



Recurso nº 785/2022

Resolución nº 904/2022

Sección 1ª

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

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. F. G. P., en nombre y representación de NUNSYS, S.A. contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de *“Suministro, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de equipos audiovisuales para las aulas del Instituto Cervantes y otras tareas asociadas a la entrega de dichos bienes (apoyo y coordinación a la instalación, configuración y puesta en marcha del equipamiento; formación y mantenimiento preventivo y correctivo)”*, con expediente referencia G-2021/11-0142, convocado por el Instituto Cervantes, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Resolución de 30 de diciembre de 2021 del Director del Instituto Cervantes se aprobó el expediente para la contratación del Suministro de equipos audiovisuales para las aulas del Instituto Cervantes y otras tareas asociadas a la entrega de dichos bienes (apoyo y coordinación a la instalación, configuración y puesta en marcha del equipamiento; formación y mantenimiento preventivo y correctivo), con expediente referencia G-2021/11-0142; dividido en cuatro lotes, enmarcado en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El valor estimado del conjunto de los cuatro lotes ascendía a 7.752.000,00 €.

Segundo. El anuncio de licitación fue enviado al Diario Oficial de la Unión Europea el 9 de febrero de 2022, siendo publicado en el mismo el 14 de febrero de 2022. Asimismo, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha de 28 de febrero de 2022.



Tercero. El plazo final de presentación de ofertas de la presente licitación, según se indicaba en el anuncio de licitación, era el 23 de marzo a las 23.59 horas. Transcurrido el cual, presentaron sus proposiciones en forma y plazo las siguientes entidades:

- i. NUNSYS, S.A., presentando oferta a los lotes 1, 2, 3 y 4.
- ii. RUYBESA GLOBAL TECHNOLOGIES, S.L., presentando oferta al lote 1.
- iii. SOLUTIA INNOVAWORLD TECHNOLOGIES, S.L., presentando oferta al lote 1.
- iv. TELEFÓNICA SOLUCIONES DE INFORMÁTICA Y COMUNICACIONES DE ESPAÑA, S.A.U., presentando oferta al lote 1; y
- v. TRISON EUROPE, S.L.U., presentando oferta a los lotes 1 y 4.

Cuarto. Tras la apertura y calificación administrativa de la documentación contenida en los Archivos electrónicos 1 de los cuatro Lotes, el día 5 de abril de 2022 se realizó la apertura del Archivo electrónico 2 de cada uno de los Lotes (criterios no evaluables mediante fórmulas) de las empresas admitidas a la Licitación, del que se emitió el informe técnico de valoración de criterios no automáticos, con la puntuación que obra en el expediente.

Quinto. En fecha 13 de mayo de 2022 se lleva a cabo la apertura del archivo electrónico 3 de cada uno de los lotes (oferta económica o evaluable mediante fórmulas) y con fecha 26 de mayo de 2022, se notifica a la mercantil recurrente su exclusión en cada uno de los 4 lotes en que se encuentra dividido el contrato con número de expediente G-2021/11-0142. Como fundamento de dicha exclusión, el órgano de contratación señaló que:

“En base a lo establecido en el art. 139 LCSP, las proposiciones de los interesados deben ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación. En el ANEXO III del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, apartado Precio, se indica que ‘si bien se valorará la oferta económica global y la fórmula se aplicará sobre esta cifra, los licitadores deberán indicar un precio unitario por tipo de equipamiento que incluya el coste de los equipos y la entrega en el destino final (según el modelo de oferta



económica del ANEXO IV). Se deben ofertar todos los centros indicados en cada lote'; por lo que el licitador no ha cumplido, en este aspecto, con lo establecido en el Pliego".

Sexto. Contra el citado acuerdo de exclusión, notificado el 26 de mayo, la mercantil NUNSYS, SA interpone recurso especial en materia de contratación teniendo entrada en el registro de este Tribunal el día 16 de junio.

Séptimo. 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 haber hecho uso de su derecho.

Octavo. Por Acuerdo de este Tribunal de fecha 22 de junio de 2022, dictado al amparo del artículo 58.2, letra b) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, se declara que prima facie no se aprecia causa de inadmisibilidad del recurso y que se adopta medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de acuerdo con el artículo 45.1 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).

Segundo. El presente contrato es susceptible de este recuso especial conforme al artículo 44.1.a) LCSP al tratarse de un contrato de suministro de un valor superior a 100.000 euros

Tercero. El inicio del procedimiento y el plazo de interposición del recurso especial se regulan en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del RPERMC.

En el caso que nos ocupa, habiéndose notificado el acuerdo de exclusión el 26 de mayo de 2022 y habiéndose interpuesto el recurso con entrada en el registro de este Tribunal el día 16 de junio, debemos concluir que el recurso se ha presentado en plazo, por persona legitimada para ello —la mercantil excluida—, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, cumplimentando los requisitos formales que la ley establece.



Cuarto. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de admisión, procede entrar en el fondo del asunto. Las alegaciones de la recurrente se pueden reducir a una única cuestión, verificar el carácter ajustado a Derecho o no de la resolución de su exclusión de tras constatar que su oferta económica no se ajustaba a los pliegos y documentación que rigen la licitación, en particular a lo dispuesto en el Anexo IV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

La mercantil recurrente defiende que su oferta presentada en cada lote respeta los pliegos en cuanto a la formalización de la oferta económica, pues se presentó el precio global por lote y el desglose de ese precio global por cada uno de los centros del instituto cervantes que componen cada lote. En esta línea, entiende que, si bien no indicó un precio unitario por tipo de equipamiento que incluya el coste de los equipos y la entrega en el destino final, sí que ofertó todos los centros indicados en cada lote, por lo que entiende que ha cumplido, en este aspecto, con lo establecido en el Pliego. Así, afirma que:

“1. Formula una Oferta Global por cada uno de los Lotes, de conformidad con el modelo que se acompaña como Anexo IV del PCAP;

2. La Oferta Global por cada uno de los Lotes de NUNSYS, está desglosada, a su vez, en el precio correspondiente al suministro de cada uno de los Centros del Instituto Cervantes que se incluye en cada uno de los Lotes

3. Es cierto que no se presenta el desglose en precios unitarios por aula (en terminología del Anexo IV del PCAP, ‘tipo elemento’ —aula plata, aula oro, aula grabación...—), y ello debido a que a la fecha de formalización de la Oferta mi representada no había obtenido el desglose de los costes logísticos del suministro por cada equipamiento que integra cada ‘tipo elemento’, toda vez que la empresa de transporte y logística con la que trabaja le facilitó dichos costes globales por cada Centro del Instituto Cervantes al que se debería efectuar el suministro y son los que tuvo en consideración para formalizar la Oferta por cada uno de los cuatro Lotes del Contrato”.

Y, reconociendo el error material o formal incurrido en la presentación de la oferta económica, señala el recurrente que le resultaría de aplicación en el supuesto que nos ocupa el derecho a subsanar en la medida en que el precio unitario no influye, en principio, en el coste económico a asumir y pagar finalmente por el órgano de



contratación en virtud del contrato, y que se utiliza como criterio de adjudicación el precio global ofertado.

Por su parte, el órgano de contratación en el informe emitido con ocasión del presente recurso se opone al mismo afirmando que la oferta económica del recurrente no se ajustó a lo estipulado en los pliegos en cuanto a la necesidad de desglosar el precio global y afirma que *“Esta obligación de indicar un precio unitario por tipo de equipamiento que incluya el coste de los equipos y la entrega en el destino final que se estableció en los pliegos, independientemente de que sólo se aplique la fórmula de valoración sobre la cantidad total de sumar las cuantías unitarias de todos los conceptos (la oferta global), tiene sentido en tanto que obedece al hecho de que el Instituto Cervantes pueda conocer el precio cierto y fijo que el adjudicatario facturará por cada equipamiento y concepto, así como poder realizar las modificaciones previstas en la cláusula 15 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas de la licitación”*.

Además, el órgano de contratación no considera que el alegato de la recurrente pueda ampararse en los casos en los que cabría dar trámite de subsanación o aclaración de la oferta económica. Así, señala que *“el defecto o vicio del que adolecen las ofertas económicas de la recurrente no es un defecto de forma que pueda explicarse de modo simple, sino un defecto esencial, una infracción del PCAP, por cuanto que estas no incluyen absolutamente ningún precio unitario desglosado como se ha requerido en los pliegos (incumpliendo de este modo los pliegos, que son lex contractus); y, al contrario de lo que considera la recurrente (páginas 9 y 10/22 del recurso), es evidente que las ofertas económicas presentadas a cada Lote sí varían sustancialmente el modelo establecido, por lo que, de conformidad con lo indicado en el art. 84 RGLCAP y lo indicado en la doctrina invocada en este informe, procedía no admitirlas sin requerir su subsanación”*.

Quinto. Expuestas las posturas de las partes, para una adecuada resolución de la cuestión planteada debemos acudir al pliego rector de la licitación en cuanto *lex contractus* que obliga a las partes.

Según el PCAP, cláusula 1.1, *“el objeto del contrato es el Suministro de equipos audiovisuales para las aulas del Instituto Cervantes, y otras tareas asociadas a la entrega de dichos bienes (apoyo y coordinación a la instalación, configuración y puesta en marcha del equipamiento; formación y mantenimiento preventivo y correctivo)”*.



En lo que afecta a la cuestión planteada por la actora, esto es, en relación a los Criterios de adjudicación de las ofertas, en particular, a los criterios de valoración evaluables mediante fórmulas, el apartado 2 del Anexo III del PCAP señala en cuanto a la puntuación de precio, (el énfasis es nuestro):

“Si bien se valorará la oferta económica global y la fórmula se aplicará sobre esta cifra, los licitadores deberán indicar un precio unitario por tipo de equipamiento que incluya el coste de los equipos y la entrega en el destino final (según el modelo de oferta económica del ANEXO IV). Se deben ofertar todos los centros indicados en cada lote”.

Asimismo, en el modelo de oferta económica del ANEXO IV también se requería el desglose de la cuantía correspondiente, por separado, en concepto de los distintos servicios profesionales asociados al suministro.

Llegados a este punto, la resolución del recurso exige considerar que los pliegos, ley del contrato, ex artículo 139.1 LCSP aceptados incondicionalmente por los licitadores al formular su oferta, exigían el desglose del precio total del equipamiento entregado, debiendo los licitadores hacer constar, por cada uno de los centros, un precio unitario (que incluyera el coste unitario de cada “Tipo elemento” (aula plata, aula oro, aula grabación, peana fija, peana móvil) y su entrega en el destino final, IVA excluido), tal y como era obligado por encontrarse así previsto tanto en el apartado 2 del Anexo III, como a concretar luego en el modelo de oferta económica, Anexo IV.

El propio recurrente incluyó en su oferta una mención contraria a lo requerido en el PCAP, que no fue impugnado y diferente a lo alegado en vía de recurso especial. Así al cumplimentar la oferta declaró, *“no podemos ejecutar desglose por tipo de aula ya que se consideran gastos comunes que son imposible de dividir, tales como logística y distribución”*. Al formular el recurso especial achaca la falta de desglose a que a la fecha de formalización de la oferta ésta no había obtenido el desglose de los costes logísticos del suministro por cada equipamiento que integra cada “tipo elemento”, toda vez que la empresa de transporte y logística con la que trabaja le facilitó dichos costes globales por cada centro al que efectuar el suministro.

Visto lo anterior, ha de entenderse que el licitador incumplió voluntariamente los pliegos y presentó, a diferencia del resto de los licitadores la oferta económica omitiendo el desglose de precios unitarios requerido claramente en el PCAP tanto al perfilar los



criterios de adjudicación como en el modelo de oferta económica. Esta omisión considera el Tribunal que no tiene carácter subsanable, pues no se trata de un mero error material manifiesto u de una omisión/ambigüedad que pueda salvarse fácilmente a partir de otros elementos de la oferta.

Por otra parte, como indica el órgano de contratación, este precio unitario es muy relevante y de acuerdo con ello se exigió declarar los precios unitarios en la oferta —en sede de ejecución del contrato— pese a no serlo a la hora de valorar la oferta económica conforme a los criterios automáticos recogidos en el apartado 2 del Anexo III. Es relevante a efectos de facturación del contrato y en caso de que suministrados productos defectuosos se haya de proceder a la detracción de su importe en las facturas correspondientes. Asimismo, es preciso el conocimiento de este importe unitario en el caso de que se deban efectuar ajustes en el número de equipos a suministrar y eventualmente realizar las modificaciones previstas en la cláusula 15 del PCAP.

Sobre la posibilidad de admitir aclaraciones en las ofertas, hemos de remitirnos, por todas a nuestra Resolución nº 999/2019, de 6 de septiembre: *“Como dijimos en nuestra Resolución 217/2016, —citada en la nº 898/2016— nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 —Roj STS 4703/2004—), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva.*

Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 —Roj SAN 1684/2014—).



Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 —Roj STS 4839/2004— y 21 de septiembre de 2004 —Roj STS 5838/2004—), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 —Roj STS 5093/2002—) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 —Roj STS 2415/2015—). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 —Roj STS 5838/2004— y 9 de julio de 2002 —Roj STS 5093/2002—). Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 —Roj STS 2341/2012—, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 —Roj STS 5023/2011—), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 —Roj STS 7295/2006—).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 —asunto C-336/12— y 6



de noviembre de 2014 —asunto C-42/13—). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 —asunto C-599/10—) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 —asunto T195/08—). Esta interpretación se ve avalada por lo dispuesto dentro del art. 84 del Real Decreto 1098/2001, en cuanto señala que “Si alguna proposición (...) variara sustancialmente el modelo establecido, (...), será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, 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”.

Por tanto, siendo claros los términos en los que estaba redactado el PCAP, se presentó una oferta contraria a lo exigido en ellos, achacable tan solo a la falta de diligencia del licitador en el momento de confección de la misma, que no puede calificarse de mero error material o formal, sin que, por no permitirlo el principio de inmodificabilidad de las ofertas y de igualdad entre licitadores, pueda procederse a posterior a la presentación de la oferta a completar la totalidad de los precios unitarios exigidos, debiendo desestimarse el recurso y confirmar la exclusión de la recurrente en los lotes 1, 2, 3 y 4 del procedimiento.

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. F. G. P., en nombre y representación de NUNSYS, S.A. contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “*Suministro, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, de equipos audiovisuales para las aulas del Instituto Cervantes y otras tareas asociadas a la entrega de dichos bienes (apoyo y coordinación a la instalación, configuración y puesta en marcha del equipamiento; formación y mantenimiento preventivo y correctivo)*”, con



expediente referencia G-2021/11-0142, convocado por el Instituto Cervantes y confirmar la exclusión acordada.

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 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.