

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

En Madrid, a 27 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don D.R.T., en nombre y representación de Al Air Liquide España, S.A., contra el Acuerdo de exclusión, lotes 1 y 2, del contrato “Suministro de gases a presión en la Universidad Autónoma de Madrid”, con número de expediente S-10/18, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 20 de marzo de 2018 se publicó en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público la convocatoria de licitación del contrato de suministro de referencia, con un valor estimado de 400.000 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto con criterio único (el precio).

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 6 ofertas, entre ellas dos correspondientes a la recurrente a los lotes indicados, constando en el Acta correspondiente a la sesión de la Mesa de contratación de 6 de abril de 2018 que se había admitido inicialmente a todas las licitadoras.

Con fecha 7 de mayo de 2018 se procedió a la apertura de los sobres que contenían la oferta económica de las licitadoras, constando en el Acta correspondiente a dicho acto los precios de todas las ofertas incluyendo las dos ofertas de Al Air Liquide España, S.A. A la vista de los indicados precios, la Mesa de contratación acuerda excluir las dos ofertas de la recurrente al contener precios diferentes. Este Acuerdo fue notificado a la recurrente con fecha 10 de mayo de 2018, haciendo constar como motivo de la exclusión *“De conformidad con el artículo 139.3 de la Ley 9/2017 y la cláusula 31 del PCAP, queda excluida por haber presentado dos proposiciones con distinto precio”*.

Tercero.- Con fecha 25 de mayo de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Al Air Liquide, España S.A., en el que solicita que se declare la nulidad del Acuerdo de exclusión ante lo que considera irregularidades en la tramitación electrónica del procedimiento.

El 29 de mayo 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, Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- No se ha considerado necesario proceder a conceder trámite de alegaciones a otros interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, el acuerdo de fecha 18 de abril de 2018, por el que se declara la exclusión de la recurrente, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018. Asimismo resulta de aplicación al contrato el régimen jurídico de la LCSP al haberse publicado la convocatoria del contrato el 20 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que presentó su proposición a la licitación del contrato de suministro, resultando excluida y *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta 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 7 de mayo notificándose el día 10 del mismo mes, e interpuesto el recurso, el 25 de mayo, 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 de un contrato de suministros de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento de la proposición de la licitadora al haberse presentado dos ofertas distintas.

Consta en el acta correspondiente al acto de apertura de ofertas que respecto de los precios de alquiler anual de recipientes, portes y alquiler diario de recipientes existen discrepancias. Así, para el lote 2, en la oferta número 1 se propone un precio de 15, 4 y 0,10 euros respectivamente y en la oferta número 2 de 10, 3 y 0,07 euros mientras que para el lote 1 se ofertan 20,00 euros y 21,00 euros, IVA no incluido, respectivamente.

Explica la recurrente que la presentación de dos ofertas se ha debido a que una vez presentada su oferta y habiendo advertido discrepancias en ciertos datos de la misma procedió a su subsanación en la Plataforma de Contratación del Estado *“(…) con la creencia de que, estando dentro del plazo de presentación de ofertas, los nuevos documentos presentados en el sobre A, serían tenidos como los documentos definitivos y válidos y anularían los anteriormente presentados”*. Explica que en la Guía de Servicios de Licitación de la Plataforma de Contratación del Estado, se ofrece la opción de *“Continuar la preparación de una oferta/solicitud de participación/subsanación”* y que en ningún caso, advertía o emitía error en caso de duplicidad de oferta, de lo que concluye que *“no pueden aplicarse las exigencias, en este caso, del Pliego de Cláusulas Administrativas a un procedimiento electrónico apoyado en una “Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas”, que no deja de ser “estándar” y que debiera de ofrecer todas las garantías”,* por considerar que de forma semejante a como ocurre con los Pliegos, si la plataforma ofrece datos oscuros a los licitadores se produce una inseguridad jurídica que no puede operar contra los mismos.

Por su parte el órgano de contratación en el informe técnico remitido a este Tribunal afirma que la decisión adoptada, es perfectamente ajustada a Derecho. *“El hecho de que la Plataforma de contratación del Estado haya permitido modificar la oferta, en nada vincula a este órgano de contratación que se ha de regir, como así*

ha hecho, por la normativa aplicable y por los PCAP". En todo caso, la Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de Ofertas es una guía orientativa y en el propio aviso legal de la Plataforma de Contratación del Estado se informa que: "Los textos, normativa y en general cualquier información contenida en las páginas de este Portal, que no forme parte de los perfiles de contratante integrados en la Plataforma de contratación del Sector Público, tienen carácter meramente informativo", por lo que nunca podrán prevalecer frente a lo dispuesto en una Ley de carácter básico, la LCSP y en los PCAP.

El artículo 139.3 de la LCSP, al igual que su predecesor el artículo 145 del TRLCSP, prohíbe la presentación de proposiciones simultáneas por la misma licitadora *"Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas"*. Resulta muy claro el tenor literal de este precepto que encuentra su fundamento en el principio de igualdad de trato.

En este sentido resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, *"29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo*

que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-) (...).

31. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las Sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)”.

De tal forma que aun en el caso de admitir la existencia de un error por parte de la recurrente, incluso concediendo que el mismo pudiera haberse debido a un caso de defectuosa configuración del sistema de licitación en la Plataforma de licitación, lo cierto es que no resulta posible proceder a la subsanación de la oferta que pretendía la recurrente al introducir nuevos datos en la plataforma, sin considerar que en realidad lo que se ha producido es la presentación de dos ofertas simultáneas, que lleva aparejada la exclusión de ambas.

A ello cabe añadir que la actuación de la Mesa de contratación fue correcta sin perjuicio de los posibles defectos que pueda presentar la Plataforma de Contratación Pública del Estado sobre la que ninguna responsabilidad tiene, en este caso la Universidad Autónoma, debiendo tenerse asimismo en cuenta que la Guía de funcionamiento de aquella, a la que la recurrente imputa el error padecido, no tiene carácter vinculante, como afirma el órgano de contratación en su informe. Dicha guía por otro lado además del cuadro que indica la recurrente que le ha inducido a confusión al establecer como aparente alternativa en la presentación de ofertas *“crear una nueva oferta”* o *“continuar la preparación de una oferta (...)*”, ofrece información sobre el modo de llevar a cabo las modificaciones de la oferta en el punto 5. *“Modificar sobre seleccionado”* que explica que esta opción *“permite variar el contenido del sobre una vez firmado. Si se modifica el contenido del sobre, es necesario volverlo a firmar, pues la firma electrónica primitiva ya no sería válida”*.

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 don D.R.T., en nombre y representación de Al Air Liquide España, S.A., contra el Acuerdo de exclusión, lotes 1 y 2, del contrato “Suministro de gases a presión en la Universidad Autónoma de Madrid”, con número de expediente S-10/18.

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 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.