

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

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa BE DISTIC, S.L. contra su exclusión del expediente de contratación A/SER-037561/2023 (5-C/24) del contrato de servicios “Actuaciones de grabación en las bases de datos del Registro General de explotaciones ganaderas, identificación animal y de los sistemas de gestión de movimientos de los animales de la Comunidad de Madrid 2024”, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior, de este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. – La convocatoria del procedimiento abierto se publicó en el Perfil del contratante el 19 de enero de 2024.

El valor estimado alcanza los 186.612,70 euros, para un plazo de ejecución de doce meses. Y fecha límite de presentación de proposiciones 5 de febrero.

Segundo. - El 29 de enero se produce una consulta de un licitador acerca del precio y a consecuencia de la misma se publica en el perfil del contratante el día 30 una

“Diligencia al Pliego de Cláusulas Administrativas” antes de los propios Pliegos con el siguiente contenido (y sin modificar el texto de los propios Pliegos): *“Para hacer constar que se rectifica, de conformidad con el art. 109.2 de la Ley 39/2015 de 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas I.1. al haberse constatado la existencia de error material, ya que el precio unitario por jornada ofertado sin IVA no debe incluir ni los gastos generales ni el beneficio industrial.*

...En el ANEXO I.1. PROPOSICIÓN ECONÓMICA, DONDE DICE:

| |
|--|
| Precio Unitario JORNADA Ofertado SIN IVA (en euros) |
| |

PRECIO UNITARIO JORNADA OFERTADO (debe incluir gastos generales y beneficio industrial).

DEBE DECIR

| |
|---|
| Precio Unitario JORNADA Ofertado SIN IVA, NI GASTOS GENERALES NI BENEFICIO INDUSTRIAL (en euros) |
| |

PRECIO UNITARIO JORNADA OFERTADO (no debe incluir gastos generales ni beneficio industrial) ...

Tercero.- El 15 de febrero de 2024 se publica Acta de la Mesa de Contratación en la que consta el rechazo de la oferta de la recurrente del siguiente literal *“La Mesa procede, en este sentido, a desechar la oferta presentada por la empresa BE DISTIC SOCIEDAD LIMITADA, por variar su proposición sustancialmente el modelo establecido – al incluir el precio unitario por jornada los gastos generales y el beneficio industrial – de conformidad con el art. 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.*

Cuarto.- En fecha 6 de marzo de 2024 BE DISTIC, S.L. presenta recurso especial en materia de contratación, solicitando la anulación de la exclusión recurrida y la retroacción de las actuaciones hasta el momento previo a dicha exclusión, procediendo a valorar la oferta presentada por BE DISTIC SL conforme al precio ofertado como único criterio contemplado en los pliegos de esta licitación, procediendo, a tenor de las ofertas presentadas, a proponer a BE DISTIC SL como adjudicataria del contrato al ser la mejor oferta de las presentada en base a los criterios de adjudicación definidos en los pliegos.

Quinto. - El 12 de marzo de 2024, 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 transpone 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).

Sexto. - El 13 de marzo se dio traslado para alegaciones a INTEGRA MGSÍ CEE S.L., no habiéndolas presentado en plazo.

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 como licitadora excluida del procedimiento, a tenor del artículo 48 de la LCSP, al considerar que sus derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se han visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial plantea como acto impugnado el acuerdo de exclusión publicado el 15 de febrero y notificado el mismo día, e interpuesto el recurso el 6 de marzo es temporáneo conforme al artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra la exclusión de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2. b) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega lo siguiente:

Su oferta es sin IVA, ni gastos generales ni beneficio industrial, como prueba es inferior a la oferta del otro licitador que si excluía expresamente estos conceptos:

| PLICA | EMPRESA | Precio Unitario JORNADA Ofertado SIN IVA, NI GASTOS GENERALES NI BENEFICIO INDUSTRIAL (€) |
|-------|------------------------|--|
| 1 | INTEGRA MGSÍ CEE S.L., | 394,48 € |
| 2 | BE DISTIC, S.L. | 299,90 € (Precio Unitario JORNADA Ofertado SIN IVA) |

Ha seguido el modelo de oferta del PCAP, que se limita a rellenar, y no la nota publicada como diligencia, que no es el modelo de oferta, que, incluso después de 30 de enero, tiene la misma redacción y se remite al documento que consta como ANEXO I.1. PROPOSICIÓN ECONÓMICA.

Alega también que la oscuridad en los Pliegos no puede beneficiar a quien la ocasiona.

Contesta el órgano de contratación que no puede alegar oscuridad, porque la nota informativa publicada es clara y no deja lugar a dudas sobre la modificación del

anexo I. Seguir la indicación es fundamental, porque existe una diferencia notable en la oferta solo sin IVA y sin IVA, beneficio industrial y gastos generales.

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, procedía la exclusión de la proposición: *“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”*

La oferta varía sustancialmente el modelo establecido procediendo la exclusión de la proposición.

Se comprueba por este Tribunal que BE DISTIC, S.L. oferta precisamente sobre el mismo modelo publicado del Anexo I.1, que tenía la misma redacción tras la publicación de la diligencia del día 30 de enero. Su oferta lleva firma de 5 de febrero.

Esta rectificación de la documentación contractual, que implica una variación significativa sobre el modelo de oferta debió dar lugar a una ampliación del plazo para presentar proposiciones rectificando el Anexo I.

A tenor del artículo 136.2 de la LCSP: *“Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124”*.

Y se considera en todo caso modificación significativa variar: *“b) El importe y plazo del contrato”*.

El importe del contrato varia si incluye o no el beneficio industrial y los gastos generales.

El artículo 122.1 de la LCSP expresa que *“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético”*.

La modificación introducida el 30 de enero no es un error material, de hecho o aritmético del artículo 109 de la LPA, como cita, dado que implica una operación de calificación jurídica por la que entiende el órgano de contratación, a resultas de una consulta, que el precio unitario del que parte calculado por jornada de grabación, no llega al precio base de licitación si no es con la suma del beneficio industrial y los gastos generales. En la memoria económica constan 85.602,16 euros fruto de 217 jornadas a 394,48 euros. Para llegar al precio base del contrato, de 93.306,25 euros hay que sumar beneficio industrial y gastos generales.

Tras este correo de consulta se publica la nota en la que se aclara que la oferta por jornada de grabación no incluye beneficio industrial y gastos generales.

Este no es un error material, un error matemático o de transcripción, sino un error en la configuración de la oferta, que debió lugar a una retroacción de actuaciones.

Aun cuando se considerará un error material, procedía igualmente la ampliación de plazo, porque es una modificación significativa de los Pliegos en los términos del artículo 136.2 de la LCSP.

Los Pliegos solo pueden ser modificados por error material, de hecho o aritmético, en otro caso conlleva la retroacción de actuaciones. Y aunque sea un error material, si la modificación es significativa requiere la ampliación de plazo.

Por otra parte, habiendo publicado una simple diligencia sin publicar una modificación del anexo de la oferta económica, es cierto que se genera una confusión, que no puede perjudicar a los licitadores. Como expresa el artículo 1288 del Código civil: *“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”*.

Sobre esta consideración opera también la presunción a favor del cumplimiento de las cláusulas del Pliego dimanante del artículo 139 de la LCSP, por la vinculación a sus cláusulas que deriva de la mera presentación de las proposiciones: *“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”*.

Por otro lado, entre la documentación contractual publicada se encuentra la memoria económica del contrato, publicada el 19 de enero, en la que figura el desglose del coste de la jornada objeto de licitación con un precio máximo de 394,98 euros. En ese desglose no figura ni IVA, ni beneficio industrial ni gastos generales. Ese mismo desglose consta en el punto 4 de la cláusula primera del PCAP (presupuesto), donde se recoge también el coste directo (85.602,16 euros: 394,98 euros multiplicado por 217 jornadas), el beneficio industrial y los gastos generales, y a resultas de todo el precio base de licitación, de 93.306,25 euros.

En el apartado 9 figura el único criterio de adjudicación: *“El contrato se adjudicará al licitador que presente una mayor baja en el precio estimado por jornada de grabación (394,48 euros)”*.

Está claramente determinado en la documentación contractual, antes de la publicación de la nota de 29 de enero, que la jornada de grabación de 394,98 euros no comprende beneficio industrial, ni gastos generales, ni IVA.

Por ello, incluso con la omisión de las palabras “ni gastos generales ni beneficio industrial” es perfectamente deducible por la Mesa de Contratación que BE DISTIC licita una oferta por jornada sin repercutir estos conceptos, máxime si la suya es la más económica, 299,90 frente a INTEGRRA, que va al tope de 394,98, también sin esos conceptos. La propia INTEGRRA no podría haber ofertado 394,98 euros si no supiera por los Pliegos y la memoria que esa cantidad no incluye beneficio industrial, gastos generales ni IVA. Si pensara lo contrario tendría que haber deducido los porcentajes de beneficio industrial y gastos generales de esa cantidad, para no sobrepasar el tope.

Todo ello independientemente de la rareza que supone no incluir en el precio de licitación el beneficio industrial y los gastos generales, que quedan fuera de la posibilidad de licitar.

Ante estas circunstancias no es de aplicación el artículo 84 del RCLCAP, pues no varía sustancialmente el modelo establecido, es el mismo que sigue en el Anexo, no procediendo la exclusión. A lo sumo se podría solicitar una aclaración de los términos de la oferta, porque no variaría la misma, para ratificar.

Procede la estimación del 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. – Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa BE DISTIC, S.L. contra su exclusión del expediente de contratación A/SER-037561/2023 (5-C/24) del contrato de servicios “actuaciones de

grabación en las bases de datos del Registro General de explotaciones ganaderas, identificación animal y de los sistemas de gestión de movimientos de los animales de la Comunidad de Madrid 2024”, de la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior.

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. - Levantar la suspensión automática del procedimiento del artículo 53 de la LCSP.

Cuarto. - 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.