



Recurso nº 733/2020

Resolución nº 974/2020

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

En Madrid, a 11 de septiembre de 2020.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.A.B., en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., contra su exclusión del procedimiento de contratación del *“Suministro de gas natural para la sede central del Consejo Superior de Deportes e Instalaciones del CAR de Madrid y para la sede e instalaciones deportivas del CAR de León”*, expediente SC-2020-022-TA-PI, convocado por la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Presidencia del Consejo Superior de Deportes convocó mediante anuncio publicado el 25 de mayo de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 17 de marzo de 2020 en el Boletín Oficial del Estado (rectificado el 26 de mayo de 2020) y el 23 de marzo de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea (modificado el 29 de mayo de 2020), licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el contrato de *“Suministro de gas natural para la sede central del Consejo Superior de Deportes e Instalaciones del CAR de Madrid y para la sede e instalaciones deportivas del CAR de León”* con un valor estimado del contrato de 960.000,00 euros.

Segundo. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Tercero. Finalizado el plazo de presentación de las proposiciones y, seguido el procedimiento de contratación por sus trámites, la mesa de contratación en sesión de 18 de junio de 2020- apertura del sobre correspondiente a la oferta económica, acuerda la exclusión de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., por resultar incoherente la oferta presentada en el Anexo 9. Modelo de oferta económica, 400.000,00 €, con la indicada en el Anexo 10. Modelo de oferta económica (desglose precios), 281.538,12 €.

Cuarto. Con fecha 29 de julio de 2020 la mercantil GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A presenta recurso especial en materia de contratación contra su exclusión-, solicitando la nulidad del acuerdo de exclusión al considerar que dicha exclusión es contraria al ordenamiento jurídico.

Quinto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 LCPS, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 31 de julio de 2020.

Sexto. La Secretaría de este Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los licitadores a fin de que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes, habiendo presentado alegaciones en fecha 11 de agosto de 2020 la adjudicataria REMICA COMERCIALIZADORA S.A.U.

Séptimo. La Secretaria del Tribunal, por delegación de este, acordó el 7 de agosto de 2020, conceder la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, 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 mismo cuerpo legal, será la resolución de los recursos la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el recurso especial corresponde a este Tribunal que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 LCSP.

Segundo. Se interpone el recurso especial contra el acuerdo de exclusión de la mercantil recurrente del presente procedimiento de contratación, acto recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2. letra b) LCSP.

Tercero. La recurrente ostenta la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP para recurrir el acto impugnado.

Cuarto. La interposición del recurso ha tenido lugar dentro del plazo legal del artículo 50.1.d) LCSP

Quinto. Se impugna en este recurso especial, la exclusión de la mercantil recurrente del procedimiento de contratación, manifestando su discrepancia contra el acuerdo de su exclusión, argumentando que:

«1.- Entrando en el problema del Anexo 9 “Modelo de Oferta económica”: éste tiene su origen en el Modelo de Anexo 9 publicado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Dicho modelo publicado, en contra de toda lógica y práctica habitual en la contratación pública, llevaba ya insertada la cifra económica en el texto por el órgano de contratación.

Este hecho irrefutable ha llevado a una evidente confusión a los licitadores, quienes no han querido modificar las inserciones realizadas en el texto por el órgano de contratación, precisamente por miedo a la exclusión. De hecho, no sólo viene el modelo rellenado, sino que, además, viene subrayado.

Un modelo de oferta económica no debe en ningún caso venir rellenado por el órgano de contratación, va contra los más elementales principios de económicos de las ofertas.



Los licitadores han entendido que dicho texto no se podía modificar porque no parece que pudiera modificarse al no ser auto rellenable, ni haber un espacio o nada similar como ocurre en este mismo modelo para el caso de los impuestos (donde sí hay un espacio). (...)"

2.- "(...) Sin embargo, una vez advertido esto en el acto de apertura, en lugar de corregirlo de oficio o, incluso, alternativamente, haber dado un plazo para subsanación y/o aclaraciones, dado que el error es del órgano de contratación y no del licitador, se ha optado por la vía más rápida que es la de exclusión automática de los licitadores por presunta oferta incoherente con el desglose de precios del Anexo 10.

Es más, según consta en el propio Acta, un asistente planteó la duda de si se podía subsanar el documento Anexo 9 y no se le dio respuesta en el mismo momento:

"Finalizada la apertura, y examinado el contenido de los sobres, la Presidenta de la Mesa de Contratación invita a los asistentes a solicitar aclaraciones o formular dudas. Uno de los licitadores consulta si el documento "Anexo 9. Modelo de oferta económica" es el único no susceptible de subsanación, a lo que la Presidenta de la Mesa le contesta que se trata de una cuestión sujeta a la valoración de la Mesa de Contratación y que, en su caso, se informaría al respecto a través de los cauces establecidos legalmente para ello."

Posteriormente, no se ha publicado en la Plataforma contestación alguna a la cuestión planteada."

3.- "Así las cosas, el resultado es que el Anexo 9 es incoherente con el Anexo 10 porque a los licitadores no les quedaba otra opción que usar el Anexo 10 "Modelo de oferta económica (desglose precios)" para indicar realmente ahí el precio de su oferta. Reiteramos que la confusión y el error ha sido provocado por el órgano de contratación».

Asimismo, indica la recurrente que el error cometido por el órgano de contratación en el modelo del anexo 9, ha inducido a error a otros dos licitadores, también excluidos del procedimiento de licitación.

La mercantil recurrente considera que se ha producido infracción de los artículos 67, 80 y 84 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.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo dispone que:

«Primero. GAS NATURAL COMERCIALIZADORA SA expone que el origen del problema radica en el Anexo 9 “Modelo de Oferta económica del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. Dicho modelo publicado llevaba ya insertada la cifra económica en el texto por el órgano de contratación.

Ante esta problemática, el Consejo Superior de Deportes expone que dicho modelo es como tal un modelo a cumplir por los licitadores, el cual podía haber sido cumplimentado por los mismos o haber utilizado otro modelo. De hecho es frecuente que las ofertas hechas por los licitadores no se adecuen al formato incorporado en los pliegos. Pero siempre el contenido de los mismos debe ser cumplimentado de forma coherente y razonada por los licitadores. El Consejo Superior de Deportes señaló en el anexo 9 el precio de licitación porque como tal era un modelo que podía o no servir de guía a los licitadores para su cumplimentación por los licitadores.

El hecho de estar cumplimentado no exime que GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. deba remitir una oferta correcta y acorde con el desglose de precios señalado en el anexo 10. La mesa entendió que dicho licitador no entendió bien el procedimiento, no leído adecuadamente los pliegos, al no haber cumplimentado correctamente la oferta. Esto es así porque entregó una oferta que no coincidía con el desglose de precios.

Si bien es cierto que otro licitador, LABOIL ENERGIA S.L., tampoco cumplimentó bien dicho anexo 9, el resto de licitadores del procedimiento administrativo cumplimentó adecuadamente toda la documentación. Por tanto, la mesa consideró que dicho error de cumplimentación de la oferta por parte de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA SA era motivo suficiente para excluirle. Hecho diferente es la oferta de UNION FENOSA GAS COMERCIALIZADORA S.A., ya que este licitador no presentó oferta económica, tan solo desglose de precios, por lo que no es el mismo caso de incoherencia en la oferta remitida por GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., tal y como cita este último.



GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. además cita que dicho error del anexo 9 del pliego ha provocado una confusión a los licitadores. El Consejo Superior de Deportes considera que este no es el caso, porque cuatro licitadores han entendido perfectamente el procedimiento y han cumplimentado correctamente los anexos.

Segundo. GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. considera que dicho error es un error material de los pliegos y que por lo tanto debían de ser corregidos de oficio o, haber dado un plazo para subsanación y/o aclaraciones, dado que el error es del órgano de contratación y no del licitador.

El consejo Superior de Deportes considera que esta tipificación no es un error material; ya que, tal y como citan los anexos 9 y 10, se reitera que los mismos son modelos que pueden ser o no utilizados por el licitador. Además en este caso no cabe la subsanación ya que las ofertas, una vez de descritadas y leídas en acto público, no pueden ser subsanadas por incurrir en un hecho diferencial con el resto de licitadores que han cumplimentado correctamente las ofertas. El cumplimiento del plazo de remisión de ofertas estipulado en la Ley de contratos del Sector público es importante para que todos los licitadores accedan al procedimiento en igualdad de condiciones.

No cabe, por tanto, una posible subsanación una vez cerrado el proceso de admisión de ofertas. Si el licitador hubiera considerado que este era un error material que debía corregirse o aclararse, debía haber formulado la pregunta a través de la Plataforma de Contratación en el plazo de remisión de ofertas para poder haber aclarado la duda o los inconvenientes surgidos, y no en el momento de haberse cerrado el procedimiento, abiertas las ofertas y haber comparado su oferta con el resto de ofertas admitidas en el procedimiento.

Tercero. GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. considera que no se ha publicado la contestación en la plataforma de contratación a la siguiente duda suscitada por otro licitador en el acto público en referencia a la posible subsanación del Anexo 9:

“Finalizada la apertura, y examinado el contenido de los sobres, la Presidenta de la Mesa de Contratación invita a los asistentes a solicitar aclaraciones o formular dudas. Uno de los licitadores consulta si el documento “Anexo 9. Modelo de oferta económica” es el único no

susceptible de subsanación, a lo que la Presidenta de la Mesa le contesta que se trata de una cuestión sujeta a la valoración de la Mesa de Contratación y que, en su caso, se informaría al respecto a través de los cauces establecidos legalmente para ello.”

La mesa del Consejo Superior de Deportes considera que el posible debate sobre la subsanación, aceptación o exclusión de licitadores debe debatirse en acto privado por los miembros de la mesa; y por tanto, la presidenta de la mesa consideró en dicho acto que tal duda planteada por el licitador debía debatirse en acto privado. La publicación posterior de las actas firmadas con los acuerdos de admisión y exclusión se considera hecho fehaciente de respuesta a la duda planteada por el licitador, pues la exclusión de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. es prueba de que su oferta no procedía a ser subsanada.

Cuarto. GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. afirma que el Anexo 9 es incoherente con el Anexo 10, porque a los licitadores no les quedaba otra opción más que usar el Anexo 10 “Modelo de oferta económica (desglose precios)” para indicar realmente el precio de su oferta, y que este error ha sido provocado por el órgano de contratación.

El Consejo Superior de Deportes considera que si este fuera el caso, el resto de los 4 licitadores no hubieran cumplimentado correctamente sus ofertas. Si se hubiera pedido subsanación una vez abiertas las ofertas, tal y como solicita GAS NATURAL COMERCIALIZADORA SA, la mesa habría sido imparcial con el resto de licitadores que cumplimentaron correctamente su oferta. Además, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A. habría actuado en ventaja al conocer la oferta de los demás licitadores. (...).».

En definitiva, el órgano de contratación considera que la exclusión es ajustada a derecho, señalando que: «(...) no cabe la subsanación una vez abiertas las ofertas, porque no se garantiza la igualdad de trato a todos los licitadores, ni se favorece la libre competencia.

Tampoco cabría la opción de aclaración a todos los licitadores, porque las ofertas presentadas por todos los licitadores eran claras, tanto las correctamente cumplimentadas como las incorrectas. Por tanto, el procedimiento ha proporcionado acceso en condiciones de igualdad a todos los licitadores y no ha creado obstáculos injustificados».



Sexto. Vistas las alegaciones de las partes, ha de analizarse la cuestión controvertida que no es otra que la conformidad a derecho del acuerdo que excluye a la licitadora recurrente.

Para el análisis de la cuestión debemos partir del valor vinculante de los pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, y, particularmente, para las empresas licitadoras (téngase en cuenta, entre otras, la Resolución 408/2015).

Es criterio consolidado de este Tribunal la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta.

Sentado lo anterior, en el supuesto analizado, en el Anexo 9 «Modelo de oferta económica» del PCAP, figuraba incorporada una cifra económica, lo que indujo a confusión, según argumenta la licitadora recurrente y, a fin de no modificar el modelo del anexo 9, la licitadora indicó el precio de su oferta en el anexo 10 «Modelo de oferta económica (desglose de precios)».

Pues bien, hemos manifestado en anteriores ocasiones (Resoluciones 49/2011, de 24 de febrero y 510/2014, de 4 de julio) que los contratos públicos son, ante todo, contratos, y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la LCSP, y, caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, acudiendo el Tribunal, a estos efectos, al criterio de interpretación literal si los términos del contrato son claros (artículo 1.281 del Código Civil), y a la interpretación lógica y teleológica (Resoluciones 199/2014, de 11 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo), *«sin que la ambigüedad u oscuridad en la redacción de las cláusulas de los pliegos pueda perjudicar a los licitadores»* (Resoluciones 173/2014, de 28 de febrero, y 402/2014, de 23 de mayo, entre otras).

En el presente supuesto, lo cierto es que este Tribunal aprecia falta de claridad en la redacción de los pliegos, en concreto en el modelo anexo 9, que pudo inducir a confusión al entender que, por aplicación del artículo 80 del RGLPAP, los licitadores debían formular su oferta ajustándose al modelo anexo al pliego.



Cierto es que el artículo 84 del RGLPAP establece que *«el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición»*, pero también lo es, que el modelo anexo 9 no debió estar cumplimentado en cuanto a la cuantía económica, error que no puede perjudicar a los licitadores.

Expuesta la falta de claridad de los pliegos, ello es suficiente para entender que la exclusión de la recurrente resulta una medida desproporcionada, lo cual nos conduce a la estimación del recurso.

Existe asimismo, un segundo argumento que determina la estimación del recurso interpuesto y, es el relativo a la posibilidad de solicitar subsanación o aclaración de la proposición de la mercantil recurrente.

Al respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo respecto a la posibilidad de subsanar las proposiciones (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que *«se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable.*

Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia».

En reiteradas ocasiones este Tribunal se ha manifestado sobre los defectos que tienen naturaleza subsanable, así en la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señalamos: *«En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización*



de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012)».

En el supuesto analizado, el órgano de contratación pudo solicitar aclaración teniendo en cuenta que, la licitadora había determinado el precio global de su oferta en el modelo anexo 10.

En tales circunstancias, este Tribunal considera que, debe estimarse el recurso y debe anularse la decisión de exclusión, con retroacción del procedimiento a los efectos de que el órgano de contratación proceda a solicitar aclaración de la oferta de la mercantil recurrente, y, a la vista de su contenido, dicte una nueva resolución en la que, bien proceda admitir la oferta de la mercantil recurrente, bien la excluya, teniendo en cuenta la doctrina anteriormente citada.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto D. M.A.B., en representación de GAS NATURAL COMERCIALIZADORA S.A., contra su exclusión del procedimiento de contratación del “Suministro de gas natural para la sede central del Consejo Superior de Deportes e Instalaciones del CAR de Madrid y para la sede e instalaciones deportivas del CAR de León”, expediente SC-2020-022-TA-PI, convocado por la Presidencia del Consejo Superior de Deportes.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de conformidad con 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.