

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

En Madrid, a 9 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Instrumentación y Componentes S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 4 de enero de 2023, por la que se excluye la oferta del procedimiento de licitación del contrato de suministros “Materiales y el equipamiento necesario para la medición cuantitativa y no invasiva del óxido nítrico (8FeN) en los servicios de alergia y neumología en el Hospital Universitario Clínico San Carlos” número de expediente PA 2022-0.034, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fecha 15 de noviembre de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 210.600 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 4 licitadores, entre ellos el recurrente.

Segundo.- Antecedentes

Alcanzado el momento procesal de conocimiento de las ofertas económicas propuestas por los licitadores, la Mesa de contratación confirma que la oferta presentada por la recurrente, no ha seguido fielmente el anexo de proposición económica que se incluía en el PACP. Que ha presupuestado por kits y no por unidades de pruebas y que tras realizar las operaciones aritméticas necesarias, con el fin de igualar los datos de la oferta a los solicitados y aportados por el resto de licitadores, se concluye que ofrece datos distintos, por lo que esta adecuación provoca una modificación de la oferta inicial.

En aplicación del artículo 84 del RD 1098/2001, se acuerda excluir la oferta presentada por la recurrente.

Tercero.- El 30 de enero de 2023 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Instrumentación y Componentes en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta.

El 3 de febrero 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 (en adelante LCSP).

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, *“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 4 de enero de 2023, practicada la notificación el 11 de enero de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 30 de enero de 2023, 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 suministro 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.- En cuanto al fondo del recurso se basa únicamente en la exclusión de la oferta económica propuesta por el recurrente al considerar la Mesa de contratación que corregidos los errores que contiene, se aprecia una modificación de la oferta.

Con el fin de centrar la controversia, el PACP en su anexo de oferta económica solicita el precio de cada prueba, primero sin IVA, segundo con IVA y el total con IVA y sin la aplicación de este impuesto indirecto.

Para ello incluía en anexo económico al PPTP el ejemplo con el presupuesto base de licitación de presentación de ofertas:

Lote	Código HIS	Descripción	Consumo 24 Meses	Unidad de Medida	Precio Unitario (s/IVA)	Precio Unitario (c/IVA)	Base imponible (s/IVA)	IVA (21%)	Importe Total (c/IVA)	Epígrafe Presupuestario
1	289207	Set para la medición y monitorización del Óxido Nítrico (FeNO)	7.800	Prueba	10,00 €	12,10 €	78.000,00 €	16.380,00 €	94.380,00 €	27004
IMPORTE TOTAL							78.000,00 €	16.380,00 €	94.380,00 €	

En el trámite de apertura y conocimiento de las ofertas económicas, recogidas en el acta de la sesión de la Mesa de contratación de fecha 28 de diciembre, aparecen las siguientes propuestas:

OFERTAS ECONÓMICAS

LICITADOR	LOTE ÚNICO			
	P.U.	B.I.	IVA 21%	TOTAL
INSTRUMENTACION Y COMPONENTES, S.A.	6,67	52.000,00	10.920,00	62.920,00
HOSPITAL HISPANIA, S.L.	7,30	56.940,00	11.957,40	68.897,40
THERMO FISHER DIAGNOSTICS,S.L.U.	9,95	77.610,00	16.298,10	93.908,10
AIRMEDICAL PRODUCTS, S.L.	6,00	46.800,00	9.828,00	56.628,00

Asimismo, propone solicitar explicación de las ofertas económicas en los términos indicados a continuación:

	EMPRESA	LOTE	RESULTADO CALIFICACIÓN
1	INSTRUMENTACION Y COMPONENTES, S.A. CIF: A50086412	ÚNICO	ACLARAR: deberán aclarar las cantidades ofertadas e importes de: Precio Unitario s/IVA, IVA y Total Oferta, de acuerdo a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (2 decimales)

En este momento se inicia la controversia que da lugar al recurso que nos ocupa. Dentro del plazo concedido por el órgano de contratación, la recurrente aclaró la propuesta económica: *“indicando el número total de pruebas (7.800), el precio unitario de cada prueba, sin IVA y con dos decimales (6,66.-€), base imponible total de la oferta sin IVA (52.000,00.-€) y el importe total del IVA (10.920,00.-€) conforme al modelo del Anexo 1.1 del pliego y la solicitud de aclaración de la mesa.*

En la determinación del precio unitario se habían tomado los dos primeros decimales del número periódico obtenido de dividir el precio del kit (2.000,00.-€) entre el número de pruebas de cada kit (300), según los datos que ya constaban en la oferta económica, arrojando un resultado de 6,66.-€.

Se mantenía la base imponible, resultado de multiplicar el precio de cada unidad M-993010030 o kit (2.000,00.-€) por el número de kits ofertados (26 unidades)

Lote	Artículo ofertado	Marca	Modelo o referencia	Código Nacional	Cantidad	Precio unitario sin IVA	Base imponible	%IVA	Importe de IVA	Importe total con IVA	Nº unid. Unidad mínima de venta	Precio por unid. Unidad mínima de venta	Plazo de entrega
1	KIT 300 medidas evermoa – Sensor NO (Óxido Nítrico) precalibrado	Evermoa	M-993010030	8437022305103	7.800 pruebas	6,66 €	52.000,00 €	21 %	10.920,00 €	62.920,00 €	300	2.000 €	5 días
Lote	Parte en Metálico	Parte en Bienes	Canon de Mantenimiento										

Tras lo cual, la mesa de contratación En sesión celebrada el 4 de enero de 2023, valoró la aclaración de la oferta y acordó excluir a INYCOM de la licitación alegando que la aclaración presentada supone una discordancia entre el importe total de la oferta económica descifrada en la pasada sesión del 28 de diciembre de 2022, y el importe calculado a raíz del precio unitario informado en el documento aclaratorio. Por tanto, el contenido de la oferta sufrido una modificación sustancial. Finalmente, la mesa acuerda dejar constancia de que la documentación aclaratoria adolece de error aritmético en los campos: Base Imponible, Importe del IVA, Importe total con IVA y Precio de la Unidad mínima de venta (KIT)”.

Invoca la recurrente numerosas resoluciones de distintos Tribunales de Contratación, sobre la posibilidad de aclaración de las ofertas económicas, de subsanación de la documentación y sobre todo en referencia a la proporcionalidad entre el error y la exclusión de las ofertas.

Por su parte el órgano de contratación considera que del anexo económico del PPTP se deduce que el Hospital:

“Ha estimado que la necesidad a cubrir en 24 meses en relación con la medición y monitorización del Oxido Nítrico asciende a total de 7.800 Unidades/Pruebas, cuyo Precio Unitario sin IVA asciende a un total de 10,00.-€, siendo el Precio Unitario con IVA 12,10.-€.

Que en relación con tales pruebas/determinaciones no se admitirá la exigencia de importes ni cantidades mínimas por pedido, y que el formato de envasado constará de ‘un elemento de envase’.

Que los precios ofertados no podrán exceder de 2 decimales. Los precios unitarios no podrán llevar más decimales de fondo que los que aparezcan en la oferta escrita”.

De la aclaración aportada por la recurrente se desprende que: *“INYCOM no realiza una oferta por precios unitarios por prueba o determinación, sino que realiza una oferta de 26 KIT de 300 determinaciones cada uno, y dicho KIT tiene un precio unitario de 2000.-€ sin IVA.*

La Mesa de contratación en su reunión del 28 de diciembre de 2022, comprueba que al realizar la siguiente operación matemática:

$$2.000.-€ \text{ kit} / 300 \text{ unidades} = 6,666667.-€$$

De lo anterior se puede inferir que el precio unitario por determinación sería de 6,66.-€.

Sin embargo, si se realiza la operación inversa y se multiplican

$$6,66.-€ \text{ unidad} \times 300 \text{ unidades} = 1.998.-€ \text{ por kit}$$

A la vista del resultado solicita a la recurrente aclaración sobre su oferta, tras la cual se pueden apreciar varias inexactitudes:

El número total de pruebas (7.800), el precio unitario de cada prueba, sin IVA y con dos decimales (6,66.-€), base imponible total de la oferta sin IVA (52.000,00€)”.

Basta una sencilla operación aritmética para comprobar que si se multiplica: 7.800 unidades por 6,66 euros/unidad da un total de 51.948 euros de base imponible y NO de 52.000 euros como afirma el recurrente.

Se mantenía la base imponible, resultado de multiplicar el precio de cada unidad M-993010030 o kit (2.000,00 euros) por el número de kits ofertados (26 unidades).

Como ya se ha manifestado anteriormente el precio del KIT sería de 1.998 euros cada uno y no de 2.000 euros

Con base en lo anterior, la Mesa en su reunión de 4 de enero de 2023, al examinar la aclaración presentada por el INYCOM observó que no era posible comparar la oferta económica de la citada empresa licitadora con la de las demás empresas puesto que no se ajustaba a lo solicitado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y en el Anexo al Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), en concreto a lo que se refiere a las cantidades ofertadas (las cuales el licitador ofertó por KIT y no por unidades), y, por consiguiente, el precio unitario ofertado se realizó de igual forma por KIT y no por unidad.

Y de tenerse en cuenta el precio ofertado (6,66 euros unidad) se estaría modificando la oferta económica presentada por el licitador al variar la base imponible y así consta en el acta del 4 de enero de 2023, *“la aclaración presentada supone una discordancia entre el importe total de la oferta económica descifrada en la pasada sesión del 28 de diciembre de 2022 y el importe calculado a raíz del precio unitario informado en el documento aclaratorio. Por tanto, el contenido de la oferta sufrido una modificación sustancial. Finalmente, la mesa acuerda dejar constancia de que la documentación aclaratoria adolece de error aritmético en los campos: Base Imponible, Importe del IVA, Importe total con IVA y Precio de la Unidad mínima de venta (KIT)”*.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal recuerda que el artículo 139.1 de la LCSP establece que: *“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 (...)”* y el artículo 84 del

RGLCAP indica respecto de las proposiciones de los interesados: *“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”.*

No obstante, en numerosas ocasiones una oferta debe ser aclarada en sus términos.

En este sentido conviene traer a colación 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) que 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.

En cuanto a la posibilidad de solicitar aclaraciones a una oferta este Tribunal se ha pronunciado en sus resoluciones desde la 98/2012, de 12 de septiembre, la 102/2013, de 3 de julio como la 180/2013, de 30 de octubre 63/2014, de 10 de abril, la 16/2014, de 22 de enero o más recientemente la 310/2021, 25 de octubre, donde se considera la posibilidad de solicitar aclaraciones y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad antes de rechazar una oferta, así como el alcance que

éstas pueden tener y la necesidad de que no impliquen modificación de los términos de la oferta.

También el TACRC ha dictado numerosas Resoluciones, entre las que podemos citar las siguientes como precursoras de este principio la nº 136/2011, de 4 de mayo; nº164/2011, de 22 de junio; nº219/2011, de 14 de septiembre; nº244/2011, nº151/2012, de 19 de julio; nº 156/2012, 19 de julio; nº 82/2013, 20 de febrero y la cuestión ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11 y de 16/12/2004 entre otras) y más recientemente la 756/2021, de 24 de junio.

El criterio adoptado es que el ejercicio de la solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no pueda suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos. Así en la Resolución número 151/2013, de 18 de abril, el TACRC sostiene que deben ponderarse, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia, de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el*

poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ha manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos en sucesivos informes, entre los que cabe citar: 3/2009, de 10 de junio; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 mayo, 4/2007, de 31 de mayo o 4/2009, determinando que *“La calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en el artículo 130 de la LCSP y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista. Si el error producido en la proposición económica no implica la imposibilidad de determinar por la Mesa de contratación cuál es el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no debe ser desechada, no siendo causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de palabras en el modelo de proposición, si no alteraba el sentido de la oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP”.*

Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.

Asimismo el artículo 1.266 del Código Civil, dispone que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen

dado motivo para celebrarlo. El simple error en cuenta solo dará lugar a la corrección.

Por todo ello es doctrina de este Tribunal la obligación por parte del órgano de contratación de solicitar cuantas aclaraciones considere pertinentes para la valoración de la oferta con el límite de no modificar dicha propuesta, valga por todas la Resolución 550/2021, de 2 de diciembre.

En el caso que nos ocupa es indubitado que el recurrente formuló su propuesta económica por kits y no por unidades como así establecían los pliegos de condiciones. Esta distinta medida provoca que al dividir cada kit por su número de unidades resulte un número periódico puro, por lo que han realizar las operaciones inversas siempre arrojan un resultado menor, que en el caso de 300 unidades es de 2 euros y en la totalidad de contrato de 50 euros.

Este Tribunal considera que las variaciones son tan ínfimas en referencia al contrato que ni atentan con el principio de igualdad entre licitadores ni promueve un perjuicio efectivo para el resto de participantes, considerando además que es la segunda mejor oferta económica, tanto en su versión kit como en su versión unidad, procede aplicar la teoría antiformalista y considerar aclarada la propuesta económica tal y como ha calculado el órgano de contratación, es decir 1.998 euros por kit completo precio sin IVA.

Por todo ello se estima el recurso, ordenando al órgano de contratación la retroacción de actuaciones al momento de conocimiento de la propuesta económica y procede a su valoración, en los términos ya mencionados, junto con el resto de las proposiciones y prosiga con las actuaciones tendentes a la adjudicación del contrato.

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 legal de Instrumentación y componentes S.A., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 4 de enero de 2023, por la que se excluye la oferta del procedimiento de licitación del contrato de suministros “Materiales y el equipamiento necesario para la medición cuantitativa y no invasiva del óxido nítrico (FeN) en los servicios de alergia y neumología en el Hospital Universitario Clínico San Carlos” número de expediente PA2022-0.034, con la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente en los términos recogidos en el fundamento quinto de esta resolución.

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.