Recurso 36/2022
Resolución 144/2022

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

Sevilla, 4 de marzo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, contra la resolución de adjudicación del contrato denominado "Suministro mediante arrendamiento sin opción a compra e instalación de 30 ordenadores de sobremesa cliente ligero, 320 ordenadores portátiles, 340 dockstation, 150 monitores, software de gestión, periféricos y hardware de conexión, con destino a varias dependencias municipales", (Expte.32/2021), promovido el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 6 de agosto de 2021, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP) el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. En el Diario Oficial de la Unión Europea se publicó el 9 de agosto de 2021. El valor estimado del contrato asciende a 510.000 €.

El 14 de enero de 2022 se adjudicó el contrato a otra entidad licitadora distinta de la recurrente.

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 citada Ley y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 2 de febrero de 2022 se interpone recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal.

La Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó la remisión del informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. La documentación requerida tuvo entrada en el registro de este Tribunal.

El 8 de febrero de 2022 se remitió el expediente por el órgano de contratación. Posteriormente, la Secretaría del Tribunal dio traslado el 18 de febrero de 2022 del escrito de recurso a las entidades licitadoras para que

formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el 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, toda vez que el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato promovido por el Ayuntamiento de San Fernando, que no ha manifestado que disponga de órgano propio por sí o a través de la Diputación Provincial para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

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. La misma quedó clasificada en tercer lugar, pero al ser excluida la propuesta en un primer momento, impugna la puntuación a la segunda, ahora adjudicataria quedando justificado su interés en el recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra una resolución de adjudicación 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 Administración Pública, 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.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, el plazo legal establecido en el artículo 50.1 apartado d) de la LCSP, es de 15 días desde su interposición, con lo que, de acuerdo con los antecedentes, se interpuso en plazo.

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

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

La resolución de adjudicación se recurre con relación al contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares, (PCAP), en concreto con respecto a la cláusula 19, en atención a los criterios de adjudicación, cuando se recogen como subcriterios evaluados mediante juicio de valor, hasta con 10,5 puntos, una parte de la oferta técnica relativa a determinadas características del suministro a contratar, y en concreto a la posibilidad de ofertar una serie de puertos, sistemas operativos, herramienta de gestión, monitores, adaptadores de red, wireless, cámaras web integradas, seguridad y certificados.

Señala que, en la declaración relativa a las características técnicas del suministro, aportada como Anexo IV, dicha entidad recurrente no indicó por error de transcripción, que el equipo presentado incluye dos puertos USBC 3.2., pero sí incluía en el documento presentado como oferta técnica, las fichas técnicas del fabricante de los equipos ofertados donde se deja constancia de la disposición de los dos puertos mencionados anteriormente.

Señala por un lado que, el informe de valoración y detalle de puntuaciones (aportado como anexo VI), que es publicado por el Ayuntamiento de San Fernando el 14 de enero de 2022, es posterior a la publicación de la adjudicación. Expresa que es en este momento cuando la entidad recurrente puede comprobar el detalle de las puntuaciones y observar la siguiente diferencia: en el mencionado informe, en relación con el criterio de valoración de la disposición de puertos de los equipos, se puntuó a la entidad recurrente con 1,5 puntos y al resto de licitadores, los cuales también ofertaron equipos con dos puertos, con 2 puntos. De este mismo documento, se deriva que todos los licitadores presentan oferta del mismo modelo y fabricante (Lenovo), correspondiendo, por lo tanto, la misma puntuación a todos los licitadores por todas las características evaluadas exceptuando la ampliación del disco duro del equipo de sobremesa (característica configurable) a 256 Gb que es presentada por la entidad recurrente.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso. Argumenta que cuando la entidad recurrente pone de manifiesto que en la propuesta técnica presentada en el sobre electrónico 2, en el documento denominado Anexo VI del PCAP, relativo a la declaración relativa a las características técnicas del suministro, que por error de transcripción no indicó que el equipo presentado por BBVA incluía dos puertos adicionales USBC 3.2., la recurrente falta a la verdad, pues en esa concreta cuestión sostiene que lo hace "*actuando de mala fe, todo ello con la única finalidad de crear un argumento artificioso para formular un recurso que carece de cualquier tipo de fundamento".*

Señala que no es cierto que la recurrente no indicara por "error de transcripción", que el equipo propuesto respecto de los ordenadores de sobremesa , cliente ligero, incluía en el apartado puertos, además de los mínimos exigidos en el Anexo I del pliego de prescripciones técnicas particulares (PPTP) y del Anexo VI del PCAP (2 puertos USB 2.0 y 2 puertos USB 3.2 Gen2), otros dos puertos adicionales USBC 3.2.

Afirma que lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, es que la recurrente ofertó otra cosa distinta a lo que ahora pretende hacer creer.

SEXTA. Consideraciones del Tribunal.

Sobre el fondo del asunto, la cuestión reside en dilucidar si, por un lado, ha existido un error en la presentación de la oferta técnica, si éste es un error material, y por último, y, aunque no lo ha planteado la entidad recurrente, si habría procedido la subsanación de algún trámite.

Para ello resulta fundamental examinar las cláusulas del PCAP así como los documentos que contienen la oferta técnica de la entidad recurrente. La cláusula 15 del PCAP establece:

"Las proposiciones constarán de 3 SOBRES ELECTRÓNICOS, que serán los indicados en la presente cláusula. Los sobres se presentarán cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente, de forma que se garantice el secreto de su contenido.

.

La oferta electrónica y cualquier otro documento que la acompañe deberán estar firmados electrónicamente por alguno de los sistemas de firma admitidos por el artículo 10 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
Los licitadores deberán indicar qué documentos (o parte de los mismos) o datos de los incluidos en las ofertas tienen la consideración de "confidenciales", sin que resulten admisibles las declaraciones genéricas de confidencialidad de todos los documentos o datos de la oferta, ni de partes esenciales de la misma, pudiendo afectar únicamente a los documentos que tengan una difusión restringida y, en ningún caso, a documentos que sean públicamente accesibles. La condición de confidencial deberá reflejarse claramente (sobreimpresa, al margen o de cualquier otra forma claramente identificable) en el propio documento que tenga tal condición, señalando además los motivos que justifican tal consideración. No se considerarán confidenciales documentos que no hayan sido expresamente calificados como tales por los licitadores.".

En el sobre electrónico n.º 2. "documentación relativa a criterios evaluables mediante juicio de valor", señala la misma cláusula que:

"*los licitadores aportarán en el SOBRE ELECTRÓNICO N.º 2 una Propuesta Técnica que comprenderá toda la documentación que estimen adecuada a fin de acreditar que su proposición cumple lo requerido en el presente pliego de cláusulas administrativas particulares y, en especial, en el pliego de prescripciones técnicas particulares, y de acreditar en qué medida cumplen con el criterio de valoración para cuya cuantificación se requiere la emisión de un juicio de valor.*
La Propuesta Técnica presentada deberá estar ordenada con arreglo a los apartados que a continuación se indican, y contener la información que respectivamente corresponda:
1) Declaración relativa a las características técnicas de los bienes objeto de suministro ofertados, con arreglo al modelo que figura en el ANEXO VI del presente pliego[1]*.*
2) Memoria descriptiva y ficha/s técnica/s del/de los fabricante/s de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante. En todo caso, deberá cumplir con los requisitos especificados en el pliego de prescripciones técnicas particulares.
La presentación por el licitador de una Propuesta Técnica no ajustada a los requisitos de contenido previstos anteriormente, así como la presentación por el licitador de una Propuesta Técnica no ajustada a la normativa vigente o a las determinaciones establecidas en el presente pliego o en la documentación técnica del contrato será causa de rechazo de su oferta".

Los licitadores se encontraban obligados a aportar en el sobre electrónico 2 una propuesta técnica, que debía estar ordenada con arreglo a los apartados que a continuación se indican, y contener, por un lado, una declaración relativa a las características técnicas de los bienes ajustada al modelo previsto expresamente en el Anexo VI del PCAP; una memoria descriptiva de los productos; y por otro, las fichas técnicas de los fabricantes de los bienes.

Asimismo, se acompañaba la siguiente declaración en dicho anexo: *"Los licitadores deberán cumplimentar en los cuadros que a continuación se indican, todos y cada uno de los requisitos que en los mismos figuran. Las ofertas que no se ajusten a los requisitos mínimos señalados serán rechazadas".*

En el primero de los documentos, en la declaración relativa a las características técnicas de los bienes ajustada al modelo del Anexo VI del PCAP, la recurrente ofertó, respecto de los puertos de los ordenadores de sobremesa

1 Lo subrayado es nuestro.

cliente ligero, puesto fijo, además del mínimo exigido en los pliegos (2 puertos USB 2.0 y 2 puertos USB 3.2 Gen2), 1 solo puerto adicional USB-C, sin especificar la versión.

En el segundo de los documentos indicados anteriormente, la memoria descriptiva, concretamente en la página 18 del archivo electrónico, la entidad recurrente ofertó el mínimo exigido en los pliegos (2 puertos USB 2.0 y 2 puertos USB 3.2 Gen2), y además, contrariamente a lo manifestado en la declaración responsable del Anexo VI del PCAP, no ofertó un 1 puerto adicional USB-C, sino 2 puertos adicionales USB-C versión 3.1 Gen 2.

Interesa hacer referencia que la mesa de contratación, a pesar de la contradicción entre ambos documentos, que la recurrente omite en su recurso, asumió la valoración de la comisión, y estimó como ofertados los 2 puertos adicionales USB-C versión 3.1 Gen 2. indicados por la entidad recurrente en la memoria descriptiva.

Pero dado que los puertos adicionales USB-C ofertados por BBVA eran **versión 3.1 Gen 2**, esta circunstancia motivó que su propuesta técnica, en el apartado al que nos venimos refiriendo, fuera valorada de manera diferente a la del resto de las licitadoras, pues todos ellos, incluida la empresa que ha resultado adjudicataria del contrato, presentaron una propuesta en la que ofertaban, además de los puertos USB mínimos exigidos en el pliego, otros dos puertos adicionales más **USB-C versión 3.2.**

El PCAP estableció una serie de criterios de adjudicación del contrato y en concreto en la cláusula décimo novena señalaba identificado como apartado 2.2, el relativo a puertos, sistemas operativos, herramienta de gestión, monitores, adaptadores de red, wireless, cámaras web integradas, seguridad y certificados, y valorable de 0 a 10,50 puntos:

<<"2.2. Puertos, sistemas operativos, herramienta de gestión, monitores, adaptadores de red, wireless, cámaras web integradas, seguridad y certificados. De 0 a 10,50 puntos.

Para la valoración de cada uno de los subcriterios en que se divide el criterio indicado en el apartado 2 anterior se otorgarán las puntuaciones a las ofertas, dentro de los márgenes que respectivamente se establecen, de manera proporcional, atribuyéndole a cada una de las ofertas alguna de las calificaciones que a continuación se indican, con los efectos que respectivamente se señalan:
- Muy buena: cuando la información aportada por el licitador permita una valoración con evidencias objetivas muy claras en la mayoría de los aspectos relevantes de los requerimientos establecidos.
- Buena: cuando la información aportada por el licitador permita una valoración con evidencias objetivas claras en la mayoría de los aspectos relevantes de los requerimientos establecidos.
- Regular: cuando la información aportada por el licitador permita una valoración con algunas evidencias objetivas en los aspectos relevantes de los requerimientos establecidos.
- Mala: cuando la información aportada por el licitador permita una valoración sin evidencia objetiva clara en los aspectos relevantes de los requerimientos establecidos.

Corresponderá de la máxima puntuación a ¾ de esa puntuación en la valoración de este subcriterio a las ofertas que reciban la calificación de "muy buena"; de ¾ a ½ a las consideradas como "buena"; de ½ a ¼ de los puntos a las calificadas como "regular", y de ¼ a 0 puntos a las calificadas como "mala". >>

El Anexo I del PPTP como el Anexo VI del PCAP concerniente al modelo de declaración relativa a las características técnicas del suministro, establecían cuáles eran los requisitos mínimos de los bienes objeto de suministro. Respecto de los ordenadores de sobremesa denominados "cliente ligero, puesto fijo", subapartado

correspondiente a puertos USB mínimos, se establecía que los equipos debían tener 2 puertos USB 2.0 y 2 puertos USB 3.2 Gen2.

La Comisión de Valoración en su informe de 16 de noviembre (en el expediente de los folios 131 a 138) informa del modo de distribuir la puntuación a la hora de evaluar y puntuar las propuestas presentadas por los licitadores, de tal modo que decidió distribuir los 10,50 puntos del criterio 2.2 arriba mencionado de la siguiente forma:

"Puertos: de 0 a 2 puntos
Sistemas operativos: de 0 a 1 punto
Herramientas de gestión: de 0 a 1,5 puntos
Monitores: de 0 a 2 puntos
Adaptadores de red: de 0 a 0,5 puntos
Wireless: de 0 a 0,5 puntos
Cámaras web integradas: de 0 a 0,5 puntos
Seguridad: de 0 a 2 puntos
Certificados: de 0 a 5 puntos"

La entidad recurrente ofertó en la memoria descriptiva, en el apartado interfaces de los ordenadores de sobremesa cliente ligero, puesto fijo (página 18 de la Memoria descriptiva):

- 2 puertos USB 2.0 (1 frontal,1 trasero);
- 2 puertos USB 3.2 Gen 2 (1 frontal,1 trasero).

Es decir, la propuesta técnica cumplía con los requisitos mínimos exigidos tanto en el PPT como en el PCAP para ese mismo apartado. Por ello se debe determinar si los puertos USB adicionales propuestos para dichos equipos por parte de la entidad recurrente eran merecedores conforme a la propuesta realizada de mayor puntuación.

En la memoria descriptiva presentada por la entidad recurrente se observan dichos puertos USB adicionales de tal modo que se ofertaban como adicionales a los mínimos exigidos, 1 puerto USB-C versión 3.1 Gen 2 (1 frontal) y 1 DisplayPort/USB-C versión 3.1 Gen 2.

Se explica que la Comisión de Valoración decidió calificar dicha propuesta como buena, y no como muy buena, pues el resto de las licitadoras, en el apartado correspondiente a puertos de los ordenadores de sobremesa cliente ligero, ofertaron, además de los 2 puertos USB 2.0 y los 2 puertos USB 3.2 Gen2, mínimos exigidos en los pliegos, 2 puertos USB-C versión 3.2. adicionales, motivo por el cual la Comisión de Valoración calificó dichas ofertas como muy buenas, otorgándoles una puntuación de 2 puntos. La diferencia motivó que se le otorgare a la entidad recurrente por este concepto 1,5 puntos de los 2 puntos posibles, en el apartado correspondiente a puertos del criterio de adjudicación 2.2. evaluable mediante un juicio de valor.

Aunque no se cuestiona la motivación estimamos conveniente, a mayor abundamiento, exponer que se motivaba en que las diferentes propuestas presentadas suponían que los ofertados por las demás licitadoras permitiesen una velocidad de transferencia de datos mayor que los puertos USB-C versión 3.1. ofertados por la entidad recurrente, motivo por el cual dichas propuestas fueron mejor valoradas por parte de la Comisión de Valoración respecto de la formulada por la recurrente.

Respecto al error de transcripción que denomina que es lo que ocurrió en su oferta por no haber incluido que los puertos adicionales ofertados eran USB-C versión 3.2, no es cierto, pues ofertó de manera expresa los 3.1, y es que aunque la entidad recurrente se remita a las fichas técnicas del fabricante de los equipos ofertados, presentadas en la propuesta, lo cierto es que en la memoria descriptiva de las características técnicas particulares de los ordenadores de sobremesa, cliente ligero, apartado puertos, se ofertaban dos puertos adicionales USB-C versión 3.1. Por otro lado, y en cuanto al valor de las fichas técnicas del fabricante estas no tienen el valor, dada la configuración del PCAP, no es más que una ficha marco del fabricante, de contenido general respecto de un equipo, cuyas características pueden ser modificadas y/o configuradas según las necesidades e intereses de cada cliente.

Dentro del sobre 2 las licitadoras habían de presentar con la oferta técnica, la memoria descriptiva y ficha/s técnica/s del/de los fabricante/s de los productos a suministrar, si bien solo se exigía que la " *autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad contratante. En todo caso, deberá cumplir con los requisitos especificados en el pliego de prescripciones técnicas particulares".*

A ello, se le ha de unir que conjuntamente había que incluir una declaración relativa a las características técnicas de los bienes objeto de suministro ofertados, y con especificación de que había de hacerse con arreglo al modelo que figura en el Anexo VI del PCAP. Podemos concluir que el hecho de no ajustarse al modelo que establecía el pliego fue el causante de ese denominado error, siendo el error atribuíble, en su caso, si hubiera sido un error, a la entidad recurrente.

La documentación técnica debía comprender una relación de los productos ofertados. Sin embargo, de la redacción del PCAP, no obstante, ninguna vinculación puede deducirse, de la correspondencia exacta entre fichas técnicas y los otros dos documentos, entre ellos la memoria. Es decir, no significa que la ficha técnica en su caso deba prevalecer sobre ellos. No se vinculaba, siquiera, a que debía permitir comprobar que el producto ofertado concuerda exactamente con su descripción en la ficha técnica, por lo que no existía obligación de comprobar exhaustivamente la relación entre memoria y ficha técnica, sino que del contenido de la memoria se permitía que se pudiere solicitar por el órgano de contratación la certificación de su autenticidad.

En este sentido, debe analizarse la posibilidad de que el órgano de contratación le hubiese permitido, a la vista del lo que se denomina "error de transcripción", poder subsanar su oferta. Pues bien, la doctrina sobre la posibilidad de subsanación de ofertas se resume, entre otras, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1233/2017, de 19 de enero de 2018, que señala:

"*Como ha resuelto este Tribunal en, entre otras, resolución 661/2017 de 21 de julio, "Con carácter general la JCCA viene entendiendo (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que "se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta*

Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia."

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la JCCA, donde ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de las licitadoras, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con este criterio, viene admitiendo este Tribunal (por todas, Resolución 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica. Pues bien, como ya ha indicado el TACRC en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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.

Siguiendo lo declarado, en la Resolución 876/2014, cabe señalar que: *"Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr. Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe 'obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta' (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar 'aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público' (Resolución 94/2013)".*

En este sentido la resolución 263/2021, de este Tribunal.

De acuerdo con estas consideraciones, entiende este Tribunal que, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de las demás licitadoras, en el sentido de que diera lugar a que aquella, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada.

Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo *"cuando no alteren su sentido"*. Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 del TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadoras al

procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004:

"*Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995." En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 del RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse 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), 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), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)". (…)*

Es decir, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de las mismas. Así se afirmó igualmente en la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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".* No se podría aceptar una subsanación o una aclaración que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada. El órgano de contratación sí tenía la posibilidad de solicitar aclaración de la oferta cuando ello no implique su modificación, pero extender la posibilidad de aclaración más allá, implicaría en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea un exceso. En la medida en que el poder adjudicador considere que tal omisión no constituye una irregularidad meramente formal, no puede permitir que ese licitador subsane ulteriormente la aludida omisión, cualquiera que sea la forma, tras la expiración del plazo concedido para la presentación de las ofertas. El límite de las posibilidades de subsanación no se halla tanto, en el tipo de documento que contiene el error, como especialmente en la naturaleza de la equivocación y en los efectos que de su corrección pudiesen derivarse para el resto de las licitadoras. Concretamente, resulta de especial importancia que por vía de la subsanación o aclaración de ofertas no se pretenda alterar el principio de invariabilidad de las ofertas en perjuicio de las demás licitadoras concurrentes o la corrección de errores que excedan por su naturaleza de los meramente formales. Adicionalmente, conviene destacar que la apreciación de estas circunstancias debe efectuarse a la vista de los documentos que integran la oferta, tanto la mera proposición como los documentos acreditativos que se acompañan, de forma que el carácter meramente formal del error debe poder apreciarse de forma ostensible por parte del órgano de contratación a la vista de la totalidad de la oferta.

Proyectada la doctrina expuesta sobre nuestro caso, debe analizarse cuál es la naturaleza del supuesto error padecido y los efectos que sobre el principio de invariabilidad de las ofertas tendría una eventual subsanación. Partimos, como ya hemos visto, que la existencia del error no está clara pues la formulación de la declaración a la

que hace referencia el apartado 2.2 del Anexo VI, así como la memoria descriptiva, (no coincidente con la memoria) impide que, tal y como está configurado el PCAP puede residenciarse en que el peso de lo verdaderamente ofertado recaiga en la ficha técnica. No parece que pueda existir un error cuando voluntariamente se ha ofertado algo con ese nivel de detalle.

Por ello, el Tribunal Supremo si bien se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta, la ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como ocurre con la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-).

El Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08).

En el supuesto que se analiza estima el Tribunal que se ha adoptado por el órgano de contratación una decisión concordante con la oferta realizada por la entidad recurrente, tal y como estaba configurado el PCAP. No se puede deducir la existencia de una interpretación literalista y excesivamente formalista de los pliegos, ni tampoco que procediera solicitar ningún tipo de subsanación.

Es decir, es insubsanable un error que, conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal considera que no debió ser objeto de requerimiento de subsanación, pues habría ido en contra de procurar y garantizar una actuación del órgano de contratación respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP de igualdad de trato a las partes que concurren. Esta forma de proceder es más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatas y licitadoras y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP. El no cumplimiento del PCAP a efectos de haber obtenido una mayor puntuación ha sido expreso, sin que pueda ahora bajo la excusa del error, trasladar al órgano de contratación un defecto en la forma de presentación de la oferta.

Por ello debe desestimarse igualmente este motivo del recurso.

SÉPTIMA. -Sobre la temeridad manifestada en la interposición del recurso especial.

El órgano de contratación alega en su informe la mala fe de la entidad recurrente a la hora de interponer el recurso, si bien no apoya sus argumentos más que en el error de transcripción que expresa la propia recurrente en el que ha incurrido. Sin embargo, no argumenta ni solicita multa para la entidad recurrente, ni justifica el beneficio que del recurso podía derivarse, más que una posible estimación. No obstante, lo anterior, es palmario el daño al interés público que un recurso infundado puede producir en el interés público más aún cuando se trata de un recurso contra una resolución de adjudicación, pues de acuerdo con el artículo 53 LCSP, se produce la suspensión automática de la licitación.

El Tribunal tras el análisis del contenido del presente recurso aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, pues no fundamenta, siquiera, el error en un posible error de interpretación de los pliegos, causados en un posible defecto de redacción. Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, puesto que un error reconocido como propio de la entidad recurrente, y no fundado por la redacción del pliego, y que tiene como efecto una suspensión del procedimiento de contratación debe considerarse como un abuso en el ejercicio del derecho al uso del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso; no obstante no es menos cierto que con su actuación ha puesto en funcionamiento nuevamente el mecanismo del recurso especial iniciando un nuevo procedimiento y duplicando con ello innecesariamente las actuaciones a realizar por parte de este Tribunal.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *«cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».*

No obstante, como quiera que este Órgano carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, procede proponer la imposición de multa en la cuantía máxima de 1.500 euros.

.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.**, contra la resolución de adjudicación del contrato denominado "Suministro mediante arrendamiento sin opción a compra e instalación de 30 ordenadores de sobremesa cliente ligero, 320 ordenadores portátiles, 340 dockstation, 150 monitores, software de gestión, periféricos y hardware de conexión, con destino a varias dependencias municipales", (Expte.32/2021), promovido el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación.

TERCERO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, en la cuantía máxima de 1500 euros.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a los interesados 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