



Recurso nº 90/2019

Resolución nº 302/2019

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

En Madrid a 29 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. V. G., en nombre y representación de SERVICIO EMPRESARIALES ARQUÍMEDES S.L.P. contra el *“Acuerdo de exclusión”* de la licitación convocada por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda para contratar el *“Acuerdo Marco para seleccionar auditores privados que colaboren con la Intervención General de la Administración del Estado en la realización de auditorías de cuentas anuales en Fundaciones Públicas Estatales en el marco de la estrategia de auditoría 2018-2022, expediente nº 50/2018”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 19 de junio de 2018 la Junta de Contratación adoptó acuerdo de inicio del expediente 50/18 relativo al *“Acuerdo Marco para seleccionar auditores privados que colaboren con la Intervención General de la Administración del Estado en la realización de auditorías de cuentas anuales en Fundaciones Públicas Estatales en el marco de la estrategia de auditoría 2018-2022”*.

El valor estimado del Acuerdo Marco es de 849.222,24 euros.

Segundo. La Junta de Contratación acordó la realización de todos los trámites necesarios para proceder a la aprobación del expediente el 13 de noviembre de 2018. Los anuncios de licitación se publicaron en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en lo



sucesivo, PLCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 15 de noviembre de 2018, y en el Boletín Oficial del Estado (BOE) 20 de noviembre de 2018.

Tercero. El plazo para presentar las solicitudes de participación expiró el 14 de diciembre de 2018, 30 días después de la fecha de publicación del anuncio en la PLCSP.

Cuarto. El día 18 de diciembre de 2018, la Junta de Contratación procedió a la apertura del sobre nº 1 de “Documentación de carácter general”, considerando admitidos a todos los licitadores a excepción de:

- UTE BAKER TILLY AUDITORES, S.L.P. y ESPONERA AUDITORES, S.L. (para los lotes 1, 2, 3 y 4) al no haber acreditado correctamente el cumplimiento de los requisitos previos para contratar con la Administración
- BDO AUDITORES, S.L.P. (Lotes 1, 2, 3 y 4) al no haber acreditado correctamente el cumplimiento de los requisitos previos para contratar con la Administración.

Quinto. La Junta procedió a la comprobación de la documentación presentada para subsanar de los licitadores anteriormente no admitidos, así como la apertura de los sobres nº 2 de “Oferta económica” de todos los licitadores y lotes.

A la vista de las ofertas presentadas, se acuerda la exclusión de los licitadores cuyas ofertas económicas son superiores al precio unitario máximo de licitación por auditoría y por lote y que se indica a continuación:

- GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.P. para los lotes 1, 2, 3 y 4
- UTE KRESTON IBERAUDIT MADRID, S.L. y KRESTON IBERAUDIT APM, S.L. para los lotes 2 y 3
- LUJAN AUDITORES, S.L. para los lotes 1, 2, 3 y 4
- SERVICIOS EMPRESARIALES ARQUIMEDES, S.L.P. para los lotes 1, 2, 3 y 4



La notificación de los acuerdos de exclusión de las ofertas presentadas se realizó a través de la Plataforma de Contratación, el día 21 de enero de 2019.

En concreto, en lo que hace a SERVICIOS EMPRESARIALES ARQUIMEDES, S.L.P. (licitador de los lotes 1, 2, 3 y 4) se comprueba que el precio ofertado excede al precio unitario máximo por auditoría (€/IVA excluido) establecido en el PCAP.

Sexto. Contra este acuerdo interpone recurso especial en materia de contratación dicho licitador, argumentando que la proposición presentada guarda concordancia con la documentación examinada y admitida, no excede del presupuesto base de licitación, puesto que el importe ofertado corresponde al máximo total de cada una de las unidades (entendidas estas por cada uno de los lotes), no existe ningún error manifiesto en el importe de la proposición o inconsistencias que le hagan inviable, ni tampoco se cambia u omite las palabras del modelo alterando su sentido y que, sobre todo, pudo ser solicitada aclaración o en su caso, haber sido realizados sencillos cálculos aritmético para solventar el error o defecto y determinar el precio por auditoría.

Termina solicitando que se declare que la actuación de la Junta de Contratación de los servicios centrales del Ministerio de Hacienda y Función Pública es nula, o subsidiariamente, anulable para los cuatro lotes del expediente 50/18; que se ordene retrotraer las actuaciones del proceso de licitación al momento en el que se excluyó de forma injusta la oferta tanto de Servicios Empresariales Arquímedes, SLP; y que continúe el proceso de licitación para los cuatro lotes del expediente 50/18, resolviendo la adjudicación a la oferta más ventajosa.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación emite informe en relación al recurso, señalando en primer lugar, que el PCAP determina con claridad que la unidad para la que se requiere la oferta de un precio es cada una de las auditorías correspondientes al lote de que se trate.

A ello añade que el artículo 102.4 de la LCSP establece claramente también lo que debe entenderse por un precio unitario al indicar que *“el precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios*



aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato”, por lo que en ningún caso puede considerarse como unidad la totalidad de los contratos posibles de un lote durante la vigencia completa del acuerdo marco. Entiende que en este caso no procedía solicitar aclaración alguna porque la oferta no contenía realmente un error, sino que, en realidad, estamos ante un error propio relativo a la intelección de lo requerido en el PCAP y de la misma naturaleza de un acuerdo marco y la forma en la que se ejecutan las prestaciones previstas en el mismo a través de los contratos basados.

Octavo. Conferido trámite de alegaciones, el licitador GRUPO KRESTON UTE, también excluido del expediente de contratación, señala que considera injusta la forma de proceder de la Mesa de contratación y del órgano de contratación, señalando que el órgano de contratación debió haber solicitado aclaraciones o bien haber realizado una mera aplicación aritmética, pudiendo haber obtenido el precio por precio unitario máximo por auditoría. Termina solicitando idénticos pronunciamientos que los del recurrente, pero respecto de los lotes 2 y 3.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 de la LCSP.

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por cuanto que se trata de un acuerdo de exclusión que afecta a sus derechos e intereses legítimos.

Tercero. El recurso se interpone contra el acuerdo de exclusión respecto de un acuerdo marco, cuyo valor estimado es de 849.222,24 euros. euros, siendo por tanto superior al exigido en el artículo 44.1.a) de la LCSP para los actos recurribles.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Quinto. El recurrente aduce, esencialmente, que la resolución acordando la exclusión es contraria a derecho, incurriendo en arbitrariedad, y vulnerando, al tiempo, el principio de confianza legítima.



En primer lugar, señala la recurrente que la superación del precio máximo de licitación supone un mero error fácilmente resoluble mediante la división del mismo entre cuatro anualidades para obtener el precio máximo por anualidad, y entre tres, para obtener el precio por auditoría, respecto de la oferta económica presentada, siendo un error, por tanto subsanable.

Cita la recurrente en apoyo de su postura sendas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, declarando que el órgano de contratación debió, a su juicio, haber solicitado aclaraciones al licitador, sin que ello implicara falseamiento de la oferta o fraude alguno. Ello como una exigencia de los principios de buena fe administrativa y proporcionalidad.

En consecuencia, no habiéndose hecho así, se ha incurrido en arbitrariedad, siendo nula la resolución dictada, vulnerando con ello igualmente el principio de confianza legítima.

En primer lugar, hemos de acudir a lo establecido en el PCAP, a los efectos de determinar si existe o no oscuridad en la determinación del precio unitario. En el PCAP en la cláusula V (fundamento de la resolución de exclusión) se establece bajo el título “V.-PRECIOS MÁXIMOS DE LICITACIÓN, VALOR ESTIMADO Y MODIFICACIONES DEL ACUERDO MARCO” y apartado “V.1. Precios máximos de licitación”, que “los precios máximos de licitación por auditoría (precios unitarios) y por lote son los siguientes:....”, reseñándose los correspondientes a cada uno de ellos.

Por lo tanto el PCAP no adolece de oscuridad, sino que determina con claridad que la unidad para la que se requiere la oferta de un precio es cada una de las auditorías correspondientes al lote de que se trate. No es correcta, por tanto, la afirmación realizada por la recurrente cuanto a que no se indicaba que el precio unitario fuese referido al máximo por auditoría.

Sexto. En este punto hemos de traer a colación la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, Resoluciones 164/2015 y 64/2012) que, se remite a su vez, a la doctrina emanada por el Tribunal de Primera Instancia, que ha calificado como “*contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es*



completa y las permite o exige y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los demás concurrentes en el procedimiento. Quedan así claras las pautas de actuación en estos casos: los errores o deficiencias de las ofertas pueden y deben ser objeto de subsanación, sin que en ningún caso, esa subsanación suponga en cuanto al fondo una modificación sustantiva de la oferta inicialmente presentada.”

Más recientemente, en nuestra Resolución nº 137/2017 indicábamos, con cita de la Resolución 164/2011, que la jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero que *“no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

Con mayor detalle, en nuestras Resoluciones nº 362/2016 y 1097/2015 señalábamos que *“entiende este Tribunal que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, “debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 64/2012, 35/2014, ò 876/2014, entre otras). Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, 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 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo “cuando no alteren su sentido”. Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.” En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador 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 164/2011246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), 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), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)”.

En consecuencia, cuando la subsanación de la oferta puede determinar una alteración sustancial de la misma, sustituyendo la oferta original por otra nueva, procede la exclusión, sin que sea procedente solicitar aclaración alguna al respecto.



Séptimo. Procede examinar lo sucedido en el presente supuesto. Aquí, en realidad, estamos ante una determinada interpretación que ha realizado la recurrente respecto de lo establecido en el PCAP. Interpretación que, por cierto, no viene amparada por la literalidad de la cláusula aplicable, siendo que tal cláusula no adolece de ambigüedad alguna.

La recurrente señala que ha interpretado el término “*precio unitario*” cuya oferta se solicitaba en la licitación del siguiente modo: *“en el pliego de cláusulas administrativas el número de auditoría son estimativas (mínimo 1 – máximo 3 por cada anualidad) por lo tanto el coste resultante por auditoría nunca sería el mismo en caso de realizarse 1 que de realizarse 3, y en consecuencia solo cabe ofertar por lote (que es lo que mi representada ha realizado entendiendo cada uno de los lotes como “precio unitario” tal y como se recoge en la oferta económica, por lo que el precio del lote en cada uno de ellos en modo alguno está por encima del valor máximo de la licitación”*.

En este caso, es la propia recurrente la que reconoce que no hubo en realidad un error material, porque el precio unitario por auditoría, según reconoce, que puede ofertar es necesariamente distinto en función del número de auditorías a realizar.

Asiste la razón, por tanto, al órgano de contratación al destacar que la división aritmética propuesta como solución para hallar el precio unitario por auditoría, de acuerdo con lo expuesto, daría lugar a un precio distinto (se entiende inferior) al que la recurrente hubiese estado dispuesta a ofertar por una sola auditoría a realizar (ya que el precio ofertado se referiría al caso en el que la recurrente fuese adjudicataria de 12 auditorías por lote durante la vigencia del acuerdo marco).

Sin embargo, no había en este punto ambigüedad u oscuridad en el precio unitario, pues el PCAP establece con claridad qué debía entenderse por precio máximo de licitación por auditoría y por lote.

Por otro lado, una vez conocidas las ofertas del resto de los licitadores, el recurrente podía haber optado por diversas alternativas. Postula en su recurso la división entre cuatro anualidades y luego entre tres para obtener el precio por auditoría, pero podría no haber sido así, porque el número de auditorías es estimativo (entre uno y tres) y por tanto el número escogido no tenía por qué ser el realmente ofertado.



Resulta por ello de aplicación la doctrina recogida, por ejemplo, en nuestra Resolución nº 806/2016: *“En definitiva, en este caso, pudiendo concurrir la existencia de un error material en la confección de la oferta, no puede ser subsanado por la forma en la que el pliego establece para su formulación, porque la subsanación introduce variables por las que el licitador puede alterar la oferta, pudiendo afectar a otros licitadores o al mismo órgano de contratación”*.

Dado que en este caso, como reconoce el órgano de contratación, no hay error material subsanable, sino diversas opciones, pudiendo en definitiva alterarse los términos económicos de la oferta una vez presentada, con vulneración de los principios de igualdad de trato de los restantes licitadores, procede la desestimación del recurso interpuesto en su integridad.

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. M. V. G., en nombre y representación de SERVICIO EMPRESARIALES ARQUÍMEDES S.L.P. contra el *“Acuerdo de exclusión”* de la licitación convocada por la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda para contratar el *“Acuerdo Marco para seleccionar auditores privados que colaboren con la Intervención General de la Administración del Estado en la realización de auditorías de cuentas anuales en Fundaciones Públicas Estatales en el marco de la estrategia de auditoría 2018-2022, expediente nº 50/2018”*, con confirmación íntegra del acto recurrido.

Segundo. 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 sanción 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.