



Recurso nº 1061/2024

Resolución nº 1370/2024

Sección 1ª

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 31 de octubre de 2024

VISTO el recurso interpuesto por D. J.T.P. en representación de PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. contra el acuerdo de adjudicación de los 4 lotes de la licitación convocada por la Dirección General de Conservación y Mantenimiento de ADIF para contratar el suministro de Adblue (solución de urea al 32,5%) para motores diésel de vehículos ferroviarios N.º de expediente matriz: 2.24/28510.0050, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El objeto del contrato es el suministro, en régimen de pedido abierto y en función de las necesidades detectadas por ADIF, de ADBLUE (solución de urea al 32,5%) para motores diésel de vehículos ferroviarios, para su utilización en las locomotoras adquiridas por ADIF.

Los Pliegos que rigen la licitación y ejecución del contrato, el expediente, el gasto y la apertura del procedimiento de adjudicación fueron aprobados por la Dirección General de Conservación y Mantenimiento de Adif con fecha 28 de mayo de 2024, por un importe máximo de licitación de 141.960,00 € (IVA excluido), 171.771,60 € (con IVA), y un plazo de ejecución de doce meses.

El expediente de referencia se ha licitado mediante procedimiento abierto simplificado con un criterio de adjudicación, publicándose el anuncio de licitación el 28 de mayo de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Quedando fijadas las fechas como se



indica: 17 de junio de 2024 fecha límite de recepción de ofertas y 18 de junio de 2024 fecha de apertura de los sobres únicos.

Con fecha 18 de junio de 2024 se procedió a la apertura de la documentación contenida en el sobre único presentado por los licitadores.

En dicha sesión se realizaron las siguientes observaciones, que se dan en los cuatro lotes:

-PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L.:

- Oferta una cantidad en €/1000 litros.
- No contesta al apartado c) del sobre único, si se integra la solvencia por medios externos.
- Presenta el sobre único sin firma digital.

- NAXOS BLUE, S.L.:

- Oferta una cantidad en €/litro.
- En el apartado i) del sobre único, indica que SI ha participado en la elaboración de especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato.

- DISTRIBUCIONES PETROLIFERAS CARMEN, S.L., (50 %); ARIDOS TECNICOS S.A. (50 %), en compromiso de UTE: presenta el sobre único correctamente cumplimentado en todos los lotes.

Según el PCAP el término fijo FEE es el único factor de la fórmula que la empresa licitadora tiene que ofertar al ser el resto de los factores independientes del licitador, siendo expresado este término fijo en euros/tonelada, IVA excluido, con dos decimales. Para cada pedido se aplicará la fórmula establecida tanto en el PCAP como en el PPT para determinar el precio en €/litro en dicho momento, siendo necesario para ello que el término fijo sea ofertado por los licitadores, mientras que los licitadores PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. y NAXOS BLUE, S.L. han ofertado directamente un precio final en €/litro.



Por tanto, los miembros de la Mesa de Contratación acordaron posponer la decisión sobre la admisión o no de los licitadores PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. y NAXOS BLUE, S.L. a una nueva reunión de la Mesa de Contratación.

El 20 de junio de 2024 se celebra una nueva mesa de contratación para proceder al análisis del sobre único y propuesta de clasificación de ofertas y posterior adjudicación, en la que acuerdan la exclusión de los licitadores PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. y NAXOS BLUE, S.L., en los cuatro lotes del expediente, por haber ofertado una magnitud diferente a la requerida en el PCAP, no siendo posible conocer los términos reales de la oferta, desvirtuándose el objetivo de la aplicación de la fórmula: la actualización del precio.

También acordó la clasificación de los cuatro lotes, siendo la oferta mejor clasificada en todos ellos la presentada por los licitadores DISTRIBUCIONES PETROLIFERAS CARMEN, S.L., (50 %); ARIDOS TECNICOS S.A. (50 %), en compromiso de UTE, dictándose resolución de adjudicación con fecha 29 de julio de 2024.

Segundo. Con fecha 30 de julio de 2024 tiene entrada la interposición de Recurso especial en materia de contratación por PRODUCTOS QUÍMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L., ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales contra el acuerdo de adjudicación, y contra la exclusión de la recurrente.

El recurso interpuesto solicita la anulación del acuerdo de exclusión de los cuatro lotes, y correlativamente el de adjudicación, con orden de retroacción del procedimiento al momento de otorgamiento de las puntuaciones, para que la oferta presentada por el recurrente pueda ser incluida. En caso de no ser posible la nueva realización del procedimiento de contratación, solicitamos la indemnización por daños y perjuicios generados por los gastos de preparación del procedimiento de contratación y el lucro cesante de un 30% sobre la oferta planteada.

El recurso, breve, condensa su argumentación en el siguiente motivo



“sin mediar la ronda de aclaración para permitir la inclusión de la oferta efectivamente realizada por esta empresa, la mesa de contratación acordó la exclusión de PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L.”

De lo que cabe concluir que entiende que se le debería haber otorgado la posibilidad de aclaración.

Tercero. Remitido el expediente administrativo, al mismo se incorpora informe del órgano de contratación en el que solicita la íntegra desestimación del recurso.

Así, sostiene que ha seguido en todo momento lo dispuesto en los pliegos que regían la presente licitación, habiendo sido el recurrente excluido por incumplir las previsiones relativas a la presentación de oferta económica plasmadas en el PCAP, sin que el error en que ha incurrido fuere subsanable.

Sostiene en su informe que de conformidad al pliego de cláusulas administrativas particulares el término fijo FEE es el único factor de la fórmula que la empresa licitadora tiene que ofertar al ser el resto de los factores independientes del licitador, siendo expresado este término fijo en euros/tonelada, IVA excluido, con dos decimales. Para cada pedido se aplicará la fórmula establecida tanto en el PCAP como en el PPT para determinar el precio en €/litro en dicho momento, siendo necesario para ello el término fijo que se exige que sea ofertado por los licitadores, mientras que los licitadores PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. y NAXOS BLUE, S.L. han ofertado directamente un precio final en €/litro.

Esta magnitud ofertada supone el precio final al que se llegaría tras aplicar la fórmula, pero sin utilizar los otros factores actualizadores del precio, desvirtuándose el objetivo de la aplicación de la fórmula, la actualización del precio. Por ello, no permite conocer los términos reales de la oferta, cuya finalidad ha quedado desvirtuada, sin que quepa aclaración conforme reiterada doctrina de este Tribunal.

Por tanto, el órgano de contratación defiende en su informe que los miembros de la Mesa de Contratación acuerdan la exclusión del recurrente, en los cuatro lotes del expediente, por haber ofertado una magnitud diferente a la requerida en el PCAP, no siendo posible



conocer los términos reales de la oferta, desvirtuándose el objetivo de la aplicación de la fórmula, que es la actualización del precio.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones; sin haber hecho uso de su derecho.

Resulta de aplicación 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) y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Quinto. Interpuesto el recurso, la secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 16 de agosto de 2024 acordando mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP, por ser ADIF un poder adjudicador sujeto al control de la Administración General del Estado.

Segundo. El recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días del artículo 50.1.d) LCSP.

Tercero. El acto objeto del recurso es apto para su impugnación en cuanto se refiere a su exclusión –artículo 44.2.c) de la LCSP– de un procedimiento de licitación de un contrato de suministros con un valor estimado superior a 100.000 euros conforme al artículo 44.1.a) de dicha norma legal.

Cuarto. En cuanto a la legitimación, ha de partirse del artículo 48 de la LCSP que dispone 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”.

En este caso, la recurrente ha participado en el procedimiento de licitación y su oferta ha sido excluida, por lo que la eventual estimación del recurso supondría su reintegración al procedimiento y, consecuentemente, una expectativa razonable de alzarse con el contrato.

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la cuestión objeto de debate consiste en determinar si a la vista del incumplimiento cometido por el recurrente en el modo de formular la oferta económica, procedía o no un requerimiento de aclaración o subsanación de la misma.

En cuanto al incumplimiento, es un hecho pacífico, pues no lo discute el recurrente y resulta patente, ya que ha formulado su oferta respecto del precio final y en euros por litro y no respecto del factor FEE de la fórmula en euros por tonelada, contraviniendo así las previsiones contenidas en la cláusula I.1, en la III.3.1, en la cláusula III.2, así como en el anexo 1 del PCAP. De todas estas cláusulas se desprende inequívocamente la obligación del licitador de formular su oferta económica indicando el término fijo FEE en euros/tonelada, pues dicho factor es el único de la fórmula para el cálculo del precio que depende del licitador:

$$P_m = (TTFm-1 \times F_g \times 0,325 + FEE) \times 1,089/1000$$

Siendo:

- P_m , el precio del mes en curso
- $TTFm-1$: promedio del mes anterior de las referencias Front Month del Dutch TTF Natural Gas (€/MW) (Referencia pública).
- F_g : Factor fijo de conversión gas a urea por un valor de 7,5.



- 0,325: contenido de Urea en la solución de AdBlue®.
- FEE: término fijo que incluirá todos los costes de producción, transporte y beneficio industrial (en €/t) que el adjudicatario haya consignado en su oferta.
- 1,089/1000: factor de conversión €/t a €/L para la solución AdBlue®

El factor FEE es el que sirve para la comparación de las ofertas (III.2 PCAP) y para el cálculo del umbral de anormalidad (I.1 y cláusula 19 del PCAP).

Como señalábamos sobre este extremo no hay debate. El licitador no se ha ajustado a los términos que exige el pliego.

No obstante, en el recurso se observa que la recurrente desconoce el alcance del error de su oferta. Así, después de señalar que de su oferta de 499 euros de Adblue por 1.000 litros, se extrae la absoluta certeza de que se presenta oferta por 0,49 €/litro, afirma que la adjudicación se realiza a un licitador que ha ofertado los lotes en una horquilla de precios de 0,52 €/litro y 0,53 €/litro, oferta claramente menos ventajosa, solicitando en el recurso que se admita la oferta a 0,49 euros/litro.

Por un lado, el error de su oferta no radica en que se formulara con una unidad de medida incorrecta, sino en que el ofertó una magnitud distinta (precio final) a la requerida (término FEE), desvirtuando, como señala el órgano de contratación, el objetivo de la aplicación de la fórmula: la actualización del precio. Por otro lado, la adjudicataria sí que ofertó el factor FEE, el cual no se corresponde con el precio final del suministro, no siendo posible, por tanto, la comparación de ofertas pretendida por la recurrente.

Sentado lo anterior, cabe analizar si procedió la subsanación, o cuanto menos la aclaración de la oferta que invoca la recurrente. Esta cuestión ha sido ya previamente abordada por este Tribunal en numerosas ocasiones, por todas podemos citar la resolución 418/2023 de 30 de marzo, en recurso 228/2023, en cuyo fundamento séptimo se sostiene lo siguiente:

“Ahora bien, tal conclusión no nos exime de considerar la posibilidad de que la mesa de contratación solicite del licitador aclaraciones cuando los términos de la oferta no sean claros.



En este punto debemos recordar la doctrina del Tribunal en relación con la posibilidad de corregir la oferta económica. En general, nuestra doctrina, siguiendo en este punto lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, se ha mostrado cauta en lo que se refiere a la aclaración de las ofertas. Por el contrario, con base en lo dispuesto por el artículo 84 del RGCAP, hemos entendido que “se establece con ello un principio contrario a la subsanación de los errores en los que se hubiera podido incurrir en la presentación de la oferta económica. Tales errores, como regla general, llevará aparejada el rechazo de la proposición” (Resolución 845/2021 de 8 de julio).

Tal principio general admite, como también ha advertido la jurisprudencia comunitaria, excepciones. Como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (C-599/10):

‘40. Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a 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. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma.

41. 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’.



La doctrina expresada ha sido recogida en nuestra Resolución 137/2017 de 3 de febrero, invocada por otras posteriores. Dijimos,

‘(...) 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) 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 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 puede 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 falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición’.



En consecuencia, como ya dijimos en nuestra Resolución nº 535/2016 la aclaración, que es posible, no puede propiciar el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 del Reglamento, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo cuando no alteren su sentido. Sin embargo, como ha reiterado este Tribunal en diversas ocasiones, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar una controversia como la que nos atañe debiendo, asimismo, considerar el principio de concurrencia del artículo 1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables. Por ello, hemos declarado que las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP deben limitarse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013, 779/2014, 472/2015), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012, 1097/2015, 362/2016) pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)’.

En definitiva, las consecuencias que el artículo 84 del RGCP anudan al supuesto de que la oferta exceda el presupuesto base de licitación deben limitarse a aquellos supuestos en los que el error de que adolezca la proposición del licitador no sea salvable de manera inequívoca mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el propio pliego, la acompañe; pero no, en cambio cuando los términos de la oferta sean susceptibles de varias lecturas”.

En el caso que nos ocupa resulta evidente que la petición de aclaración habría ido más allá de las previsiones de la doctrina administrativa y la jurisprudencia. Téngase en cuenta que no estamos ante un mero error de cuenta o transcripción, pues el recurrente no ha dado respuesta al elemento de la oferta que era necesario para efectuar la comparativa entre ofertas y calcular el umbral de anormalidad, esto es, no ha manifestado el valor FEE, sino que ha dado un precio final del suministro en euros por litro, sin que sea posible con solo ese dato poder despejar el valor ofertado de FEE, pues debería informar, además, sobre el valor que consideró de TTFm-1. Todo ello excedería del límite insoslayable que se establece en la solicitud de aclaración o subsanación de una oferta, que es su inmodificabilidad.

Todo ello conduce a considerar que realmente no existe una oferta que aclarar, o incluso subsanar, ya que lo consignado en la documentación era una magnitud ontológicamente distinta de la solicitada, por lo que solo presentando una nueva oferta estaría dando respuesta a las previsiones del pliego, sin que el importe consignado en su documentación pueda servir ni siquiera como punto de partida o elemento interpretativo.

En conclusión, el recurrente, si se le concediera la posibilidad, estaría realmente formulando su oferta íntegramente y no aclarando la presentada.

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. J.T.P. en representación de PRODUCTOS QUIMICOS DE AUTOMOCIÓN, S.L. contra el acuerdo de adjudicación de los 4 lotes de la licitación convocada por la Dirección General de Conservación y Mantenimiento de ADIF para contratar el suministro de Adblue (solución de urea al 32,5%) para motores diésel de vehículos ferroviarios N.º de expediente matriz: 2.24/28510.0050, confirmando los acuerdos impugnados.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con



lo establecido en el 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

LAS VOCALES