



Recurso nº 808/2022

Resolución nº 938/2022

Sección 2ª

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

En Madrid, a 21 de julio de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.B.V., en representación de la empresa ARLA GOURMET, S.L., contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de *“Servicio de cafetería y comedor-autoservicio en la sede central del Ministerio de Defensa, complejo Arturo Soria, Academia Central de la Defensa, complejo Princesa y edificio Castellana 233”* (expediente 022/SP01010020/00000019), convocado por la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha 19 de marzo de 2022 se publicó anuncio de licitación en la Plataforma de Contratos del Sector Público (PCSP) por la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa, siendo el plazo para la presentación de las ofertas hasta el 1 de abril de 2022 a las 10 horas.

Lo mismo se hizo en fecha 22 de marzo de 2022 en el Diario Oficial de La Unión Europea (el anuncio fue remitido el 17 de marzo de 2022).

Segundo. El contrato se licitó por un valor estimado de 11.339.900 euros.

Tercero. El contrato de concesión de servicios está sujeto a regulación armonizada y el procedimiento de licitación se ha desarrollado mediante el procedimiento de adjudicación restringido.



Cuarto. Finalizado el plazo de presentación y seleccionadas las empresas que habrían de participar en la licitación, el día 10 de junio de 2022, se reunió la Mesa de Contratación, para proceder a la apertura de las proposiciones económicas.

Presentaron proposiciones dentro del plazo requerido las empresas:

1. ARLA, S.A.
2. CENTRAL DE CATERING SERVICATERING, S.L.
3. ILEVELMEDIA, S.L.
4. MEDITERRANEA DE CATERING, S.L.U.

Habiendo sido invitadas, no presentaron proposiciones económicas las empresas ALBIE, S.A y SERUNIÓN, S.A.U.

Revisadas las proposiciones presentadas, se decide excluir a:

MEDITERRANEA DE CATERING, S.L.U. al no haberse incluido oferta económica dentro de su proposición y a la empresa ARLA GOURMET, S.L. por no haber indicado como partida independiente el impuesto sobre el valor añadido que debe ser repercutido.

A continuación, la Mesa hace entrega al Vocal Técnico de la documentación para la valoración y la elaboración del informe técnico correspondiente.

Con fecha 15 de junio se notifica la exclusión a la recurrente.

Quinto. Se reúne de nuevo la mesa el 20 de junio de 2022, para proceder a la lectura del informe técnico y adjudicación del expediente de contratación número 2022/SP01010020100000019E.

En primer lugar, se da lectura al informe técnico y se propone la adjudicación a la empresa CENTRAL DE CATERING SERVICATERING, S.L. por un importe de 1.520.000 € IVA incluido.



Con fecha 23 de junio la Mesa decide elevar como propuesta de adjudicación la propuesta por CENTRAL DE CATERING SERVICATERING, S.L.

Sexto. Dispone el PCAP, en cuanto a la presentación de las solicitudes de participación:

«CLÁUSULA 2

(...)

Los precios unitarios deberán ofertarse con el IVA desglosado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139.4 de la LCSP, debiendo indicarse como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba ser repercutido.

(...) CLÁUSULA 12. PROPOSICIONES DE LOS INVITADOS

Los candidatos seleccionados presentarán sus proposiciones en un plazo de DIEZ DÍAS, a partir de la fecha de envío de la invitación escrita realizada por el órgano de contratación.

Dichas proposiciones se incluirán en el SOBRE NÚM.2.- PROPOSICIÓN ECONÓMICA.

Las proposiciones que presenten los licitadores se ajustarán al modelo que figura en el Anexo I del presente Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares teniendo en cuenta lo siguiente:

- *El precio del menú reducido será el resultado de reducir 2,00 € (IVA incluido) a aplicar sobre el precio ofertado del menú normal de día.*
- *Los licitadores podrán ampliar el número de platos de los diferentes menús, así como incluir menús especiales o variaciones de los inicialmente señalados, sin sobrepasar el precio máximo exigido. En la cafetería podrán ampliar la lista de productos, manteniendo siempre el mínimo exigido en el PPT. Esta ampliación y las variaciones deberán ir firmadas por el licitador y ser aprobadas previamente por el responsable del contrato.*



Las proposiciones se presentarán en sobre cerrado, identificado en su exterior, con indicación de la licitación a la que concurren y firmado por el licitador o la persona que lo represente e indicación del nombre y apellidos o razón social de la empresa. En el interior se hará constar en hoja independiente su contenido, enunciado numéricamente.

La presentación de proposiciones supone por parte del licitador, la aceptación incondicionada de las cláusulas de este Pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para poder contratar con la Administración.

NOTA: Las empresas licitadoras podrán visitar los locales de las cafeterías, cocinas, depósitos de víveres y comedores de autoservicio habilitados al efecto en los diferentes Centros antes del fin de presentación de ofertas y una vez haya sido publicado el correspondiente procedimiento en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Para ello deberán concertar cita previa con el responsable del contrato.

NO PROCEDE el ofrecimiento de variantes.

En el Anexo I se contiene el modelo de oferta económica y en el final del mismo se dispone por el órgano de contratación:

En la proposición deberá indicarse como partida independiente el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido».

Séptimo. La recurrente presenta recurso especial en materia de contratación en fecha 22 de junio solicitando que, «*teniendo por efectuadas las anteriores manifestaciones, tenga por solicitada la adopción de medidas cautelares y, previa valoración de las irregularidades del procedimiento producidas y de los intereses concurrentes, acuerde a la mayor brevedad la suspensión del procedimiento de contratación, en aras de proteger los intereses públicos y privados que están comprometidos en la exclusión en la licitación mencionada*».

Octavo. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a las restantes empresas que han concurrido a la licitación, confiriéndoles un plazo de cinco días hábiles



para formular alegaciones si así lo estimaban oportuno, sin que se haya hecho uso de este derecho.

Noveno. Ha hecho uso de la facultad de emitir informe en relación con el recurso especial presentado al órgano de contratación, quién solicita la desestimación del recurso, ya que el error padecido por el recurrente —incumpliendo una obligación legal, esencial y recogida en los Pliegos y en el Anexo I citado— supondría ni más ni menos que la eventual subsanación de la proposición económica de aquél, y en términos generales, no es posible tal subsanación, dado que en principio tan sólo resulta ser subsanable la documentación administrativa. No existe obligación por parte del órgano de contratación de solicitar su subsanación o pedir aclaración alguna, debiendo el licitador asumir el gravamen del error cometido por su falta de diligencia. El solicitar a la empresa una hipotética subsanación de su oferta supondría además una ventaja competitiva para aquélla, por cuanto una vez abiertas el resto de proposiciones tendría un mayor conocimiento del escenario de la licitación que el resto de proponentes.

Décimo. La Secretaria del Tribunal —por delegación de éste— ha dictado resolución acordando la suspensión de este procedimiento de contratación, de conformidad con los artículos 49 y 56 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 (LCSP en adelante), 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 conocer de este recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal de conformidad con el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. La recurrente ostenta la debida legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 48 LCSP, que señala: *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o*



colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso», al haber licitado y haber sido excluida del procedimiento de licitación.

El recurso especial en materia de contratación se ha interpuesto en el plazo previsto en el artículo 50 LCSP.

Tercero. Es objeto del recurso la exclusión del recurrente en un contrato mixto de concesión de servicios y servicios, cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 €, por lo es susceptible de reclamación ante este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 44.2. c) de la LCSP, considerados en relación con el artículo 18.1.b) de la LCSP.

Cuarto. El recurrente se alza contra el acto de exclusión dictado por el órgano de contratación quien considera que, al no haber indicado aquel en su oferta económica como partida independiente el impuesto sobre el valor añadido que debe ser repercutido, debe ser excluido sin que sea posible admitir la subsanación, pues no se trata de un simple error aritmético.

Por su parte el recurrente considera que ha sido excluido de la licitación sin causa legal para ello, toda vez que la omisión de indicar el IVA, que debe ser repercutido en los precios unitarios, no necesariamente debe conllevar la eliminación en tal proceso de adjudicación, más aún cuando ni el propio PCAP que rige en el expediente prevé dicha consecuencia.

Por ello, entienden que la actuación objeto de recurso les privó de la posibilidad de subsanar o aclarar los defectos advertidos por la mesa de contratación. A pesar de ello, añaden que del documento de oferta presentado se puede interpretar que el precio ofertado incluye el IVA, toda vez que, de no ser así, necesariamente superaría el precio unitario máximo, lo que sí llevaría inexorablemente a la exclusión de conformidad con los pliegos que rigen el expediente de contratación.

Es un hecho no controvertido y, así lo admite la recurrente, que oferta económica presentada no contenía el desglose del IVA en partida diferenciada pese a que así venía



exigido en la cláusula 2 y se reiteraba en el Anexo I del PCAP, que contenía el modelo de oferta económica, como hemos referido en el Antecedente—de Hecho quinto de la presente resolución.

Por ello, es claro que el error padecido por el recurrente en la presentación de la oferta existe y ello infringe lo dispuesto en el Anexo I del PCAP.

La cuestión a discernir y sobre la que dependerá la estimación o por el contrario desestimación del recurso, será la posibilidad de subsanar la oferta económica como pide el recurrente, y cuya omisión considera que ha sido causante de la nulidad del acuerdo impugnado.

Quinto. En relación con la subsanación de errores, ha de destacarse, en primer lugar, que la legislación vigente en materia de contratos contiene su propio régimen de subsanación de documentos, resultando el régimen establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común (LPAC) meramente supletorio, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta LCSP.

La regulación en materia de subsanación de defectos está contenida en el artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), que como ha señalado reiteradamente este Tribunal (por todas, resolución 119/2018), va referido a los defectos que afectan a la documentación administrativa, por lo que *«no resultaría automáticamente trasladable dicha doctrina, por tanto, a los documentos incluidos en los sobres que contienen las proposiciones, propiamente dichas, de las empresas licitadoras, referentes a los aspectos objeto de valoración en la correspondiente licitación, ni al soporte mismo en que deben presentarse las ofertas»*.

A los defectos que puedan afectar a la oferta económica se refiere de forma específica el artículo 84 RGLCAP en los siguientes términos:

«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese



reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, 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».

Se establece con ello un principio contrario a la subsanación de los errores en los que se hubiera podido incurrir en la presentación de la oferta económica. Tales errores, como regla general, llevará aparejada el rechazo de la proposición.

Sobre esta materia, el TJUE se ha manifestado con extraordinaria cautela. Así, en el asunto C-599/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Eslovaquia), declara:

«En relación con la oferta imprecisa o que no se ajuste a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones

35 A este respecto, procede señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las ofertas anormalmente bajas, la Directiva 2004/18 no contiene ninguna disposición que indique expresamente qué debe hacerse cuando el poder adjudicador compruebe, en un procedimiento de licitación restringido, que la oferta de un candidato es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones.

36 Por su propia naturaleza, el procedimiento de licitación restringido implica que, una vez realizada la selección de candidatos y 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.

37 En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado



confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.

38 Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos.

39 Por lo tanto, no es contraria al artículo 2 de la Directiva 2004/18 la inexistencia, en una normativa nacional, de una disposición que, en un procedimiento de licitación restringido, obligue al poder adjudicador a solicitar a los candidatos, antes de rechazar una oferta por imprecisa o por no ajustarse a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, que aclaren sus ofertas en relación con tales especificaciones técnicas.

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.

41 En el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron».

Nuestra doctrina, expresada, entre otras, en las Resoluciones 115/2022 de 27 de enero, 333/2022 de 10 de marzo o 764/2022 de 23 de junio, se manifiesta en similares términos. A los efectos que aquí interesan requiere que la subsanación de la oferta, en su caso, no suponga la modificación de los términos en los que fue originalmente formulada.

Así las cosas, la cuestión es determinar si tal subsanación es constitutiva de una modificación de la oferta presentada, lo que sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 84 RGLCAP o si, por el contrario, se trata de la rectificación de un error material manifiesto que no afecta al contenido de la declaración plasmada en la oferta presentada en su momento.

A la vista de las circunstancias que concurren en la subsanación pretendida, se considera que la admisión de la subsanación pretendida va más allá de la mera aclaración o subsanación de un error formal y no es la solución más conforme con las premisas expuestas.

Y decimos esto, porque no asiste razón al recurrente cuando afirma que *«de la oferta presentada se deduce que debía incluir el IVA pues si se hacía incluyendo a posteriori el IVA y no teniéndola por incluida en la oferta, es obvio que superaba los precios unitarios»* según lo dispuesto en el Anexo tres del PPT. Esto no ocurre en la oferta presentada, por lo que permitir la subsanación, a juicio de este Tribunal si le otorga una ventaja competitiva y va más allá de la mera subsanación de un error, suponiendo una variación de la oferta económica, algo que está proscrito por este Tribunal. La subsanación que se pretende, aduciendo la inclusión del IVA en la oferta presentada sin desglose, es a juicio de este Tribunal una variación sustancial de la demanda, máxime teniendo en cuenta que cuando se realiza tal alegación el actor ha tenido acceso a todas las ofertas presentadas por los demás licitadores lo que, sin duda, le otorga una ventaja competitiva respecto de los demás licitadores. Dado, además, que el porcentaje del IVA, según se determina en el PCAP, es del 10%, existe un evidente incentivo para que, en una eventual subsanación de la oferta, y a la vista de las de los demás licitadores, se opte por entender o no el IVA incluido en función de aquellas.

En definitiva, la subsanación pretendida excede de los límites descritos en la doctrina acabada de exponer.



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. A.B.V., en representación de la empresa ARLA GOURMET, S.L., contra su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de *“Servicio de cafetería y comedor-autoservicio en la sede central del Ministerio de Defensa, complejo Arturo Soria, Academia Central de la Defensa, complejo Princesa y edificio Castellana 233”* (expediente 022/SP01010020/00000019), convocado por la Subdirección General de Servicios Económicos y Pagadurías del Ministerio de Defensa.

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 multa 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.