

Recurso 430/2023
Resolución 503/2023
Sección Segunda

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 9 de octubre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLUB DEPORTIVO JUDO MARILU** contra la resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de su oferta, con relación al lote 6, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 28 de abril de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 2 de mayo de 2023 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de la licitación, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento. El valor estimado del presente acuerdo marco es de 46.338.486,08 €.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás normas reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada disposición legal.

La mesa de contratación en sesión celebrada el 21 de junio de 2023 procede al descryptado, apertura pública y lectura de la documentación contenida en el sobre electrónico nº 3: “*Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas*” cuyo resultado, respecto de la oferta de la ahora recurrente, refleja lo siguiente:

NIF	PERSONA LICITADORA	LOTE	Control de presencia del personal	Compromiso de Calidad del Servicio	Proposición económica
G23730013	CLUB DEPORTIVO JUDO MARILU	6			0,20

El 1 de septiembre de 2023, el órgano de contratación dictó resolución por la que adjudica el acuerdo marco citado en el encabezamiento. En dicha resolución se contiene lo siguiente:

«Con fecha 21 de junio de 2023 se reúne la Mesa de Contratación para proceder en acto público, a la apertura y lectura del sobre número 3 “DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS” cuyo resultado es el reflejado en el acta 3 publicada en el perfil del contratante el 22 de junio de 2023, referencia de publicación 2023-0001265548. La puntuación obtenida por los licitadores se encuentra en el anexo I de esta resolución». En el referido anexo consta la recurrente con una puntuación total de 20 puntos.

La resolución de adjudicación fue notificada al recurrente y publicada en el perfil de contratante el 4 de septiembre de 2023.

SEGUNDO. El 13 de septiembre de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente contra la resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación respecto del lote 6.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano con fecha 18 de septiembre.

Mediante Resolución MC 103/2023 de fecha 22 de septiembre de 2023, se acuerda el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

Por la Secretaría del Tribunal se concedió un plazo de 5 días hábiles al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, no habiéndose cumplimentado el trámite por ningún licitador.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y 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.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto del lote 6, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto, aun cuando sustantivamente se combate la exclusión del licitador, desde un punto de vista formal el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación en el procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto formalmente recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.b) y 2 c) de la LCSP.



CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones del recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurrente interpone el presente recurso contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación, solicitando de este Tribunal: *«Que tenga por presentado el presente Recurso Especial en Materia de Contratación Administrativa contra la resolución referenciada en el cuerpo del presente escrito, y a la vista de los motivos expuestos, proceda a dictar resolución por la que se declare la nulidad del acuerdo de exclusión de mi representada, ordenándose la anulación del acto con retroacción de las actuaciones para que se proceda a un nuevo requerimiento para subsanar el defecto subsanable y a la continuación en el procedimiento de la parte recurrente (...).»*

Alega, en síntesis, que, por error, no incorporó correctamente al documento pdf escaneado el correspondiente al anexo XII b) en la medida que se digitalizaron todos los documentos, salvo la segunda página del referido anexo.

Esgrime que la omisión parcial detectada por la mesa de contratación al no haber marcado -por error- ninguna casilla en el Anexo XII b) *Modelo de proposición relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas*, debería haber sido susceptible de subsanación, requiriéndole por plazo de tres días, conforme determina la cláusula 10 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). De ahí que considere que la exclusión es nula de pleno derecho o anulable, en su caso, puesto que debería haberse articulado el procedimiento para la subsanación del error padecido.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso, tras relatar las principales actuaciones procedimentales, interesa la desestimación del recurso con fundamento en las siguientes alegaciones:

En primer lugar, señala que no se trata propiamente de una exclusión sino de la no superación por la recurrente del mínimo de 80 puntos, al haber omitido en su oferta la cumplimentación relativa a los criterios de adjudicación *“Control de presencia del personal”* y *“Compromiso de Calidad del Servicio”*, resultando de ello que la actuación de la mesa fue correcta y conforme a lo establecido en el PCAP otorgándole 20 puntos no pudiéndose considerar su oferta susceptible de ser propuesta adjudicataria al no alcanzar el mínimo establecido en los pliegos.

Considera que no procedía otorgar plazo de subsanación puesto que la falta de cumplimentación de la oferta en los criterios indicados no es un defecto subsanable en la oferta presentada, sino que se trata de ausencia de oferta, extremo que -indica el informe- no es discutido por el recurrente. Asimismo, alega que otorgar un trámite de subsanación y, consecuentemente, un plazo adicional para presentar dicha oferta omitida hubiera supuesto quebrantar el principio de igualdad entre licitadores. Invoca, al respecto, Resoluciones de este Tribunal en multitud de ocasiones (v.g. Resoluciones 120/2015, de 25 de marzo, 221/2016, de 16 de septiembre, 200/2017, de



6 de octubre, 333/2018, de 27 de noviembre, 250/2019, de 2 de agosto y 113/2020, de 14 de mayo), conforme a las cuales los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras.

En cuanto a la existencia o no de trámite de subsanación de la oferta, considera que estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa como así indica el PCAP, pero no en la oferta técnica o en la económica. En apoyo de su tesis invoca la Resolución nº 747/2017, de 5 de septiembre de este Tribunal en la que se afirma “*no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)*”.

Concluye, por tanto, que, como reconoce el recurrente, por un error humano sólo imputable al licitador, omitió incluir en el archivo nº 3 el Anexo XII. b) y la mesa de contratación, ante la ausencia de la oferta respecto del “Control de presencia del personal” y del “Compromiso de Calidad del Servicio” por parte de la recurrente, no tuvo más opción que, de conformidad con lo establecido en el PCAP, entender que no se ofertaba a tales criterios, y por tanto acordar su no valoración siendo la actuación de la mesa de contratación ajustada a derecho sin que la misma pueda ser tachada de desproporcionada ni de injustificada.

Finalmente, el órgano solicita la imposición de multa, por apreciar la temeridad en la interposición del recurso, concretando la cuantía en 3.000 euros, a la vista de las alegaciones del recurso, con fundamento en el reconocimiento por la recurrente del error padecido al “subir” la documentación al portal de licitación electrónica pues, como ella misma reconoce, no aportó correctamente el Anexo XII b) efectuando, en consecuencia, un uso inadecuado de la figura del recurso administrativo. Invoca doctrina del Tribunal (entre otras, las Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo, 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre) así como la doctrina del Tribunal Supremo.

SEXTO. Fondo del recurso. Consideraciones del Tribunal sobre la conformidad a derecho de la exclusión de la oferta del recurrente por no superar el umbral mínimo establecido en los pliegos.

La controversia que suscita el presente recurso reside en dilucidar si el error material que la propia recurrente reconoce que ha cometido al cumplimentar el anexo XI del PCAP era susceptible de subsanación, a fin de haber evitado la consecuencia de la exclusión de su oferta por no haber superado el umbral mínimo

Para ello resulta fundamental examinar las cláusulas del PCAP, así como los documentos que contienen la oferta de la entidad recurrente. La cláusula 9.2.3 del PCAP establece lo siguiente:

«9.2.3. Sobre electrónico nº3: Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas.

En este sobre se incluirá la documentación indicada en el Anexo XI del presente pliego entre la que deberá encontrarse, en todo caso, la proposición económica según modelo de la Anexo XII, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación especificados en el Anexo I-apartado 8.

Asimismo, se incluirá, en su caso, la declaración de confidencialidad según modelo del Anexo VII designando qué documentos y datos presentados son, a su parecer, constitutivos de ser considerados confidenciales, sin que pueda darse tal carácter a toda la documentación que se presente»

Por su parte, el Anexo XI del PCAP “Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas” (Sobre electrónico nº3), por lo que aquí nos concierne, establece:



«2. Proposición relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática»

Por aplicación de fórmulas debidamente firmada y fechada redactada conforme al modelo que figura en el anexo XII del presente pliego. No se valorarán aquellas proposiciones que no hayan sido redactadas conforme al modelo facilitado o que contengan error o defectos que impidan a la mesa su correcta valoración, que se tendrán por no ofertadas.

- **Compromiso de calidad del servicio**

Al objeto de incrementar la calidad del servicio prestado, se valorará que la persona adjudicataria del acuerdo marco en caso de formalizar algún contrato basado se compromete a disponer de unas instalaciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía para la atención física de usuarios y familias, el acopio de los medios materiales utilizados para la ejecución de los contratos, así como para la gestión, organización y en su caso la formación necesaria para su personal, de conformidad con lo establecido en el PPT

- **Sistema de control de presencia de los profesionales**

A fin de elevar la calidad del servicio prestado la entidad licitadora expresará su compromiso de adscribir un sistema de control de acceso y presencia de los profesionales mediante el cual quede registrado de manera electrónica y automatizada, la hora en la que comienza y finaliza el servicio público de cada uno de los profesionales que lo prestan. Este compromiso deberá estar implementado de manera previa al inicio del curso escolar.

Se consideran medios electrónicos válidos para el control de acceso y presencia de los profesionales los mecanismos tales como GPS, Huella dactilar, sistema de picaje electrónico de entrada y salida de los profesionales, a través de medios y mecanismos aportados expresamente por la entidad licitadora.

El mecanismo que se oferte debe garantizar de forma electrónica la explotación de los datos de forma clara por parte de la persona contratista y a través de los cuales se pueda justificar la hora de entrada y salida diaria de cada monitor por día de gestión efectiva de servicio y por centro. Igualmente, deberá de garantizar que este registro en el control de presencia se realiza en las instalaciones del centro educativo donde se desarrolle el servicio público de actividades extraescolares

Conviene también acudir al apartado 8 del Anexo I “Características del acuerdo marco” que, respecto de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas establece lo siguiente:

CRITERIO	OFERTA
Control de presencia del personal. (max. 40 p.) Se valorará la oferta de algún mecanismo de control INFORMATIZADO que garanticen el control de asistencia por medios electrónicos que permita justificar la hora de entrada y salida por día de prestación del servicio.	SÍ <input type="checkbox"/> 40 PUNTOS NO <input type="checkbox"/> 0 PUNTOS
Compromiso de Calidad del Servicio. (max. 40 p.) Se valorará la oferta del compromiso de disponer de unas instalaciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía para la atención física de usuarios y familias, el acopio de los medios materiales utilizados para la ejecución de los contratos, así como para la gestión, organización y en su caso la formación necesaria para su personal.	SÍ <input type="checkbox"/> 40 PUNTOS NO <input type="checkbox"/> 0 PUNTOS



<p><i>Proposición económica. De 0 a 20 puntos.</i> <i>Se valorará la mejor baja ofertada para cada alumno/a que asista a cada actividad del contrato. Corresponderán cero puntos a la proposición económica que no oferte baja alguna. Valorando el resto de proposiciones conforme a lo establecido en la escala que se detalla al margen.</i> <i>Por cada 0,05 € de baja5 puntos</i></p>	<p><input type="checkbox"/> 0,20 €... 20 PUNTOS <input type="checkbox"/> 0,15 €... 15 PUNTOS <input type="checkbox"/> 0,10 €... 10 PUNTOS <input type="checkbox"/> 0,05 €... 5 PUNTOS <input type="checkbox"/> 0 €..... 0 PUNTOS</p>
<p>Umbral mínimo de puntuación necesaria para ser incluido en el proceso selectivo: <i>Para adquirir la condición de mejor oferta, es requisito imprescindible alcanzar o superar el umbral mínimo de puntuación, obtenido conforme a la oferta presentada:</i> UMBRAL MÍNIMO DE PUNTUACIÓN: 80 PUNTOS.</p>	

Los licitadores estaban obligados a incluir en el sobre electrónico nº 3 la documentación indicada en el Anexo XI del presente pliego entre la que debería encontrarse, en todo caso, la proposición económica según modelo de la Anexo XII, en orden a la aplicación de los criterios de adjudicación especificados en el Anexo I-apartado 8. En el Anexo XII B se establece el modelo de proposición relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, conforme al cual el licitador debía indicar el compromiso a ejecutar el contrato en los plazos y con estricta sujeción a los requisitos exigidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y técnicas aprobados por el órgano de contratación, de acuerdo con las siguientes condiciones ofertadas:

LOTE	COMPROMISO DE CALIDAD DEL SERVICIO	SISTEMA DE CONTROL DE PRESENCIA ELECTRÓNICO MEDIANTE MEDIOS APORTADOS POR LA EMPRESA
	SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	SÍ <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>

Según reconoce la propia recurrente y este Tribunal ha podido corroborar de la documentación remitida, efectivamente en su oferta, debido a lo que califica como “error totalmente involuntario” no incluyó en el sobre electrónico nº 3 el apartado B relativo a los criterios de adjudicación valorables de forma automática mediante la aplicación de fórmulas, extremo que, por tanto, no resulta controvertido.

Sentado lo anterior, procede analizar la posibilidad de que el órgano de contratación le hubiera permitido subsanar la omisión en la oferta de la recurrente de la parte relativa a la cumplimentación de los criterios de adjudicación valorables mediante fórmulas. Pues bien, la doctrina sobre la posibilidad de subsanación de ofertas se resume, entre otras, en la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 1233/2017, de 19 de enero de 2018, que señala:

“Como ha resuelto este Tribunal en, entre otras, resolución 661/2017 de 21 de julio, “Con carácter general la JCCA viene entendiendo (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04,



de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que “se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia.”

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la JCCA, donde ha configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos de las licitadoras, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con este criterio, viene admitiendo este Tribunal (por todas, Resolución 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica. Pues bien, como ya ha indicado el TACRC en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta.

Siguiendo lo declarado, en la Resolución 876/2014, cabe señalar que: *“Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr. Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe ‘obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta’ (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar ‘aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público’ (Resolución 94/2013)”*

En este sentido también la Resolución 263/2021, de este Tribunal.

De acuerdo con estas consideraciones, estima este Tribunal que, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones 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. Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de las demás licitadoras, en el sentido de que



diera lugar a que aquella, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada.

El último inciso del artículo 84 RGLCAP, admite que se puedan variar algunas palabras del modelo “*cuando no alteren su sentido*”. Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia que aboga por favorecer la admisión de licitadoras al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004:

“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.” En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 del RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal, que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)” (...)

Es decir, no se puede acceder a una subsanación que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada, pero sí resulta posible la subsanación de defectos o errores puramente formales en la documentación de las ofertas, siempre que no supongan variación de estas. Así se afirmó igualmente en la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía que “*excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta*”. No se podría aceptar una subsanación o una aclaración que pretenda o pueda variar los términos de la oferta presentada. El órgano de contratación sí tenía la posibilidad de solicitar aclaración de la oferta cuando ello no implique su modificación, pero extender la posibilidad de aclaración más allá, implicaría en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea un exceso. En la medida en que el poder adjudicador considere que tal omisión no constituye una irregularidad meramente formal, no puede permitir que ese licitador subsane ulteriormente la aludida omisión, cualquiera que sea la forma, tras la expiración del plazo concedido para la presentación de las ofertas. El límite de las posibilidades de subsanación no se halla tanto, en el tipo de documento que contiene el error, como especialmente en la naturaleza de la equivocación y en los efectos que de su corrección pudiesen derivarse para el resto de las licitadoras. Concretamente, resulta de especial importancia que por vía de la subsanación o aclaración de ofertas no se pretenda alterar el principio de invariabilidad de las ofertas en perjuicio de las demás licitadoras concurrentes o la corrección de errores que excedan por su naturaleza de los meramente formales. Adicionalmente, conviene destacar que la apreciación de estas circunstancias debe efectuarse a la vista de los



documentos que integran la oferta, tanto la mera proposición como los documentos acreditativos que se acompañan, de forma que el carácter meramente formal del error debe poder apreciarse de forma ostensible por parte del órgano de contratación a la vista de la totalidad de la oferta.

Proyectada la doctrina expuesta sobre nuestro caso, debe analizarse cuál es la naturaleza del supuesto error padecido y los efectos que sobre el principio de invariabilidad de las ofertas tendría una eventual subsanación. Partimos, como ya hemos visto, que la existencia del error no deja lugar a dudas ya que así lo reconoce y asume la propia entidad recurrente, que lo califica de error involuntario. Ahora bien, la omisión parcial de la oferta afecta indefectiblemente a esta ya que permitiría, una vez que se han conocido todas las restantes ofertas, modificar la inicialmente presentada, en la medida que está claro que había dos posibilidades (ofertar sí/no) tanto el compromiso de calidad del servicio como el sistema de control de presencia electrónico mediante medios aportados por la empresa y la posibilidad de subsanación permitiría cambiar la oferta inicial.

El Tribunal Supremo si bien se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta, la ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como ocurre con la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-).

El Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual estima que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 -asunto C42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08).

En el supuesto que se analiza el Tribunal estima que la posibilidad de subsanación permitiría modificar la oferta inicialmente presentada puesto que tampoco la recurrente ha señalado que el extremo que habría de subsanar (la omisión parcial) pueda inferirse del contenido de su oferta, lo que, en su caso, hubiera permitido aquella. Por ello consideramos que el órgano de contratación ha adoptado una decisión concordante con la oferta realizada por la entidad recurrente, tal y como estaba configurado el PCAP que establecía además claramente que no se valorarán aquellas proposiciones que no hayan sido redactadas conforme al modelo facilitado o que contengan error o defectos que impidan a la mesa su correcta valoración, que se tendrán por no ofertadas.



No se puede deducir la existencia de una interpretación literalista y excesivamente formalista de los pliegos, ni tampoco que procediera solicitar ningún tipo de subsanación. Es decir, es insubsanable un error que, conforme a la doctrina expuesta, este Tribunal considera que no debió ser objeto de requerimiento de subsanación, pues habría ido en contra de una actuación del órgano de contratación respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP. Esta forma de proceder es más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatas y licitadoras y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP. El no cumplimiento del PCAP a efectos ha sido expreso, y, por tanto, la consecuencia de no alcanzar el umbral mínimo de puntuación era no poder ser incluido en el proceso selectivo, como así ha acontecido, sin que sea admisible que la recurrente, en este momento, bajo la excusa del error, traslade al órgano de contratación un defecto en la forma de presentación de la oferta, y en todo caso, una falta de diligencia del licitador.

SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

El órgano de contratación solicita la imposición de multa por apreciar mala fe en la recurrente indicando, al respecto, lo siguiente:

«A la vista de las alegaciones del recurso se reconoce por la recurrente que no ha aportado el anexo XII.B reiteramos que se hace un uso inadecuado de la figura del recurso administrativo, al respecto, ese Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones, también citadas en este informe anteriormente, (v.g Resoluciones 64/2018, de 8 de marzo y 7/2019, de 17 de enero, o la más reciente 346/2019, de 24 de octubre), con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo

(entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de octubre de 1991, dictada en el recurso n.º 2136/1989) que “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(...).»

El artículo 58.2 de la LCSP establece: *«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.*

El importe de la multa será de entre 1000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos».

En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar



un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.

En el supuesto analizado, este Tribunal aprecia que, con la impugnación planteada, el recurrente ha utilizado esta vía de actuación con temeridad, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente debería haberle hecho presumir la probable desestimación de su recurso, en la medida que el mismo reconoce que no incorporó correctamente el anexo XII b) del PCAP, y por tanto, su falta de diligencia, por lo que haber acudido a la vía del recurso especial, supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación.

A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellos recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con una manifiesta temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso.

Sobre lo anterior, la jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que “*puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita», o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»”.*

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que «*(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos*».

El órgano de contratación cuantifica en 3.000 euros el importe mínimo de la multa que solicita en razón a la manifiesta temeridad, pero sin concretar el perjuicio irrogado más allá de las horas de trabajo (8) dedicadas a la preparación del informe y restante documentación.



Este Órgano estima que las circunstancias expuestas de temeridad determinan que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 1.500 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad en la interposición del recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial interpuesto por la entidad **CLUB DEPORTIVO JUDO MARILU** contra la resolución de adjudicación en la que se contiene la exclusión de su oferta, con relación al lote 6, del procedimiento de adjudicación denominado «Servicios de actividades extraescolares mediante acuerdo marco» (Expediente CONTR 2022 0000637463) convocado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

SEGUNDO. Imponer al recurrente una multa de 1.500 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.

