



Recurso nº 218/2015

Resolución nº 295/2015

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

En Madrid, a 30 de marzo de 2015.

VISTA la reclamación formulada por D. ^a A.L.C., en nombre y representación de VARESER 96 S.L, contra al acuerdo adoptado por Presidente de ADIF de 17 de febrero de 2015 por el que se adjudica el contrato “*Servicio de mantenimiento integral de instalaciones de las estaciones de Barcelona Sants, Barcelona Passeig de Gracia y Barcelona Estació de França nº 2.14/30410.0011*”, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por acuerdo de 27 de octubre de 2014 el Presidente de ADIF acordó el inicio del procedimiento de contratación para el servicio de mantenimiento integral de las estaciones de Barcelona Sants, Barcelona Passeig de Gracia y Barcelona Estació de França, expediente nº 2.14/30410.0011. El anuncio de licitación del citado procedimiento se publicó en el BOE el 30 de octubre de 2014 y en el DOUE el 5 de noviembre del mismo año.

Segundo. El procedimiento de contratación se rigió por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante LCSE)

Tercero. El 12 de diciembre de 2014 se procedió a la apertura de la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. El 17 de diciembre, tras la oportuna subsanación, se convocó acto público para la apertura de la proposición económica, dándose lectura a la primera página de cada oferta, donde consta la proposición económica total, pero no sin leer el contenido del documento anejo de la

misma. En el mismo acto, se detectó un error material en la oferta de una de las licitadoras, ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A., por lo que se advertía a los licitadores de que se solicitaría aclaración de la oferta.

Cuarto. Tras el análisis de las distintas ofertas por la mesa se detectó que en la oferta de OPTIMA AIRAT, S.A. no cuadraba la cuantía que se ofertaba como proposición económica global y que había sido leída en el acto público con las cuantías consignadas en el desglose que obraba en el documento anejo del formulario aprobado en el PCAP. Por tal motivo se le dio igualmente plazo a dicha licitadora para que ofreciera las aclaraciones oportunas, dando plazo para ello hasta el 18 de diciembre.

Quinto. El mismo 17 de diciembre, se recibe vía correo electrónico del representante de OPTIMA AIRAT S.A en el que señala: *“Efectivamente existe un error, los importes desglosados por estación incluyen la parte proporcional del material sumatorio del apartado B). Una vez corregida la discordancia de importes, les adjunto la proposición económica completa, corrigiendo los mencionados errores del Anejo a la proposición económica”*. Sin embargo, el nuevo desglose tampoco cuadraba con la cuantía señalada en la proposición económica global.

El 18 de diciembre de 2014 a las 9:24 se envía un nuevo correo electrónico con el mismo texto y anexos que en el anterior por lo que la cuantía continúa sin cuadrar. Finalmente, el mismo 18 de diciembre, pero a las 10:51 se envía un tercer correo electrónico con el siguiente texto: *“Adjunto el documento sobre 2. Proposición económica, una vez corregido el anejo a la proposición económica”*. En este último anejo las cuantías sí cuadran con la proposición económica global incluida en el sobre de la oferta.

Sexto. El 9 de febrero de 2015, una vez aceptadas las subsanaciones efectuadas tanto por ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. como por OPTIMA AIRAT S.A se efectúa por la Mesa de Contratación propuesta de adjudicación a favor de esta última. El 17 de febrero de 2015 el Presidente de ADIF acuerda la adjudicación a favor de OPTIMA AIRAT S.A.

Séptimo. El 5 de marzo de 2015 VARESER 96 S.L formula la presente reclamación. Recibido el expediente en el Tribunal el 11 de marzo de 2015 se da traslado del mismo a

las distintas licitadoras para que efectúen alegaciones, trámite que es cumplimentado por la adjudicataria OPTIMA AIRAT S.A, mediante escrito de 23 de marzo de 2015.

Octavo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 104.6 de la LCSE el procedimiento se encuentra suspendido desde la formulación de la reclamación, habiéndose acordado el mantenimiento de la suspensión el 16 de marzo de 2015 por la Secretaria del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal:

La reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 101.1 de la LCSE.

Segundo. Adecuación del procedimiento y legitimación.

La reclamación está interpuesta en el plazo y por persona legitimada para ello, toda vez que el acto recurrido consiste en la adjudicación del contrato a favor de otro licitador, pudiendo llegar a resultar adjudicataria la recurrente en caso de estimarse la reclamación, todo ello de conformidad con lo señalado en el artículo 102 LCSE.

Debe precisarse en este punto, a la vista del informe de la entidad contratante, que la pretensión ejercida por la recurrente se limita exclusivamente a la exclusión de la oferta presentada por OPTIMA AIRAT S.A, tal y como se deduce de la literalidad del suplico de su escrito. Las consideraciones que se efectúan en la reclamación con relación a la oferta de ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A. van destinadas a fundamentar sus alegaciones, poniendo de manifiesto la diferencia existente entre el error padecido por ACCIONA (que sí consideran un mero error material y por tanto subsanable) y el error padecido por OPTIMA AIRAT S.A que consideran que era un error sustancial y como tal no subsanable.

Tercero. Alegaciones del recurrente, contestación de la entidad contratante y alegaciones de la adjudicataria.

La recurrente alega la infracción del ordenamiento jurídico cometida por la mesa de contratación y, consecuentemente, por la entidad contratante, al ofrecer un trámite de aclaración a la entidad OPTIMA AIRAT S.A cuando su oferta resultaba errónea, al no cuadrar la cuantía de la oferta global con el desglose que se acompañaba como documento adjunto, según el modelo aprobado en el PCAP. Señala además que la oferta global ofertada era precisamente la errónea, pues es el resultado de sumar los importes del “componente constante” del precio, sin incluir los importes del “componente variable”. La suma de ambos conceptos daba lugar a un precio global superior al que consignó como oferta y superior al ofrecido por VARESER 96 S.L que de este modo debió haber sido adjudicataria del contrato.

Por el contrario, la entidad contratante apela a la doctrina de este Tribunal que ha venido a señalar la procedencia de solicitar aclaraciones a las ofertas, incluso cuando se trata de la oferta económica, cuando la misma no produzca ninguna alteración de la presentada en el sobre. En el presente caso, a juicio de la entidad contratante, no se produce dicha alteración, pues la cuantía total no se modifica, siendo el documento anejo un simple desglose, cuya modificación no afecta a la oferta realizada.

Por su parte, OPTIMA AIRAT S.A señala que su oferta global no ha variado en ningún momento, señalando que lo único que hace es cumplir con los sucesivos requerimientos efectuados por la entidad contratante, por lo que su actuación en todo momento ha sido legal.

Cuarto. Posibilidad de subsanación de las ofertas técnicas y económicas por parte de los licitadores y tras la apertura de los sobres.

Tanto éste como otros tribunales competentes en materia de contratación pública han mantenido una doctrina constante en relación con los límites a la posibilidad de subsanación de las ofertas por parte de los licitadores y tras la apertura de los sobres, doctrina basada por un lado en el principio de transparencia e igualdad de trato y por otro lado en el principio de libre concurrencia.

Así, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón en resolución 14/2014 ha señalado: *“La subsanación, opera única y exclusivamente en relación con la apertura del sobre que contiene la documentación (Sobre A o Uno). Pues, en relación con los sobres B y C (ó Dos y Tres), únicamente cabe la aclaración, pero nunca la subsanación.”*

Este especial rigor ha sido matizado, sin embargo, en otras ocasiones por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así en resolución 463/2014 señaló:

*“Por tanto, **no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas.** En este caso, como alega la recurrente, no se altera el sentido de su oferta en la medida en que la nueva documentación aportada tiene por exclusivo objeto acreditar la autenticidad de la titulación de las personas que forman parte del equipo de trabajo propuesto, cuyos currículos ya fueron incluidos en la documentación inicial presentada y cuyos nombres se incluyen en el documento relativo a los criterios valorables mediante fórmula incluido en el sobre 3 de su oferta. La omisión de los documentos acreditativos de la titulación no altera el sentido ni el alcance de la proposición. Con la presentación de los títulos, se trata exclusivamente de asegurar la autenticidad de lo reseñado en los currículos. Debe entenderse, por tanto, que nos encontramos ante la subsanación de una omisión puramente formal que no atañe al contenido material de la proposición y, en consecuencia, perfectamente admisible. 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 tanto, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas”.*

Tales resoluciones se basan en definitiva en la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Especialmente ilustrativa a este respecto resulta la

Sentencia de 6 de noviembre de 2014 (Asunto C-42/13) que establece en sus párrafos 44 y 45:

“44. En efecto, por una parte, el principio de igualdad de trato obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores. Por otra parte, el objetivo de la obligación de transparencia es garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Implica que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, C -496/99 P, EU:C:2004:236, apartados 108 a 111).

45. De ello se deduce que, en circunstancias como las del litigio principal, el artículo 45 de la Directiva 2004/18, en relación con el artículo 2 de ésta, no se opone a la exclusión de un licitador por el hecho de que no haya adjuntado a su oferta una declaración sustitutoria relativa a la persona designada como director técnico en esa oferta. En particular, en la medida en que el poder adjudicador considere que tal omisión no constituye una irregularidad meramente formal, no puede permitir que ese licitador subsane ulteriormente la aludida omisión, cualquiera que sea la forma, tras la expiración del plazo concedido para la presentación de las ofertas.”

Es decir, para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador.

Quinto. Aplicación de la anterior doctrina al caso concreto.

Para comprender la situación que se ha producido en el presente caso es necesario partir de lo dispuesto en el PCAP y en particular de la cláusula V. del mismo, que lleva la rúbrica “Formación del precio”, y que señala:

“Los Ofertantes presentarán su oferta utilizando necesariamente el MODELO DE PROPOSICIÓN ECONOMICA que se adjunta a este Pliego como Anexo nº IV y que cumplimentarán en todos sus apartados.

En el documento anejo al impreso para la PROPOSICION ECONOMICA (hoja 2), los licitantes, facilitarán los siguientes importes:

- COMPONENTE CONSTANTE:

A) Importe mensual del mantenimiento para todas las estaciones: El licitador indicará los precios (A.I.) Importe mensual del mantenimiento correspondiente a la estación de Barcelona Sants; A.II) Importe mensual del mantenimiento correspondiente a la estación de Barcelona Passeig de Gracia; A.III) Importe mensual del mantenimiento correspondiente a la estación de Barcelona França. La suma de dichos importes será coincidente con el importe reflejado en el apartado A). Este precio será neto para ADIF por tener incluidos todos los conceptos y gastos, Beneficio Industrial, Administración, Gastos Generales, Impuestos y gravámenes, con la única excepción del Impuesto sobre el Valor Añadido.

- COMPONENTE VARIABLE:

(B) Importe anula máximo previsto en concepto de materiales y repuestos: establecido en 42.307,65 €/año, IVA excluido.

(C) Importe de los trabajos de menor cuantía, no incluidos en el mantenimiento, durante toda la vigencia del contrato:

A los efectos exclusivos de valoración de la oferta, el importe de esta partida será el resultado de multiplicar el precio/hora ofertado por el número de horas estimadas en

concepto de trabajos de menor cuantía durante toda la vigencia del contrato (4.800 horas, con un máximo de 1.200 horas anuales).

La componente variable se determinará para cada año en función de lo que realmente resulte por aplicación de lo dispuesto en el Pliego de Prescripciones Técnicas para materiales, repuestos y trabajos de menor cuantía, considerándose, en cualquier caso, que (B y C) son cifras orientativas máximas de referencia (sin IVA) y que se considerará a efectos exclusivos de la valoración de la oferta.[subrayado en el original]

Precio Total de la oferta a figurar en el IMPRESO PARA LA PROPOSICIÓN ECONÓMICA: [subrayado en el original] **la cifra ofertada es el resultado de sumar todos los conceptos y gastos precisos. Para su cálculo, se multiplicará el importe mensual del mantenimiento ofertado (A) por los meses de vigencia del contrato y se le sumará el importe anual máximo previsto en concepto de materiales y repuestos (B) multiplicado por los años de vigencia del contrato más el importe de los trabajos de menor cuantía, no incluidos en el mantenimiento, durante toda la vigencia del contrato (C)** [resaltado nuestro]

(...)”

En el presente caso, la oferta presentada por OPTIMA AIRAT S.A adolece de un evidente error: la suma de las partidas contenidas en el desglose no se corresponden con la cuantía global ofrecida. Ante tal situación, a juicio de este Tribunal, la actuación de la mesa de contratación fue inicialmente correcta al requerir a la licitadora para que aclare su oferta, dándole así la oportunidad de explicar las cifras ofrecidas y el posible error padecido, pues solo a la vista de dicha explicación cabe dilucidar si efectivamente estamos o no ante un mero error de cuenta.

A la vista del requerimiento, la licitadora trata de ofrecer una primera explicación en su correo electrónico: la partida consignada en el apartado (A) de la oferta en realidad incluía la parte proporcional de la partida consignada en los apartados (B) y (C). Tal explicación, sin embargo, choca con la realidad de la aritmética, pues sus números siguen sin cuadrar.

Es entonces cuando, a juicio de este Tribunal, la oferta debió ser rechazada pues no es admisible que se proceda a dar una nueva posibilidad de subsanación. Pero es que además, en esa nueva ocasión la licitadora vuelve otra vez a cometer el mismo error y la mesa de contratación aún le da una nueva oportunidad, si bien en este caso la licitadora ya no da explicación alguna, sino que se limita a modificar el desglose de la oferta, para que cuadre con la proposición económica contenida en su sobre.

Según la entidad contratante, tal actuación es correcta puesto que el documento anejo no formaba parte de la oferta, sino que tenía por objeto el mero desglose de la cuantía contenida en el presupuesto global y que era la única cifra a tener en cuenta, la cual no fue alterada en ningún momento.

Sin embargo no es eso lo que se deduce de la literalidad de las cláusulas del PCAP. La cláusula V antes transcrita señala con absoluta claridad que la cuantía global es el resultado de la suma de los distintos componentes del desglose y por lo tanto tales componentes forman parte integrante de la oferta económica, no pudiendo ser modificados a posteriori, salvo que se hubiera producido un mero error de cuenta

Sin embargo, en el presente caso la alteración de los componentes no se deriva de la simple corrección de un error de cuenta. Como antes se ha visto, la explicación inicialmente ofrecida por OPTIMA AIMAT S.A no resultaba satisfactoria, puesto que sus números seguían sin cuadrar y solo lo hacen cuando, sin dar explicación alguna, sencillamente modifica las cuantías del documento anejo. Ello constituye una alteración sustancial de la oferta tras la finalización del plazo por parte de los licitadores, lo que debió dar lugar a su exclusión.

Es más, en este punto no podemos sino dar la razón a la recurrente: lo cierto es que la proposición económica global ofrecida por OPTIMA AIRAT S.A (2.406.134,96 euros) coincide exactamente con el resultado de sumar el componente (A) multiplicado por los 48 meses del contrato y por tanto sin incluir los componentes (B) y (C), único motivo por el que su oferta era más baja que la de sus oponentes:

$(50.127,81+36.456,59+2.278,54+11.392,68)*48=2.406.134,96$ euros.

En definitiva, el error que cometió OPTIMA AIRAT S.A más bien parece que se encontraba en la cuantía global y no en el desglose, al no haber incluido el importe correspondiente al componente variable (B y C). Es con posterioridad, **una vez abiertas las ofertas y sabiendo ya que oferta erróneamente computada era precisamente la más baja**, ha tratado de diversas maneras de hacer cuadrar los números para poder ser adjudicataria, sabedora de que si añadía a la cifra global la cuantía del componente variable, la cifra total sería superior a la cuantía ofertada por VARESER 96 S.L, lo que decantaría la adjudicación a favor de esta última:

$2.406.134,96 + 42.308 * 2 + 64.484 * 2 = 2.640.213,48$, mientras que la oferta de VARESER 96 S.L fue de 2.573.602,92.

En definitiva, la subsanación realizada constituye una modificación de la oferta inicialmente presentada lo que debió dar lugar a la exclusión del licitador OPTIMA AIRAT S.A. Tal exclusión implica la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para que se efectúe una nueva ordenación de las presentadas sin tener en consideración la oferta de OPTIMA AIRAT S.A.

Por todo lo anterior

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar la reclamación formulada por D. ^a A.L.C., en nombre y representación de VARESER 96 S.L, contra al acuerdo adoptado por Presidente de ADIF de 17 de febrero de 2015 por el que se adjudica el contrato “*Servicio de mantenimiento integral de instalaciones de las estaciones de Barcelona Sants, Barcelona Passeig de Gracia y Barcelona Estació de França nº 2.14/30410.0011*”, anulando dicho acuerdo y ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 106.4 de la LCSE.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 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