

¿Cuándo un licitador presenta doble oferta?

José Antonio Ruiz Sainz Aja

1 de junio de 2022.

Uno de los problemas con los que se encontraba el licitador que presentaba oferta en licitaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACE) era la imposibilidad de retirar su oferta una vez enviada. Esta deficiencia provocaba que, en aquellos casos en que el licitador era consciente de que se había equivocado, tuviese que presentar una segunda oferta que invalidase la primera. Esto suponía que la mesa de contratación se encontrase con dos ofertas presentadas y ante la tesitura de considerar o no la existencia de doble oferta y, en consecuencia, ante la obligación de excluir al licitador en aplicación del artículo 139.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

3. 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.

Esta situación, producida sobre todo en el ámbito de PLACE, ha sido analizada por la blogosfera; aquí me permito recomendar el análisis de Juan Carlos García Melián "cuestiones prácticas de la e-contratación".

Esta deficiencia de PLACE ha sido solucionada recientemente. Así de acuerdo a la Guía de Servicios de Licitación Electrónica: Preparación y Presentación de ofertas (Fecha: 04/04/2022)

4.6 Retirada de ofertas.

En el caso de haber presentado una oferta anterior y querer presentar una nueva oferta, dejando sin validez la anterior oferta presentada, se puede utilizar la funcionalidad de retirada de ofertas. Para que se pueda utilizar esta funcionalidad, los pliegos no tienen que haber cambiado desde la presentación de la anterior oferta. La retirada de ofertas consiste, por tanto, en dos acciones:

- 1- Presentación de la nueva oferta.
- 2.- Retirada de la oferta anterior (se elimina la oferta de la PLACSP). En el caso de que haya varias presentaciones anteriores de ofertas, sólo se retirará la última oferta presentada.

Conviene tener en cuenta que no se permitirá retirar la oferta anterior y no presentar una nueva oferta. El comportamiento es idéntico para ofertas con lotes y sin lotes.

Si la oferta anterior no se ha presentado todavía de manera completa, es decir, se trata de una presentación tipo huella electrónica, no se puede utilizar esta funcionalidad de retirada de ofertas.

Pulsando "Retirar y Presentar nueva" se produce la retirada de la oferta anterior y la presentación de la nueva oferta.

Si se pulsa "Continuar con una doble presentación" se produce la presentación de la nueva oferta, pero la oferta anterior persiste en la PLACSP, tratándose entonces de un caso de "doble presentación" de oferta.

Por tanto, atendiendo a esta nueva funcionalidad de PLACE, deberían dejar de existir los supuestos de doble presentación de ofertas y los problemas que ello acarrea.

Hasta aquí nada nuevo. Pero a partir de aquí pretendo introducir varios elementos de debate.

Primero. ¿Qué debe entenderse por doble oferta? Antes dar respuesta al interrogante debe tenerse en cuenta, primero, que la legislación contractual utiliza como sinónimos los términos oferta y proposición; y segundo, que la proposición u oferta no incluye la documentación administrativa del archivo A (véase el artículo 157.1).

En consecuencia, cuando la LCSP prohíbe la presentación de dos proposiciones está prohibiendo la presentación de dos ofertas.

Hechas estas matizaciones entremos en el concepto de oferta o proposición. A este respecto voy a acudir a la resolución 512/2019 TACRC en la que señala que

El termino proposición, que no es sino la acción o efecto de proponer, es sinónima en nuestro Derecho de la oferta, cuyo concurso con la aceptación, sobre la cosa y la causa que hayan de constituir el contrato, manifiesta el consentimiento de ambas partes, perfeccionándose desde entonces el contrato y obligando a las partes contratantes (artículos 1255, 1258 y 1262 del Código Civil).

En el procedimiento de adjudicación de los contratos administrativos, la proposición u oferta que se presenta en archivo digital o sobre cerrado, a fin de garantizar su secreto hasta la apertura conjunta y simultánea de todas las ofertas, se descompone en su caso en dos archivos o sobres distintos, cuando una parte de la oferta es evaluable mediante juicio de valor y otra automáticamente o mediante formula.

Lo que no admite duda, pues in claris non fit interpretatio, es que cuando el artículo 139.4 de la LCSP se está refiriendo a la prohibición de la presentación de más de una oferta por cada licitador lo hace en el concepto material de aquella, es decir en la manifestación de las condiciones en que, a tenor de los pliegos que rigen la contratación, el licitador se ofrece a realizar la prestación o prestaciones objeto del contrato, sin que sea sostenible confundir oferta con archivo o sobre en que se contiene, o lo que es lo mismo proposición con plica.

Así para que pueda excluirse al licitador por presentar más de una oferta, es preciso examinar los documentos en que aquella se formula por la mesa de contratación, a fin de adverar que efectivamente de aquellos resulta la existencia de dos ofertas distintas y no una misma oferta reproducida.

En fin, la mera presentación de más de un archivo o sobre no exime a la mesa de la obligación de examinar el contenido de todos ellos para comprobar si efectivamente existe más de una oferta, no siendo mera reproducción de la oferta ya presentada.

La LCSP y sus normas de desarrollo no amparan una interpretación que permita a la mesa de contratación presumir iure et de iure que la presentación de más de un archivo o sobre determina sine qua non la existencia de más de una oferta, de modo que la exclusión por presentar más de una oferta se convierta en la exclusión por presentar más de un sobre o archivo, pues además de vulnerar la literalidad y espíritu de la LCSP, infringe igualmente los principios que presiden la contratación pública, en particular el de libre competencia.

Atendiendo al concepto enunciado por esta resolución existirá proposición u oferta cuando el licitador presente formalmente en los archivos electrónicos procedentes la documentación en la que se contenga una declaración de voluntad de quedar obligado en unos términos concretos. Y esa declaración de voluntad solo se recoge en los archivos electrónicos que contienen la proposición u oferta (B y C), no en el archivo A.

En este sentido en la resolución citada se argumenta como sigue

En efecto, el archivo 1 es justo aquel que no contiene las ofertas, sino antes bien la documentación que permite comprobar la capacidad y solvencia de los licitadores, por lo que mal puede la mesa en el acto de apertura de este archivo concluir que se presenta por un mismo licitador más de una oferta, pues tales archivos no son abiertos en ese acto sino en los sucesivos.

En consecuencia, habrá que estar al contenido y extensión de la declaración de voluntad contenida en dicha documentación (archivos B y C, en su caso) a la hora de valorar la existencia de una doble proposición y oferta.

El concepto enunciado tiene notables consecuencias en cuanto no existirá doble oferta cuando la voluntad del licitador manifestada en una oferta sea sustituir su voluntad contenida en una oferta anterior. Y esto, como ocurrió en la resolución que se comenta, solo es posible apreciarlo si se procede a la apertura de todas las proposiciones u ofertas presentadas.

Y tampoco existirá doble oferta cuando la voluntad del licitador se manifieste respecto a distintas partes del objeto contractual, como ocurrirá cuando las ofertas presentadas lo sean respecto a distintos artículos.

Esta consideración permitirá la presentación de varios archivos electrónicos en una misma licitación. Esta conclusión cobra especial relevancia dada la limitada capacidad en megas de la que dispone PLACE para la presentación de documentación (38 mb en caso Java de 64 bits). Esta es un queja habitual de los licitadores en las licitaciones con muchos lotes y en las licitaciones en las que documentación técnica a presentar tiene un especial "peso informático" (proyectos, fichas técnicas, etc.).

Pongamos como ejemplo una licitación con más de 100 lotes: en este caso es posible la presentación de varios archivos electrónicos, cada uno de ellos referido a unos lotes determinados. Esto no supondrá la presentación de una doble oferta dado que en cada archivo electrónico el licitador manifiesta su voluntad de obligarse respecto a diferentes lotes y artículos.

En definitiva, a la hora de valorar la existencia de una doble oferta debe tenerse en cuenta que cuál es la finalidad de la prohibición legal: evitar un situación de ventaja para un licitador que atente contra los principios de igualdad y concurrencia; situación que no se produce en los casos comentados. Otra interpretación, a mi juicio, es llevar el formalismo a su extremo máximo.

Segundo. En la guía de PLACE transcrita se recoge que una vez presentada la oferta se puede retirar pero siempre que se presente una nueva oferta (*Conviene tener en cuenta que no se permitirá retirar la oferta anterior y no presentar una nueva oferta*).

Se discrepa de esta restricción en cuanto, a mi juicio, durante el plazo de presentación de ofertas el licitador es libre de modificar su oferta o de dejar sin efecto la misma de forma libérrima.

Si analizamos la regulación de la LCSP referida a la retirada de la oferta veremos que la misma se recoge, entre otros, en el artículo 71.2 como causa de prohibición de contratar, y en el artículo 158.4 referido a la posibilidad de los licitadores de retirar su oferta en caso de incumplimiento de los plazos de adjudicación.

A partir de la redacción de los artículos citados entiendo que la figura de la retirada de oferta solo se producirá cuando se efectúe después de finalizado el plazo de presentación de ofertas, y tal actuación solo será reprochable cuando hayan transcurrido los plazos a los que se refiere el artículo 158.4 (sobre esta cuestión recomiendo la lectura del "Análisis de diversas incidencias prácticas en la presentación de ofertas electrónicas" publicado en el Observatorio de la Contratación Pública y de la Resolución 381/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid).