

Recurso 325/2021
Resolución 472/2021

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 18 de noviembre de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMECER SPA** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de una celda combinada de síntesis y dispensación de radiofármacos PET, y un dispensador automático integrado para dosis de radiofármacos PET”, (Expte. 2021/09885), promovido por la Universidad de Sevilla, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 y el 9 de abril de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), respectivamente, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 302.500,00 euros.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

En sesión de 10 de junio de 2021, la mesa de contratación adopta el acuerdo de exclusión de la entidad COMECER SPA (en adelante, COMECER), única licitadora en el procedimiento.

SEGUNDO. Con fecha 6 de julio de 2021, fue presentado en el registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad COMECER contra el citado acuerdo de exclusión de 10 de junio de 2021.

Asimismo, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano.



Por tratarse de la única entidad licitadora, no procedió realizar el trámite de alegaciones a otras entidades participantes en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Debe estarse a lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

El acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de licitación de un contrato promovido por la Universidad de Sevilla. La competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto se ha venido residenciando en el convenio formalizado el 14 de enero de 2013 entre la entonces Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Sevilla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

No obstante, el convenio citado es anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que introdujo en nuestro ordenamiento un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos definiendo como tales *“los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”*; previendo su disposición adicional octava el régimen de adaptación y plazo de vigencia de los convenios existentes a su entrada en vigor.

Al convenio suscrito con la Universidad de Sevilla, le es aplicable el régimen de adaptación del segundo párrafo del apartado 1 de la disposición adicional citada.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado, en concreto el acuerdo de exclusión, de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, 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.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, el acuerdo de exclusión fue notificado, a través de la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 15 de junio de 2021. Así, el recurso presentado con fecha 6 de julio de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.



QUINTO. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el examen de las cuestiones planteadas.

La mesa de contratación, en su sesión celebrada el día 10 de junio de 2021, procede a la apertura del archivo número 3, relativo a los criterios evaluables automáticamente. Como resultado del análisis de la citada documentación, acuerda la exclusión de la única licitadora por *“modificar las condiciones del contrato, al estipular en su oferta que el plazo del pago será anterior al del suministro.”* Asimismo, y en consecuencia, se propone la declaración de desierto, que se resuelve por el órgano de contratación con fecha 21 de junio de 2021.

En fecha 15 de junio de 2021, se notifica a COMECER la exclusión de la licitación y con fecha 18 de junio de 2021, mediante correo electrónico, ésta informa al órgano de contratación que se trata de un error y solicita su readmisión. Asimismo, con fecha 6 de julio de 2021, presenta declaración responsable por la que formalmente pretende rectificar el error habido.

1. Alegaciones de la recurrente.

Disconforme con la decisión de exclusión, COMECER presenta recurso especial en materia de contratación por el que impugna el referido acto, solicitando en su escrito a este Tribunal lo siguiente: *“-(...) ordene la revocación del Acuerdo de Exclusión, con readmisión de COMECER como licitadora del contrato referido y retroacción de actuaciones (...).”*

En particular, centra su alegato en que por su parte se ha producido un *“error material provocado por un malentendido idiomático, pues la mercantil es italiana y ha tenido que traducir todos los documentos, tanto los generados por la Administración como los integrantes de la oferta.”*

La recurrente combate la decisión de exclusión argumentando lo siguiente:

“En uno de los documentos que integraban la oferta presentada, debido probablemente a un error de traducción, se indicaba que el cobro sería previo a la entrega del suministro. Debe avanzarse desde este punto que la modificación de las condiciones del contrato nunca ha sido la voluntad de COMECER, siendo un error la referencia señalada.

En fecha 15 de junio de 2021 se notificó a COMECER la exclusión de la licitación "por modificar las condiciones del contrato, al estipular en su oferta que el plazo de pago será anterior al de suministro."

De forma inmediata, mediante correo electrónico de fecha 18 de junio de 2021 (se acompaña copia como Documento 3), COMECER se puso en contacto con el órgano contratante aclarando el error referido y solicitando su readmisión. Igualmente, en fecha 6 de julio de 2021, ha presentado declaración responsable por la que formalmente rectifica el error referido (se acompaña copia como Documento 4) (...)

Su corrección no altera la declaración de voluntad del licitador (...)De hecho, el error versa precisamente sobre una cuestión que no es objeto de oferta porque es una de las condiciones de los Pliegos. Al no impugnar los pliegos y presentarse al concurso, COMECER está asumiendo todas y cada una de sus condiciones, tal y como dispone el artículo 139 de la LCSP e innumerable doctrina y jurisprudencia (...)

A lo expuesto en anteriores motivos debe sumarse que la corrección del error detectado y posterior readmisión de COMECER al Expediente no perjudicaría a ningún tercero -pues la suya ha sido la única



oferta presentada- y, en cambio, beneficiaría al interés general, por optimización de los recursos públicos. En efecto, readmitir a COMECER, valorar su oferta y resolver el Expediente adjudicando el contrato a COMECER beneficiaría al interés general, que evitaría volver a convocar un nuevo procedimiento con idéntico objetivo.

De acuerdo con lo anterior, procede estimar este recurso, readmitir a COMECER y resolver el Expediente, en base a los principios de economía procesal y eficiencia en la gestión de los recursos públicos, siendo evidente que tal decisión no causaría perjuicio alguno a terceros..”

La recurrente se apoya, además de lo expuesto, en diversas sentencias y resoluciones de distintos tribunales para fundamentar su argumentación y combatir el referido acuerdo de exclusión en base a la existencia de un error material y la posibilidad de subsanación del mismo.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, emite su informe en el que se allana a la pretensión y, en lo que aquí nos interesa, manifiesta lo siguiente:

“Conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LCSP, las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

La causa de exclusión, fue precisamente el entendimiento por la Mesa de Contratación de que en la oferta del recurrente, se estaban excluyendo o condicionando el contenido de las cláusulas de los pliegos. No se entendió necesario en su momento solicitar aclaración alguna a la vista del contenido de la oferta.

El recurrente alega que las diversas traducciones español-italiano y viceversa que han realizado para elaborar y presentar la oferta, han derivado en la comisión de un error material, pero que en ningún momento era su voluntad modificar o condicionar los términos de la licitación ni sus condiciones de ejecución.

En este supuesto, se trata de un error de declaración, según manifiesta el recurrente. Su voluntad no es modificar las condiciones de la licitación, pero, por un error de traducción, de manera equivocada, según dice, así lo expresa. Con posterioridad, corrige la expresión de su verdadera voluntad y de manera fehaciente lo hace llegar a esta Administración.

Considerando el principio de economía procesal que alega el recurrente, ya que se trata de un único licitador, que no se causa perjuicios a terceros, y que el mantenimiento de la resolución de desierto nos obligaría a iniciar una nueva licitación en las mismas condiciones y objeto, se informa favorablemente a admitir la existencia de un error en la declaración de voluntad y a permitirle la subsanación.”

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

De lo expuesto en el anterior fundamento, se deduce que el órgano de contratación en su informe se allana a la pretensión de la entidad COMECER, que en su escrito de recurso solicitó la revocación del acuerdo de exclusión, su readmisión como licitadora del procedimiento referido y la retroacción de actuaciones. Y ello, al entender que le asiste la razón a la recurrente cuando argumenta la existencia de un error en los documentos introducidos en el archivo electrónico número 3 que no afecta a la oferta y que, por lo tanto, puede ser subsanado.

Efectivamente, el acuerdo de exclusión se fundamentaba en que la recurrente estaría modificando las condiciones del contrato al estipular en su oferta que el plazo de pago sería anterior al de suministro. Tal declaración -sin duda imposible, pues es contraria a lo establecido en el anexo I del PCAP- no afectaría en sentido



estricto al contenido de la oferta, ya que, se refiere a la fase de ejecución y a las obligaciones de las partes derivadas de la firma del contrato y de los pliegos regidores. En este sentido, es oportuno subrayar que, como ya ha manifestado este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de 6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de “pacta sunt servanda”, y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó en su día el contenido de los mismos, necesariamente ha de estar ahora a lo establecido en ellos, en particular en lo referido a las obligaciones de entrega del suministro y abono del mismo que se recoge en el punto 15 del anexo I del PCAP, según el cual el importe total se realizará a la finalización del contrato.

Así pues, y con respecto al allanamiento del órgano de contratación, ha de tenerse en cuenta que al no existir una regulación de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico administrativo ni contractual, hemos de acudir al artículo 75.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa conforme al cual *“Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho”*.

De este precepto resultan los siguientes requisitos:

- 1º) Que el Tribunal resulta obligado a aceptar el allanamiento sin más trámites.
- 2º) Que sólo cabe no aceptarlo cuando estimar las pretensiones del recurso suponga una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico.

En el supuesto examinado, el reconocimiento o allanamiento del órgano de contratación a la pretensión de COMECER no constituye infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, y ello es así porque:

1- no se cuestiona el contenido, en sentido estricto, de la oferta realizada por la referida entidad, que no precisa aclaración o subsanación alguna, respetándose de este modo lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP, quedando salvaguardados los principios de igualdad, no discriminación y transparencia que se oponen, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, a toda negociación entre el poder adjudicador y un licitador, lo que implica que, en principio, una oferta no puede ser modificada después de su presentación, ni a propuesta del poder adjudicador ni del licitador (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C599/10, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C336/18).

2- la subsanación de la documentación que pretende COMECER, con respecto a la anomalía detectada por la mesa, no afecta en sentido estricto a su proposición sino a las condiciones de ejecución del contrato, fase que se regula en los pliegos que -como venimos diciendo- son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, no siendo posible su modificación por parte de éstas.

3- en el presente supuesto el pago del precio se realizará en su totalidad a la finalización del contrato a pesar de lo que pudiera indicar la licitadora, pues este extremo no se encuentra en la esfera de su voluntad sino que viene preestablecido como contenido de los pliegos y su cumplimiento es obligado para las partes.



Así las cosas, el recurso debe estimarse, procediéndose a la anulación del acto relativo a la exclusión de la proposición de la recurrente, así como los actos posteriores que sean consecuencia del mismo, y a la retroacción de las actuaciones, a fin de que se proceda a la valoración de la oferta. Este criterio ya ha sido sostenido por este Tribunal en anteriores resoluciones, valga por todas, la Resolución 23/2019, de 31 de enero.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **COMECER SPA** contra la exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación del contrato denominado “Adquisición de una celda combinada de síntesis y dispensación de radiofármacos PET, y un dispensador automático integrado para dosis de radiofármacos PET”, (Expte. 2021/09885), promovido por la Universidad de Sevilla y, en consecuencia, anular el acto impugnado, de acuerdo con lo indicado en el fundamento de derecho sexto.

SEGUNDO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE 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.

