



Recursos 928 y 929/2013

Resolución nº 020/2014

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

En Madrid, a 17 de enero de 2014.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D. J.J.V.A., en representación de la entidad CLECE, S.A., contra su exclusión como licitador de los lotes 1 y 2 del procedimiento para la contratación del “*Servicio de elaboración y reparto de comidas para los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Melilla (Lote 1) y Ceuta (Lote 2)*”, convocado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (expte. 33/2013), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación se convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 23 de septiembre de 2013, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de octubre de 2013, y en el Boletín Oficial del Estado el 1 de octubre de 2013, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de elaboración y reparto de comidas para los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Melilla y Ceuta, con un valor estimado de 7.931.878 euros.

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

Tercero. Reunida la Mesa de Contratación el 20 de noviembre de 2013, tras examinar las subsanaciones de la documentación administrativa (Sobre I), dio cuenta del resultado de la calificación de dicha documentación, declarando la misma correcta.

A continuación, procedió a la apertura de las ofertas económicas de los licitadores. Examinadas las ofertas económicas de la entidad recurrente, la Mesa de Contratación, tras comprobar que superaban los límites establecidos en el PPT, decidió excluir a esta entidad de los Lotes 1 y 2 del procedimiento.

Cuarto. Contra el citado acuerdo la entidad recurrente interpuso recursos especiales en materia de contratación. Los recursos se han presentado en el Registro del órgano de contratación con fecha 4 de diciembre de 2013, sin que su interposición fuese anunciada previamente al órgano de contratación. En dichos recursos la entidad recurrente solicita que se declare nula su exclusión del procedimiento, y, subsidiariamente, la rectificación de su oferta económica al existir un error aritmético o material.

Quinto. El 5 de diciembre de 2013 se recibió en el Tribunal el expediente administrativo y los correspondientes informes del órgano de contratación.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, en fecha 11 de diciembre de 2013, dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniese. La entidad SERUNION, S.A. ha presentado alegaciones en relación con el recurso referido al Lote 1 del procedimiento.

Séptimo. Interpuestos los recursos, con fecha 19 de diciembre de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma que, con arreglo a lo señalado en el artículo 47 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 46.1 del TRLCSP, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 928 y 929 de 2013, ya que guardan entre sí identidad sustancial e íntima conexión al haber sido interpuestos por la misma empresa.

Segundo. El presente recurso se dirige a este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP.

Tercero. La empresa CLECE, S.A. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, se han presentado dentro del plazo establecido en el artículo 44 del TRLCSP.

Cuarto. El objeto del recurso es la exclusión previa a la adjudicación en un contrato de servicios comprendido en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 200.000 euros, susceptible por tanto de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Quinto. Como ya ha señalado este Tribunal en resoluciones anteriores, el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer la pertinente reclamación, lo cual se consigue, igualmente, cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición de la reclamación, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe. El principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante.

Por tanto, la ausencia de anuncio previo del recurso, especialmente cuando el recurso, como en el presente caso, ha sido presentado ante el propio órgano de contratación, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y el dictado de una resolución sobre el fondo de la reclamación.

Sexto. Resulta necesario hacer referencia a la cláusula 4 del PPT. De acuerdo con lo dispuesto en los apartados I, correspondiente al Lote nº 1, y II, correspondiente al Lote nº 2, de dicha cláusula, *“La estimación del precio deberá mantener los siguientes límites:*

- *El precio total ofertado por la empresa para cada uno de los tramos debe ser igual o inferior al presupuesto de licitación establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*
- *El precio por ración individual y día ofertado por cada uno de los intervalos debe ser igual o inferior a la siguiente fórmula por cada intervalo:*

$$P \leq p \cdot d \cdot n$$

P=Oferta económica para el intervalo.

p=precio ración día.

d=días de duración del contrato

n= numero máximo de comensales del intervalo.

- *El precio ración día para el último tramo (más de 700 comensales) será inferior o igual al 90% del ofertado para el tramo anterior” (de 481 a 700 comensales en el Lote 1 y de 513 a 700 comensales en el Lote 2).”*

En el Lote nº 1, tramo 1 (de 1 a 350 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,38 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 432.433,45 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (431.795 euros). En el tramo 3 (de 481 a 700 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 6,01 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 1.536.106,88 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (1.535.555 euros). En el tramo 4 (más de 700

comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,39 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 1.420.253,44 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (1.382.496,19 euros).

En el Lote nº 2, tramo 1 (de 1 a 350 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,34 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 426.739,57 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (426.685 euros).

Séptimo. La entidad recurrente, sin cuestionar lo expuesto en el apartado anterior, señala que la Mesa de Contratación ha incumplido lo previsto en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, imponiéndole una sanción que no se encuentra debidamente tipificada. Estima, asimismo, que el único límite previsto en los pliegos en relación con las ofertas económicas de los licitadores es el importe máximo de licitación previsto en la cláusula 2.1.4 del PCAP y que su oferta económica no supera ese importe máximo. Finalmente, considera que estaríamos en presencia de un mero error aritmético en la formulación de su oferta económica y, como tal, susceptible de corrección.

El informe del órgano de contratación señala que la exclusión del procedimiento de contratación no supone la imposición de una sanción sino la aplicación de los criterios objetivos establecidos en la legislación al objeto de garantizar el mismo trato a todos los licitadores. Continúa diciendo que el PPT establece un límite al importe ofertado para todos los licitadores que viene determinado en cada tramo de comensales por una fórmula objetiva. Considera que no se puede justificar el incumplimiento de la fórmula establecida alegando errores de menor cuantía de tipo aritmético puesto que, en caso de tomarlo en consideración, no se estaría respetando el principio de igualdad de las proposiciones, lo cual perjudicaría al resto de los licitadores a los que se les ha aplicado el mismo criterio y, o bien, han sido excluidos por el mismo motivo, o han presentado sus ofertas conforme a los límites establecidos. Asimismo, señala que el trámite de subsanación ni siquiera se encuentra contemplado en la normativa vigente en relación con la documentación integrante de la proposición económica.

La entidad SERUNION, en referencia al Lote nº 1, abunda en su escrito de alegaciones en lo manifestado por el órgano de contratación en su informe. Estima esta entidad, en

síntesis, que no resulta posible la subsanación del error padecido por la entidad recurrente al formular su oferta económica pues supondría una manifiesta discriminación en relación con los demás licitadores.

Octavo. Con carácter previo hemos de señalar que en cuanto al cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el de condiciones técnicas, el artículo 145.1 del TRLCSP dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

Consecuente con ello el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dispone que *“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 la tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

De lo hasta aquí expuesto, y con fundamento tanto en los pliegos que rigen la contratación como en la normativa legal transcrita, se desprende claramente que la proposición económica presentada por la entidad recurrente se encuentra entre los supuestos en los que el mencionado artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera que deben llevar al rechazo de la misma, toda vez que ha quedado acreditado que no se acomoda a lo previsto en la cláusula 4 I y II del PPT.

En efecto, como ha quedado expuesto, en el Lote nº 1, tramo 1 (de 1 a 350 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,38 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 432.433,45 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula

establecida (431.795 euros). En el tramo 3 (de de 481 a 700 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 6,01 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 1.536.106,88 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (1.535.555 euros). En el tramo 4 (más de 700 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,39 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 1.420.253,44 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (1.382.496,19 euros). En el Lote nº 2, tramo 1 (de 1 a 350 comensales), la entidad recurrente realiza una oferta de 3,34 euros por ración y una oferta económica para el tramo de 426.739,57 euros, lo cual supera el límite derivado de la fórmula establecida (426.685 euros).

Por otro lado, este Tribunal ha tenido oportunidad de analizar en anteriores resoluciones la posibilidad de subsanar o no un error contenido en la documentación constitutiva de la oferta. A este respecto, la Resolución 164/2011, de 15 de junio, señala que la posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la documentación acreditativa de las condiciones de capacidad, aptitud y solvencia de los licitadores a las que se refiere el artículo 146 del TRLCSP. Así se deduce del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual: *“Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*.

Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, generalmente actuando a través de la mesa de contratación, para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a la oferta técnica o económica propiamente dichas.

A pesar de ello, y para el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o

material. Esto 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 forma 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 artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Pues bien, sin lugar a dudas la subsanación que pretende la recurrente no se refiere a un error meramente material o formal en la oferta económica presentada, sino al incumplimiento de una de las condiciones establecidas en la cláusula 4 del PPT cual es que el límite de la oferta económica para cada tramo de comensales, como con toda claridad se indica en el anexo II del PCAP en el que se establece el modelo de oferta económica, es el establecido en la siguiente fórmula: $P = \frac{p \times d}{n}$:

P=Oferta económica para el intervalo.

p=precio ración día.

d=días de duración del contrato

n= numero máximo de comensales del intervalo.

Por tanto, desde este punto de vista tampoco puede ser admitida la pretensión de la recurrente.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar los recursos acumulados interpuestos por D. J.J.V.A., en representación de la entidad CLECE, S.A., contra su exclusión como licitador de los Lotes

1 y 2 del procedimiento para la contratación del Servicio de elaboración y reparto de comidas para los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de Melilla y Ceuta, convocado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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