Recurso 345/2022
Resolución 471/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 22 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN METALÚRGICA DEL NOROESTE, AIMEN** contra el acuerdo de exclusión de su oferta por parte de la mesa de contratación de fecha 22 de julio de 2022, del procedimiento de licitación del denominado "Contrato mixto de suministro e instalación, servicio de redacción de proyecto industrial, direcciones técnicas, elaboración, fabricación, pruebas y puesta en funcionamiento del equipo formado por: celda robotizada de soldadura mediante láser híbrido (Láser + MIG/MAG en tándem) destinado al Centro de Innovación Universitario Andalucía, Alentejo y Algarve (CIU3a) – SEDE 1" (Expte. 22/08507), convocado 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 17 y 18 de marzo de 2022 se publicó, respectivamente, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a 1.400.000 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). 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

La a ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN METALÚRGICA DEL NOROESTE, AIMEN (en adelante AIMEN o la recurrente) ha interpuesto en el presente procedimiento dos recursos de forma previa y que han sido tramitados con los números de expediente RCT 187/22 y 271/22. El primero de ellos se estimó por Resolución 324/2022, de 20 de junio, por la que se anula la exclusión de su oferta previamente acordada por la mesa de contratación y el segundo se inadmitió por Resolución 375/2022, de 13 de julio, por la pérdida sobrevenida del objeto de la impugnación.

Con fecha 22 de julio de 2022, la mesa de contratación acuerda de nuevo excluir la oferta de AIMEN. El acuerdo de exclusión le es notificada con fecha 29 de julio de 2022, a través de Plataforma de Contratación del Sector Público.

SEGUNDO. El 19 de agosto de 2022, se presentó en el Registro Electrónico Común de la Administración General del Estado dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por AIMEN contra el citado acuerdo de exclusión de su oferta de 22 de julio de 2022.

Recibido por la Universidad, no se da traslado hasta el día 13 de septiembre de 2022 a este Tribunal tanto del recurso como de la documentación necesaria para la resolución del mismo.

La Secretaría del Tribunal procede a dar trámite de alegaciones por un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras, no habiéndose recibido en el plazo concedido para ello.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano competente de la Universidad de Sevilla, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial en materia de contratación del Convenio, a tales efectos, formalizado entre la entonces Consejería de Hacienda y Financiación Europea y la Universidad de Sevilla, el 2 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11.2 del citado Decreto autonómico.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de una oferta en un contrato de suministros 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.b) 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, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

QUINTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de licitación.

Con carácter previo al análisis de fondo del recurso, y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, el contenido de las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación que culminan con la exclusión de la oferta de la entidad ahora recurrente.

Como se ha indicado, con carácter previo a la interposición del presente recurso AIMEN impugnó su exclusión (RCT 187/2022) acordada por la mesa de contratación el 21 de abril de 2022, motivada por incluir en el archivo (sobre) 2 de su oferta información a valorar en el archivo 3, en concreto, información sobre la garantía ofertada y que era objeto de valoración bajo los criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas. En este sentido, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de AIMEN por desvelar de forma anticipada parte de su oferta.

En la Resolución 324/2022, de 20 de junio, que resuelve el mencionado recurso previo este Tribunal estima las pretensiones de la recurrente anulando la exclusión con retroacción de las actuaciones, sobre esta cuestión se manifiesta en la resolución lo siguiente:

> *«Por otro lado, asimismo también estimamos que, aunque se viene a señalar que la garantía aportada no cumpliría las exigencias mínimas de los pliegos, lo cierto es que ésta no ha sido la causa por la que se le ha excluido, y no está así motivado el acuerdo de exclusión.*
>
> *Asimismo, haber conocido que va a aportar una garantía que coincide con el mínimo exigido en el PPT consideramos que no vulnera el principio de igualdad de trato a las partes, es decir no existiría esa contaminación de la oferta porque es requisito mínimo, por lo que se impone en este caso, en este inciso esta aplicación del principio de proporcionalidad no procediendo la exclusión por este motivo.*
>
> *Por otro lado, como decimos, podría pensarse que la garantía, que debía ofertarse en el sobre 3, y que se aportó indebidamente antes podría ser incumplidora de los requisitos del PPT, considerando que será a la vista de lo ofertado como garantía en el sobre o archivo 3, cuando podrá estimarse o no procedente la exclusión, o incluso su falta de valoración, siempre a la vista de los pliegos, teniendo en cuenta lo ya aportado y presente dudas sobre el cumplimiento de la oferta con relación al PCAP.*
>
> *En este sentido, la inclusión de la garantía en los términos en los que se ha redactado, justificaría que, si en el sobre 3 no se incluyere una aclaración de los términos de la garantía ofertada que cumpliere con el PPT, que el órgano de contratación, en uso de su potestad discrecional, bien excluyera por este motivo (lo que no hizo en su momento en la exclusión, sino que ha justificado ahora con el informe al recurso especial), por incumplir la garantía los términos del PPT, o bien, y dependiendo de la justificación, y la proporcionalidad aludida, con respecto a lo ofertado o aclarado por otros licitadores, proceder a solicitar aclaración a la entidad recurrente».*

Posteriormente, la mesa de contratación en su sesión de 7 de julio de 2022 acuerda solicitar informe de valoración de la oferta de AIMEN a una comisión técnica respecto de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Dicha comisión emite informe el 18 de julio de 2022. En el mencionado informe se pone de manifiesto que a pesar de estar incompleta la oferta por no incluir toda la documentación requerida, de lo aportado resulta que el suministro cumple las especificaciones técnicas mínimas exigidas en el PPT.

La mesa de contratación en sesión de 22 de julio de 2022, se reúne y procede a la apertura del archivo 3 de la oferta de AIMEN y acuerda su exclusión por infracción del artículo 139 de la LCSP, en tanto que la presentación de las proposiciones deben respetar el contenido de los pliegos sin ninguna salvedad y al detectar que la mencionada oferta no respeta el contenido del Modelo C del pliego de clausulas administrativas particulares (en adelante PCAP) en lo relativo a la garantía ofertada, al establecer una serie de compromisos y condiciones de transporte, entrega, manipulación y devolución de muestras, piezas o materiales, facturación y pago así como

una cláusula de exención de responsabilidad en la ejecución del contrato distintos a los previstos en los pliegos reguladores del procedimiento.

En este sentido en el citado Modelo C adjunto al PCAP, se establece -al referirse a la proposición económica- que el mismo no debe ser modificado en la proposición de los licitadores y que en el supuesto de que lo sea ello puede conllevar la exclusión de la oferta.

Por otro lado, la causa de exclusión, está relacionada entre otras cuestiones con la garantía incluida en la oferta de AIMEN cuyo incremento sobre el mínimo establecido en el Anexo I del PCAP -2 años- es valorado en los criterios de adjudicación de aplicación automática a incluir en el archivo 3 de la oferta. Es decir, AIMEN incluye en el archivo 3 un compromiso del plazo de duración del periodo de garantía de 2 años -el mínimo-, si bien, el citado compromiso se acompaña de una serie de condicionantes que a juicio de la mesa de contratación modifican los exigidos en la cláusula 9 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) y además se incluyen otros apartados que modifican las condiciones de los pliegos que afectan a determinados compromisos y condiciones; de transporte, entrega, manipulación y devolución de muestras, piezas o materiales, facturación y pago así como una cláusula de exención de responsabilidad en la ejecución del contrato, motivo por la mesa acuerda excluir su oferta.

Es este acuerdo de exclusión de la mesa de contratación, de 22 de julio de 2022, el que AIMEN impugna en su escrito de recurso.

SEXTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Como se ha indicado, AIMEN cuestiona la exclusión de su oferta con base, en síntesis, en los siguientes argumentos:
- Que la participación de AIMEN en el procedimiento de licitación conlleva su asunción tácita pero también claramente expresada en la documentación presentada, de cumplir todas y cada una de las condiciones establecidas en el PCAP y en el PPT.
- Que no existe en la documentación presentada ninguna negativa o repudio al cumplimiento de las obligaciones contenidas en los pliegos y que luego, por propio mandato de los pliegos y ministerio de la ley, pasarían a formar parte del contrato adjudicado, en tanto en cuanto los pliegos constituyen documento contractual. Añaden que no se exigía que en la oferta se aportara documento alguno relativo a las condiciones de garantía ofertadas, tan sólo el compromiso por al menos el plazo mínimo de garantía exigido. Cita la Resolución 239/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) en apoyo de su posición.
- Que resulta cierto que puede considerarse no afortunada la redacción de algunas partes de su proposición, pero que por el principio de proporcionalidad, concurrencia y conservación de los actos entiende que se justifica que no procede la exclusión y, en su caso, la mesa de contratación, ya con la apertura del archivo 2, hubiera solicitado si lo considerara necesario, aclaraciones.
- Que la propia mesa de contratación como la comisión técnica evaluaron favorablemente la misma documentación (es decir, sin objeción alguna) con ocasión de la evaluación del archivo 2, y que la exclusión se produce con la apertura del archivo 3, a su juicio de forma extemporánea o, al menos, sin justificación suficiente respecto a que lo que primeramente calificaron como válido, posteriormente, sin dar posibilidad alguna de aclaración.

Finalmente, alega el principio antiformalista que veda a su entender una exclusión automática ante lo que llaman una *"mera vulneración formal"* y entiende que es necesario para que se produzca la exclusión, que el hecho causante contravenga los principios e igualdad, transparencia y libre competencia, lo que, a su entender, no se produce en este caso, citando diversas resoluciones en apoyo de su postura. Alega infracción del principio de libre concurrencia y el contenido de la cláusula primera del PCAP en cuya virtud, en caso de discrepancia entre documentos contractuales prevalecerá su contenido.

Por lo anterior, solicita la anulación de la exclusión, la retroacción de las actuaciones y que continúe el procedimiento hasta la adjudicación del contrato.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Manifiesta que la oferta de AIMEN fue correctamente excluida con base a las siguientes consideraciones:
- En este sentido, alega que la mesa de contratación tras analizar el contenido del archivo 3 de su proposición detecta que en la misma se establecen condiciones propias que se apartan de lo exigido en los pliegos efectuando una regulación de las condiciones de ejecución del contrato que constituye una propuesta alternativa y hasta contradictoria en varios aspectos con las exigencias de los pliegos. A su entender, la oferta evaluable mediante fórmulas contenida en el archivo 3 de la recurrente no se ajusta a lo solicitado, no ya en cuanto a forma, sino en cuanto a su contenido, que implica rechazo a parte de las condiciones establecidas en la licitación, para imponer las suyas propias, por lo que el acuerdo de exclusión de su oferta ha sido ajustada a derecho.
- Con relación a la extemporaneidad del acuerdo de exclusión, afirma que se produce en el momento procedimental oportuno, ya que encuentra su fundamento en el contenido de la oferta incluida en el archivo 3 de la documentación invaluable mediante fórmulas, y se realiza tras la apertura y examen de la misma; Manifiesta que lógicamente, hasta acceder al contenido, examinar el mismo y detectar las numerosas contradicciones con las condiciones de la licitación, que no se limitan a los términos de la garantía ofertada, no se genera para la mesa de contratación la necesidad de adoptar el mencionado acuerdo de exclusión.
- Sobre la alegación del recurrente relativa a que parte del contenido del archivo 3 relativo a la garantía ya lo habían incluido en el archivo 2 sin que la comisión técnica formulara reparo alguno y que en ese momento la mesa debería haber adoptado la decisión de exclusión y no con posterioridad. Manifiesta, que no debe acogerse esta posición, tanto porque no es competencia de la comisión técnica admitir o rechazar ofertas, como porque estas actuaciones se realizaban en ejecución de la Resolución 324/2022, anteriormente citada y parcialmente reproducida.
- Con relación a la alegación relativa a que la presentación de la proposición supone el sometimiento a las condiciones de la licitación y que el contenido de su oferta no supone que repudie las condiciones, indica, que no puede acogerse esta interpretación a tenor de la cual, el licitador puede ofertar en las condiciones que estime oportunas, modificando, o directamente contradiciendo las condiciones establecidas para todos los interesados en participar en la licitación, y que ello no acarree como consecuencia su exclusión al entenderse, como alega el recurrente, que la mera participación supone la aceptación de las condiciones establecidas por la Administración convocante, con independencia de sus manifestaciones y los condicionantes que imponga en su oferta.
- Sobre la cuestión relativa a que no se ha solicitado aclaraciones a la oferta de AIMEN argumenta que cualquier actuación en ese sentido necesariamente iría más allá de una mera aclaración, pues la admisión requeriría modificar su oferta eliminado todos los condicionantes para transformarla en una nueva oferta en la que se contuviera la aceptación pura e incondicionada de los términos de la licitación.
- Finalmente, respecto de la alegación relativa a la prevalencia del PCAP en caso de discrepancia alega que ante la falta de acuerdo de las voluntades puesta de manifiesto, lo que no cabe es que sea el propio órgano de

contratación el que sustituya y modifique la declaración de voluntad formalmente expresada por el licitador que supone la no aceptación de las condiciones de la licitación sino la imposición de las suyas propias.

Por lo anterior, solicita que se desestime el recurso y que sea impuesta multa a la recurrente por temeridad en su interposición.

SÉPTIMO. Consideraciones del Tribunal: sobre las contradicciones detectadas por la mesa de contratación en la oferta de AIMEN.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar el núcleo de la controversia que se centra en determinar si la proposición de AIMEN fue correctamente excluida.

Como se ha indicado, la mesa de contratación acuerda la exclusión de la oferta de la recurrente dado que al analizar el contenido del archivo 3 se encuentra con que el mismo incluye determinados apartados que difieren de las condiciones establecidas en los pliegos y que en algún caso resultan contradictorias. Por ello, en primer lugar se va a entrar a analizar esta cuestión para poder comprobar si efectivamente existen estas contradicciones manifestadas por la mesa de contratación.

Las cuestiones que se mencionan en el acta de la sesión de 22 de julio de 2022 se refieren a las siguientes cuestiones; (I) la garantía, (II) determinados compromisos que debe asumir el órgano de contratación, y (III) cláusulas adicionales relativas a la facturación y una declaración de exención de responsabilidad.

1. La garantía.

La garantía queda establecida en la cláusula 15 del PCAP -que se remite en cuanto al plazo a su Anexo I- y en la clausula 9 del PPT. Por su parte el Anexo I del PCAP, establece un plazo de 2 años y en el Anexo II del PCAP se incorpora como criterio de adjudicación de aplicación automática los plazos de garantía superiores al mínimo indicado. Concretamente en el Anexo II se indica sobre la garantía adicional a ofertar para que sea valorada lo siguiente: *«Esta garantía debe incluir todas las visitas preventivas/correctivas que fuesen necesarias, así como el cambio de cualquier pieza, elemento del equipamiento, actualización del software y firmware del suministro objeto del contrato tantas veces como fuese necesario, y sin que se repercuta a la Universidad de Sevilla ningún gasto asociado al desplazamiento, mano de obra, manutención, alojamiento, coste de las piezas o elementos en sí, otros posibles consumibles y elementos de desgaste que pudieran ser necesarios».*

Sobre la garantía no se exige en los pliegos reguladores que se presente una documentación específica más allá de un *«compromiso firmado del plazo de duración del periodo de garantía que en todo caso será igual superior al establecido por la Universidad en el Anexo I (2 años)»* y que debía figurar en el archivo 3 según se dispone en el anexo II del PCAP.

AIMEN, incluye este compromiso tanto en el archivo 2 como en el 3 de su oferta y además incluye una serie de condiciones que afectan a la garantía ofertada por plazo de 2 años. Como se ha indicado, a pesar de que el PCAP establece que el compromiso de la garantía debía figurar en el archivo 3, AIMEN lo incorpora también en el archivo 2 lo que ocasionó su exclusión y fue objeto del primer recurso presentado. En la Resolución 324/2022 se acuerda la estimación del recurso en el entendimiento de que al incluir el compromiso de la garantía por el mínimo exigido y sin saber si en el archivo 3 se podía incluir un período mayor al objeto de que fuera valorado no se estaba adelantando información relevante.

Sin embargo, a la vista de este nuevo recurso se desvela que efectivamente en el archivo 3 se vuelve a incluir la misma documentación; un compromiso de garantía por 2 años sometida a una serie de condiciones, que como la propia recurrente reconoce, son diferentes a las condiciones de la garantía que están establecidas en los propios pliegos, que se entienden aceptadas por el licitador por el mero hecho de participar en el procedimiento por mor del artículo 139 de la LCSP.

Efectivamente, como se indica en el acta de la mesa de contratación, de 22 de julio, y en el informe del órgano de contratación al recurso, AIMEN incorpora en su garantía cuestiones que contradicen las cláusulas de los pliegos, en las siguientes cuestiones recogidas en la proposición y que a continuación se reproducen:
- *«Mediante la presente, AIMEN, otorga una garantía por defectos de funcionamiento por un periodo de 24 meses, a contar desde la fecha de emisión del albarán o acta de entrega de los equipos. Durante dicho plazo de garantía AIMEN llevará a cabo las labores de reparación o sustitución, a su discreción, que considere necesarias a fin de preservar el correcto estado de funcionamiento de los equipos conforme las prescripciones técnicas recogida en la oferta y documentación técnica anexa a la misma».*
- Se recogen una serie de exclusiones de la garantía y a continuación se incluye lo siguiente: *«Dichas exclusiones de garantía, no exigirá la necesidad de probar la causalidad o relación entre el fallo de funcionamiento o desperfecto alegado y la causa de exclusión, lo cual es aceptado expresamente por el cliente».*
- *«El CLIENTE deberá abonar en todo caso y aun cuando respondiera a la garantía prestada por AIMEN, el importe vigente en las tarifas del Centro Tecnológico correspondiente a desplazamientos de técnicos (precio kilómetro de desplazamiento por técnico) en caso de ser necesario el desplazamiento hasta la ubicación en que se encuentre el equipo por el exceso de 125 km entre la Sede Central de AIMEN y dicha ubicación. En caso de resultar necesario el transporte del equipo a las instalaciones de AIMEN, los gastos de embalaje, transporte, descarga, estos serán abonados por el Cliente o bien se encargará el mismo de su contratación».*

Por lo anterior, este Tribunal ha podido comprobar que las anteriores condiciones de la garantía ofertada por AIMEN contradicen la regulación establecida en el apartado 9 del PPT respecto de esta cuestión.

2. Compromisos a asumir por el órgano de contratación.

AIMEN incluye en el archivo 2 y 3 de su oferta un apartado denominado *«compromisos»* en el que se recogen una serie de obligaciones a asumir tanto por el licitador como por el propio órgano de contratación. Se reproducen las siguientes respecto del órgano de contratación:

«- US [Universidad de Sevilla] procederá al correcto embalaje de los bienes, elementos, equipos, etc. para su traslado al Centro Tecnológico, eximiendo a AIMEN de cualquier responsabilidad que pudiera generarse por una defectuosa ejecución del mismo.
- Serán por cuenta y riesgo del cliente, tanto respecto al envío de los bienes hasta las instalaciones de AIMEN, como en todo caso de devolución total o parcial de los mismos al cliente, el transporte, carga, descarga, así como depósito de los bienes en el lugar que dentro de las instalaciones de AIMEN ésta determine».

Como se indica en el acuerdo de exclusión dichos compromisos contradicen la clausula 2 del PPT en tanto que establece respecto del objeto del contrato que es *«un proyecto con un alcance "todo incluido llave en mano" incluyendo: suministro, montaje, instalación, elaboración con arreglo a las características técnicas fijadas previamente, pruebas de acepción en fábrica, estudio y evaluación de riesgos, plan de seguridad, medidas de seguridad, transporte, elevación, ajuste, puesta en funcionamiento, pruebas funcionales y de rendimiento,*

verificación, gestión de residuos, piezas de repuestos y consumibles durante la puesta en funcionamiento, formación para la operación y el mantenimiento, mano de obra necesaria, maquinaria, útiles y herramientas, proyectos, legalizaciones, direcciones técnicas, etc».

Así como de la cláusula 14 del PCAP que dispone lo siguiente: *«Los gastos originados por el transporte de los bienes y cualesquiera otros necesarios para la efectividad de la entrega, serán de la exclusiva cuenta del adjudicatario.*
Cualquiera que sea el tipo de suministro, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista y el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización alguna por causas de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Universidad, salvo que ésta hubiera incurrido en mora al recibirlos».

Por lo anterior, este Tribunal ha podido comprobar que los anteriores compromisos a asumir por el órgano de contratación y que aparecen en la oferta de la recurrente contradicen las cláusulas 2 del PPT y 14 del PCAP.

3. Cláusulas adicionales relativas a la facturación y la declaración de exención de responsabilidad.

AIMEN incluye en el archivo 3 de su oferta un apartado denominado *«cláusulas adicionales»* en el que se recoge el régimen de facturación, de facturas impagadas, suspensión del contrato, limitaciones de la responsabilidad, condiciones de confidencialidad, así como de transporte, entrega, manipulación y devolución de muestras, piezas o materiales.

Con relación a la facturación se incluyen -se reproducen en parte- las siguientes cuestiones:

> *«1º Facturación.- La aceptación de la presente oferta, en su totalidad o en parte, implica la aceptación del abono de los honorarios y gastos derivados de posibles citaciones judiciales a instancia de cualquiera de las partes intervinientes en el proceso, (sea para la comparecencia de la Entidad, responsables o técnicos que hubieran elaborado los informes o hubieran intervenido en el trabajo, bien en calidad de testigo, perito, testigoperito o cualesquiera otras condiciones) relacionadas con los trabajos ofertados (tanto sea para su ratificación, aclaración, disposición a preguntas en prueba testifical, o, en resumen comparecencias a los efectos del art. 360 y ss. o bien 335, 336, 347 o análogos, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*
> *2º Facturas impagadas.- Las facturas no abonadas en las fechas estipuladas de vencimiento por causas no imputables a AIMEN, devengarán los intereses que a continuación se indican y tendrán la consideración, a todos los efectos legales, de deuda impagada, cierta, vencida, líquida y exigible.*
> *En caso de impago (incluso por devolución bancaria le sea o no ésta directamente de su responsabilidad), US vendrá obligado al pago del importe no atendido, incrementado con intereses calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado éste en 1 punto, así como los gastos ocasionados por la falta de pago del importe no atendido -incluidos gastos bancarios por devolución, gastos de reclamación, etc.-, sin perjuicio de las demás consecuencias encaminadas a la obtención del cobro total no realizado.*
> *(…)*
> *US deberá abonar las facturas emitidas por AIMEN aun cuando pueda mostrar su disconformidad con los conceptos e importes reflejados en la misma, comprometiéndose AIMEN a dar respuesta inmediata a dichas disconformidades, subsanando en su caso la factura emitida».*

Además se establece un régimen de suspensión del servicio en los siguientes términos:

> *«El retraso de la US en pagos (totales o parciales) superior a 10 días laborales desde la presentación al cobro del documento de cargo correspondiente a la facturación de los servicios, facultará a AIMEN, previo aviso a la US, para suspender temporalmente el desarrollo de sus servicios.*

En los casos de facturación separada en distintos servicios contratados, el retraso en el pago (total o parcial) de una factura relativa a uno de ellos facultará a AIMEN para suspender la totalidad de su actividad en favor de US de la obligación de atender el pago de las facturas correspondientes a cualesquiera otros servicios contratados no suspendidos.
AIMEN reanudará la prestación de sus servicios en un plazo de 30 días laborales a aquél en que tenga constancia de que el importa ha sido satisfecho».

Por otro lado, se incluyen cláusulas adicionales de limitación de responsabilidad; *«frente a terceros por la explotación de resultado», «daños, pérdida y/o extravío», «por daños, pérdida y/o extravío en las instalaciones o bajo la guarda de AIMEN», «daños, pérdida y/o extravío», «por retrasos en la ejecución y/o puesta a disposición de US de las labores, actividades, informes, resultados, etc, encomendados a AIMEN*» y por *«errores en la ejecución, informes y/o resultados derivados de la actividad de AIMEN».*

En este sentido, la redacción de las condiciones incluidas en la oferta de AIMEN contradicen claramente distintas cláusulas del PCAP, respecto a la facturación la cláusula 16 del PCAP en conexión con el artículo 198 de la LCSP que regula el pago del precio, así como en lo relativo a las limitaciones de responsabilidad que tampoco se encuentran previstas en los pliegos.

Por tanto, queda claro que existen contradicciones entre las condiciones establecidas en los pliegos reguladores de la presente licitación y las incluidas en su oferta por AIMEN. Además, dichas diferencias no son cuestiones sin trascendencia sino que AIMEN establece en su oferta toda una serie de condicionantes que se apartan de lo establecido en los pliegos. Por otro lado, también resulta destacable que, como el órgano de contratación indica, en dichas condiciones se hace constante referencia a la Universidad de Sevilla, por lo que tampoco cabe considerar que se traten de meras cláusulas generales, más bien al contrario, están específicamente dirigidas al órgano de contratación.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal: sobre las consecuencias que se derivan de las condiciones en la oferta de AIMEN contrarias a las establecidas en los pliegos reguladores del procedimiento de licitación.

AIMEN reconoce en su escrito de recurso *«que puede considerarse no afortunada la inclusión de la redacción en la forma que lo ha sido por el ofertante»* pero entiende que ello no debe ser motivo de exclusión por diversos motivos:
1. Porque la exclusión resulta extemporánea al ser admitido y valorado el contenido de su oferta evaluable mediante juicio de valor contenida en el archivo 2 sin que la comisión técnica ni la mesa de contratación haya formulado reparo alguno.
2. Entiende que resultaba procedente la solicitud de aclaraciones antes de la exclusión.
3. Que la presentación de su proposición supone el sometimiento a las condiciones de la licitación y que en el contenido de su oferta no repudia ni tácita ni expresamente las mismas. Añade que no se exigía que en la oferta se aportara documento alguno relativo a las condiciones de la garantía ofertada, tan sólo el compromiso por al menos el plazo mínimo de garantía exigido.

Alegan el principio antiformalista que veda a su entender una exclusión automática ante lo que llaman *"mera vulneración formal"* y entienden que es necesario para que se produzca la exclusión, que el hecho causante contravenga los principios e igualdad, transparencia y libre competencia, lo que, a su entender, no se produce en este caso. Manifiestan infracción del principio de libre concurrencia. Invocan el contenido de la cláusula primera del PCAP en cuya virtud, en caso de discrepancia entre documentos contractuales prevalece su contenido.

1. Alegación relativa a que la exclusión resulta extemporánea.

El órgano de contratación argumenta que el acuerdo de exclusión objeto de recurso se produce en el momento procedimental oportuno, ya que encuentra su fundamento en el contenido de la oferta incluida en el archivo 3 de documentación evaluable mediante criterios de adjudicación de aplicación mediante fórmulas, y se realiza tras la apertura y examen de la misma; lógicamente, manifiesta, hasta acceder al contenido, examinar el mismo y detectar las numerosas contradicciones con las condiciones de la licitación, que no se limitan a los términos de la garantía ofertada, no se genera para la mesa de contratación la necesidad de adoptar el mencionado acuerdo de exclusión.

Alega la recurrente que parte del contenido del archivo 3 relativo a la garantía ya lo habían incluido en el archivo 2 sin que la comisión técnica formulara reparo alguno y que en ese momento la mesa debería haber adoptado la decisión de exclusión y no con posterioridad.

Pues bien, no cabe acoger esta posición, tanto porque no es competencia de la comisión técnica admitir o rechazar ofertas, como porque los motivos por los que la proposición de la recurrente es excluida no eran las cuestiones objeto de valoración en la oferta contenida en el archivo 2 -ya que eran condiciones ajenas al procedimiento, como se ha analizado- por lo que la mesa pudo no detectarlo en ese primer momento, sin que en ningún caso el hecho de que no lo hiciera y sí en el momento de la apertura del archivo 3 pueda suponer la convalidación de los defectos de los que adolece la proposición de la recurrente, como esta viene a defender en su recurso.

En cualquier caso, resulta pertinente recordar que de conformidad con el artículo 157.6 de la LCSP ni tan siquiera la propuesta de adjudicación crea derecho alguno en favor del licitador, dado que el órgano de contratación puede apartarse de forma motivada de la misma. Por lo que en mayor medida en el presente supuesto en el que es la propia mesa de contratación la que excluye en el momento en el que detecta la infracción.

En definitiva, este Tribunal concluye que resulta totalmente errada la conclusión de la recurrente al indicar que como en un primer momento no se detecta la infracción en su oferta, su exclusión posterior resulta extemporánea y ello por lo argumentos manifestados. Por tanto, procede la desestimación de esta alegación.

2. Alegación sobre la procedencia de que la mesa de contratación hubiera solicitado aclaraciones a la oferta antes de la exclusión.

Como se ha indicado, en síntesis, la recurrente considera que los defectos de los que adolece su oferta son meramente formales por los que se le debería de haber dado la posibilidad de aclarar o de subsanar su oferta.

Sobre esta cuestión procede indicar como este Tribunal viene manteniendo desde la Resolución 94/2012, de 15 de octubre y posteriores (ver Resoluciones 128/2013, 131/2013, 317/2015, 331/2015, 108/2016, 163/2016, 220/2016, 289/2016, 12/2017, 28/2017, 182/2017, 86/2018, 61/2019, 303/2020 y 152/2021, entre otras), que *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -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 (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la doctrina citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.*

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración»

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a 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.»*

Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse y/o ampliarse por vía de aclaración.

En el presente supuesto, queda claro que no nos encontramos en un supuesto en el que el objeto de la aclaración sea un mero error material, aritmético o de transcripción, sino que AIMEN establece de forma patente una serie de condicionantes a la ejecución del contrato que no están previstos o que directamente contradicen el PCAP. En este sentido, el límite de las aclaraciones es la imposibilidad de la modificación de la oferta inicialmente presentada y resulta cierto que para que AIMEN pudiera haber sido adjudicataria del presente contrato tendría que haber renunciado a todas las condiciones de ejecución que recoge en su oferta que habría conllevado como argumentamos a permitirle que modificara su propuesta inicial, actuación claramente proscrita por la jurisprudencia analizada. Por tanto, procede la desestimación de esta alegación.

3. Alegación sobre el sometimiento de su proposición a las condiciones de la licitación como consecuencia de su participación en el procedimiento. El contenido de su oferta no implica que repudie dichas condiciones en modo alguno. Manifestación relativa a que no se exigía que en la oferta se aportara documento relativo a las condiciones de garantía ofertadas, tan sólo el compromiso por al menos el plazo mínimo de garantía exigido.

De esta alegación se desprende que la recurrente al no ser adjudicataria del contrato por los condicionantes que añade a su oferta, rechaza ahora en vía de recurso a los mismos argumentando que se tendrían por no incluidos en la parte que entraran en conflicto con los pliegos rectores del procedimiento con base al artículo 139.1 de la LCSP y la cláusula primera del PCAP.

Sobre lo anterior, en primer lugar, cumple destacar que parte de la documentación a la que nos hemos referido se introduce en el archivo 2 y 3 de la oferta -garantía y compromisos- y el resto se acompaña solo en el archivo 3. En cualquier caso, en la documentación se hace constante referencia a la Universidad de Sevilla, como órgano de contratación, de lo que se desprende que AIMEN realmente realiza su proposición con el ánimo de ejecutar el contrato de acuerdo con los citados condicionantes y que no se trata de una información genérica que se introduce por error. Ahora, trata de argumentar que con una mera solicitud por parte de la mesa de contratación de aclaraciones habría indicado que renunciaba a los mismos -lo cual no hubiera sido posible, como se ha analizado- , en definitiva, como argumentamos, su oferta inicial contiene una serie de condicionantes que entran en conflicto con la regulación contenida en los pliegos rectores del procedimiento y con la propia LCSP.

Dicha actuación de la recurrente, cuestionando el alcance del propio contenido de su oferta, supone a juicio de este Órgano una vulneración de la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino *«Venire contra factum proprium non valet»* y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que *«(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos.».*

Al respecto, la reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"».*

En este mismo sentido, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resoluciones 414/2020, de 26 de noviembre, 390/2021, de 15 de octubre, de 293/2022, de 27 de mayo y 338/2022, de 20 de junio.

En el presente supuesto, la recurrente trata de indicar que no es de aplicación el condicionado de su oferta que entra en colisión con el PCAP y el PPT, lo cual supone como indicamos una vulneración de la doctrina de los actos propios ya que AIMEN no puede ir en contra del propio contenido de su oferta y pretender que se tenga por no puesto cuando desde un primer momento ha formado parte de la misma y se ha incluido incluso de forma duplicada en los archivos B y C. Por lo anterior procede la desestimación de esta alegación y con ella la del recurso interpuesto.

NOVENO. Consideraciones del Tribunal: sobre la temeridad en la interposición del recurso solicitada por el órgano de contratación. Multa.

El órgano de contratación solicita que le sea impuesta a la recurrente una multa por temeridad, manifiesta lo siguiente:

> *«El objeto de este tercer recurso presentado por este licitador en este mismo procedimiento, exclusión por apartarse de las condiciones de la licitación, es frecuente ante los tribunales de recursos contractuales resolviéndose con la desestimación de estos.*
> *La Universidad de Sevilla ha adoptado cuantas medidas ha entendido necesarias para evitar que los licitadores incurran en estas prácticas que conllevan a la exclusión, lo que acaba en ocasiones frustrando la finalidad del procedimiento. Así en cada licitación se incluye entre los documentos una nota informativa que periódicamente se va actualizando, advirtiendo los supuestos más comunes, para que lo tengan en cuenta y no se produzcan. Además, y ante la proliferación de supuestos en los que las empresas acompañan las ofertas de condiciones propias o las modifican, se incluyó de manera expresa y de forma llamativa, una advertencia para que no lo hagan; aún así, el recurrente obviando todo ello, presentó la oferta con el contenido que*

estimó oportuno y ahora pretende que se tenga por no presentada en todo aquello que contradiga los términos de la licitación.
A nuestro entender, este proceder supone un abuso de la figura del recurso especial y un comportamiento que podría calificarse de temerario».

Sobre lo anterior, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma»,* en este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*: «Es criterio de esta Sala que "La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución" (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014, recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular "algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas" (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015, recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014, recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)».*

Al respecto, 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 este supuesto, se ha de considerar que la recurrente ha interpuesto de forma previa dos recursos siendo este el tercero. En este sentido, si bien es cierto que el primero de ellos fue estimado ya se advertía de las condiciones que aparecían en el contenido de la garantía y que las mismas podían conllevar a la exclusión de la oferta si se encontraban incluidas en el archivo 3 -sin ninguna aclaración adicional- como finalmente ha ocurrido. Es decir, la recurrente pudo suponer que el recurso sería desestimado por ese motivo y aun así ha optado por interponerlo. A lo anterior, se une el argumento que subyace el escrito impugnatorio; que es que no se tenga por puesto toda una serie de condicionantes en su oferta por el hecho de entrar en conflicto con los pliegos que prevalecen sobre las mismas, lo que supone ir contra sus propios actos ya que se desprende claramente que fue su intención incluirlos

en la proposición. Ello además de argumentar la extemporaneidad de su exclusión o la posibilidad aclarar su oferta que también suponen argumentos carentes de viabilidad jurídica.

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, pese a lo notorio de su inviabilidad jurídica, 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 temeridad.

En cuanto al importe de la multa, el 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.».*

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se constata la temeridad en la interposición, careciendo de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado, en su caso, con la interposición del recurso al órgano de contratación.

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros (y de que la Ley establece esas dos circunstancias la temeridad y la mala fe), estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros, toda vez que no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN METALÚRGICA DEL NOROESTE, AIMEN** contra el acuerdo de exclusión de su oferta por parte de la mesa de contratación de fecha 21 de abril de 2022, del procedimiento de licitación del denominado “Contrato mixto de suministro e instalación, servicio de redacción de proyecto industrial, direcciones técnicas, elaboración, fabricación, pruebas y puesta en funcionamiento del equipo formado por: celda robotizada de soldadura mediante láser híbrido (Láser + MIG/MAG en tándem) destinado al Centro de Innovación Universitario Andalucía, Alentejo y Algarve (CIU3a) – SEDE 1”(Expte. 22/08507), convocado por la Universidad de Sevilla.

SEGUNDO. Declarar que se aprecia temeridad en la interposición del recurso, por lo que procede la imposición de multa en la cuantía máxima de 1.500 euros en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.