



Recurso nº 224/2012

Resolución nº 237/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 31 de octubre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.V. en representación de Aura Energía, contra la resolución de 28 de septiembre de 2012 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra en Vigo, por la que se declara desierto el procedimiento abierto del suministro de energía eléctrica de los edificios y locales dependientes de tal Dirección Provincial para el ejercicio 2013, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncios publicados en el DOUE de 7 de julio de 2012 y en el BOE de 17 de julio de 2012, se convocó licitación por procedimiento abierto del suministro de energía eléctrica de los edificios y locales dependientes de tal Dirección Provincial para el ejercicio 2013, exp. 36PA13/004, con un valor máximo estimado de 195.000, 00 euros.

En el pliego de cláusulas administrativas particulares -cláusula 6.2- se indicaba que se presentaría una oferta económica, que se compondría de los apartados siguientes:

- Precio base el Kwh, de energía activa consumida para cada punto de suministro;
- Importe para alquiler del equipo de medida; añadiendo el pliego de prescripciones técnicas (cláusula 4) que ello iba referido a aquéllos que se encontrasen en régimen de alquiler.

Este desglose se reiteraba en el pliego de prescripciones técnicas (cláusula cit.). Se añadía en este pliego (cláusula 3.2.1) la descripción del suministro con cuadro de locales, con indicación en cada uno de ellos de si el equipo de medida era propio o no. En el caso



de la Administración 36/06, de Vigo, tal cuadro incluía dos equipos de medida, señalándose en el cuadro que el identificado como 4549022 era “propio”.

A los pliegos se acompañaba modelo de proposición económica, con desglose de cada Centro; y, para cada uno de ellos: su dirección; CUPS; número de identificación del suministro; Equipo de medida, con indicación de si era propio o no y, en este último caso, casilla a rellenar por el ofertante con el precio de alquiler; precios sin IVA (céntimos de euro/kwh), para rellenar por el ofertante; e indicación de la estimación del consumo anual KWh (dato ya fijado por el órgano de contratación).

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley 30/2007, 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. En la reunión de la mesa de contratación del 27 de septiembre de 2012 se acordó rechazar la oferta de la empresa aquí recurrente *“por variar sustancialmente el modelo establecido”*; asimismo, se acordó que *“al no resultar admisible ninguna de las ofertas presentadas, se propone al órgano de contratación que se declare desierta la licitación”*.

Consecuentemente, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra en Vigo dictó Resolución de 28 de septiembre de 2012 por la que se declara desierto el procedimiento que nos ocupa. La misma incluye como justificación de la exclusión de la oferta de la aquí recurrente, que se produce *“por variar sustancialmente el modelo establecido, al ofertar el alquiler de un equipo de medida no previsto en el pliego”*.

Cuarto. Aura Energía presentó contra la Resolución antedicha este recurso especial, que tuvo entrada el 16 de octubre de 2012.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 18 de octubre de 2012, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días



hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido. El órgano de contratación ha presentado informe con entrada el 17 de octubre de 2012.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, interponiéndose ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo previsto en el artículo 44.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo competente este Tribunal para resolverlo a tenor de lo establecido en el artículo 41.1 del mismo texto legal.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del citado Texto Refundido, al tratarse de uno de los licitadores. Todo ello, tras haber procedido a la subsanación de defectos atinentes a sus poderes de representación, a requerimiento de este Tribunal.

Tercero. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del citado texto legal, al no haber transcurrido más de 15 días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del tantas veces referido texto legal

Quinto. El recurrente alega en su recurso que la inclusión del precio de alquiler del equipo se realizó a petición del propio órgano de contratación, en conversación telefónica, en la que se le indicó que el equipo discutido estaba en régimen de alquiler.

El interesado suplica que, al ser su proposición más ventajosa, se proceda a adjudicarle el contrato.

El órgano administrativo afirma en su informe que Aura Energía tenía que ser conocedora de la situación del equipo, pues *“es la empresa comercializadora de la energía eléctrica de esta Entidad desde el mes de enero de 2012”*. Y reitera que entiende de aplicación el artículo 84 del Reglamento de Contratos, aprobado por Real Decreto 1098/2001.



Sexto. Planteados así los términos del debate, comencemos por señalar que este recurso no puede pivotar sobre la culpabilidad o atribución de responsabilidad del error cometido en la oferta económica: Y ello, tanto por la difícil prueba de hechos de los cuales, tal y como se han descrito, no puede haber otros testigos que los propios dependientes del recurrente y del órgano de contratación; como sobre todo por el hecho determinante de que tal imputación de responsabilidad es inane a los efectos de la eventual estimación del recurso en nuestro caso, como seguidamente veremos.

Así, resulta indiscutido que el recurrente incurrió en un error en la formulación de la oferta económica: Procede, pues, determinar los efectos y alcance de tal error.

A estos efectos, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señala: “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.”

A ello debe añadirse que el artículo 81 del mismo texto sólo prevé la subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa, y no en la oferta económica.

Ello ha sentado la regla de que la oferta debe ajustarse a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, con ciertas excepciones.

El fundamento de tal regla ha sido analizado, entre otras, por la Resolución nº 164/2011 de este Tribunal; en la misma se reconoce que la Jurisprudencia ha admitido en ocasiones la subsanación de defectos en la oferta económica, pero *“no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran*



modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”. Y la Resolución 246/2011 abunda en que “En cualquier caso, y reconociendo que existe algún caso en que la jurisprudencia ha aceptado subsanar defectos observados en otra documentación presentada por los licitadores, lo que resulta absolutamente claro es que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, es del todo implanteable que se pueda aceptar modificación alguna en la oferta del licitador”.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el error en el importe de la proposición sólo puede determinar la exclusión cuando sea “*manifiesto*”, y aún si existiese reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, procedería la exclusión si éstos hicieran “*inviabile*” la proposición, cambiando el “*sentido*”.

Y no cabe, en este sentido, obviar que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que “*una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia*”.

Aplicando la doctrina expuesta a nuestro caso, observamos que, según acepta tanto el recurrente como el órgano de contratación, el error cometido consiste en:

- La modificación del cuadro del modelo de proposición económica descrito en los antecedentes, sustituyendo respecto del “Equipo de medida” correspondiente al

CUPS ES0022000004549022Zp1P, bajo la casilla “Equipo de Medida”-“Propio” la mención “SI” por “NO”;

- Haber incluido una oferta de precio de alquiler euros/mes respecto de tal equipo.

Pues bien, dicho error o inconsistencia no hace inviable la oferta presentada, puesto que, habiéndose formulado toda la oferta con la debida separación entre lo ofertado por alquiler del equipo de medida en cada caso y respecto de cada Centro, y los precios Kwh también respecto de cada Centro (del modo exigido por el clausulado y descrito en los antecedentes de esta Resolución), quedan incólumes los precios ofertados respecto de los alquileres que sí procedían, y respecto del suministro del Kwh en cada Centro. Y, siguiendo con la doctrina reseñada sobre el fundamento de la intangibilidad de la oferta económica, la exclusión, -constatado el error- de la oferta de tal alquiler no puede considerarse una modificación de la proposición económica que pueda aprovecharse del conocimiento del resto de las ofertas, y que por ello pueda afectar a la igualdad y transparencia en el procedimiento de concurrencia competitiva.

Por tanto, la Mesa aplicó de modo indebido el artículo 84 del Real Decreto citado para excluir la oferta del recurrente, y en este sentido debe estimarse el presente recurso.

Séptimo. Ahora bien, el actor pretende que se le otorgue la adjudicación del contrato, al ser su oferta, de haberse admitido, la más ventajosa.

Debe, en este punto, recordarse que, como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones y, en particular, en la resolución 269/2011, *“existe un límite a nuestra competencia respecto de las pretensiones articuladas por los reclamantes que piden que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos*



intervenientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62. 1.b) de la Ley 30/1992)". Habiendo acordado la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas, debe este Tribunal respetar en su integridad, sin prejuzgar su ejercicio, las competencias que a tal fin corresponden al órgano de contratación.

Por lo que no puede estimarse su pretensión en este punto.

Octavo. Debe por todo ello concluirse en la procedencia de estimar parcialmente el recurso, dejando sin efecto la exclusión de la oferta de la recurrente y, con ello, el acuerdo impugnado, por el que se declara desierta la licitación (que sólo procede cuando no exista alguna oferta o proposición que fuera admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego) y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento procedimental oportuno a fin de que la mesa de contratación pueda, una vez admitida la oferta, proceder a su valoración conforme a la normas que rigen este procedimiento abierto.

Debe añadirse que, en cuanto a los efectos de esta retroacción, y habiendo quedado de manifiesto en las actuaciones cuál debe ser la configuración correcta de la oferta económica (la mera supresión de la parte de la proposición económica referida al alquiler del equipo reseñado, manteniéndose incólume en lo demás), y que dicha configuración es aceptada por el recurrente, se considera innecesario, por razones de economía procedimental, que se le dé trámite de subsanación por parte de la mesa, debiendo proceder ésta a la admisión de la oferta en los términos referidos y a su valoración.

Ello no obstante (y de ahí el carácter parcial de la estimación) no procede declarar, como también se solicita, el derecho de la actora a la adjudicación del contrato, en tanto no se pronuncie el órgano de contratación.

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. J.S.V. en representación de Aura Energía, contra la resolución de 28 de septiembre de 2012 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Pontevedra en Vigo, por la que se declara desierto el procedimiento abierto del suministro de energía eléctrica de los edificios y locales dependientes de tal Dirección Provincial para el ejercicio 2013, por ser inadmisibles todas las ofertas presentadas, anulándola y dejándola sin efecto y ordenando la retroacción de actuaciones al momento procedimental oportuno, a fin de que la mesa de contratación admita la oferta a que esta Resolución se refiere y proceda a valorarla conforme al pliego, continuando con la tramitación del procedimiento hasta la eventual adjudicación del contrato.

Segundo. 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 47.5 del 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.