

Recurso 440/2023
Resolución 468/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 4 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERINGE S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 4 de septiembre de 2023, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la citada empresa y la adjudicación a otra entidad del **lote 3** del contrato denominado “Suministro de material TIC para la dotación de un mínimo de 7000 unidades del puesto de trabajo digital durante el año 2003”, convocado por la Agencia Digital de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa (Expte. CONTR 2023 0000343658), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de junio de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los licitadores a través del citado perfil, produciéndose con posterioridad varios anuncios de corrección de errores en los pliegos y ampliación del plazo de presentación de ofertas. El valor estimado del contrato asciende a 8.258.870 euros, estando cofinanciado con fondos FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) en un 85%.

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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del procedimiento de adjudicación, el 4 de septiembre de 2023 el órgano de contratación dictó resolución acordando la exclusión de la empresa recurrente y la adjudicación del contrato, respecto al lote 3, a la entidad TEKNOSERVICE S.L. La citada resolución se publicó en el perfil de contratante el 7 de septiembre de 2023, remitiéndose su notificación y produciéndose su recepción por la ahora recurrente el 5 de septiembre.

SEGUNDO. El 15 de septiembre de 2023, la entidad SERINGE S.A. (SERINGE, en adelante) presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la resolución antes citada en cuanto acuerda su exclusión de la licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, de 18 de septiembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para la tramitación y resolución del recurso que ha tenido entrada con posterioridad en esta sede.

Mediante escritos de 21 de septiembre de 2023, se confirió trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, habiéndose presentado en plazo las formuladas por TEKNOSERVICE S.L. (TEKNOSERVICE, en adelante).

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.

SEGUNDO. Legitimación.

La recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de entidad licitadora que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone sustantivamente contra la exclusión de la entidad recurrente, acordada en la resolución por la que se adjudica el contrato. Así pues, hemos de estar al acto formalmente impugnado para determinar el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad del recurso. En este sentido, el escrito de impugnación afecta al acto de adjudicación de un contrato de suministro con valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por una entidad pública con la condición de poder adjudicador, siendo procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial *ex lege*.

El recurso se interpone contra un acto derivado de una licitación financiada con fondos europeos; por tanto, de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, su tramitación tiene preferencia en orden a la resolución que deba dictarse por este Tribunal.

SEXTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la entidad recurrente.



Solicita la anulación de la resolución del órgano de contratación, de 4 de septiembre de 2023, por la que se acordó su exclusión del lote 3, para que se proceda a la retroacción del procedimiento de adjudicación a efectos de permitirle subsanar los defectos apreciados en la documentación presentada.

Con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes, hemos de tener en cuenta los siguientes datos de interés para la resolución de la controversia:

1. El objeto del lote 3, según el Anexo I (características del contrato) del PCAP, es <<Puesto digital con equipo microordenador portátil para Perfil 3 -ADA- Servicios Centrales>>. Asimismo, el Anexo XII relativo al modelo de proposición económica a incluir en el sobre 3 señala, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

<<Se compromete, a ejecutar el contrato en los plazos y con estricta sujeción a los requisitos exigidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas aprobados por el órgano de contratación, de acuerdo con las condiciones ofertadas, y a aplicar para cada uno de los lotes los precios, condiciones y características técnicas que se señalan en los siguientes cuadros.

El licitador deberá cumplimentar todas y cada una de las informaciones requeridas en los cuadros que se relacionan a continuación:

🕒 *Cuadro 1 (información general de los lotes): información general del lote y precio completo del mismo. Todos los campos deberán ser rellenados sin dejar ninguno en blanco. La información contenida en este cuadro no se usará a efectos de baremación. Es simplemente información descriptiva.*

🕒 *Cuadro 2 (preguntas criterios de baremación): Cuestionario de obligado cumplimiento de cada lote. Este es el cuadro que contendrá los datos que servirán para la valoración/baremación de cada lote. Todos los campos deberán ser rellenados sin dejar ninguno en blanco.*

🕒 *Cuadro 3 (preguntas características técnicas): Cuestionario de obligado cumplimiento del bien para cada lote. Criterios que permiten comprobar el cumplimiento del Pliego de Prescripciones técnicas. Estos datos no serán baremados. Solo se revisarán para comprobar que se cumplen características exigidas en el PPT. Permitirán la exclusión en caso de incumplimiento de las características exigidas en PPT. Todos los campos deberán ser rellenados sin dejar ninguno en blanco.*

(...)

Cuadro 3. Cuestionario de obligado cumplimiento del bien para cada lote. Criterios que permiten comprobar el cumplimiento del Pliego de Prescripciones técnicas.

Preguntas sobre características técnicas, que no serán usadas a efectos de baremación.

Estas preguntas serán revisadas a los efectos de comprobar que se cumplen los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas. No tendrán afectación a efectos de baremación/valoración. Todas las preguntas deberán ser contestadas sin dejar ninguna en blanco. Se deberá tener en cuenta que para continuar en el proceso se deben cumplir todos los requisitos exigidos en el PPT para cada lote. Se rellenará por cada lote ofertado

(...)

38 ¿Cumple el bien la normativa DSEG, REBT, CEE, RENV y RAEE?. Indicar “SI” o “NO”.

(...)

52 Número de puertos USB-A del monitor>>.



Al respecto, el apartado 9 del PPT indica que <<1. Todos los bienes ofertados deberán ajustarse a lo establecido en la Directiva 2001/95/CE, relativa a la Seguridad General de Productos, y en el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, B.O.E. Nº 9 publicado el 10/1/2004, en aplicación de dicha Directiva en España. Además, los bienes no presentarán superficies ni deformables ni cortantes, rebabas o elementos punzantes, que puedan suponer un riesgo de cortes. (DSEG)

2. Todos los modelos que vayan conectados a la red eléctrica cumplirán la normativa del Real Decreto 842/2002 del 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, así como la Directiva Europea de Baja Tensión (2006/95/CE). (REBT)

3. Los productos ofertados, en la medida que les sea de aplicación, cumplirán los requisitos de protección establecidos en el Real Decreto 186/2016, de 6 de mayo de 2016, por el que se regula la compatibilidad electromagnética de los equipos eléctricos y electrónicos. (CEE)

4. Los productos deberán ser conformes con la Ley 10/1998 de 21 de abril, de Residuos, y la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases, especificando si se dispone de sistemas o productos gratuitos de depósito, devolución y retorno de envases y embalajes gestionados por la persona licitadora. (RENV)

5. En materia de restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas y sobre la gestión de los residuos de los productos eléctricos y electrónicos ofertados en el presente acuerdo marco, serán de aplicación la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, el Real Decreto 219/2013, de 22 de marzo, sobre restricciones a la utilización de determinadas sustancias peligrosas en aparatos eléctricos y electrónicos, Real Decreto 110/2015, de 20 de febrero, sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. (RAEE)>>.

2. En el Anexo XII presentado por SERINGE consta que oferta un portátil modelo JW-NP15IDL. Asimismo, como respuesta a la pregunta 38 del cuadro 3 consta <<NO>> y como respuesta a la pregunta 52, se indica <<NA>>.

3. En la sesión de la mesa de contratación, de 27 de julio de 2023, se acordó proponer la adjudicación del lote 3 del contrato a la entidad recurrente.

4. Con posterioridad, el 9 de agosto de 2023, se emitió informe por el Gabinete Estratégico del Servicio de Producción en el que se concluye que, tras la revisión técnica de la oferta de SERINGE en el lote 3, se comprueba que la misma incumple el pliego de prescripciones técnicas (PPT). En concreto se señala que <<Después de revisada la oferta del licitador adjudicatario del lote indicado, en base a lo que la empresa certifica sobre el material ofertado (cuestionario/formulario del PCAP, páginas 89 a 92) se certifica que la empresa incumple dos de los aspectos que se indican como obligatorios en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Son los siguientes:

2.1 Pregunta 38 - ¿Cumple el bien la normativa DSEG, REBT, CEE, RENV y RAEE?. Indicar “SI” o “NO”.

El licitador responde “NO”.

En el pliego de prescripciones técnicas se desarrolla el apartado “9- NORMATIVA DE SEGURIDAD Y GESTIÓN DE LOS PRODUCTOS Y SUS RESIDUOS” en el que se describen las normativas a cumplir. Esto, al formar parte del PPT supone una obligación para el licitador. La respuesta negativa supone que el licitador declara no cumplir esa normativa.

2.2 Pregunta 52 - Número de puertos USB-A del monitor

El licitador responde NA.

En el pliego de prescripciones técnicas en el apartado “5-CARACTERÍSTICAS DE LOS BIENES A ADQUIRIR”, subapartado “5.5-Monitor de al menos 23””, se indica que el monitor deberá cumplir con una serie de características técnicas, entre ellas:



• Una entrada de video HDMI, otra USB-C y **dos puertos USB-A** de salida. El puerto USB-C debe ser con capacidad de “Power Delivery” de al menos 65 W de salida.

La respuesta del licitador incumpliría este condicionante>>.

5. En la sesión de la mesa de contratación, de 9 de agosto de 2023, se acordó la exclusión de SERINGE en el lote 3 y la propuesta de adjudicación del citado lote a TEKNO SERVICE S.L. Finalmente, el 4 de septiembre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución acordando la exclusión de la recurrente en el lote 3 y la adjudicación de dicho lote.

Pues bien, SERINGE recurre su exclusión, solicitando la anulación de la resolución en que se acuerda y la retroacción de actuaciones a fin de que se le conceda plazo de subsanación. Alega que no cuestiona que sean exigibles los requisitos referidos a las preguntas 38 y 52 del cuadro 3 del Anexo XII del PCAP, sino que se le haya excluido sin concederle plazo de subsanación cuando se trataba de un error al completar el documento.

Respecto a la pregunta 38, indica que va referida al cumplimiento de extremos tan básicos como que los equipos cumplan con los requisitos previstos en las normativas de baja tensión y sobre seguridad general de los productos, que necesariamente deben cumplirse para poder comercializar los bienes en el territorio nacional y de la Unión Europea. Por tanto, sostiene que el hecho de marcar un <<NO>> solo puede interpretarse como un error.

Y en cuanto a la respuesta de la pregunta 52, manifiesta que el error es aún más patente porque la expresión <<NA>> carece de un sentido lógico. Añade que <<si se hubiera concedido al licitador la oportunidad de pronunciarse sobre esta respuesta en lugar de haber procedido a su exclusión directa, se podría haber aportado, por ejemplo, la hoja de producto en el que se habría verificado que el producto sí cumple con las especificaciones del PPT (documento nº 4, hoja de producto del monitor 238 & 2308 family: JWG_2308B)>>.

Aduce que se trata de un claro error material reparable fácilmente y, tras citar diversas resoluciones de Órganos de resolución de recursos contractuales, concluye (i) que su exclusión es contraria a los principios de buena administración, de proporcionalidad, antiformalista y de igualdad, (ii) que se ha sometido a las condiciones previstas en los pliegos con el ánimo de cumplirlos y (iii) que la subsanación de los errores materiales cometidos no supondría alteración de su oferta pues no afectaría a los modelos de productos a suministrar, sino que se trataría de una mera aclaración de lo que patentemente es un error manifiesto.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso señalando, con invocación de una resolución de este Tribunal, que no existe obligación legal de solicitar subsanación y/o aclaración de la oferta técnica o económica por parte de la mesa de contratación y que dicho órgano consideró que no había nada que aclarar puesto que los términos en que se pronunció la recurrente eran claros y cualquier explicación posterior hubiera supuesto la modificación de la oferta con clara infracción del principio de igualdad de trato.

Asimismo, sostiene que el error alegado por la recurrente no es ostensible, ni manifiesto, ni indiscutible, ni se exterioriza por su sola contemplación, implicando su rectificación una modificación de la oferta técnica, proscrita por nuestro ordenamiento jurídico, máxime teniendo en cuenta que la subsanación de uno de los “errores” implica necesariamente indicar un número de puertos del equipo, dato que no fue aportado en el momento procedimental oportuno con la presentación de la oferta, y no puede serlo en un momento posterior. Concluye, pues,



que la actuación de la mesa de contratación ha sido respetuosa con los principios de igualdad de trato, de concurrencia y de transparencia que rigen en la contratación del sector público.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

TEKNOSERVICE se opone a los argumentos del recurso exponiendo, en síntesis, lo siguiente:

- En cuanto a la respuesta <<NO>> a la pregunta 38 <<¿Cumple el bien la normativa DSEG, REBT, CEE, RENV y RAEE?>>, manifiesta que el PPT va más allá del simple cumplimiento de los requisitos del reglamento de baja tensión o la normativa genérica sobre seguridad general de los productos y que el bien que se está ofertando no está en el mercado, sino que se trata de un prototipo, contraviniendo lo previsto en el apartado 13 del PPT en cuanto señala que los productos ofertados serán nuevos y estarán en disposición de venderse al público en el mercado nacional en el momento de realizarse la oferta, no pudiendo ofertarse prototipos.

Señala que el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE, creó el Registro Europeo de Productos para el Etiquetado Energético (EPREL), que es una base de datos de la Comisión Europea en la que los proveedores deben registrar sus productos para obtener la etiqueta energética necesaria para poder comercializarlos. Dicho registro es obligatorio para los productos que, debiendo disponer de etiqueta energética, pretendan salir al mercado; por tanto, manifiesta que este tipo de bienes -entre los que se encuentran las pantallas electrónicas- solo estarían en disposición de venderse en el mercado de forma legal si están registrados en esta base de datos.

En tal sentido, señala que el producto ofertado por SERINGE (monitor 238 & 2308 family; JWG-2308-B, según se concreta en el propio recurso) no figura en el registro, por lo que no es un producto comercializable ni cumple lo exigido en el PPT, habiéndose ofertado un prototipo de monitor JETWING; y concluye que las afirmaciones de la recurrente de que sus equipos cumplen las normas exigidas, en realidad se refieren a un compromiso de que las cumplirán.

- En cuanto a la pregunta 52 del cuestionario << Número de puertos USB-A del monitor>>, TEKNOSERVICE aduce que la recurrente pretende resolver ahora su incumplimiento mediante la presentación de una ficha técnica elaborada con motivo de la presentación del recurso, describiendo un equipo que no está aún registrado, y que puede ser objeto de modificaciones a gusto del licitador. Al respecto, indica que es llamativo el hecho de que en la ficha del producto aparezca en rojo el número de puertos de que dispone el monitor, prueba de que la ficha se está haciendo ahora para fundamentar el recurso, cuando podría haber presentado (si existiese) la ficha del producto existente el día en que finalizó el plazo de presentación de ofertas.

- La posibilidad de subsanación a que alude la recurrente no se limita a una mera aclaración. Sostiene la entidad interesada que el error que SERINGE dice haber cometido no es material conforme a la doctrina del Tribunal Supremo y que, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas sobre los equipos ofertados, la gran indefinición de los mismos y la posibilidad de modificarlos ahora con motivo de la subsanación que se le solicite, no es posible conceder a la recurrente un plazo de subsanación.

SÉPTIMO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. La controversia suscitada se centra en discernir si la exclusión de la recurrente en el lote 3 por los defectos en la cumplimentación del cuestionario de preguntas para



determinar el cumplimiento del PPT (cuestionario incluido en el Anexo XII del PCAP), sin previo plazo de subsanación, es o no ajustada a Derecho.

Ciertamente, asiste la razón al órgano de contratación cuando señala en su informe al recurso que legalmente -y así lo ha indicado este Tribunal en algunas de sus resoluciones como la 461/2022- solo existe obligación de requerir subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 141.2 de la LCSP), pero no de la oferta técnica ni de la económica. En cuanto a estas últimas, no existe norma alguna que imponga la subsanación y/o aclaración de sus términos, de modo que el otorgamiento o no de un plazo al respecto exige analizar las circunstancias de cada caso concreto, debiendo ponderarse en esta decisión el respeto a una serie de principios básicos de la contratación pública como el de igualdad de trato, concurrencia y proporcionalidad (artículos 1 y 132 de la LCSP), así como el principio antiformalista que impregna esta materia y todo ello, con el ánimo de evitar que ofertas adecuadas puedan ser excluidas por la mera comisión de errores -materiales o no pero fácilmente subsanables- cuya rectificación no suponga en absoluto la modificación de los términos de la proposición presentada.

En el supuesto analizado, se da además la circunstancia de que la controversia gira respecto a la subsanación de un cuestionario establecido en el PCAP, cuyas respuestas van a permitir al órgano de contratación verificar formalmente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PPT para un determinado producto que tienen que ofertar los licitadores y que ya tiene que existir en el mercado, según determina el apartado 13 del PPT al señalar que *<<Los productos ofertados serán nuevos y estarán en disposición de venderse al público en el mercado nacional en el momento de realizarse la oferta, no pudiendo ofertarse prototipos>>*.

En definitiva, pues, hemos de considerar los siguientes extremos para resolver la cuestión aquí suscitada:

1. La contestación al cuestionario sobre cumplimiento de las características técnicas del producto del lote 3 se traduce en una simple declaración de cumplimiento del PPT y no en una efectiva constatación fáctica de esta circunstancia, como lo sería por ejemplo el examen de una muestra del producto ofertado. Es decir, no estamos en puridad ante un supuesto de efectivo incumplimiento del PPT porque se haya constatado materialmente durante la licitación que el producto no reúne algunos de los requisitos técnicos, sino ante una declaración formal de incumplimiento del propio licitador que, en principio, pudiera apuntar hacia un posible error, pues no es razonable que una entidad licitadora -que está interesada en la adjudicación del contrato- declare que incumple un requisito del PPT o no dé oportuna respuesta a una pregunta formulada. Se advierte, pues, como mínimo una incoherencia en las respuestas a las preguntas 38 y 52, más propia de un error burdo o grosero que de una efectiva manifestación voluntaria y consciente de la recurrente.
2. Al hilo de lo anterior, debe tenerse en cuenta que la recurrente, al presentar su oferta, ha aceptado íntegramente y de manera incondicional el contenido de los pliegos (artículo 139 de la LCSP), siendo irrazonable pensar que vaya a presentar una proposición para, de modo simultáneo, declarar abiertamente que no cumple una determinada característica técnica o no dar respuesta adecuada a otra de las preguntas del cuestionario.
3. El PPT exige, como hemos visto, que el producto ofertado esté en disposición de venderse en el mercado en el momento de realizar la oferta. TEKNOSERVICE, entidad interesada, alega que la recurrente ha ofertado un bien que no existe en el mercado, pues no se halla inscrito en el EPREL que es un registro obligatorio para que este tipo de bienes -que deben disponer de etiqueta energética-, puedan comercializarse. No obstante, nada dice al respecto el órgano de contratación, ni en el informe al recurso ni cuando adoptó la decisión de excluir de plano a la recurrente. Dicho órgano basó su exclusión en los datos de un cuestionario formal, sin más examen o indagación sobre la adecuación del producto al PPT.



Según el Anexo XII del PCAP cumplimentado por SERINGE e incluido en el sobre 3, el producto ofertado es un portátil modelo JW-NP15IDL. Siendo ello así y, dada la exigencia de previa comercialización del producto en el mercado, al órgano de contratación no le hubiese resultado difícil verificar, antes de excluir, si la respuesta a la pregunta 58 era un error, o cuantos puertos USB-A tenía el modelo ofertado. Ciertamente la recurrente pudo ser más diligente a la hora de rellenar el cuestionario, pero una exclusión por parte del órgano de contratación basada en la sola contemplación de unas respuestas, sin mayor indagación ni concesión a la recurrente de la oportunidad de demostrar su posible error y demostrar el cumplimiento del PPT -cuando se trataba de la mejor oferta- no parece la solución más acorde a los principios de proporcionalidad, de selección de la oferta más ventajosa y antiformalista.

4. Debe quedar claro que, en el supuesto analizado, no se está discutiendo la exclusión de la oferta en caso de incumplimiento de las dos características técnicas cuestionadas, sino solo si resultaba procedente conferir plazo de subsanación antes de tomar aquella decisión. TEKNOSERVICE sostiene que no es posible la subsanación porque ello permitiría a SERINGE modificar su oferta ya que el producto ofertado es un prototipo, que no está registrado y se halla sujeto a modificaciones a gusto del licitador, siendo llamativo por ejemplo que en la ficha del producto -que se adjunta con el recurso- aparezca en rojo el número de puertos del monitor.

Ahora bien, esa posible alteración del modelo ofertado a que alude la interesada es algo que habrá de constatar, en su caso, el órgano de contratación, tras el trámite de subsanación/aclaración que, en cumplimiento de la presente resolución, otorgue a la recurrente para acreditar que el modelo ofertado en el sobre 3 cumple las dos características técnicas aquí cuestionadas. En definitiva, partiendo de la premisa básica de invariabilidad de la oferta, una adecuada ponderación de los principios de la contratación pública antes mencionados, exige, a juicio de este Tribunal, que se cumpla el citado trámite.

En efecto, el respeto a los citados principios ha sido analizado por este Tribunal en muchas de sus resoluciones; citando, a título de ejemplo, la Resolución 418/2020, de 26 de noviembre, por las concomitancias que presenta con el supuesto aquí analizado donde el error versó sobre en un extremo de la oferta no valorable con arreglo a los criterios de adjudicación. En dicha resolución, señalábamos lo siguiente:

<< (...) ha de tenerse en cuenta que a la vista del criterio jurisprudencial consolidado por el Tribunal Supremo en la Sentencia, de 6 de julio de 2004, dictada en casación para unificación de doctrina -Recurso 265/2003-, una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, la libre concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (doctrina recogida en las Resoluciones de este Tribunal, entre otras, en la, 99/2016, de 13 de mayo, 22/2017, de 27 de enero, 309/2018, de 9 de noviembre, 72/2019, de 14 de marzo y 60/2020, de 14 de febrero).

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 del RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.

No obstante, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los Tribunales de recursos contractuales admite que es posible solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación que en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica.



En concreto, este Tribunal ha tenido ocasión de manifestarse en reiteradas ocasiones sobre dicha cuestión (v.g. Resoluciones 317/2015, de 15 de septiembre, 331/2015, de 1 de octubre, 108/2016, de 20 de mayo, 163/2016, de 6 de julio, 220/2016, de 16 de septiembre, 289/2016, de 11 de noviembre, 12/2017, de 13 de febrero, 28/2017, de 9 de febrero, 182/2017, 9 de septiembre y 61/2019, de 7 de marzo; entre otras muchas), y recientemente en su Resolución 303/2020, de 17 de septiembre.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas técnicas y/o económicas. Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- 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.*
- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador 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.*
- 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 al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, 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.*
- El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.*

Este principio de proporcionalidad asentado por la jurisprudencia europea ha sido elevado a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, que exige que los actos de los poderes adjudicadores no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiéndose entender 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 (v.g. Resoluciones de este Tribunal 323/2016, de 15 de diciembre, 172/2019, de 17 de enero y 213/2020, de 18 de junio, entre otras). Asimismo, el principio resulta de alcance legal en la LCSP, toda vez que el artículo 132 de la misma dispone que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.”

Al respecto, y en congruencia con lo expuesto, el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que antes de adoptar la decisión de excluir la oferta de la recurrente -opción que siempre tiene en última instancia la mesa o, en su caso, el órgano de contratación- se dé oportunidad a la entidad licitadora de ofrecer aclaraciones suplementarias, o corregir errores en su redacción.

Por otro lado, no deja de ser relevante el objeto sobre el que recaería la aclaración. A este respecto su objeto sería el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado Lote 1 del PPT, que no forma parte propiamente de la oferta sujeta a



valoración. En consecuencia, mediante la solicitud de aclaración no se estaría dando la oportunidad de alterar la oferta evaluable, sino de confirmar el cumplimiento de un requisito para que, de ese modo, el órgano de contratación pueda alcanzar seguridad jurídica y no albergar ninguna duda sobre la adecuación al pliego de todos los extremos de la proposición.

En este sentido, en el Anexo 9. n del PCAP “Modelo de oferta económica”, tras establecer el citado modelo para presentar la oferta, se dispone:

“Se recuerda que en el sobre C además de la anterior oferta económica debe incorporarse:

- Obligatoriamente, indicación de la marca y modelo ofertado; detalle de las características técnicas del vehículo ofertado, para poder comprobar que reúnen las características técnicas exigidas en el expediente y, conforme exige el PPTP, oferta de los plazos de envío del material de repuesto, que nunca podrán ser superiores a 5 días hábiles.”

Es decir, el error cometido no afectaba a la oferta económica, susceptible de valoración, sino a un elemento no valorable, en atención a que son prescripciones técnicas que necesariamente ha de cumplir el vehículo que se pretende adquirir, por lo que mediante una solicitud de aclaración sobre un aspecto atinente al modelo del vehículo ofertado no existe en principio la posibilidad de alterar la oferta. (...)

Así, en base a los principios de proporcionalidad y mayor concurrencia, a la vista del contenido de la documentación de la oferta, antes analizado, se ha de admitir la alegación de la recurrente en cuanto a que debería habersele concedido al menos la posibilidad de aclarar el mencionado extremo>>.

En el mismo sentido, cabe citar igualmente la Resolución 780/2023, de 15 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que, reproduciendo literalmente el contenido de resoluciones anteriores del citado órgano, hace referencia a la Resolución 127/2019, de 18 de febrero, en cuanto señala lo siguiente:

<< Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995”.

(...)

Nos encontramos, es claro, ante una cuestión eminentemente casuística, que exige examinar las concretas circunstancias de cada caso, esto es, la naturaleza y alcance del error padecido, las previsiones de los pliegos, y, sobre todo, los efectos que produciría sobre la oferta la subsanación o modificación de la misma que en cada caso fuese precisa para salvar dicho error. La jurisprudencia de la Unión Europea ha calificado como contraria al principio de buena administración la desestimación de las ofertas sin ejercer esa facultad de solicitar aclaraciones, cuando la ambigüedad detectada en su formulación puede explicarse de un modo simple y disiparse fácilmente (Sentencia de



10 de diciembre de 2009, del Tribunal de Primera Instancia, TJCE 2009,386; As. T195/08). Por lo tanto, no se vulnera del principio de igualdad de licitadores por el mero hecho de que el órgano de contratación (la mesa, en este caso) solicite aclaraciones a los licitadores sobre el contenido de las ofertas que han presentado, ya que dicha actuación es una exigencia derivada de los principios de buena administración y proporcionalidad, igualmente aplicables a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos>>.

Con apoyo en la doctrina expuesta y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado, el otorgamiento de un plazo a la recurrente (i) para corregir el posible error en la respuesta a la pregunta 38 y (ii) para contestar adecuadamente a la pregunta 52 no hubiera supuesto modificación de la oferta y hubiera sido más respetuoso con los principios de proporcionalidad, antiformalista y de selección de la oferta más ventajosa. El órgano de contratación pone especial énfasis en que el error alegado por SERINGE no era ostensible, manifiesto ni indiscutible, pero no es este el factor determinante a tener en cuenta para la concesión o no de un plazo de subsanación/aclaración a la recurrente, sino el hecho de que el mismo no iba a suponer alteración de la oferta inicial y hubiese permitido confirmar determinados extremos sobre el cumplimiento del PPT por parte de la oferta más ventajosa en el lote 3.

Procede, pues, estimar el recurso y anular la resolución impugnada en la que se acuerda la exclusión de SERINGE, debiendo retrotraerse las actuaciones a fin de que se conceda al recurrente plazo de subsanación/ aclaración para acreditar el cumplimiento de las dos características técnicas discutidas, debiendo velar el órgano de contratación a la hora de adoptar su decisión definitiva por que se respete en todo momento el principio de invariabilidad de la oferta.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **SERINGE S.A.** contra la resolución del órgano de contratación, de 4 de septiembre de 2023, por la que se acuerda la exclusión de la oferta de la citada empresa y la adjudicación a otra entidad del **lote 3** del contrato denominado “Suministro de material TIC para la dotación de un mínimo de 7000 unidades del puesto de trabajo digital durante el año 2003”, convocado por la Agencia Digital de Andalucía, entidad adscrita a la Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa (Expte. CONTR 2023 0000343658); y en consecuencia, anular el citado acto, a fin de que se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo “*in fine*”.

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. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes 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.

