



Recurso nº 231/2021

Resolución nº 833/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 8 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. O.P.R., en representación de la mercantil FRANCISCO MARCOS, S.A., frente al acuerdo de la mesa de contratación de asistencia permanente al Presidente de la Diputación Provincial de Alicante de 9 de febrero de 2021 por el que se excluía a dicha empresa de la licitación del lote 1 del contrato de *"Suministro de diversos vehículos eléctricos con destino a los Ayuntamientos y Entidades Locales Menores de la Provincia de Alicante. LOTE 1: Suministro de 41 vehículos tipo turismo 100% eléctrico, con tracción 4x2 y una autonomía superior a 280 km."* (expediente S40-181/2020-L1), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Diputación Provincial de Alicante convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de diciembre de 2020, licitación para la adjudicación del contrato de *"Suministro de diversos vehículos eléctricos con destino a los Ayuntamientos y Entidades Locales Menores de la Provincia de Alicante. LOTE 1: Suministro de 41 vehículos tipo turismo 100% eléctrico, con tracción 4x2 y una autonomía superior a 280 km."*, cuyo valor estimado es de 982.644,63 euros.

En cuanto al desarrollo de la licitación, interesa destacar como en fecha 9 de febrero de 2021 la mesa de contratación acordó excluir de la licitación a la empresa FRANCISCO MARCOS, S.A., por haber infringido la prohibición de presentar más de una proposición establecida en la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. Frente a dicho acuerdo de exclusión se interpone con fecha 22 de febrero de 2021 recurso especial en materia de contratación por parte de la mercantil excluida.

Comienza señalando la recurrente que al presentar la oferta por la plataforma el 01/02/2021 (último día habilitado para ello) se cometieron dos errores, tanto al escribir el importe total en la casilla correspondiente como al adjuntar la oferta. Puntualiza que *“por error se incluyeron unos gastos de matriculación (un suplido, que siempre se le incluyen a un cliente particular) pero que al presentar una oferta a un organismo público nunca incluimos”*. Adjunta al recurso las dos proposiciones presentadas, la oferta errónea y la oferta correcta.

Manifiesta el recurrente que al advertir el error se contactó con el departamento de contratación, remitiendo un correo electrónico al que no se ha respondido. Indica que: *“Al no recibir respuesta, pensamos que si presentábamos de nuevo la oferta, esta última excluiría a la anterior. De hecho, al meternos en nuestro expediente sólo nos salía esta última, es por ello, que no tratamos de contactar de nuevo con contratación, pensando, pero erróneamente, que estaba solucionado el asunto”*.

Considera por ello el recurrente que no ha presentado dos ofertas, *“sino que ha sido la misma pero con la única intención de subsanar la partida de gastos de matriculación, que incrementaba de forma abismal y erróneamente la proposición que queríamos presentar”*.

Concluye interesando:

“La suspensión de la exclusión de mi representada, ya que no hemos presentado más de una proposición (ya que era una sola que corregía la anterior), que hemos intentado actuar en todo momento con la diligencia debida y por consiguiente, tengan en cuenta la única oferta realizada por Francisco Marcos S.A.”.

Tercero. El órgano de contratación ha evacuado el trámite de informe sobre este recurso. Comienza este informe refiriéndose a la exclusión del recurrente por haber infringido la prohibición de presentar más de una proposición establecida en el artículo 139.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, puntualizando que *“en este caso hay presentadas por la misma empresa más de una proposición, puesto que la segunda resulta ser sustancialmente distinta de la primera, como deja patente el propio recurrente al afirmar,*

sobre la segunda proposición, ser 'la misma pero con la intención de subsanar la partida de gastos de matriculación, que incrementaba de forma abismal y erróneamente la proposición que queríamos presentar' (escrito de recurso, alegación cuarta)".

Defiende por ello la apreciación de la mesa de contratación en cuanto a la infracción por el licitador FRANCISCO MARCOS, S.A., de la prohibición de presentar más de una proposición, establecida en artículo 139.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, aplicándole la consecuencia legal prevista en el mismo de la no admisión de todas las propuestas suscritas por el mismo licitador, mediante el acuerdo de su exclusión de la licitación.

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 que se haya evacuado este trámite.

Quinto. Interpuesto el recurso, la Secretaria del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 12 de marzo de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, en relación con el lote 1, 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. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el art. 46.4 de la vigente 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 (LCSP), y en el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 22 de marzo de 2013 (BOE de fecha 17/04/2013), prorrogado mediante Acuerdo de fecha 25 de febrero de 2016 (BOE de fecha 21/03/2016), nuevamente prorrogado mediante Acuerdo

de fecha 16 de abril de 2019 (BOE de fecha 22/05/2019) y Acuerdo de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE de fecha 02/06/2021).

Segundo. El recurso ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el art. 44, apartados 1.a) y 2.b), de la Ley 9/2017.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acuerdo y la de presentación del recurso (art. 50.1 LCSP).

Cuarto. Por lo que respecta a la legitimación del recurrente, ha de reconocerse la misma al tratarse de licitador excluido de la licitación por el acuerdo que se impugna.

Quinto. Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de la presente resolución, la cuestión objeto de debate viene referida a la posibilidad de admitir la presentación por parte del licitador recurrente de una segunda proposición con la finalidad de subsanar un pretendido error padecido en la primera oferta presentada.

A este respecto se ha de tener presente en primer término la previsión del art. 139.3 de la LCSP, a cuyo tenor:

“Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas”.

Como ya hemos visto, el recurrente admite haber presentado una segunda proposición, si bien lo entiende justificado por su voluntad de subsanar el error que dice padecido al presentar la primera.

Hemos de referirnos por ello a la posibilidad de admitir en determinados supuestos la subsanación de los errores padecidos en las proposiciones presentadas por los licitadores,

cuestión sobre la que existe una asentada doctrina de este Tribunal, pudiendo citarse aquí nuestra Resolución nº 906/2020:

“Sobre esta cuestión este Tribunal (por ejemplo: Resolución nº 443/2019, de 25 de abril), partiendo del art. 84 del RGLCAP, tiene dicho que: “De otra parte, el artículo 81 del RGLCAP sólo prevé la posible subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa, y no en la oferta económica.

Por tanto, la regla general es que la oferta se ajuste con precisión a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, siendo extraordinarias las excepciones.

La jurisprudencia admite, con carácter excepcional, la subsanación de defectos en la oferta económica, si los errores u omisiones son de carácter puramente formal o material, pues de otro modo se estaría aceptando la posibilidad de que las proposiciones puedan ser modificadas de modo sustancial después de presentadas, lo que es radicalmente contrario a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Así, el error en la oferta económica no supone ipso iure en todos los casos la exclusión sin más del licitador, pero la posibilidad de subsanación de la oferta, y, por tanto, que no sea rechazada, exige como conditio sine qua non la inmutabilidad de su oferta, de modo que, cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de tales características en la oferta debe ser rechazada. Por ello, es regla general, que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, no cabe modificación alguna en la oferta del licitador.

De acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP, el error en el importe de la proposición determina la exclusión cuando es manifiesto, o cuando, existiendo reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, éstos la hagan inviable, cambiando el sentido de la proposición. Hemos sostenido una interpretación antiformalista del precepto, que hace que ambos supuestos –error manifiesto y viabilidad de la oferta– se aproximen, siendo el elemento clave para determinar si la propuesta puede ser aceptada, a pesar del error, que sea viable jurídicamente.

Es viable jurídicamente la oferta que, aun conteniendo el error, respeta los principios de igualdad de trato, de concurrencia, y de transparencia, de modo que sólo será viable la oferta incurso en un error cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda respetando este límite infranqueable.

Así, 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 ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos.

(...)

En suma, es necesario ponderar en cada caso concreto el equilibrio entre las exigencias del principio de igualdad de trato, y las derivadas del principio de concurrencia que favorece la admisión de licitadores al procedimiento, de modo que no sean excluidas proposiciones con errores fácilmente subsanables, limitando las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP 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”.

También hemos examinado la posibilidad de corregir determinados errores materiales o esclarecer aspectos oscuros de las proposiciones al analizar la viabilidad de solicitud de aclaraciones a tal efecto por parte del órgano de contratación. En tal sentido, en la Resolución nº 1186/2020 razonábamos como sigue:

“Como pone de manifiesto la Resolución 0973/2019, de este Tribunal: «Sexto. El primer reproche formulado por la UTE recurrente es que el órgano de contratación debió solicitar aclaración sobre el cumplimiento de las características técnicas específicas. La LCSP contempla la solicitud de aclaración a los licitadores sobre el contenido de la oferta en el caso de diálogo competitivo (artículo 176.1) y concursos de proyectos con actuación de jurados (artículo 187, apartados 5 y 6). El supuesto que nos ocupa, no puede incardinarse en el ámbito de ninguno de los supuestos mencionados. En todo caso, la solicitud de aclaraciones no podrá dar lugar a una modificación de la oferta, siendo éste el límite que

tales aclaraciones no podrán sobrepasar en ningún caso. Así lo señala claramente la STJUE C 599/10, de 29 de marzo de 2012, cuyos apartados 36 y 40 destacan que: “(36) ... una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. (...) (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”. En el mismo sentido se ha venido manifestando este Tribunal, sirva por todas la Resolución 362/2016 de 13 de mayo, - citada en la reciente nº 699/2019, de 27 de junio-, en la que decíamos: “En este sentido cabe aplicar al presente supuesto el criterio de este Tribunal al interpretar el artículo 84 del RGLCAP explicado en su Resolución 1097/2015: 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 6412012, 3512014, o 87612014; 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’. Este mismo criterio ha sido recogido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/15, de 6 de abril de 2016, en cuyas conclusiones afirma: “En relación con la tercera pregunta, la solicitud de aclaraciones sólo debe ser utilizada para el caso de errores u

omisiones en la documentación acreditativa de la capacidad o la solvencia. En relación con el contenido de la oferta podría emplearse exclusivamente para errores u omisiones materiales”. Este mismo criterio ha sido recogido de forma general por otros órganos consultivos en materia de contratación. Por todos, Informe 7/2013, de 9 de diciembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Balear, que declara: “Por tanto, debe considerarse que no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por el hecho de que el órgano de contratación les solicite aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, dado que esta actuación es una exigencia que deriva de los principios de buena administración y de proporcionalidad, que son aplicables a todos los procedimientos de contratación. No obstante, esta posibilidad tiene un límite que no puede sobrepasarse: la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque modifique su sentido inicial o porque incorpore otros términos no previstos inicialmente. El Texto Refundido incorpora este límite en el artículo 183.1 en cuanto a los procedimientos de diálogo competitivo”. En consecuencia, sólo la apreciación por el órgano de contratación de que concurre un error material en la oferta presentada debería dar lugar a solicitar aclaración de la misma. Esta situación no se ha producido en el caso que nos ocupa, en el que lo que apreció el órgano de contratación fue un incumplimiento claro y flagrante de los requisitos establecidos en los pliegos. A la vista de ello, lo que procede es la exclusión del licitador incurso en tal circunstancia, sin solicitar aclaración de ninguna clase. Otro comportamiento podría dar lugar a la modificación de la oferta presentada, extremo que, como se ha visto, está absolutamente prohibido por la normativa aplicable”. En el supuesto en cuestión, no nos hallamos ante meros errores tipográficos, tal como pretende la UTE recurrente, es decir, no son meros errores materiales, de hecho o aritméticos apreciables per se sin necesidad de argumentación alguna, sino que son la manifestación específica y concreta de lo que oferta en esos supuestos la recurrente, por ello son partes de la oferta que suponen auténticos incumplimientos contractuales de las plazas exigidas en el PPT, y permitir su subsanación (Anexo 1) implicaría una reformulación de su oferta técnica no permitida ni por la LCSP ni por el PCAP, una vez conocidas las ya presentadas por las empresas del sector concurrentes. Admitir la subsanación entraría en franca contradicción con los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y concurrencia competitiva exigidos en los artículos 1 y 132 de la vigente LCSP». “

Por lo tanto, se admiten las meras aclaraciones de aspectos oscuros de la oferta o la subsanación de errores materiales manifiestos, con el límite de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta.

Teniendo en cuenta esta doctrina, hemos de examinar las circunstancias del supuesto que nos ocupa. Al respecto, debe subrayarse que el licitador, una vez advertido el error, puso de relieve dicha circunstancia al órgano de contratación a fin de poder proceder a la subsanación. En tal sentido, el recurrente, dentro del plazo de presentación de ofertas (el correo electrónico aportado aparece fechado el último día para la presentación de ofertas -1 de febrero de 2021- en una hora anterior al tiempo límite de las 13 horas) remitió un correo electrónico a una dirección que indica le fue facilitada por el órgano de contratación tras contactar telefónicamente.

En tal sentido, se aporta por el recurrente dicho correo electrónico, de fecha 1 de febrero de 2021, en el que se traslada al órgano de contratación que *“es incorrecta tanto la oferta presentada como el importe total escrito”*, planteando la cuestión acerca de la posibilidad de solucionarlo o de anular dicha oferta y presentar una nueva. Se actúa pues de manera diligente una vez advertido el error, planteando al órgano de contratación cuál hubiera de ser la vía de subsanación. No consta que se recibiese respuesta.

El órgano de contratación en su informe no se pronuncia al respecto, sin contradecir lo afirmado por el recurrente. Así las cosas, entendemos que no puede achacarse falta de diligencia a la empresa recurrente (lo que sí ha apreciado este Tribunal en otros casos en los que se ha desestimado el planteamiento del recurrente para un supuesto análogo –así, en la Resolución 1243/2020, de 20 de noviembre) por cuanto sí se puso en contacto con el órgano de contratación exponiendo la situación, esto es, el haber presentado una oferta por un importe incorrecto y su voluntad de solucionar tal situación, apuntando como vía de subsanación la presentación de una segunda oferta. Todo ello dentro del plazo de presentación de ofertas, sin que se recibiese respuesta por parte del órgano de contratación.

En esta tesitura, entiende este Tribunal que tras la diligente actuación del licitador se debió permitir por el órgano de contratación la subsanación pretendida, dando respuesta al



recurrente. Y, no habiéndose hecho así, lo que procede una vez presentada la segunda oferta subsanando la primera es admitir dicha subsanación, por lo que la exclusión del licitador recurrente no resulta ajustada a derecho, dado que no se ha producido una doble oferta, sino que la segunda presentada es subsanación del error padecido en la primera y deja sin efecto esta.

Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso frente a la exclusión del recurrente, dejándola sin efecto.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. O.P.R., en representación de la mercantil FRANCISCO MARCOS, S.A., frente al acuerdo de la mesa de contratación de asistencia permanente al Presidente de la Diputación Provincial de Alicante de 9 de febrero de 2021 por el que se excluía a dicha empresa de la licitación del lote 1 del contrato de "*Suministro de diversos vehículos eléctricos con destino a los Ayuntamientos y Entidades Locales Menores de la Provincia de Alicante. LOTE 1: Suministro de 41 vehículos tipo turismo 100% eléctrico, con tracción 4x2 y una autonomía superior a 280 km.*" (expediente S40-181/2020-L1), dejando sin efecto dicho acuerdo a fin de que se admita y se valore junto con el resto de ofertas la segunda proposición presentada por dicho licitador, en cuanto válida subsanación de la inicialmente presentada.

Segundo. Levantar la suspensión cautelar operada, en virtud del 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 Ley 9/2017.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.