

Recurso 111/2019**Resolución 280 /2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 10 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FITOS ALMAGRERA, S.L.**, contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Almería, en sesión celebrada el 19 de febrero de 2019, dictado en el procedimiento de licitación denominado *“Suministro de productos para su utilización por las brigadas de conservación de vías provinciales en las carreteras de la red viaria de la Diputación de Almería”* (Expte. 2018/D22200/006-202/00014), en relación al Lote 1, promovido por la citada Diputación Provincial de Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. En fecha 17 de diciembre de 2018, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta resolución. Posteriormente, el 18 de diciembre de 2018, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea.



El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 568.428 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. En sesión celebrada el 12 de febrero de 2019, la mesa de contratación procede a la apertura pública telemática de los sobres C *“Criterios cuantificables mediante fórmulas”* de las empresas admitidas, acordando la exclusión de la oferta de la entidad FITOS ALMAGRERA, S.L, (en adelante, FITOS ALMAGRERA), respecto al Lote 1, señalando que *“FITOS ALMAGRERA, S.L. presenta el modelo del Anexo V del pliego relativo a la proposición económica y oferta relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante cifras o porcentajes obtenidos mediante la aplicación de fórmulas, para el lote 1: Herbicida Glifosato, en el que se compromete a ejecutar la prestación en la que participa, ofreciendo el siguiente resultado:*

- Precio Unitario: 138.600.-€, IVA incluido.

Se observa que en la proposición ha indicado un precio global, no indicando el precio unitario tal y como se establece en el modelo del Anexo V del pliego, siendo dicho precio unitario el que se valora. Por tanto, al no conocer el dato del precio a valorar, la Mesa de contratación determina la exclusión de esta empresa respecto al Lote 1, por error manifiesto en su oferta.”.

El acta correspondiente a la citada sesión, fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 19 de marzo de 2019, no constando en el



expediente remitido su notificación individual a la entidad recurrente.

Posteriormente, la Junta de Gobierno Local de la Diputación Provincial de Almería en sesión celebrada el 19 de febrero de 2019, acuerda aceptar la propuesta de clasificación de ofertas realizada por la mesa de contratación y requerir la documentación previa a la adjudicación a las empresas clasificadas en primer lugar respecto a cada uno de los lotes licitados, recogiendo dicho acuerdo literalmente el motivo por el que la mesa de contratación excluye la oferta presentada por la entidad recurrente al Lote 1, -reproducido anteriormente-.

El citado acuerdo, ha sido notificado electrónicamente a la entidad recurrente el 25 de febrero de 2019 y publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 26 de febrero de 2019.

CUARTO. El 18 de marzo de 2019, la entidad FITOS ALMAGRERA presentó en el Registro del órgano de contratación escrito calificado como recurso de reposición contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de febrero de 2019. En dicho escrito solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. Con fecha 21 de marzo de 2019, se ha recibido en el Registro del Tribunal oficio procedente del órgano de contratación, dando traslado del recurso interpuesto por entender que, atendiendo al acto sustantivamente impugnado, el recurso procedente es el especial en materia de contratación. Asimismo, remite el expediente de contratación, informe al recurso presentado, alegaciones a la medida cautelar instada y listado de licitadores.

SEXTO. Mediante Resolución, de 4 de abril de 2019, este Tribunal acuerda denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento, solicitada por la entidad recurrente en su escrito de interposición de recurso.

SÉPTIMO. Mediante escrito de la Secretaría de este Tribunal de fecha 4 de abril de 2019, se da traslado del recurso mencionado a las entidades licitadoras,



concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para que, en su caso, formulen alegaciones, habiéndose presentado por la entidad SEANTO, S.L, en el plazo establecido para ello.

OCTAVO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general los plazos legales, salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por una Diputación andaluza, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio, a tales efectos, formalizado el 21 de noviembre de 2012 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Almería, al amparo del artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto de 2014 de modificación de aquel.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.



TERCERO. Procede determinar ahora si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En este sentido el objeto de la presente licitación es un contrato de suministro, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y cuyo valor estimado asciende a 568.428 euros. Respecto al acto impugnado, si bien el recurso se interpone formalmente contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 19 de diciembre de 2019, de clasificación de ofertas, atendiendo a su contenido el acto que se combate es la exclusión de la oferta de la recurrente adoptada por la mesa de contratación respecto al Lote 1, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP.

Sobre el particular, procede señalar que la recurrente denomina su escrito de recurso de reposición y no de recurso especial en materia de contratación, si bien esta última es la calificación jurídica adecuada y como tal debe tramitarse, de conformidad con lo previsto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), norma de aplicación por remisión del artículo 56.1 de la LCSP, que dispone que: *“El error o la ausencia en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.”*, por lo que procede el recurso especial pese a la calificación jurídica errónea de recurso de reposición que utiliza la recurrente.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP, *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*



c) Cuando [el recurso] se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación (...), el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”.

En el presente supuesto, el acuerdo de exclusión acordado por la mesa de contratación no ha sido notificado individualmente a la entidad recurrente, no constituyendo –en contra de lo afirmado por el órgano de contratación-, la publicación de la correspondiente acta en el perfil de contratante del órgano de contratación notificación válida de conformidad con el artículo 41 de la LPACAP, a efectos del cómputo del plazo.

Sentado lo anterior, la recurrente pone de manifiesto en su escrito que ha tenido conocimiento de su exclusión a través de la notificación del acuerdo de la Junta de Gobierno de la Diputación de Almería de 19 de febrero de 2019, constando en el expediente remitido el envío de la notificación electrónica del citado acuerdo a la recurrente el 25 de febrero de 2019, así como su acuse de recibo en el que aparece como rechazada, considerándose notificada el 7 de marzo de 2019, no habiendo accedido a la misma en el plazo legalmente establecido.

En cualquier caso, teniendo en cuenta esta última fecha, y ello con independencia de que la notificación se haya realizado con todos los requisitos legales, el recurso especial presentado el 18 de marzo de 2019 en el registro del órgano de contratación ha sido interpuesto en plazo.

QUINTO. Verificado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión, procede el examen de la cuestión de fondo suscitada en el presente recurso en el que la recurrente combate la exclusión de su oferta al Lote 1, alegando en síntesis que la mesa de contratación no le ha concedido con carácter previo la posibilidad de subsanar el error apreciado, consistente en indicar en el modelo del Anexo V -oferta económica y criterios de valoración automáticos- el precio global y no el precio unitario de su oferta, causándole la consiguiente indefensión, incumpliendo lo preceptuado en el artículo 326.2 de la LCSP, y en la LPACAP respecto a la subsanación y convalidación de actos anulables.



Por su parte, el órgano de contratación en su informe defiende la actuación de la mesa de contratación manifestando que el pliego de cláusulas administrativas, (en adelante, PCAP), es claro al establecer en sus Anexos I y V (modelo de proposición económica) respecto a cada uno de los lotes licitados, y en concreto respecto al Lote 1 impugnado, que los licitadores deben indicar el precio unitario y no el precio global, constituyendo este un dato esencial cual es el precio de su oferta, que es el que se va a valorar, no actuando la recurrente con la diligencia debida al no ajustar su oferta económica al modelo de proposición económica establecido.

Asimismo, señala que el error cometido respecto al presupuesto ofertado, no es un simple error material o formal, sino que constituye un error manifiesto cuya comisión ha sido admitida por la recurrente en su escrito de recurso, no siendo susceptible de subsanación ni convalidación, y ello por cuanto no es posible aportar nuevos datos al expediente una vez conocidos los precios de los demás licitadores, ya que lo contrario implicaría aceptar la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas con clara vulneración de los principios de igualdad de trato y no discriminación que deben presidir la actuación administrativa en el procedimiento de contratación.

Finalmente, como entidad interesada, SEANTO, S.L. se opone a los argumentos expresados en el escrito de recurso, alegando que el error cometido no es susceptible de subsanación, por cuanto se trata de error manifiesto que determina la inviabilidad de su oferta.

SEXTO. En cuanto al análisis del fondo de la controversia, debemos señalar que en primer lugar en ningún caso se cuestiona por las partes el error cometido por la recurrente respecto a la oferta económica presentada, siendo la cuestión a dilucidar si la mesa debió solicitar aclaración de la misma concediendo plazo de subsanación.



Para ello, procede en primer lugar reproducir aquellos aspectos del PCAP que resultan de interés para la resolución de la presente controversia.

Al respecto, el PCAP, en lo que aquí interesa, dispone en su cláusula 7.4 c) referente al contenido del sobre C *“Criterios cuantificables mediante fórmulas”, que se incluirá el modelo de oferta económica establecido en el Anexo V, escrito a máquina, en cifra y letras, y no se aceptarán aquellas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que la Diputación Provincial estime fundamental para considerar la oferta, especialmente, el precio y la denominación del suministro.”*

El citado pliego establece claramente tanto en su Anexo V *“PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y OFERTA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES OBTENIDOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS (A INCLUIR EN EL SOBRE "C")”* como en su Anexo I, al establecer la determinación del precio del contrato y los criterios de adjudicación de carácter automático, que el precio que ha de indicarse por los licitadores para cada uno de los lotes y en particular para el Lote 1 impugnado es el precio unitario, siendo este el precio que se va a valorar junto con otros criterios.

Asimismo, en su cláusula 8.4.3, *“exclusión de las proposiciones”* reproduce las causas de rechazo previstas en el artículo 84 del RGLCAP, al disponer que *“(…) si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el presupuesto ofertado o existiese reconocimiento por el licitador, o persona autorizada, de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada.”*.

De conformidad con las cláusulas y precepto citados, la mesa de contratación considera que al no indicar la recurrente en la oferta económica presentada al



Lote 1 el precio unitario ofertado sino el precio global, no dispone de un dato esencial para valorar la oferta cual es el precio, entendiéndose que esta incurre en un error manifiesto en el presupuesto ofertado, procediendo de acuerdo con lo expuesto a su rechazo.

Por el contrario la recurrente, si bien reconoce el error producido, considera que el mismo es subsanable.

Por lo tanto, la controversia se circunscribe a determinar el carácter subsanable o no del error producido en la oferta económica presentada por la recurrente.

Pues bien, en primer lugar procede señalar respecto a los preceptos de la LPACAP invocados por la recurrente, que estos no son de aplicación al presente supuesto de acuerdo con lo dispuesto en la disposición final cuarta de la LCSP, ya que la cuestión relativa a la subsanación de las ofertas cuenta con una abundante y reiterada doctrina, tal como se expondrá a continuación, elaborada a partir de las especialidades propias de la normativa contractual y de los principios que la informan.

En este sentido, es doctrina reiterada, puesta de manifiesto por este Tribunal (v.g. Resoluciones 173/2016, de 21 de julio, 133/2017, de 27 de junio y 193/2018, de 22 de junio y 207/2018, de 6 de julio, 61/2019, de 7 de marzo) y el resto de Órganos de recursos contractuales que es posible la subsanación de la oferta cuando se deduzca claramente la voluntad de la licitadora, siendo el defecto apreciado un mero error material o de carácter puramente formal.

Este Tribunal, señalaba en su Resolución 207/2018, de 6 de julio, que *“Asimismo, el principio de concurrencia aboga por favorecer la admisión de licitadores, proscribiendo la exclusión de proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables. De este modo, como señala la Resolución 409/2018, de 23 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, <<(…) las consecuencias excluyentes del artículo 84 RGLCAP*



deben limitarse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013, 779/2014, 472/2015), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012, 1097/2015, 362/2016) pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)>>.”

En el mismo sentido se ha pronunciado este Tribunal en su Resolución 61/2019, de 7 de marzo, en la que alude a dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en concreto, la Sentencia de 29 de Marzo de 2012, asunto C-599/10, al disponer 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” y la Sentencia de 4 mayo de 2017, (asunto C-387/14), al señalar que “corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría una nueva oferta.”

De acuerdo con lo expuesto, son dos los supuestos que habilitan al órgano de contratación para solicitar aclaraciones acerca de la oferta presentada por el licitador: cuando ésta requiera aclaraciones suplementarias y cuando se trate de corregir errores materiales. Todo ello, a su vez, condicionado por el doble límite de que la oferta no se modifique en perjuicio de los demás licitadores y que el error detectado en la formulación de la oferta pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente.



Por lo tanto, parece razonable que el licitador que haya cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es salvable sin alterar aquella, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCSP, en su último párrafo *“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 su proposición”*.

Pues bien, en el supuesto analizado, el PCAP establece en su ya citado Anexo I, respecto al presupuesto de licitación, el gasto máximo desglosado por lotes y el importe unitario máximo para cada uno de los lotes, indicando que *“Con cargo al gasto máximo autorizado para cada lote se abonarán los suministros efectivamente realizados, con subordinación a las necesidades que surjan, por el precio unitario ofertado, hasta dicho gasto máximo, sin que la Diputación se comprometa a un importe determinado.”*.

Lo anterior determina que en ningún caso se prevé el abono a la empresa de un precio fijo o determinado, sino que con cargo al gasto máximo fijado en el pliego se abonarán los suministros que efectivamente se entreguen en función de las necesidades que surjan y al precio unitario adjudicado.

En consecuencia, el desconocimiento del número de unidades a suministrar respecto a cada lote licitado, hacen que resulte imposible obtener del precio global ofertado por la recurrente al Lote 1 mediante una simple operación aritmética el importe unitario ofertado requerido en el pliego.

Lo expuesto, determina que la mesa de contratación actuó correctamente por cuanto permitir a la recurrente la aclaración de su oferta, hubiera implicado la presentación de una nueva oferta al variar el sentido de la misma, una vez finalizado el plazo establecido para ello, conculcando el principio de igualdad de trato y de transparencia entre los licitadores, más aun dada su posición de superioridad al ser conocedora de la ofertas presentadas por estos.



Por otra parte, respecto a la alegada indefensión causada por la omisión del citado trámite, procede traer a colación la citada Sentencia de 29 de marzo de 2012, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que dispone que “(...) Además, no se deduce (...) 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 (...)”. Por lo tanto, entendemos que la misma no se ha producido, toda vez que siendo los pliegos claros en su redacción respecto al precio a consignar en la oferta económica, no puede la recurrente pretender utilizar el trámite de aclaración de ofertas para subsanar las consecuencias de su falta de diligencia.

Por lo expuesto, debemos concluir que la actuación de la mesa de contratación acordando la exclusión de la oferta de la recurrente al Lote 1 es correcta, procediendo en base a las consideraciones realizadas desestimar el recurso interpuesto.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **FITOS ALMAGRERA, S.L.** contra el acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno de la Diputación Provincial de Almería, en sesión celebrada el 19 de febrero de 2019, dictado en el procedimiento de licitación denominado “Suministro de productos para su utilización por las brigadas de conservación de vías provinciales en las carreteras de la red viaria de la Diputación de Almería” (Expte. 2018/D22200/006-202/00014), en relación al Lote 1, promovido por la citada Diputación Provincial de Almería.



SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

