden silencio sobre el particular (cfr.: Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016, 806/2017, 549/2018, 303/2019).”

A lo que se añadía en dicha Resolución:

“Con tales presupuestos a la vista se comprende que la formulación de una oferta sujeta a condición –esto es, a un acontecimiento futuro e incierto, conforme la define el artículo 1113 CC-, cuando ello no está expresamente previsto en los Pliegos, es radicalmente incompatible con la fuerza vinculante de estos a la que acabamos de aludir y es causa de exclusión”.

Conforme se indicaba en esa resolución, dicho criterio se acogía en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2003 confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 2005. Y se indicaba finalmente:

“La presentación de una oferta condicional determina, pues, la exclusión de ella, y difícilmente puede ser de otro modo, dada la naturaleza del pliego como “lex contractus”, y de su aceptación incondicionada que se exige a los licitadores, siendo esta a su vez “elemento esencial ligado a la publicidad y de igualdad de trato” (cfr.: Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006 –expediente 514/2006-). (...)”

Cabe citar, asimismo, los razonamientos contenidos en la Resolución nº 431/2022 de 7 de abril:

“De admitirse la oferta sujeta a tales condiciones se vulneraría lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP que exige que:

“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. (...)”

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con

otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.”

Desde esta perspectiva, es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los Pliegos, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada al no ajustarse a las cláusulas de aquéllos. Así afirmaba la Resolución 107/2015, de 30 de enero, que: “tanto el incumplimiento del PCAP como del PPT dará lugar consecuentemente a la exclusión del licitador.”

Procede por todo ello la desestimación del recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. M.B.B., en representación de la mercantil AUDAX RENOVABLES, S.A., frente al acuerdo de exclusión de su oferta de la licitación convocada por la Gerencia de Informática de la Seguridad Social para contratar el “*Suministro de gas natural en el recinto de la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, sita en C/Doctor Tolosa Latour, S/N de Madrid*”.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del artículo 57.3 de la LCSP.

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 la multa prevista en el artículo 58 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 de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la

recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f), y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES