

**Recurso 360/2018****Resolución 55/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 27 de febrero de 2019.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISCONSU BY GROUP DISCOUNT, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 12 de septiembre de 2018, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco denominado “Suministro de material de oficina para el Ayuntamiento de Fuengirola (3 lotes)” (Expte. 043/2018-CONTR), respecto al **lote 1**, convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 13 de agosto de 2018 se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta Resolución.

El valor estimado del acuerdo marco asciende a 113.400 euros.



**SEGUNDO.** A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**TERCERO.** Con fecha 12 de septiembre de 2018, la mesa de contratación acordó proponer al órgano de contratación la no admisión de la oferta de la entidad DISCONSU BY GROUP DISCOUNT, S.L. respecto al lote 1, así como la adjudicación de dicho lote del acuerdo marco a favor de ICOMTEC, S.L. Esta propuesta de la mesa fue publicada en el perfil de contratante el 13 de septiembre de 2018.

**CUARTO.** Con fecha 5 de octubre de 2018, fue presentado en el Registro electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, dirigido al órgano de contratación, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DISCONSU BY GROUP DISCOUNT, S.L. (en adelante, DISCOUNT, S.L.), contra la mencionada propuesta de la mesa de contratación, de 12 de septiembre de 2018, de adjudicación del lote 1 del acuerdo marco.

**QUINTO.** Tras la subsiguiente tramitación del procedimiento, el 10 de octubre de 2018 se dictó -y fue publicada en el perfil de contratante- resolución de adjudicación del lote 1 a la entidad ICOMTEC, S.L., y en el mismo acto el órgano de contratación acordó no admitir la oferta presentada por DISCOUNT, S.L. para aquel lote.

**SEXTO.** El referido órgano remitió el 17 de octubre de 2018, a través del Sistema de Interconexión de Registros (SIR) el recurso, el expediente de contratación e informe



sobre la tramitación del mismo y el fondo de la cuestión, teniendo entrada tal documentación en el Registro de este Tribunal de manera íntegra el 19 de octubre de 2019. Posteriormente, el 23 de octubre fue remitido listado con los datos precisos a efectos de notificación de las entidades licitadoras.

**SÉPTIMO.** Mediante escritos de 25 de octubre de 2018, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, no habiéndose recibido ninguna en el plazo concedido.

**OCTAVO.** Por Resolución, de 31 de octubre de 2018, este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

**NOVENO.** En la tramitación del presente recurso con carácter general se han cumplido los plazos legales salvo el previsto para resolver en el artículo 57.1 de la LCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En el supuesto examinado, el Ayuntamiento de Fuengirola ha enviado tanto el recurso especial como el expediente de contratación; por tanto, si bien no ha declarado de manera expresa que carezca de órgano propio para resolver el recurso, en su informe sobre el mismo se dirige a este Tribunal calificándolo como competente para dictar resolución. Ello, unido a la mencionada remisión de la documentación



relativa al recurso, pone de manifiesto que no dispone de tal órgano propio, lo que determina que corresponda a este Tribunal la resolución del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto: *“En caso de que las entidades locales y los poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

**SEGUNDO.** Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, con respecto al lote 1 del contrato, dada su condición de licitadora para ese único lote en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

**TERCERO.** Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, en los términos previstos en el artículo 44 de la LCSP.

La recurrente dice interponer recurso “contra la propuesta de adjudicación (...) por medio de la cual se acuerda excluir a Discount Informático SL del procedimiento”, por lo que atendiendo al contenido de aquel se aprecia que sustantivamente se combate la exclusión. En este sentido, en un principio la propuesta impugnada, tanto de adjudicación como de exclusión, no es un acto susceptible de recurso por no concurrir en él ninguna de las circunstancias del artículo 44.2 b) para alcanzar el carácter de cualificado, pues no determina la imposibilidad de la recurrente de continuar en la licitación, ni le causa perjuicio irreparable ni decide sobre la adjudicación. No obstante, debemos recordar que el artículo 22.1 b) del Real Decreto 817/2009 establece, entre otras, como una de sus funciones propias en los procedimientos abiertos de licitación, que la mesa de contratación *“Determinará los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”* Y asimismo, el artículo 84 del RGLCAP, de modo más específico impone que *“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.”*

Posteriormente el órgano de contratación confirma esta actuación de la mesa y en la mencionada resolución de adjudicación del lote 1 se acordó asimismo la exclusión de la oferta de la ahora recurrente. Por tanto, puesto que esta exclusión debió haber sido adoptada por la mesa de contratación como una de sus competencias propias, aun cuando el recurso se interpone contra un acto que reviste la forma de propuesta, materialmente se está acordando la exclusión al tratarse de una de las competencias de aquella, por lo que no cabe privar por ello a la recurrente de la posibilidad de impugnación y, en consecuencia, debe entenderse la propuesta de la mesa, de conformidad con lo establecido en el artículo 44.2 b) de la LCSP, como un acto susceptible de recurso al impedirle continuar en el procedimiento. Por todo ello, la propuesta de aquella será tratada en la presente resolución como un verdadero acuerdo de exclusión.

Por lo demás, el recurso se interpone contra un acto dictado en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contratos de suministro, cuyo valor estimado asciende a 113.400 euros y que pretender concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que, igualmente, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 44.1 b) de la LCSP, también resulta admisible el recurso contra este acuerdo marco.

**CUARTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 c) de la LCSP establece que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

*c) Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin*



*publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.”*

En el supuesto examinado, la mesa de contratación propuso no admitir la oferta presentada por la entidad recurrente en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2018. Asimismo, dicha propuesta fue publicada en el perfil de contratante el 13 de septiembre de 2018, pero no consta que se haya producido la notificación individual de dicho acto, en el que verdaderamente hemos de considerar que ya tuvo lugar la exclusión atendiendo a cuanto se ha expuesto. Por tanto, hasta la fecha en la que se presenta el recurso, 5 de octubre de 2018, dada la ausencia de notificación y por ello de constancia fehaciente del conocimiento de la posible infracción, no cabe entender que se hubiera iniciado el plazo para su interposición, por lo que, de conformidad con la norma indicada, el mismo se ha presentado dentro del plazo legalmente previsto.

**QUINTO.** Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

Con carácter previo a la exposición de las alegaciones de las partes conviene reproducir, en lo que aquí interesa, parte del acta de la sesión de la mesa de contratación, de 12 de septiembre de 2018, en la que asimismo se expone el apartado del informe técnico de valoración con respecto a la oferta de DISCOUNT, S.L:

*“Examinada la oferta de la licitadora, se comprueba que ésta no especifica el porcentaje de baja único y común requerido en el formulario respuesta sino relación detallada de los precios unitarios ofertados. De acuerdo con el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de Administraciones Públicas aprobado por el RD 1098/2001 de 12 de Octubre: «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.  
(...)»*

*En virtud del artículo anterior se comprueba que la oferta presentada por DISCOUNT INFORMATICO SL no cumple con el modelo establecido. La oferta de esta licitadora sólo*



*presenta la relación de precios unitarios ofertados sin indicar el porcentaje de baja requerido en el formulario respuesta de la plataforma electrónica VORTAL. Además una vez calculados los porcentajes de cada uno de los artículos se comprueba que el descuento que aplica la licitadora no es único sino variable según el producto, por lo que a juicio del técnico informante no se podría admitir dicha oferta.”*

Frente a ello la recurrente solicita la revocación del “acuerdo de exclusión”, estimando que procede la retroacción de actuaciones al momento de valoración de las ofertas con requerimiento, en su caso, de subsanación de documentación a DISCOUNT, S.L. si no se considera suficiente la ya aportada.

Funda su pretensión en que su proposición ha resultado excluida al no ajustarse al modelo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) para la presentación de las ofertas, pese a que nada se especificaba, a su juicio, en el pliego ni en las consultas formuladas sobre las concretas cuestiones por las que finalmente no fue admitida su oferta. Asimismo expone que, si bien en el formulario de su proposición no se incluyó el valor global de la oferta, este sí fue consignado en la remisión electrónica llevada a cabo el 28 de agosto de 2018, incorporando a tal efecto en su escrito de recurso una captura de pantalla en la que se figura un documento de tal fecha de resumen de oferta con referencia n.º 180213 y en la que consta 5.493,37 euros como valor global de la misma.

Por último, basándose para ello en argumentos contenidos en la Resolución 1091/2015, de 27 de noviembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el Informe 37/1997, de 10 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa -en la actualidad, Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado- alega que, en cualquier caso, y conforme al principio de concurrencia, nos hallamos ante requisitos de carácter formal, por lo que el órgano de contratación debe permitir la aportación de documentación o subsanación de defectos que hubiera apreciado.

Por su parte, en el informe al recurso el órgano de contratación, con fundamento en



lo dispuesto en los artículos 139 de la LCSP y 84 del RGLCAP, así como determinadas cláusulas del PCAP que más adelante serán analizadas, manifiesta que la no admisión de la oferta de DISCOUNT, S.L. fue ajustada a Derecho, tal y como se desprende de manera directa de una lectura de la regulación mencionada y porque, asimismo, una formulación de la oferta en términos distintos a los previstos en el modelo contemplado en el pliego impide su comparación, al haber sido elaborada empleando otros parámetros, con las proposiciones del resto de entidades licitadoras para así determinar la mejor oferta. De igual modo, considera el órgano de contratación que, aun cuando se intentara reformular la oferta presentada por DISCOUNT, S.L., ello sería inviable puesto que, como se puso de manifiesto en el informe técnico de valoración, una vez calculado el porcentaje de descuento de cada artículo se comprobó que aquel no era único, sino que fluctuaba en función de cada producto ofertado, impidiendo por tal motivo ser calificado como error material subsanable. Es por ello que, de conformidad con el principio de igualdad de trato a los licitadores, la mesa acordó proponer la exclusión de la oferta.

**SEXTO.** Vistas las alegaciones de las partes, procede su examen. La recurrente solicita la revocación del acuerdo de exclusión de DISCOUNT S.L. del procedimiento de adjudicación del lote 1 del contrato, al objeto de que con retroacción de actuaciones al momento de valoración de las ofertas le pueda ser requerida, en su caso, la documentación que el órgano de contratación juzgue necesaria para subsanar su oferta.

Por su parte, el órgano de contratación estima ajustado a Derecho el proceder de la mesa y entiende que, no solo la normativa referenciada en su informe al recurso imponía la exclusión de la oferta, sino que los propios términos en los que fue formulada, obviando el modelo establecido al efecto y empleando otros parámetros, impedían que fuera contrastada con otras proposiciones y a la postre determinaban una vulneración del pliego.

Al objeto de centrar los términos del debate, procede reproducir los apartados del PCAP relativos a la documentación integrante de las proposiciones y los criterios de



adjudicación. Así, en la cláusula 18 del pliego se establece:

*“Las proposiciones para tomar parte en la licitación se presentarán en DOS sobres o archivos electrónicos firmados por el licitador o representante legal, en los que se indicará el nombre y apellidos o la razón social y denominación de la entidad licitante y una dirección de correo electrónico habilitada a efecto de notificaciones de conformidad con lo establecido en la D.A. 15ª de la LCSP, y que consistirán en lo siguiente:*

*SOBRE “1”: Declaración responsable.*

*(...)*

*SOBRE “2”: Documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (Oferta económica).*

*(...)*

*La oferta o proposición económica expresará el valor ofertado como precio de contrata, y vendrá redactada conforme al modelo que se incluye en la plataforma de licitación electrónica de este Ayuntamiento, fechada y firmada electrónicamente por el proponente.*

*No se aceptarán aquellas proposiciones que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que la Administración estime fundamental para la oferta. (...)*”

Asimismo, en el anexo I del PCAP se contempla que serán dos los criterios de adjudicación, mejor oferta económica y menor plazo de entrega del suministro, y con respecto al primero de ellos se establece que *“Se considerará la oferta más ventajosa, la que ofrezca el mayor porcentaje de descuento único, a aplicar sobre cada uno de los precios unitarios máximos.”*

Pues bien, tal y como manifiesta el órgano de contratación en su informe, del contenido de los pliegos se desprende, en primer lugar y sin ningún género de dudas, que el porcentaje de descuento que se habría de aplicar sobre los precios unitarios máximos de los artículos que integran el suministro debía ser único; es decir, con independencia de cada uno de los productos previstos en cada lote, para que las ofertas puedan ser valoradas conforme a este criterio de adjudicación el porcentaje de descuento sobre tales precios unitarios debe permanecer inalterable y no estar sujeto a oscilación alguna, aplicándose siempre el mismo sobre el precio de todos y cada uno



de los productos.

Y la segunda evidencia que resulta del pliego es que no serían aceptadas proposiciones que contuvieran omisiones que impidieran conocer claramente cualquier apartado considerado esencial para la oferta por la Administración. Por tanto, deben ser rechazadas las alegaciones formuladas en el recurso respecto a la ausencia de previsión alguna en el pliego sobre estas cuestiones.

Por otra parte, cuando la recurrente plantea que *“si bien no se reflejan en el documento enviado el sumatorio total con el porcentaje de descuento, es decir en el formulario, SI que consta en la remisión electrónica enviada en fecha 28 de agosto de 2018 el valor global de la oferta”*, aun cuando no se trata de una redacción clara, parece desprenderse que DISCOUNT, S.L. está haciendo referencia a que sí consignó un importe global resultante de la suma de todos los precios unitarios -5.493,37 euros- y que en base al mismo es posible calcular el porcentaje de descuento ofertado, el cual, ahora sí, obviamente sería único.

No obstante, o bien se trata de un error de interpretación del clausulado del PCAP por parte de la recurrente, o bien pretende por la vía del recurso que se acepte una interpretación del pliego que no puede ser acogida, pues como se ha indicado, se muestra de manera indiscutible que el porcentaje de baja debía ser único pero al mismo tiempo aplicado sobre cada uno de los precios unitarios, no sobre el importe global de la oferta económica.

Coincidiendo con las alegaciones del órgano de contratación en su informe, debemos señalar que haber admitido la oferta DISCOUNT, S.L. en esos términos habría provocado que no hubiera sido posible contrastar en un mismo plano de comparación dicha oferta con las del resto de licitadores que sí ajustaron sus proposiciones al modelo exigido en el pliego. Pero es que, a mayor abundamiento, se estaría infringiendo el principio de igualdad de trato, puesto que el resto de licitadores pueden, señalando un ejemplo, haber visto limitadas sus posibilidades de ofertar un descuento más amplio con respecto a determinados productos por ser menor su



margen de beneficio en tales artículos, circunstancia que tal vez sí haya podido ser solventada por la recurrente compensando los precios de unos productos con otros al pretender que fuera considerado su descuento de manera global.

Dado que ninguna de las partes cuestiona el hecho de que no se ha aplicado de manera individualizada sobre el precio de cada producto el mismo porcentaje único de descuento, parece razonable que, teniendo en cuenta el peso de este criterio sobre el máximo de puntos previsto en el PCAP -90 sobre 100- la proposición económica sea juzgada por la Administración como fundamental para las ofertas de los licitadores y que, en consecuencia, su formulación sin ajustarse fielmente a las exigencias del pliego sea calificada como un error u omisión que determina la no admisión de la oferta conforme a lo ya expuesto en la cláusula 18 del PCAP.

Finalmente, si bien entre la documentación que obra en el expediente que ha sido remitido a este Tribunal no se identifica ningún documento con el modelo del formulario tal y como debió ser cumplimentado por las entidades licitadoras, por lo que no es posible contrastar en qué términos debió ser consignado el porcentaje de descuento, lo cierto es que la redacción del pliego relativa a este criterio de adjudicación está exenta de oscuridad o ambigüedad y no se presta a interpretación. En este sentido, lo que sí ha podido confirmar este Tribunal -con un sencillo cálculo comparando los precios unitarios que se relacionaban en el pliego de prescripciones técnicas con los ofertados por DISCOUNT, S.L.- es la veracidad de lo alegado por el órgano de contratación en su informe, pues se comprueba que el porcentaje de descuento sobre aquellos precios no es único y varía según los productos.

Con base en todo lo argumentado, procede, pues, desestimar este primer motivo del recurso, al haber quedado acreditado que la proposición de la recurrente no se ajustó al modelo previsto en el PCAP para la formulación de su oferta económica en los términos expresados en el presente fundamento de derecho.

**SÉPTIMO.** En un segundo alegato, DISCOUNT, S.L. aduce que, tratándose de requisitos de carácter formal, la mesa de contratación debería haberle requerido la



documentación o subsanación que estimara necesaria, puesto que en todo caso solo se habría producido un error material susceptible de subsanación. Frente a ello el órgano de contratación, en su informe al recurso, esgrime que no nos hallamos ante un error material, sino que la recurrente incurrió con su proposición en una clara vulneración de las exigencias del pliego, por lo que, en aras del mantenimiento de la igualdad de trato entre licitadores, no procedía requerir subsanación alguna de la oferta.

Procede pues analizar si, como insta la persona recurrente en su escrito de impugnación, la mesa de contratación debió considerarlo, en caso de apreciar el desajuste ya expuesto entre la oferta y el pliego, como un mero error material.

En primer lugar debemos señalar que, tal y como afirma la recurrente, de encontrarnos ante un error material el mismo sí es susceptible de subsanación. Y si bien la teoría del error material es aplicable al acto administrativo, se puede hacer extensivo en este supuesto a la oferta de DISCOUNT, S.L. para analizar si se trató de un error material subsanable. Por ello resulta ahora necesario exponer cuáles son los requisitos que de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, se refiere al error material como *“un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente”*. Más adelante lo sigue describiendo *“(…) cuando resulta evidente que el órgano judicial simplemente se equivoca al dar una cifra, al calcularla o al trasladar el resultado.”*

Por su parte, el Tribunal Supremo en Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), establece que *“(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación”*. Debe tratarse de *“simples equivocaciones elementales de*



*nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos.” El error material debe apreciarse “teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error.”*

En definitiva, como ya argumentó este Tribunal en su Resolución 5/2018, de 12 de enero, de la anterior doctrina *“se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.”*

Todo lo que precede nos lleva a afirmar con rotundidad que no cabe apreciar error material en la proposición de la recurrente. Como se ha hecho patente en la presente resolución, la oferta económica de DISCOUNT, S.L. incorporó, en contra de la previsión del pliego para la valoración del criterio, diferentes porcentajes para aplicar como descuento según los diferentes artículos del lote 1. Reformular tales porcentajes para que se emplee un descuento único sobre cada uno de los precios unitarios máximos, no supondría corregir un mero error de cálculo, sino modificar la propia esencia de la oferta económica, que como hemos indicado constituía el 90 por ciento del total de puntuación prevista con arreglo a los criterios de adjudicación.

De haberse permitido la subsanación, DISCOUNT, S.L. debería haber modificado el importe de determinados precios unitarios en su oferta, pues esa sería la única solución posible para ajustar su proposición a las exigencias del PCAP y poder aplicar un descuento único. Y ello nuevamente supondría ir en contra del ya mencionado principio de igualdad de trato para con el resto de licitadores que sí presentaron su oferta en el modo indicado en el pliego.

Al respecto, es doctrina reiterada de este Tribunal (v.g. Resoluciones 242/2017, de 13 de noviembre, 28/2018, de 2 de febrero y 251/2018, de 13 de septiembre, entre otras)



la necesidad de que la oferta se ajuste a las especificaciones de los pliegos, constituyendo ambos, el de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas, *lex contractus* o *lex inter partes* que vinculan no solo a los licitadores que concurren al procedimiento aceptando incondicionalmente sus cláusulas (artículo 139.1 de la LCSP), sino también a la Administración o entidad contratante autora de los mismos.

El Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en Sentencia de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), afirma en su apartado 78 que “(...) si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atendido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80).”

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria viene reiterando que el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar su oferta como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Asimismo, este principio es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).

En el supuesto examinado, no solo resultaba inviable haber admitido la oferta en los términos descritos; al no concurrir los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un mero error material por los motivos expuestos, no existía fundamento alguno



para requerir la subsanación de la oferta.

Como ha manifestado en reiteradas ocasiones este Tribunal, por todas, las Resoluciones 283/2016, de 11 de noviembre, 41/2017, de 2 de marzo, y 26/2018, de 2 de febrero, la solicitud de aclaración de una oferta no es una obligación impuesta a la mesa o al órgano de contratación, sino una facultad que estos pueden ejercer cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando perciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de la misma; en caso contrario, nada impone que soliciten aclaración si consideran que la oferta es lo suficientemente clara y precisa, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la presentación de la oferta. En el presente supuesto no existían dudas a la hora de interpretar la oferta, sus términos eran claros y de manera ostensible se evidenciaba la discordancia con las exigencias del PCAP, por lo que hubiera resultado improcedente solicitar aclaración y, de haber admitido una posterior subsanación, habría significado un ataque frontal al principio de igualdad de trato entre los licitadores.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar el segundo alegato y con él el recurso interpuesto, y confirmar la exclusión de la oferta presentada por la recurrente.

**OCTAVO.** Finaliza el órgano de contratación su informe al recurso solicitando a este Tribunal que *“proceda conforme a lo dispuesto en el art. 58.2 LCSP, para los supuestos de temeridad y mala fe en la interposición del recurso.”* Dado que la norma citada dispone que *“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma”*, procede emitir pronunciamiento acerca de una eventual imposición de multa a la recurrente.

En este sentido, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 octubre de 1991, dictada en el Recurso n.º 2136/1989, *“Se considera que un sujeto actúa de mala fe en un proceso, a efectos de la*



*imposición de costas, cuando conoce que el derecho o pretensión que trata de actuar carece de fundamentos fácticos o jurídicos que lo amparen, y con temeridad cuando, sabedor de ello, desafía el riesgo a no obtener una sentencia favorable confiando que las vicisitudes procesales y las equivocaciones de la parte contraria, o los errores humanos que pueden incidir en la sentencia, propicien un resultado favorable a sus particulares intereses que legítimamente no tiene”.*

No obstante, en el supuesto analizado, pese a que lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores determina que el recurso deba ser desestimado, no cabe asumir que la ausencia de fundamento de aquel para su estimación obedezca a una actuación deliberada y consciente constitutiva de mala fe o temeridad en el sentido expresado por el Tribunal Supremo en la sentencia citada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DISCONSU BY GROUP DISCOUNT, S.L.** contra el acuerdo de la mesa de contratación, de 12 de septiembre de 2018, por el que se excluye su oferta del procedimiento de adjudicación del acuerdo marco denominado “Suministro de material de oficina para el Ayuntamiento de Fuengirola (3 lotes)” (Expte. 043/2018-CONTR), respecto al **lote 1**, convocado por el citado Ayuntamiento de Fuengirola (Málaga).

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 31 de octubre de 2018.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en



el artículo 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.** Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

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

