Recurso 462/2022
Resolución 572/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 2 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ARTECLIMA ENERGÍA S. L.**, contra la exclusión de 21 de septiembre de 2022 del contrato denominado "Servicio mantenimiento preventivo y correctivo de instalaciones de climatización de los edificios municipales del Ayuntamiento de San Fernando", (Expte. SC 60/2022), en relación con el "Lote 2: Mantenimiento preventivo y correctivo de instalaciones, tipo no centralizadas existentes en edificios con potencia térmica superior a 70 Kw, siendo obligatorio, de conformidad con el Real Decreto 1027/2007 de 20 de julio, e instalaciones con potencia inferior pero que por su elevado funcionamiento, requieren un mantenimiento más continuado", promovido por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 9 de junio de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto ordinario, del contrato de servicios citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, en la misma fecha han sido publicados en el citado perfil los pliegos rectores de la presente licitación. El valor estimado del contrato asciende a 202.510,75 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones a la licitación, se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, y mediante acuerdo de la mesa de contratación se acuerda la exclusión (cuando resuelve la adjudicación) el 21 de septiembre de 2022. Con fecha 26 de septiembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante el acta que determinaba la exclusión de la entidad recurrente del lote 2.

SEGUNDO. El 5 de octubre de 2022, tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de San Fernando una denominada reclamación respecto de la admisión de la oferta al lote número 2. La remisión por dicho Ayuntamiento de San Fernando no ha tenido lugar de forma inmediata y en el plazo legalmente establecido. La

misma se ha producido posteriormente teniendo entrada en el Registro del Tribunal el día 21 de noviembre de 2022.

Por el Ayuntamiento se da traslado del citado escrito de recurso y el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, presentándolas la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) 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.

Cabe señalar que en principio ostentaría legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 2 de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión (que se notifica con la resolución de adjudicación) de un contrato de servicios, con un valor estimado 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, de acuerdo con lo establecido 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, la propuesta de adjudicación, con la exclusión de la entidad recurrente acordada el 21 de septiembre de 2022, fue publicada en el perfil de contratante el 26 de septiembre de 2022 y notificada a la entidad recurrente con fecha 27 de septiembre de 2022, por lo que el recurso presentado el 5 de octubre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Pretende aclarar la oferta la entidad recurrente a través del recurso, y a través de ello justiciar los valores anormalmente bajos que la hacen incurrir en desproporcionalidad.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone al recurso por las mismas consideraciones de la resolución impugnada a la cual nos remitimos.

3. Alegaciones de la interesada.

La entidad adjudicataria señala que *"queda claramente especificado como bien se puede leer y entender en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que el precio a ofertar es por dos años, no existiendo ninguna duda al respecto y nada que lo haga difícil de interpretar"*.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal.

En la sesión de 21 de septiembre de 2022, la mesa de contratación examina que la entidad recurrente ARTICLIMA ENERGÍA S.L., ha presentado dentro del plazo concedido, documentación a efectos de justificar la incursión en presunción de anormalidad de sus ofertas económica para los LOTES 1 y 2. Se da cuenta del informe remitido de fecha de 1 de septiembre de 2022, por el denominado "Servicio de Mantenimiento de Edificios Municipales", en el que se desestima la justificación efectuada por el licitador "*que no explica satisfactoriamente el bajo nivel de los precios o costes propuestos por la referida mercantil(…)".*

La desestimación de la justificación no se recoge en el acuerdo de la mesa de contratación, tal y como se refleja en el acta, pero puede considerarse motivado "in aliunde". El informe de 1 de septiembre del Servicio del Ayuntamiento de San Fernando citado señala:

"Con relación al expediente del contrato del asunto. EXP. Nº SC 60/2022. LOTE 2., con presupuesto de licitación de 48.595,04 euros sin incluir I.V.A., examinada la justificación presentada en este Ayuntamiento por la empresa "Articlima Energía S.L.", incursa en presunción de anormalidad de la oferta económica de 12.989,26 euros; de conformidad con lo previsto en el artículo 149.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por el que se trasponen 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, informo:

De conformidad con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la contratación, en su cláusula 4, PRESUPUESTO MÁXIMO Y BASE DE LICITACIÓN; cláusula 8, PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO, así como en el modelo Anexo VII, MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA LOTE 2, el presupuesto de 48.595,04 euros sin incluir I.V.A. se establece por periodo de dos años. Los costes de la justificación de la oferta presentada por importe de 12.989,26 euros, incluido gastos generales, beneficio industrial, sin incluir I.V.A. están calculados por periodo de 12 meses, es decir, un año, por lo que la oferta económica no responde al periodo establecido en el precio de licitación".

Tras lo expuesto, cumple señalar que el artículo 139 de la LCSP dispone "*1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)".* En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal

(Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, los pliegos son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

Sobre esta cuestión procede indicar que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la reciente Resolución 471/2022, de 22 de septiembre, en la que manteníamos 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 o ampliarse por vía de aclaración, que es lo que pretende realizarse además con el presente recurso.

La Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08), vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre, 131/2013, de 28 octubre y la 363/2019, de 31 de octubre. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con la entidad licitadora cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es

contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

3. El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones a la entidad licitadora afectada en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de ésta, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

4. El principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todas y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, 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*». Y concluye la Sentencia citada que *«(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron*».

No es palmario el error en el que incurrió la formulación de la oferta presentada, pues podría considerarse que lo que ofertó eran solo 12 meses, pudiendo haber dado lugar a incidencias en la ejecución del contrato, como tampoco existía obligación de solicitar aclaración, como ya hemos abordado. De este modo no puede afirmarse sin interpretar la voluntad de la entidad recurrente que lo acaecido era un mero error material, al no concurrir en el mismo los requisitos requeridos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para ello. Así la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo establece que «*(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación*».

En el presente supuesto la justificación de la oferta incursa en valores anormales no puede servir para hacer una nueva oferta por más precio y mayor plazo, aunque pueda llegarse a esta conclusión con una operación matemática, pues ello ha ocurrido solo cuando ha sido conocedora del contenido del acta de la sesión de la mesa y del error en el que había incurrido. Dicho error trae causa en una equivocación manifiesta que no puede ser aclarada, sino solo corregida, lo que a todas luces supondría una modificación de la oferta inicial, contraria al principio de igualdad de trato en la licitación y que beneficiaría injustamente al licitador poco diligente. Por tanto, no procede la subsanación de la oferta, ni la aceptación de la aclaración formulada por la propia recurrente en el recurso.

Así las cosas, se concluye que la actuación de la mesa de contratación ha sido correcta.

Por todos los motivos expuestos se concluye que en cualquier caso se habría procedido a la desestimación del recurso.

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 por la entidad **ARTECLIMA ENERGÍA S. L.**, contra la exclusión de 21 de septiembre de 2022 del contrato denominado "Servicio mantenimiento preventivo y correctivo de instalaciones de climatización de los edificios municipales del Ayuntamiento de San Fernando", (Expte. SC 60/2022), en relación con el "Lote 2: Mantenimiento preventivo y correctivo de instalaciones, tipo no centralizadas existentes en edificios con potencia térmica superior a 70 Kw, siendo obligatorio, de conformidad con el Real Decreto 1027/2007 de 20 de julio, e instalaciones con potencia inferior pero que por su elevado funcionamiento, requieren un mantenimiento más continuado", promovido por 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 adjudicación.

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

CUARTO. Remitir al órgano competente en materia de personal de la entidad contratante la presente resolución a los efectos previstos en la disposición adicional vigésimo-octava de la LCSP, dado el incumplimiento de plazos expuesto en los antecedentes de esta resolución.

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.