



Recurso nº 067/2012

Resolución nº 096/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 18 de abril de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.B.M. en representación de GEFOSA S.L. contra la exclusión de su oferta en el expediente de contratación 1212/P-01 convocado por el Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas (en lo sucesivo CCFAS) convocó, mediante anuncio publicado en la plataforma de Contratación y en el Boletín Oficial del Estado, el día 30 de noviembre de 2011, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el suministro de piensos para el ganado, dividido en tres lotes y con un valor estimado de 325.347,22 euros (IVA excluido), a la que presentó oferta, entre otras, la recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), hoy texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. El 13 de enero de 2012, la mesa de contratación, procedió a abrir las ofertas económicas presentadas y acordó desestimar la del recurrente y la de SARASA Hnos. S.L., porque *“el modelo de proposición económica presentado no se ajusta a lo*

establecido en la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares". Así se notificó a la recurrente mediante resolución del Director Gerente del CCFAS de 25 de enero.

Cuarto. Contra dicha resolución, la representación de GEFOSA interpuso recurso especial en materia de contratación. Solicitaba la empresa que se declarase la nulidad de la citada resolución por falta de motivación, y que se dictara una nueva resolución donde se especificasen los motivos de exclusión de su oferta. Con fecha 27 de febrero de 2012 el órgano de contratación dictó una segunda resolución, que ampliaba la de 25 de enero y explicitaba que las proposiciones excluidas lo fueron por presentar *"sus ofertas de precio con dos decimales, pero referido a tonelada métrica y no a kilogramo, que era lo exigido"* en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP); de dicha resolución ampliatoria de la de 25 de enero remitió el órgano de contratación copia al Tribunal.

El Tribunal, en Resolución 073/2012, de 21 de marzo, consideró que con esta segunda resolución *"cabe entender subsanados los vicios en que se fundamentaba el recurso y desaparecido el objeto del mismo, sin que ello genere indefensión a la ahora recurrente por cuanto con la notificación de la Resolución de 27 de febrero se reabre el plazo para que GEFOSA S.L. pueda interponer nuevamente, si lo considera oportuno, el pertinente recurso especial"*.

Quinto. Contra la segunda resolución del CCFAS de 27 de febrero de 2012, la representación de GEFOSA interpone recurso especial, remitido por correo el 16 de marzo al órgano de contratación, sin que conste en el expediente la fecha de entrada en el registro de este último. Manifiesta la recurrente su disconformidad con las argumentaciones del órgano de contratación y solicita que se revoque la resolución por la que se le excluye y se admita la oferta económica presentada por ella.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para formular las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que se haya recibido contestación.

Séptimo. Con fecha 17 de abril de 2012 el Tribunal acordó la suspensión del procedimiento con base en el artículo 313 de la LCSP (art. 43 TRLCSP), lo que fue debidamente notificado tanto a la recurrente como al órgano de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone contra el acto de exclusión de la oferta y corresponde a este Tribunal su resolución, de conformidad con el artículo 311.1 LCSP (41.1 TRLCSP).

Segundo. Se trata de un acto recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 310.2.b LCSP (artº 40.2.b del TRLCSP), relativo a un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial. El recurrente está legitimado para interponer recurso y se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en los artículos 312 y 314 de la LCSP (42 y 44 del TRLCSP), respectivamente.

Tercero. El 29 de marzo de 2012, el Director Gerente de CCFAS remite informe al Tribunal en el que señala que se acordó la exclusión de la recurrente porque presentó la oferta de precio con dos decimales pero referido a tonelada métrica y no a kilogramo, que, según indica, era lo exigido en la cláusula 10 del pliego; y añade que para obtener el precio del kilogramo de pienso es preciso dividir por mil *“lo que arroja un precio/kilogramo con tres decimales, y no con dos, otorgando una indudable ventaja a esta proposición económica sobre el resto de ofertas, que sí se han ajustado a lo fijado en el pliego y han debido redondear el precio/kilogramo sobre el tercer decimal para presentarlo solo con dos decimales”*, como se establece en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Cuarto. La recurrente alega en primer lugar para fundamentar su recurso que se ha omitido el trámite de pedirle aclaración sobre *“el porqué de su oferta en toneladas”*, lo que supone la vulneración del artículo 76.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC): *“cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la Administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.”*

La recurrente explica que la presentación de la oferta referida a la tonelada de pienso obedece a que el modelo de proposición económica exige que se dé un *“precio unitario con IVA incluido, y un precio unitario con IVA excluido. Es matemáticamente imposible mantener estos dos precios con un máximo de dos decimales efectuando el redondeo sobre el tercero, sin perjudicar sensiblemente a la Agencia Tributaria que también es parte implicada por el IVA que se debe devengar”*. Entiende que su oferta económica se adapta y se ciñe perfectamente al PCAP. Que el precio unitario se exprese por kilogramo o por tonelada *“es un detalle secundario, pues como es obvio ambos son el mismo”*.

GEFOSA discrepa asimismo de que por presentar el precio por tonelada disponga de ventaja sobre el resto de ofertas, porque *“si se pudiera redondear al alza o a la baja, siempre resultaría que nuestro precio sería el más beneficioso”* para el órgano de contratación. De ahí concluye que, *“en ambos casos, deberíamos resultar adjudicatarios”*.

Quinto. Respecto al primero de los motivos alegados por la recurrente, la omisión de un plazo para aclarar su oferta, hay que señalar que no es de aplicación al caso el artículo 76.2 de la LRJPAC cuya vulneración se alega. La disposición final octava de la LCSP establece que los procedimientos regulados en la misma *“se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”*. Tanto la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, como el Real Decreto 817/2009, de desarrollo parcial de la misma y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, contienen normas precisas sobre el procedimiento de tramitación de los expedientes de contratación del Sector Público, sobre los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas y concretamente sobre la actuación de la mesa de contratación respecto a la subsanación de documentación defectuosa presentada por los licitadores. Son éstos, por tanto, los preceptos aplicables, y serían ellos los que podrían, en su caso, haber sido vulnerados por la actuación de la mesa o del órgano de contratación, pero la recurrente no se refiere a que se haya incumplido ninguno de dichos preceptos.

En relación con las aclaraciones de las ofertas por parte de los licitadores se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la

cual “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. 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. 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”.

En cualquier caso, la recurrente no niega que su oferta económica expresaba el precio unitario en euros por tonelada métrica de pienso en lugar de hacerlo en euros por kilo, y ese fue el motivo por el que el órgano de contratación, a propuesta de la mesa, decidió excluirla del proceso de licitación. Pretende la recurrente que se le debía haber dado audiencia para exponer los motivos de su actuación pero, fueran cuales fueran los motivos, el órgano de contratación considera que había que excluirla por incumplir los términos precisos de la cláusula décima del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, la cuestión de fondo que se plantea es si la oferta de la recurrente debió ser excluida por no cumplir en su formulación, según afirma el órgano de contratación, lo establecido en el PCAP.

Sexto. La cláusula 10 del PCAP establece que las proposiciones se deben ajustar al modelo que se indica en la misma. En lo que se refiere a los datos económicos dicha cláusula establece literalmente lo que debe indicarse para cada lote:

“Precio (IVA excluido) del lote:

IVA aplicado:

Precio total del lote IVA incluido:

Precio kg. IVA excluido aplicado:

Precio kg. IVA incluido aplicado:

Las ofertas se presentarán con un máximo de dos decimales efectuando el redondeo sobre el tercero, según normativa vigente”.

La cláusula 9 del mismo pliego señala que el contrato se adjudicará a la oferta más ventajosa con el precio como único criterio de valoración, sin especificar si se trata del precio del lote o del precio unitario por kilogramo.

Por su parte en el Pliego de Prescripciones Técnicas se establecen las cantidades máximas y mínimas de pienso que habrá que suministrar en cada lote.

Séptimo. El modelo recogido en la cláusula 10 requiere indicar en la presentación de la oferta económica tanto el precio total del lote (se entiende que para la cantidad máxima a suministrar) como el precio unitario por Kg., que no es sino el resultado de dividir el precio del lote entre la cantidad máxima a suministrar, o viceversa. Bastaría con que se hubiera solicitado en las ofertas uno sólo de esos valores, pero lo cierto es que el modelo que figuraba en el pliego incluía los dos, y ambos en su doble versión: con IVA incluido y sin IVA.

La recurrente alega en su escrito que no es congruente pedir el precio unitario con dos decimales, sin IVA y con IVA, puesto que éste (el IVA) se aplicará sobre el importe total facturado y no sobre el precio unitario. Y explica los motivos por los que presentó, en su oferta, el precio unitario por tonelada en lugar de hacerlo por kilo: precisamente tratando de hacer compatible la formulación de ambas magnitudes, precio unitario con IVA y sin IVA con dos decimales, con el hecho de que no se produjese una minoración del importe del impuesto por efecto del redondeo exigido. La recurrente expone en su escrito de recurso que la exigencia de reflejar el precio por kilo con dos decimales, tanto con IVA como sin IVA, exigiría redondeos en el importe del impuesto, lo cual carece de sentido.

Determinado el precio unitario sin IVA, se multiplicaría éste por las cantidades realmente suministradas y al importe total resultante es al que se aplicaría el porcentaje de IVA correspondiente. De esta forma resulta posible cumplimentar de forma coherente todas las magnitudes exigidas en el modelo de oferta.

La oferta de la recurrente que resultó excluida se ajustaba al modelo establecido en tanto que recogía todas las magnitudes solicitadas: precio del lote con IVA y sin IVA, con desglose del importe del impuesto, así como precio unitario con IVA y sin IVA, aunque el precio unitario lo expresaba en euros/Tm. en lugar de en euros/Kg.

Pero el modelo de oferta económica recogido en el PCAP se refería al precio por kilogramo, y su contenido no fue impugnado en el momento procesal oportuno, por lo que hay que entender que fue aceptado por la recurrente y por todos los licitadores.

Octavo. Para valorar la procedencia del rechazo de la oferta excluida hay que tener en cuenta lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que, en su artículo 84, dispone:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

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”.

Pues bien, la oferta rechazada no excede del presupuesto para ninguno de los lotes, ni es inconsistente o errónea. Y como se ha expuesto antes, tampoco varía sustancialmente el modelo establecido por cuanto incluye todos los valores solicitados, precio total de cada lote con IVA y sin IVA y precios unitarios de cada lote también con IVA y sin IVA, eso sí, en euros por tonelada. Pero el precio por Kg. se podía deducir sin más que dividir el precio por Tm. por 1.000, y, en su caso, redondear a dos decimales según normativa vigente (como señala la cláusula 10 del PCAP), con lo que el sentido de la proposición no

se veía alterado en absoluto. Debe entenderse, por tanto, que el cambio de la oferta económica de la recurrente respecto al modelo del pliego no altera su sentido, por lo que no debió ser excluida de la licitación.

Cabe citar en este mismo sentido el informe 23/08, de 29 de septiembre, de la Junta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, en respuesta a la consulta formulada por un Ayuntamiento sobre admisión o rechazo de una proposición, señala lo siguiente:

“a) Que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto.

b) Que el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, sobre rechazo de las proposiciones, señala los supuestos concretos en que así se ha de proceder y excluye de tal acción cuando el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

c) Que la omisión de la multiplicación por 15 expresada en el modelo de proposición no impide que el órgano de contratación pueda ponderar el resultado de la misma habida cuenta que es ilusorio pretender interpretar que la oferta realizada, que obviamente está referida a una quinceava parte del periodo total de ejecución del contrato y que coincide con la ponderación anulada que se expresa en la cláusula sexta, pueda ser considerada como comprensiva de la totalidad del contrato, y que realizada tal multiplicación coincide con el tipo de licitación establecido, considerando al propio tiempo la opción de aclaración de la proposición que para tales supuestos prevé el artículo 87.1 del mismo Reglamento”.

El Tribunal hace suyo el criterio de la Junta Consultiva manifestado en el informe citado, máxime cuando en el caso que nos ocupa no existe ninguna duda sobre el sentido de la proposición de la recurrente, que expresaba claramente cada una de las magnitudes contenidas en su oferta.

Como se ha expuesto más arriba, el pliego de cláusulas administrativas particulares no especificaba cuál era el importe (precio total del lote o precio unitario) que se iba a tomar

en consideración para efectuar la comparación entre las distintas ofertas a efectos de determinar la que resultaba económicamente más ventajosa. Pero en cualquier caso, no resulta admisible la exclusión de la proposición de la recurrente que, tras la traducción de su precio unitario a euros por kilo con el correspondiente redondeo a dos decimales, estaría en igualdad de condiciones que las de las empresas que continuaron como candidatas a la adjudicación.

Noveno. A la vista de lo expuesto, este Tribunal entiende que procede la estimación del recurso, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento de análisis y valoración de las proposiciones para incluir la oferta de la recurrente y proceder a la valoración de la misma, y a dictar una nueva resolución de adjudicación a favor de la oferta que resulte económicamente más ventajosa conforme a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. D.B.M. en representación de GEFOSA S.L. contra la exclusión de su oferta en el expediente de contratación 1212/P-01 convocado por el Organismo Autónomo Cría Caballar de las Fuerzas Armadas, anular el acuerdo de exclusión y el de adjudicación en caso de haberse dictado éste, ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de análisis y valoración de las ofertas y efectuar una nueva valoración incluyendo la oferta presentada por GEFOSA, S.L.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 313 de la LCSP (art. 43 TRLCSP).

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 317.5 de la LCSP (art. 47.5 TRLCSP).

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.