

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 3 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Jen Química, S.L. contra el Acuerdo, de 23 de enero de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de “adquisición de productos de limpieza, material desechable y aseo personal para los centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social (7 Lotes), expediente A7SUM-034411/2022, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 2 de diciembre de 2022 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el 7 en el DOUE y el 12 en el BOCM, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 7 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 20.874.095,44 euros y su plazo de duración será de 24 meses con posibilidad de prórroga hasta un máximo de 3 años.

A la presente licitación, en concreto al lote 1, se presentaron siete licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Analizada la documentación administrativa y realizada la apertura de la documentación que contiene la oferta económica, la mesa de contratación en la sesión celebrada, el 23 de enero de 2023, acuerda excluirle del lote 1 por el siguiente motivo:

“ La empresa JEN QUÍMICA, S.L., para el lote 1, ha presentado la relación de precios unitarios de los productos en un modelo diferente al facilitado en pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), no coincidiendo la descripción de los productos, en la que se omiten datos esenciales de su definición, con la que figura en los pliegos del contrato, por lo que no se puede determinar a qué productos se refiere la oferta, máxime cuando hay productos (blanqueantes, quitamanchas, suavizante, detergente, desengrasantes y abrillantadores) que, en la oferta, tienen el mismo código y denominación”.

Tercero.- El 26 de enero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Jen Química, S.L. en el que solicita que se admita su oferta.

El 30 de enero de 2023 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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 (LCSP), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica excluida del procedimiento de licitación, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 23 de enero de 2023, practicada la notificación el 24 e interpuesto el recurso el 26, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Manifiesta el recurrente que por error entendió que la oferta generada por el programa de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid, una vez introducidos todos los datos de precios ofertados por artículo era motivo suficiente junto con Anexo I.1 indicando el total de lotes ofertado para la evaluación de precios.

Por su parte el órgano de contratación alega que entre los criterios objetivos de adjudicación del contrato se estableció el precio, al que se le atribuyó una ponderación de hasta 80 puntos. En cuanto a la forma que debía presentarse la oferta para su valoración, el apartado 8.1 de la cláusula 1 del PCAP establecía lo siguiente:

“La oferta de cada licitador consistirá en una relación de precios unitarios (con 2 decimales como máximo) de todos y cada uno de los productos del lote al que se licite que igualen o minoren los precios unitarios fijados por la Administración. La oferta tendrá que presentarse cumplimentando todos los precios unitarios de los productos del lote al que se licite. Se presentará una oferta por cada lote al que se licite, conforme al modelo del anexo I.1.

Para la formulación de la oferta económica se cumplimentará el modelo facilitado para cada lote al que se licite, en el que incluirán los precios unitarios ofertados en cada producto del lote, que se multiplicarán por las unidades de suministro estimadas para los dos años de duración del contrato (...).”

Asimismo, la cláusula 12 del PCAP, relativa a la forma y contenido de las proposiciones, establecía que debían presentarse dos sobres: el sobre n.º 1 para la documentación administrativa y el sobre n.º 2 para la proposición económica y la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, fijando cual debía ser el contenido de cada uno de los sobres. De forma que, en cuanto al contenido del sobre n.º 2 en relación a la proposición económica, se especificaba lo siguiente:

“Este sobre contendrá:

*1. La proposición económica, según el modelo establecido en el **anexo I.1** de este Pliego, incluyendo también el plazo de entrega al que se compromete el licitador, así como, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 8 de la cláusula 1 (...).”*

Advirtiéndolo, a continuación que:

“No se aceptarán proposiciones económicas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime

fundamental para considerar la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación, sin que sea causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido”.

En este mismo sentido, es preciso recordar que el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación a las proposiciones presentadas por los interesados dispone que:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

El modelo de proposición económica establecido en el PCAP figura en su Anexo I.1. que incluye por cada lote una relación numerada de los productos que lo integran, en la que se describen sus características técnicas, la unidad de medida del producto, los precios unitarios y el número de unidades estimadas para los 24 meses de duración del contrato.

Al respecto recuerda la fuerza vinculante de los pliegos y que, además, con el fin de evitar errores, la Administración facilitó una hoja de cálculo Excel en la que los licitadores únicamente debían incluir el precio unitario ofertado por cada producto, con un control de color verde que pasaba a rojo, cuando el importe incluido era superior al

importe de licitación. De forma que, tras incluir el precio unitario de cada producto se calculaba en primer lugar la base imponible, el IVA y el total por producto, y finalmente recogía el sumatorio de todos los productos del lote.

En el modelo del Anexo I.1 para el lote 1 se establece una relación con 27 productos, en los que en primer lugar figura la posición del producto por orden correlativo en el lote 1, seguido de la descripción del producto por sus características técnicas, después la unidad de medida que es el “litro” para todos los productos, salvo para el que figura en la posición 27 que es el “kilogramo”, seguido de la base imponible del precio unitario de licitación, el número de unidades estimadas para los 24 meses de duración inicial del contrato y el tipo de IVA. También se incluían otras columnas que debían ser cumplimentadas por el licitador, entre ellas la relativa a la base imponible del precio unitario de la oferta.

No obstante, el recurrente presentó un modelo que difería sustancialmente del establecido en el Anexo I.1 del PCAP, puesto que no recogía la posición ordenada del producto en el lote 1, sino que indicaba un código de referencia, tampoco incluía la descripción del producto conteniendo sus características técnicas, sino que se limitaba al nombre de artículo, de forma que en la relación figuraban varios productos con el mismo código y denominación; y tampoco se señalaba la unidad de medida del producto, por lo que no resulta posible para la mesa de contratación determinar de forma indubitada, rápida y eficaz cual es el producto concreto que se oferta por cada precio unitario, considerando que no resulta posible solicitar aclaraciones sobre la oferta presentada a riesgo de posibilitar su modificación.

Debido a que la contratación se ha fijado por el sistema de precios unitarios en función de las necesidades de la Administración, resulta de especial relevancia que cada uno de los productos del lote se encuentren identificados de forma clara y precisa, para poder determinar qué producto es el que se oferta por cada precio unitario. Además, de para poder constatar que cada producto referenciado cumple con las características técnicas exigidas en el pliego de prescripciones técnicas.

Vistas las posiciones de las partes es preciso recordar que, como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

El artículo 176 LCSP relativo a la presentación, examen de las ofertas y adjudicación, señala que *“La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”*.

A estos efectos resulta de interés citar que, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de

contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate”.

Respecto a la subsanación de las ofertas, el criterio del TACP, compartido por este Tribunal, puede resumirse en la Resolución 651/2018, de 6 de julio, que dispuso que: *“Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) derecho de subsanación que corresponde a ese licitador, so pena de infringir el principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador asegure la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos de personalidad o representación de las empresas licitadoras, lo que ocurriría en casos como en los supuestos en que no se hubiera presentado la escritura de constitución de una sociedad, o la de apoderamiento de un representante, etc.”*

En el presente supuesto el recurrente no presentó su oferta de acuerdo al modelo Anexo I.1 de los pliegos, faltando la determinación del formato y características de los productos ofertados tal y como prescribía dicho Anexo.

El recurrente pretende subsanar su oferta, pero esto va más lejos de una simple subsanación, esto es, implica una modificación de la oferta al incorporar todos los elementos que faltaban, no existiendo constancia de la concordancia entre lo que oferta en su momento y actualmente.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina expuesta se desestima el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Jen Química, S.L. contra el Acuerdo, de 23 de enero de 2023, de la mesa de contratación por el que se le excluye del lote 1 del procedimiento de licitación del contrato de “adquisición de productos de limpieza, material desechable y aseo personal para los centros adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social” de la Consejería de Familia, Juventud y Política Social (7 lotes), expediente A7SUM-034411/2022.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.