

**Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución
247/2013 de 27 Jun. 2013, Rec. 284/2013**

Nº de Resolución: 247/2013

Nº de Recurso: 284/2013

Recurso nº 284/2013

Resolución nº 247/2013

En Madrid, a 27 de junio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. Mario, en representación de AlcaláBC Servicios y Procesos, S.A. (en adelante AlcaláBC o la recurrente) contra el acuerdo de incautación de la garantía provisional en el procedimiento de adjudicación del contrato de "Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales" (Expediente 1007/2012), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO o el órgano de contratación) convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado y en el BOE, los días 7 y 8 de diciembre de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por procedimiento abierto el contrato de servicios de gestión y atención al usuario, con un valor estimado de 2.862.930 euros. A la licitación de referencia presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LA LEY 21158/2011), así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (LA LEY 8536/2009), de desarrollo parcial de dicha Ley y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (LA LEY 1470/2001).

Tercero. Inicialmente fueron excluidas varias propuestas, por no reunir las condiciones de solvencia técnica requeridas en los pliegos. Contra dicho acuerdo se presentaron sendos recursos, resueltos por este Tribunal mediante resoluciones estimatorias 60/2013 (sobre el recurso interpuesto por AlcaláBC) y 69/2013, de 6 de febrero (LA LEY 40356/2013), que acordaron retrotraer las actuaciones al momento previo a la exclusión. Así se hizo por la mesa de Contratación que, el 19 de febrero de 2013, procedió, en acto público, a la apertura

de las ofertas económicas presentadas por los licitadores finalmente admitidos.

Cuarto. La proposición presentada por AlcaláBC incurría en presunción de temeridad. En respuesta a la petición de justificación de su oferta económica, manifiesta que su oferta debía ser de 689.178,46 euros, aunque por un simple error tipográfico, se reflejó la cantidad de 489.178,46 euros. El error proviene de la cifra del coste de las llamadas atendidas "al bailar el primer dígito de la cifra y poner un cuatro en lugar del correcto, un seis. Este error en la transcripción de la cifra del coste de las llamadas atendidas ha supuesto que al introducirlo en la plantilla... el error se traslade tanto al valor unitario como al total del presupuesto presentado".

El 26 de febrero de 2013 se le requiere nuevamente que justifique su oferta "en los términos del art. 136 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011), toda vez que no procede la alteración de la oferta abierta y leída públicamente". Se advierte también que, en caso de mantener que la oferta adolece de error, "se entenderá que retiran su oferta". Por parte de AlcaláBC se contesta que "la oferta presentada comporta un error manifiesto en el importe, lo que hace inviable su ejecución".

Quinto. En el acuerdo de adjudicación de 29 de mayo de 2013, publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 31 de mayo, se pone de manifiesto que AlcaláBC "reconoce que su oferta es errónea, por lo que se procederá a la incautación de la garantía provisional, en los términos establecidos en la cláusula 9.3.9 del Pliego de Cláusulas administrativas".

Sexto. Contra la incautación de la garantía provisional, AlcaláBC ha interpuesto recurso, anunciado previamente al órgano de contratación, y presentado ante este Tribunal el 10 de junio de 2013. El expediente, junto al informe del IMSERSO, se recibió el 14 de junio.

El 17 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las restantes empresas licitadoras para que pudieran formular alegaciones, sin que ninguna lo haya hecho en el plazo habilitado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolver de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011).

Segundo. La empresa AlcaláBC concurrió a la licitación y está directamente afectada por la incautación de la garantía provisional, por lo que debe entenderse legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011). Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El acto recurrido es el acuerdo de incautación de la garantía provisional en un contrato de servicios de valor estimado superior a 200.000 euros, acto susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011). En efecto, de acuerdo con el apartado 2.b) de ese artículo son susceptibles de recurso "b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos 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...". El acuerdo de incautación de la garantía produce obviamente un perjuicio irreparable al licitador, aunque en el presente caso, dado que el procedimiento de licitación aún no ha finalizado, no se hayan iniciado aún los trámites tendentes a la incautación acordada.

Cuarto. La recurrente, como se ha puesto de manifiesto en el antecedente cuarto, alega que en su oferta hubo un error de transcripción que produjo una total disconformidad entre el precio que deseaban ofertar y el transcrito en la propuesta y que, hasta que se abrió ésta, tenían "la más absoluta certeza de que la cifra presentada era 689.178,46 €". Entiende que se trata de un error no susceptible de subsanación, que recae sobre una condición esencial del contrato, como es el precio que, además, es el único criterio para seleccionar las ofertas presentadas. De acuerdo con diversos informes y sentencias que cita, considera "que en

caso de ofertas incursas en presunción de temeridad en las que la empresa haya reconocido que la oferta adolece de error, procede desechar la oferta por la mesa de contratación, de acuerdo con el artículo 84 del RGLCAP (LA LEY 1470/2001), acordando la devolución de la garantía provisional".

Quinto. Por su parte, el órgano de contratación en su informe, manifiesta que no se aceptó la justificación de AlcaláBC, porque, "si fuera correcta, no se habría producido un único error, sino que se habrían producido, al menos dos errores, uno referido en el precio unitario y otro en el precio total de las llamadas atendidas. Además, supondría que no se transcribía la oferta si no que se estaba calculado ésta según se iba cumplimentando el modelo de oferta económica, ya que también difieren el importe total sin IVA, el importe del IVA y el importe total IVA incluido... Por tal motivo, se comunicó a AlcaláBC, que no se aceptaba la justificación realizada pues supondría la alteración de la oferta abierta y leída públicamente, apercibiendo al licitador que, en caso de mantener que la oferta adolece del error manifestado se entenderá que retiran su oferta".

Sexto. La cuestión de fondo se centra en discernir si la incautación de la garantía provisional, para este supuesto concreto, está determinada por una retirada injustificada de la oferta antes de la adjudicación o, como alega la recurrente, hay un error manifiesto en el importe, reconocido por el licitador, por lo que la mesa debe limitarse a desechar la proposición en resolución motivada.

El artículo 103 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) indica, al final del apartado 4, que la garantía provisional será "incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación". En el mismo sentido se pronuncia el artículo 62 del RGLCAP (LA LEY 1470/2001) que, en su apartado 2, precisa que tendrá esa consideración (retirada injustificada) "... el reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, o inconsistencia que la hagan inviable".

La cláusula 9.3.9 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), recoge esas mismas disposiciones:

"Se procederá a la ejecución de la garantía provisional y a su ingreso en el Tesoro Público en los siguientes casos:

- retirada injustificada de la oferta antes de la adjudicación

.....

Tiene la consideración de retirada injustificada de la oferta:

- la falta de contestación a la solicitud de información en los supuestos de ofertas desproporcionadas o anormales.
- la inconsistencia de la oferta que la haga inviable o el reconocimiento por el licitador de que su oferta es errónea".

De la literalidad de las disposiciones transcritas puede deducirse que el reconocimiento por parte del licitador de que su oferta es errónea implica una retirada injustificada de la misma y la consiguiente incautación de la garantía provisional.

No obstante hay que considerar también lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP (LA LEY 1470/2001):

"Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

Si alguna proposición..., 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 desecheda por la mesa, en resolución motivada..."

Así lo hace la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, al analizar un caso similar, concluye que (Informe 42/05, de 26 de octubre) "en los supuestos de proposiciones incursas en presunción de temeridad que adolecen de error, debidamente acreditado, no deben dar lugar a la aplicación del artículo 62.2 del Reglamento General de la Ley de

Contratos de las Administraciones Públicas (LA LEY 1470/2001) con la incautación de la garantía provisional, sino que deben dar lugar al efecto de desecho de la proposición previsto en el artículo 84 del mismo Reglamento". Esta conclusión y las consideraciones jurídicas que la avalan, son compartidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sentencia que cita la recurrente (Sentencia 20677/2009, de 30 de abril, Sala de lo Contencioso- administrativo).

En ese informe, frente a la interpretación literal del artículo 62.2 del RGLCAP (LA LEY 1470/2001), la Junta Consultiva, en sus consideraciones jurídicas, contrapone lo establecido en el mismo con lo dispuesto en el artículo 84. Señala que "la falta de concordancia o contradicción entre ambos preceptos reglamentarios, utilizando incluso las mismas palabras, obligan a acudir a la interpretación finalista de los mismos, pues aunque ambos respondan a la finalidad de mantener la seriedad de las ofertas, impidiendo su retirada injustificado,... lo cierto es que el artículo 62.2 no puede pretender rechazar con carácter absoluto los efectos jurídicos de cualquier error, en contra de la doctrina general de nuestro ordenamiento jurídico y debe entenderse que se refiere -como así lo hace- al reconocimiento por parte del licitador de que su proposición adolece de error, sin acreditar tal extremo".

Como en el caso informado por la Junta Consultiva, la entidad del error en la oferta de AlcaláBC es manifiesto: su oferta supone una baja del 52,2% sobre el precio de licitación, del 33,5% sobre la media de las demás ofertas y del 24% sobre la siguiente oferta más económica. También como en ese caso, puesto que el licitador reconoce su error, la entidad y notoriedad del mismo "no debe producir los efectos del artículo 62.2 del Reglamento de incautación de la garantía provisional, sino el distinto que, también con carácter general, para el reconocimiento de errores en las proposiciones, establece el artículo 84 también del Reglamento de que dichas proposiciones sean simplemente desechadas".

Por lo demás, la justificación de la recurrente sobre su error es coherente. Afirma que en su oferta parte de la cifra de importe anual (no del precio unitario, que se obtiene sin más que dividir ese importe entre el número anual). Tal afirmación es también coherente con el hecho de que lo que se ha redondeado en su oferta es la cifra de importes unitarios, resultado de dividir el importe anual ofertado entre el número anual de llamadas, de correos o de SMS, fijado en los pliegos. El "baile de cifras" en el importe anual de llamadas atendidas, ha arrastrado a errores sucesivos en la cifra del importe unitario de llamada; importe anual total; importe anual del IVA e importe anual total con IVA.

Procede por todo ello estimar el recurso y, en aplicación del artículo 84 del RGLCAP (LA LEY 1470/2001), desechar la proposición, sin incautación de la garantía provisional.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha

ACUERDA:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. Mario, en representación de AlcaláBC Servicios y Procesos, S.A. contra el acuerdo de incautación de la garantía provisional en el procedimiento de adjudicación del contrato de "Servicio de gestión y atención al usuario del Instituto de Mayores y Servicios Sociales".

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011).

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f (LA LEY 2689/1998)) y 46.1 de la

Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LA LEY 2689/1998).