



Recurso nº 146/2019

Resolución nº 308/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de marzo de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. A. M. M., en nombre y representación de GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.P., contra la Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda de 21 de enero de 2019, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, en el procedimiento de licitación nº 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 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 GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.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 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). Se ha producido un error en la formalización de la oferta económica, al consignarse el precio unitario por anualidad, en base a un máximo de tres auditorías, y no el precio unitario por auditoría; en consecuencia, y por esta sola causa, el precio ofertado excede del límite establecido. Alega que el error padecido es fácilmente salvable con la simple actuación del órgano contratante solicitando subsanación o aclaración de la oferta recibida, que hubiese resuelto rápidamente el error, dividiendo entre tres el precio ofertado por lote, al corresponder, como se ha dicho, el precio consignado a las tres auditorías previstas como máximo por anualidad. Añade que la subsanación o aclaración en ningún caso supone modificación de la oferta, pues simplemente se trata de entender respecto de cada lote como precio de una auditoría el resultado de dividir la cantidad consignada entre tres. Y por último considera que las cifras así determinadas se encuentran incluidas dentro de los límites establecidos en el pliego. Resume afirmando que dado que es el propio pliego de condiciones administrativas el que genera dudas interpretativas suficientes como para producir el error padecido, es por lo que se interpone el presente recurso solicitándose del Tribunal que ha de resolverlo que lo estime, entendiendo que las ofertas se realizan por los diferentes lotes referenciadas a los “precios máximos unitarios por 3 auditorías”, por lo que, a efectos de determinar si el importe de las ofertas se encuentra dentro de los límites establecidos para el precio máximo unitario por auditoría se debe dividir su importe entre tres, quedando el resultado incluido dentro de los límites establecidos en el pliego para este supuesto, y por tanto siendo improcedente la exclusión de la licitación de GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.P., al no exceder el precio unitario máximo establecido por auditoría y lote.

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 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante 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. Asimismo, señala que *“(…) Dado que los motivos de impugnación del acuerdo de exclusión recurrido son los mismos que los recogidos en el recurso con referencia de ese Tribunal 90/2019, interpuesto por SERVICIOS EMPRESARIALES ARQUIMEDES, S.L.P., este órgano de contratación se remite al informe de fecha 1 de febrero de 2019, emitido en relación con el citado recurso”*.

Por otro lado, el cuadro contenido en la cláusula V, al que se refiere la recurrente en el motivo segundo de su escrito para justificar la afirmación anterior, en el que figura la columna “Precio unitario máximo por 3 auditorías € IVA excluido”, en ningún caso modifica el significado del término “precio unitario”, sino que indica que el mismo se multiplica por 3 para dar lugar al “importe máximo por anualidad de los contratos basados que se adjudiquen por cada lote”, y no a un precio unitario distinto.

Octavo. La solicitud de presentación de alegaciones a los interesados se realizó el 12 de febrero de 2019, sin que se hayan formulado.



Noveno. El 15 de febrero de 2019 se resuelve conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con los lotes 1, 2, 3 y 4, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 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. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 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 de la LCSP.

Quinto. 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 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 estrategias 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: “Y es que lo sucedido es que el precio que se hace constar en las ofertas económicas se ha hecho constar con base al importe máximo por anualidad de los contratos que se adjudiquen por cada lote; esto es, el precio que figura lo es por un máximo de tres auditorías al año. En consecuencia, el precio unitario de cada auditoría que realmente ha sido ofertado es el correspondiente a 1/3 de las cantidades que constan en cada lote, es decir:

	Base	IVA	TOTAL
Lote 1	15.915,00	3.342,15	19.257,15
Lote 2	12.235,00	2.569,35	14.804,35
Lote 3	9.195,00	1.930,95	11.125,95
Lote 4	6.525,00	1.370,25	7.895,25



Cantidades que se encuentran dentro de los parámetros de precio unitario (por auditoría, que no por año como se ha ofertado) del Pliego, y que evitaría la exclusión de la oferta de GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.P. del proceso de selección.”

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 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, pues la división entre dos también se encontraría en el parámetro de precio unitario por auditoría, todo ello después de haber conocido la oferta económica del resto de licitadores.

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. A. M. M., en nombre y representación de GRUPO DE AUDITORES PÚBLICOS, S.A.P., contra la Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Hacienda de 21 de enero de 2019, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente, en el procedimiento de licitación nº 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*”, con confirmación íntegra del acto recurrido.

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 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.