



Recurso nº 486/2017 C.A. de Galicia 58/2017

Resolución nº 606/2017

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL

DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de julio de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. C. V. C., actuando en nombre y representación, en su condición de administrador único de la mercantil COMERCIAL HOSPITALARIA GRUPO 3, S.L., contra la Resolución de 19 de abril de 2017 del Consejo de Administración de la Sociedad mercantil pública Xenética Fontao, S.A., por la que se acuerda la adjudicación del contrato de *“suministros sucesivos y por precios unitarios, mediante acuerdo marco, con un único empresario por cada lote de diverso material para los laboratorios de dicha sociedad Mercantil”* y se acuerda el desistimiento del procedimiento de contratación referenciado, entre otros, respecto del lote nº 3, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Sociedad mercantil pública Xenética Fontao, S.A. convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, Diario Oficial de Galicia y BOE en fechas, respectivamente, 20, 22 y 27 de septiembre de 2016, licitación para la adjudicación del contrato arriba referido, con un valor estimado (IVA excluido) de 2.150.581,56 €, finalizando en fecha 25 de octubre de 2016 el plazo de presentación de ofertas, y concurriendo al lote contra cuyo desistimiento se dirige este recurso, el Lote 3, además de la recurrente otras dos mercantiles, PROQUINORTE, S.A., VWR INTERNAT. EUROLAB.

Segundo. De los pliegos rectores del procedimiento destacan las siguientes Cláusulas:

- Del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, la Carátula, apartado D, en que se lee, en lo relativo al “PRESUPUESTO DE LICITACIÓN Y ANUALIDADES”, que:

“El presupuesto de licitación correspondiente a cada acuerdo marco por cada uno de los lotes licitados es lo que se señala a continuación, a lo que se le añade el importe correspondiente al IVA (21%), lo que supone el presupuesto total del expediente de gasto que para cada uno de ellos se refleja.

Asimismo, consta la distribución por anualidades.(...)

Consignándose, respecto del Lote 3, titulado “material diverso de laboratorio”, un presupuesto de licitación para 2016 de 20.791,06 € más IVA; para 2017 de 41.761,11 €; para 2018 de 41.817,93 €; para 2019 de 41.772,50 € y para 2020 de 41.772,50 €

Y, en fin, concluyendo esta Cláusula, para lo que aquí interesa que

“Respecto a cada uno de los lotes, el presupuesto de licitación es el importe correspondiente a cada conjunto de artículos, sin IVA (precio máximo unitario, sin IVA, multiplicado por el núm. de unidades determinado por la sociedad mercantil pública XENÉTICA FONTAO, S.A., que se estima consumir). Constan especificados en el pliego de prescripciones técnicas (PPT) los correspondientes artículos, así como los respectivos precios máximos unitarios y las unidades de consumo estimadas.”

Igualmente del PCAP destaca el apartado U de la Carátula, a cuyo tenor:

“Con independencia de la concurrencia de otras causas de exclusión, serán inadmisibles las ofertas que presenten precios unitarios por producto superiores a los establecidos en el pliego de prescripciones técnicas como precios unitarios máximos, así como las que excedan de la cuantía total señalada como presupuesto máximo de licitación.”

- En tanto que del Pliego de Prescripciones Técnicas, destaca la siguiente cláusula (3), relativa a la descripción de los lotes (unidades de consumo estimadas, precios unitarios máximos, presupuesto de licitación e IVA):

“(...) En el caso de erratas existentes en la redacción de alguna de las relaciones anteriores de artículos, o de errores matemáticos, no subsanables, se procederá a la exclusión del artículo/s afectado/s del lote correspondiente, con los ajustes precisos que de esto se deriven (...)”.

Tercero. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 2 de octubre y en 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. Concluyendo con el mencionado acuerdo de 19 de abril de 2017 del Consejo de Administración de Xenética Fontao, S.A., por el que se acuerda la adjudicación del contrato y se acuerda, asimismo, el desistimiento del procedimiento respecto del lote 3.

Cuarto. Dicho acuerdo, razonaba, respecto de los Lotes 2, 3 Y 4 que la mesa de contratación, en relación con los lotes 2, 3 y 4, detectó errores sistemáticos y no sistemáticos en los cálculos de los importes de los lotes por anualidades, lo que determinaría la exclusión de los licitadores que exceden del presupuesto total, aunque los importes unitarios están dentro de los umbrales máximos fijados en los pliegos. Ante esta situación la Mesa propone el desistimiento del procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155.4 TRLCSP.

Notificada que fue a la recurrente la resolución anterior en fecha que no consta, pero no anterior al 2 de mayo de 2017, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44.1 TRLCSP, ésta presentó en fecha 18 de mayo siguiente en el Registro del órgano de contratación escrito anunciando la interposición del presente Recurso especial en materia de contratación. Siendo que en virtud del artículo 44.2 y siguientes del TRLCSP, se presentó en fecha 19

de mayo del año en curso, en este Tribunal y por vía electrónica, escrito de interposición del recurso.

Quinto. En el escrito de interposición se alegaba la improcedencia del desistimiento acordado respecto del LOTE 3, en razón de que nos encontramos ante un simple error material, aritmético, en la configuración del pliego que en nada afecta a la preparación y determinación de la oferta por parte de los diferentes licitadores; tratándose de errores además, subsanables, que, en lo demás, en su conjunto suponen el alza del precio máximo de licitación en 5,15-€ para el lote nº 3, por lo que un licitador que presentare oferta no se vería excluido por superar el precio máximo de licitación para el referido lote nº 3 si ha ofertado conforme a los precios máximos unitarios y el número de unidades determinadas anualmente.

Asimismo, se aducía que para el caso de considerarse insubsanable el error, entraría en juego la cláusula tercera del PPT, que establece en lugar del desistimiento la consecuencia, para el caso de tales errores, de quedar excluido el producto o productos afectados por los referidos errores.

Sexto. Con fecha 22 de mayo de 2017 el órgano de contratación emitió el informe al que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP y en fecha 1 de junio siguiente se dio traslado del recurso interpuesto, por cinco días, a las otras empresas licitadoras para que hicieran alegaciones, dejando las mismas transcurrir el plazo concedido sin hacer uso de este trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución a este Tribunal de competencia sobre recursos contractuales suscrito el 7 de noviembre de 2013 y publicado por Resolución de la Subsecretaría de Hacienda y Administraciones Públicas de 12 de noviembre de 2013 en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

Segundo. En aplicación del artículo 42 del TRLCSP ha de entenderse que la recurrente ostenta legitimación activa para la interposición del recurso.

Tercero. Se recurre la Resolución de 19 de abril de 2017 del Consejo de Administración de la Sociedad mercantil pública Xenética Fontao, S.A., por la que se acuerda la adjudicación del contrato de suministros sucesivos y por precios unitarios, mediante acuerdo marco, con un único empresario por cada lote de diverso material para los laboratorios de dicha sociedad Mercantil y se acuerda el desistimiento del procedimiento de contratación referenciado, entre otros, respecto del lote nº 3. En concreto se dirige la impugnación contra la desistimiento relativo a dicho lote.

Cuarto. Entrando en las alegaciones hechas en el escrito de interposición, suponen dichas alegaciones que los errores base del desistimiento combatido son errores subsanables y de escasa cuantía, los cuales no deberían haber determinado el desistimiento, el cual tampoco procedería aunque tales errores fueran insubsanables.

Sobre el desistimiento dispone el art. 155 TRLCSP que:

“1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.

3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá

promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.”

Quinto. Como pone de manifiesto la empresa recurrente, este Tribunal se ha ocupado del desistimiento del contrato, y de su alternativa, la rectificación de pliegos, anudando la procedencia de aquél a que sea insubsanable el error padecido, diciendo en su Resolución nº 245/2016, de 8 de abril, recaída en el Recurso nº 229/2016, cuanto sigue:

"Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de las modificaciones de los pliegos rectores de la licitación. Así, cabe citar en primer término la Resolución nº 281/2015, de 30 de marzo, en la que se examinaba la legalidad de una modificación del Pliego de cláusulas administrativas particulares producida una vez ya finalizado el plazo originalmente señalado para la presentación de ofertas, habiéndose ya presentado proposiciones a la licitación de que se trataba.

En dicha resolución se indicaba, de una parte, y en cuanto a la rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho, prevista en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como la Jurisprudencia del TS ha acotado con restrictivo criterio el contorno de la figura de la rectificación de errores identificándola con “aquellos casos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones”, o bien “meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso

acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas”.

Señalábamos entonces que del análisis de esta Jurisprudencia resulta que la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el órgano de contratación, pues la sola apreciación del supuesto dilema en la interpretación y su intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasarían el ámbito propio de la simple rectificación de un error.

De otra parte, se indicaba asimismo en esta resolución que “los pliegos que rigen determinada contratación no pueden, con carácter general, una vez aprobados, ser modificados por el Órgano de contratación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, los tres siguientes (entre otras, resolución 160/2014, de 28 de febrero, FJ octavo: a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 75 del RGCAP; b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC; c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 103 de la LRJPAC. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.”

De otra parte, en la Resolución nº 30/2014, de 17 de enero, analizábamos una modificación del pliego producida cuando el procedimiento de licitación se

encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, y, a tal respecto, se indicaba lo siguiente:

“La recurrente estima que en la modificación de los Pliegos producida (...) se ha vulnerado el principio de inalterabilidad de los pliegos que se refleja en los artículos 115, 116 y 142 del TRLCSP, particularmente, considerando que en estos preceptos se prevén trámites respecto de los cuales la modificación del pliego no ha sido considerada, solicitando así la nulidad de los pliegos.

El Tribunal considera que dicho argumento no resulta atendible, pues cuando el órgano de contratación entendió que procedía la rectificación de los pliegos y anuncios para incluir esos requerimientos, el procedimiento de licitación se encontraba en una fase de tramitación inicial en la que únicamente se había procedido a la publicación de los preceptivos anuncios, siendo así que, en aras de los principios de economía procedimental y de celeridad, nada impide acordar una rectificación de los pliegos y dar publicidad a dicha modificación con nuevos anuncios en los que se establezcan nuevos plazos para la presentación de proposiciones y la correlativa modificación de las fechas de apertura pública de las ofertas. Dicha actuación resulta plenamente garantista con los derechos de los licitadores y consigue un resultado idéntico al que se habría alcanzado con la anulación del procedimiento y la iniciación de otro posterior. Es más, el artículo 155.4 del TRLCSP supedita el desistimiento del procedimiento por el órgano de contratación a la circunstancia de que concurra una infracción “no subsanable” de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación.

En los supuestos que se examinan, la subsanación era posible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, párrafo segundo, del RGLCAP, en el que se dispone que cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que éstos, debiendo computarse, en su caso, a partir

del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”, requisitos éstos cumplidos en el caso que nos ocupa.

Si examinamos a la luz de dicha doctrina la modificación operada en el pliego de prescripciones técnicas a la que se refiere el presente recurso, nos encontramos con que, de una parte, se ha venido a suprimir la exigencia de los certificados ecológicos, y, de otra, se han corregido las cifras del Anexo I en cuanto a las unidades de tóner previstas, ajustándolas a las dos anualidades de duración del contrato. Esta segunda modificación no es objeto de crítica en el recurso y, en cualquier caso, no parece que vaya más allá de una simple rectificación o aclaración, debiendo pues centrar nuestra atención en la primera de las modificaciones, que es la que se encuentra vinculada a las alegaciones realizadas por la Asociación recurrente. De otra parte, la modificación operada en el Pliego de cláusulas administrativas particulares es puramente instrumental, atendiendo a la ampliación del plazo de presentación de proposiciones.

La modificación se traduce, como ya se ha adelantado, en la supresión del requisito relativo a la obligatoria aportación de alguna de las etiquetas ecológicas que se expresaban en la inicial redacción de la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas.

Al respecto, considera el órgano de contratación en su informe que se trata de un claro y patente error de hecho que debía necesariamente ser objeto de rectificación, en tanto que los productos comprendidos en el objeto de la licitación no podían incorporar las etiquetas ecológicas exigidas inicialmente, que solo resultaban aplicables respecto de productos excluidos expresamente de la licitación, de acuerdo con la cláusula 1 del PPT.

Por nuestra parte, y teniendo presentes las previas consideraciones sobre esta materia, estimamos que no se puede considerarse esa supresión como una simple corrección de un error material del pliego, por cuanto la circunstancia de su no exigibilidad requiere en todo caso una operación

valorativa que va más allá de la simple subsanación de un error material. Tampoco, en fin, cabe calificar a esta modificación como una mera aclaración del pliego, puesto que no se trata de esclarecer oscuridad de tipo alguno, al haberse establecido con toda claridad en la redacción original este requisito que ahora se suprime.

Con todo, no estimamos que las anteriores consideraciones hayan de conducir a la estimación del recurso en el sentido postulado por el recurrente. En la línea de la segunda de las resoluciones de este Tribunal que hemos citado previamente, debe también tomarse en consideración que las limitaciones para modificar los pliegos han de apreciarse a la luz de las especialidades del procedimiento de adjudicación y teniendo asimismo presente tanto el alcance de la modificación como el momento del procedimiento de licitación en que se produzca, así como la eventual existencia de ofertas presentadas al amparo del pliego original que luego se ve modificado, momento en el que aparecen terceros interesados cuyos intereses legítimos se podrían ver afectados por la modificación.

De otra parte, cabe apuntar asimismo que las consideraciones que hemos reflejado en torno a los límites para la modificación de los pliegos en nada impiden al órgano de contratación, advertida durante la licitación la existencia de cualquier error, vicio, defecto o incongruencia en los mismos, el plantear una nueva licitación en la que se subsanen o corrijan tales defectos, no quedando lógicamente vinculado por ellos. Así resulta de lo dispuesto en el art. 155 del TRLCSP, que permite desistir del procedimiento de adjudicación con fundamento “en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa”. Precisa además dicha norma que el desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

Dicho precepto se ocupa así de resaltar que tal desistimiento ha de quedar justificado por la existencia de vicios no subsanables, dejando así abierta la

posibilidad (o, por mejor decir, necesidad) de subsanar, de ser posible, los defectos advertidos."

Sexto. Así, con carácter general, se supedita la posibilidad de desistimiento del contrato a sólo los casos en que concurra la nota de insubsanabilidad del error padecido. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa concurre la circunstancia de que el PPT prevé una solución distinta al desistimiento del contrato para los casos en que sea insubsanable el vicio que contengan. Así, como se ha apuntado más arriba, la cláusula tercera de dicho pliego establece que *"(...) En el caso de erratas existentes en la redacción de alguna de las relaciones anteriores de artículos, o de errores matemáticos, no subsanables, se procederá a la exclusión del artículo/s afectado/s del lote correspondiente, con los ajustes precisos que de esto se deriven (...)".*

De modo que sin necesidad de determinar si el error cometido era o no subsanable (a lo que, dicho sea de paso, no ayuda la más que deficiente motivación de la resolución recurrida) no puede sino anularse el acuerdo de desistimiento; toda vez que si debía entenderse que era subsanable, por la doctrina de este Tribunal interpretando el art. 155 TRLCS, no era procedente el desistimiento, como tampoco podía acordarse, si los errores eran insubsanables - procediendo en este último caso, conforme a la referida cláusula 3 PPT la exclusión del artículo o artículos afectados y la adjudicación del resto del lote-.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar el presente recurso interpuesto por D. C. V. C., actuando en nombre y representación de la mercantil COMERCIAL HOSPITALARIA GRUPO 3, S.L., contra la Resolución de 19 de abril de 2017 del Consejo de Administración de la Sociedad mercantil pública Xenética Fontao, S.A., por la que se acuerda la adjudicación del contrato de *"suministros sucesivos y por precios unitarios, mediante acuerdo marco de diverso material para los laboratorios de dicha sociedad Mercantil"* y se acuerda el

desistimiento del procedimiento de contratación referenciado, entre otros, respecto del lote nº 3.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1. k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.