

RECURSO Nº 17/2021

RESOLUCIÓN Nº 18/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 16 de abril de 2021.

Visto el recurso especial en materia de contratación planteado en representación de la mercantil CALIDOSCOPIO COMUNICACIÓN Y EVENTOS S.L., contra el Acuerdo por el que se declara desierto el Lote 1 del contrato de **Servicio de acciones de sensibilización en pro de la Igualdad y contra las Violencias de Género. Lote 1: "Diseño y adaptación de las campañas del 8 de Marzo, Mes de la diversidad sexual, 23 de septiembre, 25 de noviembre y VI ciclo Otoño Feminista"**, Expte. Nº 2020/001057, Lote 1, tramitado por el Servicio de la Mujer del Ayuntamiento de Sevilla, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 5 de enero de 2021, la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla, toma conocimiento la Mesa del informe técnico emitido por el Negociado de la Unidad contra Violencia del Servicio de la Mujer de fecha Respecto del mismo la Mesa señala las siguientes cuestiones:

1. En la evaluación del Criterio 2.1 Relativo a la *"Originalidad del concepto creativo y la propuesta de diseño presentada, siempre y cuando dicha propuesta sea acorde con los objetivos de la Campaña, que en todo caso ha de ser acorde con los objetivos de la Campaña"*, hay tres empresas que según informe técnico, no responden al objetivo de la campaña, por lo tanto dichas empresas no podrían cumplir con el objeto de la presente contratación que se describe en las Prescripciones Técnicas, por lo que las mismas quedan excluidas de la licitación. Las tres empresas que se encuentran en este supuesto son: SPERTORIA S.LU, IPRO IMAGEN Y PROTOCOLO, S.L. y MICROLIBRE PRODUCCIONES S.L.

2. Se identifican dos empresas que han presentado no una única propuesta de imagen gráfica, sino varias propuestas de imagen, lo que determina que no se ha respetado la exigencia establecida en el ANEXO I PCAP de presentar un boceto de propuesta creativa para someterlo a valoración. Ello determina que

asimismo queden excluidas de la licitación. Las dos empresas que se encuentran en este supuesto son CALEIDOSCOPIO COMUNICACIÓN Y EVENTOS S.L., y DOLORES COMUNICACION S.L.

3. Habiéndose establecido en el Anexo I al PCAP que es necesario obtener al menos 17 puntos en el conjunto de criterios evaluables mediante juicio de valor (subcriterios 2.1, 2.2 y 2.3, contenidos en el criterio de valoración, la única empresa sometida a esta valoración IMPRESIONES Y ACABADOS S.L. no alcanza esta puntuación mínima necesaria, por lo que queda excluida de la licitación.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, **la Mesa RESUELVE:**

PRIMERO.- Excluir de la licitación a las siguientes empresas por los motivos que se indican:

| Empresas excluidas | Motivación |
|---|---|
| SPERTORIA S.LU | La propuesta presentada no responde al objeto de la contratación. |
| I PRO IMAGEN Y PROTOCOLO, S.L. | La propuesta presentada no responde al objeto de la contratación. |
| MICROLIBRE PRODUCCIONES S.L. | La propuesta presentada no responde al objeto de la contratación. |
| CALEIDOSCOPIO COMUNICACIÓN Y EVENTOS S.L. | Ha presentado varias ofertas de diseño, en lugar de un único diseño. |
| DOLORES COMUNICACION S.L | Ha presentado varias ofertas de diseño, en lugar de un único diseño. |
| IMPRESIONES Y ACABADOS S.L. | No alcanza la puntuación mínima exigida en el criterio nº 2, necesaria para ser admitida. |

SEGUNDO.- DECLARAR DESIERTA la licitación, por no cumplir ninguna de las ofertas presentadas los requisitos exigidos en el PCAP, su Anexo I, y el Pliego de Prescripciones Técnicas por los que se rige la contratación.

SEGUNDO.- Con fecha 12 de febrero de 2021, La Junta de Gobierno de la Ciudad de Sevilla, aprueba la propuesta de la Teniente Alcalde Delegada de Igualdad, Educación, Participación Ciudadana y Coordinación de Distritos, que, conforme a lo dispuesto por la Mesa, acuerda declarar desierta la licitación del Lote 1.

TERCERO.- Con fecha 15 de marzo de 2021, se presenta, a través del Registro electrónico, bajo denominación recurso de reposición, que habría de entenderse como recurso especial en materia de contratación, por ser el procedente en el procedimiento de que nos ocupa, sin que el error en la calificación del recurso sea obstáculo para su tramitación, conforme a lo dispuesto en la Ley 39/2015.

CUARTO.- El 31 de marzo del presente, por parte del Servicio de la Mujer, se traslada a este Tribunal el recurso interpuesto, así como el informe y la copia del expediente, oponiéndose al recurso, y completándose la documentación en los días posteriores.

Con fecha 11 de abril, se recibe en el correo electrónico del Tribunal, escrito de alegaciones, presentadas por parte de la mercantil DOLORES COMUNICACIÓN S.L., en el que manifiesta que *“Lo que no nos ha parecido correcto es declarar desierta una licitación cuando hay propuestas técnicas, que se han quedado sin valorar, menospreciando así el tiempo y los recursos empleados por nuestra pequeña empresa en la preparación de la licitación, tiempo y recursos no empleados en otros proyectos con el consiguiente coste de oportunidad.”* y solicita que *“que el órgano de contratación valore las propuestas presentadas en la licitación 1057/2020.”*

El día 13 de abril, se recibe, también a través del correo electrónico del Tribunal, escrito de alegaciones, presentadas por parte de la mercantil IMPRESIONES Y ACABADOS S.L., en el que se solicita, no obstante, se *“tenga por formulado, en tiempo y forma, RECURSO DE REPOSICIÓN contra la Resolución de 15 de febrero de 2021 dictada en el expediente que se consigna en el encabezamiento 2020/001057/Lote 1 por la que se declara desierta la licitación del servicio al que se refiere el expediente, para en su día y dicte Resolución por la que se anule y deje sin efecto la resolución que se recurre procediendo a dictar nueva resolución de adjudicación.”*, recurso que resulta inadmitido, por extemporáneo, en nuestra Resolución 17/2021 de 14 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla, de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión de los recursos.

Por lo que respecta a la **legitimación**, conforme al artículo 48 de la LCSP, la recurrente se encuentra legitimada, por cuanto que recurre la declaración de desierto, en base a considerar su indebida exclusión.

En cuanto al **plazo de interposición**, de acuerdo con el art. 50 de la LCSP, se estima cumplido.

En relación al **ámbito objetivo**, hemos de analizar si han sido interpuestos contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
- b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
- c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.(...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

“a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones.

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

TERCERO.- Entrando ya en el fondo del asunto, la impugnación se fundamenta, básica y principalmente en la disconformidad del recurrente con la exclusión de su proposición fundamentada en la presentación de dos ofertas distintas, manifestando que “el único motivo por el que se excluye a la compareciente es por haber presentado varias ofertas, en concreto fueron tres en vez de una, siguiendo la dinámica de los concursos de años anteriores para ese mismo lote.

Sorprende que este sea el motivo para excluir a la dicente de la licitación **sin haberle dado si quiera la posibilidad de subsanar el defecto, optando por una de las ofertas**; en lugar de eso se toma directamente la decisión de excluirla de la licitación, provocando una clara y manifiesta indefensión y un perjuicio gravísimo, cuando es lo cierto que no se aprecia la falta de ningún requisito básico para la licitación, ni se ha dejado de presentar ninguna documentación que pudiera considerarse esencial.

La Administración debió requerir a la dicente para que subsanase la falta apreciada optando tan solo por una de las ofertas presentadas, y ello en conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 39/2015”, añadiendo que “La Administración por motivos que se desconocen no dijo nada, ni puso de manifiesto ningún defecto que tuviera que subsanarse, en este caso algo tan sencillo como indicar a la compareciente que señalase una de las ofertas presentadas.

Es evidente que tal proceder de la Administración incumple la legislación aplicable, constituyendo **una actuación absolutamente arbitraria** que excede con mucho la facultad discrecional de la Administración y que vicia de nulidad la resolución, que se recurre, causando a la dicente no solo unos gravísimos perjuicios económicos a los que después se hará referencia, sino una más que evidente indefensión, toda vez que a pesar de cumplir con todos los requisitos de la licitación, se ve excluida de aquella por haber presentado tres ofertas en vez de una, sin habersele dado si quiera la posibilidad de poder optar por una de ellas.”

En base a ello, solicita **“la suspensión de la ejecución de la resolución que se recure, sin proceder a adjudicar el resto de las campañas del Lote 1 hasta la resolución del presente recurso.....** toda vez que la resolución de declarar desierta la licitación provoca unos gravísimos perjuicios a la dicente que resultan de imposible reparación.

Igualmente se considera que la resolución que se recurre, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 47. 1 de la ley 39/15 es nula de pleno derecho al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, provocando una evidente y manifiesta indefensión a la dicente.”

Por lo que respecta a las alegaciones, presentadas por parte de la mercantil DOLORES COMUNICACIÓN S.L., en las que manifiesta que *“Lo que no nos ha parecido correcto es declarar desierta una licitación cuando hay propuestas técnicas, que se han quedado sin valorar, menospreciando así el tiempo y los recursos empleados por nuestra pequeña empresa en la preparación de la licitación, tiempo y recursos no empleados en otros proyectos con el consiguiente coste de oportunidad.”* y solicita que *“que el órgano de contratación valore las propuestas presentadas en la licitación 1057/2020.”*, hemos de recordar, como en la Resolución 17/2021 argumentábamos, trayendo a colación la Resolución 277/2017, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, *“ha de subrayarse que no existe en el procedimiento de recurso especial en materia de contratación un trámite de adhesión al recurso que permita plantear cuestiones nuevas no incluidas en el mismo o, simplemente, formular pretensiones, más allá de las alegaciones, como es la interposición de un recurso por un interesado. No siendo el trámite de alegaciones adecuado para articular pretensiones no contempladas*

en el escrito de interposición del recurso como si se tratara de una reconvencción, aun cuando estuviesen íntimamente ligadas a su objeto, pues el hacerlo supondría admitir un nuevo recurso, sin observar las previsiones para su interposición establecidas el artículo 44 del TRLCSP, por lo que no se pueden atender las pretensiones de la entidad interesada”.

El órgano de contratación, por su parte, realiza las siguientes consideraciones:

1.- El acta de la Mesa de contratación de 5 de enero de 2021, argumenta con bastante claridad los motivos de exclusión de la licitación de cada una de las empresas que presentaron oferta relativa a los criterios de valoración sometidos a juicio de valor, obteniendo el resultado correspondiente atendiendo a los criterios aplicables en el apartado 7 del ANEXO I del PCAP por el que se regía el procedimiento de contratación.

CRITERIO Nº2 :Descripción del criterio: Criterios Evaluables mediante juicio de valor en relación al apartado 3, Lote 1 C) del Pliego de Prescripciones Técnicas referido a la Campaña del 23 de Septiembre.

Cualidades de los elementos creativos:

2.1. Originalidad del concepto creativo y la propuesta de diseño presentada, siempre y cuando dicha propuesta sea acorde con los objetivos de la Campaña. Hasta 20 puntos.

Se valorará lo novedoso de la idea y el potencial que ofrezca la idea de diseño propuesta para constituir una referencia o modelo para campañas institucionales posteriores. La originalidad se identificará en la medida en que se presenten nuevas aportaciones con respecto a los diseños de campañas realizadas con anterioridad.

En todo caso, la propuesta de diseño será acorde con los objetivos de la Campaña.

2.2. Coherencia entre el storyboard (conjunto de ilustraciones a modo de secuencia que acompaña al guión como guía para entender mejor la idea del spot antes de realizarse), del guión del spot y el guión de la cuña de radio con la propuesta de diseño presentada. Hasta 8 puntos.

Se valorará en qué medida el guión del spot y de la cuña de radio son coherentes y acordes con la propuesta de diseño y concepto creativo presentada.

2.3. Versatilidad de la idea de diseño propuesta. Se valora su capacidad de adaptación a los diferentes soportes y medios. Hasta 6 puntos.

Se valorará en qué medida la propuesta de diseño presentada es adecuada y apropiada para poder adaptarla a los diferentes formatos de la Campaña del 23 de septiembre recogidos en el Anexo de las prescripciones técnicas.

Documentación a aportar: Boceto de la propuesta creativa, acompañada de descripción de la misma e ilustración gráfica (incluyendo claim), que deberá contener las indicaciones recogidas en el Anexo a Pliego de Prescripciones Técnicas. Se incorporará en el SOBRE N.º 2.

Para garantizar un mínimo de calidad de las prestaciones, el procedimiento se articula en varias fases, de forma que será necesario que la entidad licitadora obtenga un mínimo de 17 puntos en el conjunto de criterios sujetos a juicio de valor (subcriterios 2.1, 2.2 y 2.3, contenidos en el criterio de valoración 2), para que pueda continuar en el proceso selectivo.

2.- En el apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (página 8 del documento) se establecía: *“Con la finalidad de que el diseño de esta Campaña pueda ser objeto de valoración, las empresas licitadoras deberán presentar en el sobre correspondiente, un boceto de la propuesta creativa,*

que deberá adecuarse a las indicaciones que se recogen en el ANEXO a este Pliego de Prescripciones Técnicas. El boceto de la propuesta de licitación constituye sólo una idea inicial para la elaboración definitiva del diseño que constituya propiamente la ejecución del contrato, quedando las artes finales sometidas a criterio de conveniencia y oportunidad del Ayuntamiento de Sevilla, a través de la Delegación de Igualdad, Educación, Participación Ciudadana y Coordinación de Distritos”

3. -El Anexo del PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS establecía:

“ANEXO A LAS PRESCRIPCIONES TÉCNICAS:

*Las empresas que concurran a la licitación, actuación 1, apartado C) referido a **Diseño y adaptación de la imagen y mensaje de la Campaña del 23 de Septiembre**, deberán presentar un boceto o idea inicial de propuesta creativa, que incorpore ilustración gráfica y mensaje/claim, conforme a los objetivos referidos a dicha Campaña y las indicaciones técnicas realizadas en el apartado 3 de las prescripciones técnicas.*

Esta idea creativa responderá a los siguientes apartados para la aplicación de los criterios de valoración subjetiva establecidos en el Anexo I:

- Boceto gráfico.*
- Boceto mensaje, story board del spot publicitario y de la cuña de radio.*
- Propuesta gráfica de adaptaciones a los siguientes formatos: lona (4x2m), banderola, mupi y marcapáginas.*

Cuestiones a tener en cuenta en el boceto o idea inicial de propuesta creativa para la aplicación del criterio de adjudicación:

1. La idea debe responder a los objetivos de la campaña.

2. En relación al mensaje/ claim:

- Debiera ser directo y fuerte, e incidir en la especial responsabilidad que tienen los hombres y en su necesaria implicación para luchar contra esta problemática.*
- No debiera recoger mensajes dirigidos a las mujeres víctimas, del tipo “si quieres, puedes...”, “Déjalo...” etc., ya que esto supone atribuir la carga del problema en la víctima, responsabilizándola, en alguna medida, de su situación.*

3. En relación a la imagen:

- Debe ser original e impactante.*
- Evitar la imagen estereotipada de mujer en prostitución. Se debe huir de tópicos tipo “zapato alto de tacón, silueta de mujer en luminoso, etc.”*
- No deben utilizarse imágenes respecto de las que no se ostenten de derechos de autoría y/o copyright.*

La empresa deberá presentar el permiso explícito del modelo utilizado en la imagen fija y en la producción del spot.”

Este Anexo a PRESCRIPCIONES TÉCNICAS fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30/11/20, Y dio precisamente lugar a la ampliación del plazo inicialmente concedido (2/12/20) para la presentación de ofertas, hasta día 9/12/20.

4.- La circunstancia de presentar la empresa licitadora, en el sobre 2 correspondiente a esta licitación, varias propuestas gráficas, en concreto tres, como bocetos gráficos para que fueran objeto de valoración (criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor) implica no atender a lo solicitado en el Anexo I a PCAP, y Pliego de Prescripciones Técnicas y ANEXO a Pliego de Prescripciones Técnicas.

5. -De aceptarse la oferta de boceto gráfico, diversificada en tres imágenes distintas, ello implicaría dejar en clara desventaja a otros licitadores que, atendiendo correctamente a esta previsión, han presentado un único boceto gráfico.

Presentando varias propuestas gráficas una licitadora accedería con mayor ventaja a la evaluación de criterios, por cuanto la evaluación habría de centrarse en un boceto, que sería el que mejor respondiera a los criterios de evaluación establecidos, lo que situaría en posición de ventaja a la entidad que utilizara dicha estrategia, vulnerándose con ello el principio de igualdad en el procedimiento de licitación.

6-. El art. 68 de la ley 39/2015, en que pretende basarse la entidad reclamante, se refiere a la subsanación y mejora de la solicitud, esto es aplicable al supuesto en que la solicitud adolece de algún elemento formal, cuya aportación permite aclarar alguna cuestión oscura al entendimiento para que la solicitud se entienda en su plenitud y surta efectos. Ello difiere del supuesto que nos ocupa, en que no hay nada que completar, sino que más bien se trataría de no haberse entendido correctamente el requisito de presentar un único boceto. A este respecto debe recordarse la debida diligencia que deben observar las empresas licitadoras que deben esmerarse en responder con un mínimo rigor a los requisitos de la licitación en los términos enunciados en los pliegos por los que se rija el procedimiento de contratación.

7. -Del mismo modo que las ofertas económicas deben ser únicas y no pueden ser objeto de modificación ulterior, la presentación de propuesta técnica múltiple, cuando en el Anexo I PCAP y Pliego de Prescripciones Técnicas y su respectivo ANEXO, se ha exigido de forma clara y expresa que sea única, no puede ser admitida, como claramente colegimos cuando estamos ante un supuesto de varias ofertas económicas de un mismo licitador, resultando igualmente inadmisibles, pues realmente lo así ofertado no puede ser subsanado.

Tal como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 808/2018, de 14 de septiembre, *el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. De tal forma que cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica, la representación del que suscribió la oferta e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que en la proposición no queda justificado de manera suficiente, entonces cabe admitir la subsanación.* No así en otros supuestos de defectos en la oferta ya que *“la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o «estratagemas poco limpias», respecto del cual entiende que no cabe subsanación.*

En el mismo sentido se ha señalado esta diferenciación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 31 de marzo de 2017: *la subsanación de “defectos u omisiones” en la documentación presentada por los licitadores constituye un trámite que con frecuencia origina dudas interpretativas en el procedimiento de contratación, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado habrá de apreciarse en cada caso sobre la base de que los mismos se refieran a la falta de acreditación del requisito de que se trate y no a su cumplimiento. Siendo esto así, en lo que al principio de subsanación de las proposiciones se refiere, cabe diferenciar entre los errores u omisiones advertidos en la documentación general presentada por los licitadores y los que afectan a la formulación en la oferta como tal; de tal forma que mientras que respecto a los primeros la tendencia es a permitir la aclaración y/o subsanación de la forma más amplia que sea posible, en el caso de documentación referente a cualquier aspecto de las ofertas, es necesario aplicar especial cautela para garantizar, que los términos de la oferta no se vean redefinidos por la aclaración o subsanación solicitada.”*

A la vista de lo expuesto, se concluye que el supuesto que nos ocupa “se considera un supuesto de presentación de oferta en términos distintos a los exigidos y claramente definidos en el ANEXO I PCAP, tal como fue entendido por la Mesa de Contratación, que no advirtió que la naturaleza de este defecto fuera subsanable, en consecuencia se propone-salvo mejor criterio del

Tribunal- que el recurso interpuesto sea desestimado, considerándose ajustada a Derecho , y de conformidad con la LCSP, la declaración de desierto del LOTE 1 (...)” ya que ninguna de las ofertas presentadas por las empresas licitadoras, con la fundamentación recogida en el Acta de la Mesa de Contratación de fecha 5 de enero de 2021, cumplían con los criterios exigidos para pasar a la siguiente fase de la licitación, quedando excluidas.”

CUARTO.- Expuestas así las posiciones de las partes, hemos de partir de lo dispuesto en los Pliegos, *lex contractus inter partes* , y en la propia Ley de Contratos, habiendo de partir, del carácter preceptivo y vinculante de los pliegos tal y como ha venido insistiendo este Tribunal en reiteradas ocasiones, en línea con lo manifestado por los órganos de resolución de recursos análogos al mismo.

En esta línea, hemos venido afirmando (Resoluciones 25/2018, 1/19, 2/2019, 3/2019, 17/2020, 19/2020, 3/2021 o 7/2021), que los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. En este sentido se manifiestan tanto la normativa, como la jurisprudencia y la doctrina de los órganos de resolución de recursos en materia contractual, (STS de 29 de septiembre de 2009, Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero, Resol. 45/2017, 192/2018 del Tribunal de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, Resol. 228/2017, 244/2018, 140/2020, 233/2020, 245/2020 o 322/2020, del Tribunal de Contratación Pública de Madrid, Resol. 178/2013, 17/2013, 45/2013, 410/2014, 714/2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, pudiendo traerse a colación la Resol. 219/2016 que recoge la doctrina sentada en esta materia (Resol. 17/2003, 45/2003, 321/2003, 253/2011, 178/2013, 410/2014), recordando que, “*de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios*”.

Entre la más recientes, pueden destacarse las Resoluciones del Tribunal Central nº 264/2019, 426/2020, o la 118/2021 que recuerda que “*los Pliegos, tanto el de cláusulas como el de prescripciones técnicas, constituyen la “lex contractus”, que vincula tanto al órgano de contratación como a los licitadores concurrentes (cfr.: artículos 1091 CC y 109.3, 115.2, 115.3, 116.1, 145.1 y concordantes TRLCSP). Así lo ha consagrado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr.: Sentencias de 28 de febrero de 1962 -Roj STS 1368/1962-, 21 de noviembre de 1972 -Roj STS 1789/1972-, 18 de marzo de 1974 -Roj STS 1464/1974-, 21 de enero de 1994 Roj STS 167/1994-, 6 de octubre de 1997 -Roj STS 5901/1997-, 4 de noviembre de 1997 -Roj STS 6570/1997-, 27 de febrero de 2001 -Roj STS 1508/2001-, 27 de octubre de 2001 -Roj STS 8338/2001-, 18 de mayo de 2005 -Roj STS 3177/2005-, 25 de junio de 2012 – Roj STS 4763/2012-, entre otras muchas), como la doctrina legal del Consejo de Estado (cfr.: Dictámenes de 16 de octubre de 1997 - expediente 85/1997 y 8 de octubre de 2009 – expediente 1496/2009-) y, en fin, la de este Tribunal (cfr.: Resoluciones 84/2011, 147/2011, 155/2011, 172/2011, 235/2011, 17/2012, 47/2012, 82/2013, 94/2013, 737/2014, 830/2014, 1020/2016, 740/2017,*

entre otras muchas). Esta regla sólo quiebra en los casos en los que los Pliegos adolezcan de vicios de nulidad de pleno derecho, los cuales pueden apreciarse y declararse en cualquier momento posterior (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 -Roj STS 4517/2004-y 26 de diciembre de 2007 -Roj STS 8957/2007-; Resoluciones de este Tribunal 69/2012, 241/2012, 21/2013, 437/2013, 281/2014, 830/2014); fuera de esos supuestos (objeto siempre de interpretación estricta; cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2010 -Roj STS 1764/2010-y Dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1993 -expediente 1232/1993-), el carácter vinculante de los Pliegos obliga al órgano de contratación a estar y pasar por su contenido, incluso aunque el mismo no se ajuste al Ordenamiento Jurídico (cfr.: Resoluciones 109/2014 y 281/2014). Precisamente por ser las normas rectoras de la convocatoria, las proposiciones deben ajustarse al contenido de los Pliegos, como recuerda el artículo 145.1 TRLCSP, que, pese a que solo menciona al de cláusulas, es predicable igualmente del de prescripciones técnicas, toda vez que ambos definen la prestación objeto del contrato (cfr.: artículos 115, apartados 2 y 3, y 116, apartado 1, del TRLCSP). De ahí que las proposiciones que no se ajusten a su contenido deben ser excluidas, incluso aunque los pliegos guarden silencio al respecto (cfr., por todas, Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016), aunque, ciertamente, hayamos exigido que el incumplimiento del Pliego de prescripciones técnicas por parte de la descripción técnica contenida en la oferta sea expreso y claro (cfr.: Resolución 985/2015)."

En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, el art. 139 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público determina que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone, por parte del licitador, la aceptación incondicional del clausulado sin salvedad o reserva alguna.

El art. 142 de la Ley se refiere, por su parte a la Admisibilidad de variantes, disponiendo que:

1. Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes que ofrezcan los licitadores, siempre que las variantes se prevean en los pliegos. Se considerará que se cumple este requisito cuando se expresen los requisitos mínimos, modalidades, y características de las mismas, así como su necesaria vinculación con el objeto del contrato.
2. La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

Al amparo de este carácter vinculante de los condicionados de los pliegos, a los que se someten las licitadoras, hemos de traer a colación las cláusulas del PCPA y del Anexo I que se refieren a tales cuestiones, esto es la cláusula 9 del PCAP (Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la Mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

Las proposiciones deberán redactarse en su totalidad en lengua castellana.

Las proposiciones serán secretas hasta el momento de apertura de las mismas.

La persona o entidad interesada en participar en la licitación, no podrá presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal de empresas, si lo ha hecho individualmente, así como tampoco podrá figurar en más de una unión temporal.

La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por ella suscritas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 de la LCSP sobre admisibilidad de variantes cuando así se establezca) y las Cláusulas del PPT y Anexos citadas en su informe por el órgano de contratación, de las que se deriva que la documentación a aportar para la valoración del criterio 2, es un *“boceto de la propuesta creativa”*, boceto, idea creativa, en singular, una propuesta gráfica, en definitiva, sin que se prevean variantes.

El principio de proposición única en las licitaciones públicas se formula, así, en el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, (en adelante, LCSP) en los siguientes términos:

«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».

El fundamento de este principio se encuentra en la necesidad de facilitar a todos los licitadores su concurrencia en condiciones de igualdad, evitando la posibilidad de favorecer situaciones de ventaja de alguno de ellos o los riesgos de manipulación del procedimiento. Como se señaló en la Resolución 3/2012, de 18 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid: *«la prohibición de que un mismo licitador presente más de una propuesta tiene como causa que si la finalidad de todo licitador es la de ser adjudicatario del contrato y éste ha de adjudicarse a la proposición económicamente más ventajosa, no es posible presentar a un mismo tiempo dos o más proposiciones más ventajosas o más económicas por la sencilla razón de que el licitador no puede licitar contra sí mismo».*

En definitiva, la finalidad última del principio de proposición única es la garantía de los principios de libre competencia, igualdad entre los licitadores, transparencia, concurrencia y secreto de las proposiciones.

El concepto de licitador viene determinado por su personalidad jurídica. Una misma persona física o jurídica no puede presentar más de una proposición (fuera de las excepciones previstas en el propio artículo 139.3 LCSP). Dicho de otra forma, con carácter general, *«...cualquier licitador con capacidad y solvencia puede concurrir a una licitación, con la única limitación de que no puede presentar doble oferta»* (Acuerdo 52/2015, de 28 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En su Resolución nº 381/2018, el citado Tribunal, resolviendo sobre la exclusión de un licitador por la presentación de una oferta duplicada, reiteraba que *“la finalidad de que no pueda un licitador presentar dos proposiciones es evitar situaciones ventajistas contrarias a los principios de igualdad y concurrencia, de modo tal que compita contra sí mismo con diversas posibilidades de resultar adjudicatario.*

El principio de proposición única tiene como fundamento, por una parte, la imposibilidad de que las empresas licitadoras presenten más de una oferta más ventajosa y que 'liciten' contra ellas mismas; y, por otra parte, el deber de respeto del principio de igualdad, de acuerdo con el cual todas las empresas licitadoras deben tener las mismas oportunidades en los procedimientos de contratación pública, cosa que no se daría si se admitiera que una empresa licitadora presentara más de una oferta, ya que este hecho podría colocarla en una posición de ventaja respecto del resto, así como suponer un riesgo de manipulación del procedimiento. En definitiva, con este principio se pretende garantizar la concurrencia, la competencia y la igualdad en los procedimientos de contratación pública."

Como señalaba el Tribunal, también en la Resolución nº 185/2018, 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, trayendo a colación 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 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)", concluyendo que, aun en el caso de admitir la existencia de un error por parte de la recurrente, lo cierto es que no resulta posible proceder a la subsanación de la oferta que pretende la recurrente, sin considerar que en realidad lo que se ha producido es la presentación de dos ofertas simultáneas, que lleva aparejada la exclusión de ambas.

En esta línea, y como ya hiciera n su Resolución nº 64/2018, el Tribunal de Madrid, de 28 de Febrero de 2018, consideramos que la introducción de variantes no previstas en los pliegos es equiparable a la presentación de una oferta alternativa, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, que conduce a la exclusión de la oferta.

Para la resolución de este motivo de recurso, además de las previsiones contenidas en los artículos 139 y 142 de la LCSP, hemos de considerar lo dispuesto en los pliegos como ley del contrato que vincula tanto a la Administración como a los licitadores y suponen que lo previsto en ellos son los requisitos mínimos que deben cumplir las ofertas de los licitadores para poder convertirse en adjudicatarios del contrato, y cuyo incumplimiento

se considera causa de exclusión. El órgano de contratación debe tener en cuenta el procedimiento por él mismo establecido a la hora de tramitar la selección de licitadores, respetando escrupulosamente su contenido, circunstancia ésta que adquiere especial trascendencia a la hora de valorar el cumplimiento por los licitadores de las prescripciones técnicas recogidas en los Pliegos.

Es preciso recordar, asimismo, que los pliegos por los que se ha regido la presente convocatoria no han sido recurridos por ninguno de los ofertantes ni corregidos por el órgano de contratación, por lo tanto, los han aceptado en todo su contenido. Tomando en consideración lo antedicho toda oferta que no se ajusta al Pliego y/o incumple las prescripciones técnicas debe ser rechazada y no debe procederse a su valoración. La apreciación de las ofertas presentadas habrá de hacerse en comparación con lo previamente establecido como en los pliegos que rigen el procedimiento.

La simultaneidad de proposiciones supone que un mismo licitador presenta varias candidaturas u ofertas a la misma licitación, lo que supone, como señalábamos anteriormente, una quiebra del principio de igualdad de trato de los licitadores. En tal sentido el artículo 139.3 LCSP establece el principio general de inadmisión de más de una proposición por licitador y la excepción particular cuando el pliego de cláusulas permite la presentación de variantes o mejoras precisando sobre qué elementos y en qué condiciones.

La introducción de variantes no previstas en los pliegos es equiparable a la presentación de una oferta alternativa, prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, que conduce a la exclusión de la oferta.

Conviene recordar que el artículo 139 LCSP utiliza el término "*proposiciones*" para aludir a la prohibición de presentar más de una. El término proposición ha de venir referido a todas las circunstancias objeto de valoración en los criterios de adjudicación del contrato. Por eso, la presentación de más de una opción susceptible de obtener distinta puntuación constituiría un supuesto de ofertas alternativas que compiten entre sí, puesto que la presentación de diseños que puedan obtener diferente calificación supone la presentación de variantes.

Son muchas las ocasiones en que este Tribunal ha manifestado el deber de diligencia por parte del licitador en la correcta preparación de su oferta, y la correlativa consecuencia de soportar los efectos de incumplimiento de dicho deber, en este sentido, nuestra Resolución 7/2021, las Resoluciones 264/2019, 1070/2019 o 118/2021 del Tribunal Central, Resolución 242/2019 del Tribunal de Contratación Pública de Madrid, Resoluciones nº 31/2018 y 104/2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia, o Resolución 98/2021 del Tribunal de Recursos de Andalucía). En efecto, es responsabilidad del licitador que pretende concurrir, cumplimentar correctamente la presentación de su oferta (STJUE de 29 de marzo de 2012, asunto C-599/10).

Como señala la Resolución 1/2012, de 13 de abril de 2012, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León "El principio de igualdad de trato implica,

concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*). Por su parte, el principio de transparencia implica que toda la información técnica pertinente para la buena comprensión del anuncio de licitación o del pliego de condiciones se ponga, en cuanto sea posible, a disposición de todas las empresas que participan en un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de forma que *“por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios que rigen el contrato de que se trata”* (Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004, *Comisión/CAS Succhi di Frutta*, C- 496/99 P, Rec. p. I-3801, apartados 109 a 111).

En su Resolución nº 1131/2018, el Tribunal Central, tras recordar la cualidad de *“lex contractus”* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza, y el hecho de que la presentación de proposiciones por parte de los licitadores supone por su parte, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna, destaca que, desde el punto de vista del licitador, dado que las proposiciones de los licitadores vinculan a éstos en sus propios términos, cuando la oferta técnica presentada difiere de las especificaciones técnicas establecidas en el PPT su rechazo puede incardinarse en el artículo 84 del RGLCAP, donde se establece lo siguiente: *“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”*. Por lo tanto toda proposición u oferta que no cumple las prescripciones exigidas por el pliego, *“por error o inconsistencia”*, debe ser rechazada, no procediendo su valoración.

A la interpretación anterior, como destaca el Central, no obsta el principio antiformalista que ha de regir la contratación pública, puesto que, si bien no hay que olvidar que los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de eficiencia en la utilización de los fondos enunciados en el artículo 1 de la LCSP son contrarios a un excesivo formalismo, ello siempre opera en el bien entendido de que las ofertas cumplan los requisitos exigidos en los pliegos. La Mesa de contratación según el artículo 22.b) del Real Decreto 817/2009, -de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público-, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, y debe actuar de

forma que no limite la concurrencia evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento. Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) *derecho de subsanación que corresponde a ese licitador, so pena de infringir el principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador ha de respetar, para acreditar la validez de las ofertas presentadas, así como para asegurar la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurran a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos...*”

Con el objeto de incidir aún más en la determinación de cuáles son estos supuestos de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, podemos considerar también incluidos aquí los casos de ambigüedad de la oferta presentada. En este sentido, se puede traer al caso la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 2002, (Asunto Tideland Signal/Comisión, T211/02), cuyo apartado 37, ha señalado que aun cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones. En el mismo sentido, se pueden considerar incluidos también aquí los casos de errores insignificantes que presente la oferta de un licitador, respecto de los cuales, también puede admitirse su subsanación. Así, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, dictada en el asunto T-195/08, consagra el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación, el cual exige 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 a que al enfrentarse a una oferta que aunque no se ajusta al modelo establecido o no sigue el orden formal de exposición de las cuestiones técnicas y una

integración del conjunto del contenido de la misma podría garantizar la seguridad jurídica, se opte por ésta en vez de por la desestimación pura y simple de la oferta. Por tal motivo, una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas, lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos. No obstante, en el caso de presentación por parte del candidato licitador de una segunda oferta sin que tal circunstancia se encuentre permitida en el pliego que rige el contrato, con independencia de cómo se hubieran configurado licitaciones anteriores, no puede entenderse como una simple deficiencia formal que pueda ser subsanada, sino como una infracción del pliego que da lugar a la exclusión de la oferta.

En la misma línea, Resolución 1128/2019 del TCRC *“acreditada la presentación de dos proposiciones por el mismo licitador, resulta correcta la decisión del órgano de contratación de excluir a la mercantil recurrente. El principio de igualdad y no discriminación impone el respeto de las condiciones establecidas para participar en las licitaciones públicas, sin excepciones ni distinciones entre los licitadores, de modo que, por principio, la presentación de dos ofertas en el mismo procedimiento de contratación por la misma licitadora ha de ser inadmitida por la Administración”*.

En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras).

A mayor abundamiento, y como señalábamos en nuestra Resolución 13/2021, recogiendo la exposición del Tribunal de Madrid en su Resolución 242/2019, confirmada por el TSJ de Madrid en su Sentencia 612/2020 de 2 de diciembre, la norma y la doctrina distinguen entre las subsanaciones en la documentación administrativa y la subsanación de la oferta técnica o económica, concebida la primera con la mayor amplitud, y siendo excepcional la segunda, planteando que:

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, recoge la subsanación de la documentación administrativa en su artículo 81.2.:

“2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

No contempla trámite alguno de subsanación de las ofertas económicas o técnicas. El artículo 84 dispone que:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

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”.

El artículo 141.2 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, recoge la subsanación de la declaración responsable que sustituye a la documentación administrativa o de la documentación complementaria, no fijando plazo de subsanación alguno para la documentación relativa a los criterios de adjudicación (artículo 145).

“2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior.

Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

Se argumenta así, por el Tribunal madrileño, el carácter excepcional de la subsanación de la documentación relativa a la oferta económica o técnica, recogido igualmente en su Resolución 193/2018, de 27 de junio:

“Como este Tribunal manifestó en la Resolución 217/2016, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 -Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva.

Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), vigente en lo que no se oponga al TRLCSP, sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los defectos que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 -Roj SAN 1684/2014-). “

En su Resolución 98/2021 de 18 de marzo, el Tribunal andaluz sostiene, trayendo a colación las Resoluciones 118/2019, de 24 de abril, 197/2019, de 19 de junio y 258/2019, de 9 de agosto, que: *«Lo que sí es posible es 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, pero no la adición de otros elementos pues ello*

podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP, actualmente los artículos 1 y 132 de la LCSP."

A la vista de lo expuesto y de las circunstancias concurrentes, ha de concluirse el ajuste a derecho de actuación del órgano de contratación, considerando que no nos encontramos ante ninguno de los supuestos de defectos susceptibles de subsanación señalados anteriormente, sino ante la presentación por parte del candidato licitador de una pluralidad de ofertas, bajo su exclusiva responsabilidad, circunstancia que no se encuentra permitida en el pliego que rige el presente contrato, por lo que no puede entenderse como una simple deficiencia formal que pueda ser subsanada, sino como una infracción del pliego que da lugar a la exclusión de la oferta.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este **TRIBUNAL**

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la mercantil CALIDOSCOPIO COMUNICACIÓN Y EVENTOS S.L., contra el Acuerdo por el que se declara desierto el Lote 1 del contrato de **Servicio de acciones de sensibilización en pro de la Igualdad y contra las Violencias de Género. Lote 1: "Diseño y adaptación de las campañas del 8 de Marzo, Mes de la diversidad sexual, 23 de septiembre, 25 de noviembre y VI ciclo Otoño Feminista"**, Expte. Nº 2020/001057, Lote 1, tramitado por el Servicio de la Mujer del Ayuntamiento de Sevilla.

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 58.2 LCSP. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL
AYUNTAMIENTO DE SEVILLA.