Recurso 189/2019

Resolución 405/2019

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

Sevilla, 28 de noviembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FERROVIAL SERVICIOS S.A.** contra la Resolución del órgano de contratación de 25 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio de mantenimiento y gestión técnica de las sedes de la Administración de Justicia en Málaga" (Expediente 2018/66421), convocado por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local, este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 7 de diciembre de 2018 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. El 8 de diciembre se publicó en el en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 1.876.829,81 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la entidad ahora recurrente.

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. En sesión celebrada el 9 de abril de 2019 la mesa de contratación excluye del procedimiento de licitación a la ahora recurrente. Por Resolución del Secretario General Técnico de 25 de abril de 2019, se adjudica el contrato.

CUARTO. El 21 de mayo de 2019, la entidad FERROVIAL SERVICIOS S.A. (en adelante FERROVIAL) presentó en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación.

QUINTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 21 de mayo de 2019, se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe sobre el recurso y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones, reiterándose el 29 de mayo. La documentación requerida se recibió en el Registro del Tribunal el 3 de junio de 2019. Solicitada documentación complementaria el 7 de junio, se recibió el 11 de junio.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, mediante escritos de 13 de junio de 2019, dio traslado del recurso al resto de licitadoras concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado la entidad CLECE S.A.

SÉPTIMO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido con carácter general 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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP. En este sentido no puede acogerse la alegación de CLECE S.A. de falta de legitimación por cuanto la hipotética estimación del recurso contra su exclusión en los términos en los que formula su pretensión le beneficiaría.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso se refiere a alguno de los supuestos contemplados legalmente y si se interpone contra alguno de los actos susceptibles de recurso en esta vía, de conformidad con lo establecido respectivamente en los apartados 1 y 2 del artículo 44 de la LCSP.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado asciende a 1.876.829,81 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue publicada en el perfil de contratante el 26 de abril de 2019 y notificada a la entidad ahora recurrente en idéntica fecha; por lo tanto, iniciándose el cómputo del plazo el 27 abril de 2019, el recurso especial presentado el 21 de mayo de 2019 en el registro de este Tribunal ha sido formalizado dentro del plazo legal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

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

Si bien formalmente la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución del órgano de contratación, de 25 de abril de 2019, de adjudicación, materialmente se impugna el acuerdo de la mesa de contratación de 9 de abril por el que se la excluye del procedimiento de licitación, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, deje sin efecto la resolución impugnada, se retrotraigan las actuaciones y se continúe el procedimiento, acordando la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa..

Alega en su escrito de recurso en síntesis, la falta de motivación de la resolución de exclusión; que ha acreditado la viabilidad económica de su oferta; y, finalmente, la improcedencia de la solicitud de aclaración por inexistencia de error en su oferta, así como la correcta valoración de los criterios sometidos a juicio de valor.

El órgano de contratación en su informe se opone al recurso en los términos que se expondrán en los siguientes fundamentos de derecho.

Por último, la entidad interesada CLECE S.A. (en adelante CLECE) se opone a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en el procedimiento del recurso, aquí se dan por reproducidos.

SEXTO. Visto lo alegado por las partes procede ahora el estudio de los motivos del recurso que se centra en determinar si fue correcta la actuación de la mesa de contratación al acordar la exclusión de la oferta de la recurrente por considerar que era irreal en relación con el apartado relativo a la situación del local-almacén ofertado, referenciada espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener.

Se alega en primer lugar en el recurso la falta de motivación del acto impugnado. En este sentido, señala que de la lectura de dicho acto se desprende que el motivo de su exclusión es porque la mesa apreció, erróneamente en su opinión, que su oferta, en cuanto al estudio de las distancias entre el local ofertado y las sedes judiciales a mantener, era incierta, al ser las distancias ofertadas sensiblemente inferiores a las reales, por lo que su oferta resulta irreal. Alega que dicha exclusión se produjo a pesar de que presentó un escrito de respuesta a la solicitud de aclaración en fecha 3 de abril, en el que justificaba que todas las distancias incluidas en su oferta eran correctas. Solicitada vista del expediente, la recurrente comprobó que no existe

ningún informe técnico que se haya realizado para rebatir su escrito de aclaración. Añade que el único documento que se ha puesto de manifiesto en relación con esta cuestión es el informe técnico de 19 de marzo de 2019, que se redactó con anterioridad a la solicitud de aclaración, informe que se elaboró a raíz de un escrito presentado por CLECE con fecha 11 de marzo en el que solicitaba que se aclararan y corrigieran las puntuaciones técnicas asignadas a FERROVIAL. En su escrito de aclaraciones, señala que manifestó que le resultaba extraña una solicitud de aclaración una vez que se había procedido a la apertura de todos los sobres y se conocían todas las puntuaciones, habiéndole asignado a su oferta una puntuación de 15 puntos; se afirmaba la inexistencia de error en la determinación de las distancias, habiéndose realizado el cálculo con Google Maps en línea recta, siguiendo el tenor de los pliegos: "*referenciar espacialmente el local con el conjunto de sedes a mantener*"; a mayor abundamiento alega que en su oferta se recogieron los tiempos de desplazamiento desde los citados locales a las sedes judiciales; que los pliegos no establecían como debía referenciarse espacialmente la situación de los locales, ni cómo se va a hacer por la Administración el cálculo de las distancias; y finalmente, que había obtenido la misma puntuación que la otorgada a otros licitadores que habían ofertado locales en situaciones cercanas.

Por ello, ante la inexistencia de un informe técnico posterior a su escrito de aclaración, considera que el acto administrativo por el que se la excluye carece de motivación.

A continuación el recurso hace referencia a la exigencia del deber de motivación, de forma que la información que se facilite a los licitadores debe ser lo suficientemente completa como para permitir que se pueda interponer el recurso. Tras citar el articulo 35 de la Ley 39/2015; el artículo 151 de la LCSP, y la cláusula 10.8 del PCAP, invoca abundante doctrina de los órganos competente para la resolución del recurso especial sobre la necesidad de motivación.

El órgano de contratación en su informe al recurso señala que, si bien la recurrente tuvo conocimiento del acuerdo de exclusión mediante la notificación de la adjudicación del contrato, no es éste el acto que la excluye, sino el acuerdo de la mesa de 9 de abril de 2019, que es el órgano competente, de acuerdo con el artículo 326 de la LCSP y el artículo 84 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. A continuación expone cual fue el procedimiento previo a la exclusión:

a) Escrito de CLECE de 11 de marzo de 2019 por el que solicita aclaración de la puntuación asignada a la recurrente en el subapartado relativo a la situación del local.

b) Aclaración solicitada por la mesa a los tres técnicos que llevaron a cabo el informe de valoración de los criterios de adjudicación valorables mediante un juicio de valor.

c) Informe de la comisión técnica en el que se manifiesta que las distancias del local-almacén ofertado a cada sede judicial son sensiblemente inferiores a las reales, suponiendo un 21,43% de menos, por lo que la oferta es irreal

d) Aclaración solicitada por la mesa a FERROVIAL, y presentada el 3 de abril, en el que manifiesta que las distancias se habían obtenido mediante el trazado de una imaginaria línea recta entre el local y las sedes.

Añade que dado que la aclaración no venía sino a confirmar lo expuesto en el anterior informe técnico, no se consideró necesario solicitar un nuevo informe.

Igualmente alega que FERROVIAL no discute que las distancias ofertadas fueran irreales en términos de desplazamiento, sino que la cláusula del pliego era ambigua, contradictoria o confusa, y que por tanto el concepto "distancia" podía interpretarse desde sus dos acepciones, espacio o intervalo de lugar o de tiempo que media entre dos cosas o sucesos y longitud del segmento de recta comprendido entre dos puntos del espacio. Contando pues la mesa en su sesión de 9 de abril con los argumentos de ambas partes, y la valoración de los técnicos, acordó motivadamente la exclusión en lo términos que figuran en el acta.

CLECE por su parte presenta alegaciones en las que sostiene la legalidad del acuerdo recurrido en los términos que constan en el expediente.

Expuestas las alegaciones de las partes, lo primero que habremos de analizar es si la Resolución de adjudicación fue motivada. Debe desestimarse esta alegación, ya que la Resolución de adjudicación, en su antecedente séptimo, señala que la mesa de contratación, en sesión de 12 de marzo, procede al estudio del escrito presentado por la entidad CLECE, solicitando aclaración en las puntuaciones otorgadas en el subapartado *"Su situación, refenciándola espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener"* del

informe técnico. A la vista del escrito la mesa acuerda solicitar informe técnico para que se pronuncie sobre lo manifestado por CLECE. Continúa señalando la resolución de adjudicación en su antecedente octavo que la mesa en la sesión de 9 de abril procede al estudio de la aclaración presentada por FERROVIAL y del informe emitido por los técnicos de la Dirección General de Infraestructuras y Sistemas, y que se concluye que las cifras recogidas en la columna *"distancias"* de la tabla de la oferta de FERROVIAL es incierta que sean, como ellos afirman, "las distancias y tiempos de respuesta". Son distancias sensiblemente inferiores, por lo que la oferta resulta irreal, lo que ha repercutido favorablemente en su valoración, acordando su exclusión de conformidad con lo establecido en el artículo 326 de la LCSP.

En consecuencia, la resolución está suficientemente motivada y contiene la información necesaria para conocer las razones de la exclusión impugnada, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

SÉPTIMO. Alega la recurrente que con posterioridad a su escrito de aclaración no se solicitó nuevo informe técnico. En relación con esta alegación procede su desestimación. Como señala el órgano de contratación el informe técnico de fecha 13 de marzo, en que se comprueban las distancias presentadas en la oferta de la recurrente con la distancias del local-almacén a cada sede judicial, utilizando la aplicación "Google Maps", concluye *"La diferencia de distancias a las sedes judiciales de los datos de la oferta de FERROVIAL supone un 21,43% de menos respecto de los datos obtenidos por Google Maps". Por lo tanto la oferta presentada por FERROVIAL en el apartado "Situación, referenciándola espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener" resulta irreal, lo cual repercutió favorablemente en su valoración" .*

Como señala el órgano de contratación la aclaración solicitada a la recurrente no hizo sino confirmar que las distancias se habían medido en línea recta, por lo que no era preciso solicitar un nuevo informe técnico, informe que por otro lado, según la cláusula 10.2 del PCAP no resulta de solicitud obligatoria. En el presente caso, advertido por el informe técnico que las distancias no eran correctas, y confirmado dicho extremo por la recurrente en el trámite de aclaración de la oferta, la mesa no vio necesidad de recabar un nuevo informe técnico, por lo que ningún reproche merece dicha actuación.

OCTAVO. Como segundo motivo del recurso, alega la recurrente que acreditó la viabilidad económica de su oferta El órgano de contratación señala en su informe que este motivo no tiene nada que ver con el acto recurrido, ya que la exclusión no vino motivada por estar la oferta incursa en presunción de anormalidad,

sino porque su oferta era irreal, tal como hemos expuesto en los anteriores fundamentos de derecho. Asiste la razón en este extremo al órgano de contratación. La exclusión vino motivada porque las distancias de la oferta eran inferiores a las reales, lo que repercutió en su valoración. En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

Por último, respecto a la cuestión relativa a que la cláusula del pliego era ambigua, contradictoria o confusa, y que por tanto el concepto "distancia" podía interpretarse desde sus dos acepciones, dado que es objeto de un mayor desarrollo en el tercer motivo del recurso, se abordará cuando se analice el mismo en el fundamento de derecho noveno.

NOVENO. El tercer y último motivo del recurso alega la improcedencia de la solicitud de aclaración, por inexistencia de error en la oferta y la correcta valoración de los criterios sometidos a juicio de valor.

Señala la recurrente que le sorprende que se le solicitara aclaración sobre la oferta una vez abiertos todos los sobres, cuando se conocían las puntuaciones de todos los licitadores respecto de los criterios sometidos a juicio de valor y los sometidos a criterios automáticos. Alega que el informe de la comisión técnica de 25 de febrero de 2019 indica que para la consideración de las distancias entre el local y las sedes judiciales utilizó el sistema "Google Maps", y que le atribuyó 15 puntos. Por ello entiende que habiendo utilizado la mencionada aplicación, los técnicos dieron su conformidad a las distancias del local ofertado, sin que procediera aclaración alguna. Y en consecuencia no existe ningún error entre las distancias consignadas en la oferta y las que se pueden extraer de "Google Maps". Añade que los pliegos no especifican como deben los licitadores referenciar espacialmente la situación de los locales, ni que la Administración vaya a utilizar un método concreto de cálculo de distancias como puede ser la mencionada aplicación.

Por ello considera que es válido el método empleado en su oferta, que calculó las distancias con el citado programa en línea recta, y además incluyó una tabla con los tiempos de desplazamiento entre ambos puntos. En consecuencia, sostiene, no cabe corregir el informe técnico y acordar su exclusión.

Tras reproducir los Anexos VIII y IX, alega que de haber querido expresar la Administración un método concreto de cálculo de distancias debería haberlo expresado en los pliegos con claridad. Por ello esta falta de definición en los pliegos, que califica como oscuridad del mismo, no puede favorecer a la Administración que los redactó. Se trataba de referenciar la situación espacial, y la palabra "distancia" se define como

"1.Espacio o intervalo de lugar o de tiempo que media entre dos cosas o sucesos", y "2. Longitud de segmento de recta comprendido entre dos puntos del espacio".

Añade que en su oferta ofreció tanto la distancia como el tiempo de desplazamiento, con lo que los técnicos que elaboraron el informe tenían toda la información, y que también se describieron las rutas. En definitiva, entiende que no existe ningún error en su oferta, por lo que la exclusión es improcedente.

El órgano de contratación en su informe, tras reproducir el Anexo XI del PCAP, considera que en ningún caso, se da en el pliego ambigüedad, contradicción o confusión, ya que en el anexo se establece claramente qué valoración de la situación del local almacén se llevará a cabo en función de la contribución a la optimización de los tiempos empleados en los desplazamientos.

A mayor abundamiento señala que los términos en los que está redactada la oferta de FERROVIAL ponen de manifiesto que conocía qué se está premiando en este concreto subapartado de los pliegos, y cual es su sentido, añadiendo que se trata de una empresa licitadora recurrente en decenas de contratos de mantenimiento de sedes judiciales licitados por la Dirección General en los que se utiliza este mismo criterio de adjudicación, habiendo resultado adjudicataria en algunos de ellos.

Añade que lo que se persigue, como la entidad recurrente recoge literalmente en su oferta, es *"ofrecer un tiempo de respuesta de desplazamiento minimizado"*, y a partir de ahí es evidente que los desplazamientos se producirán por las vías terrestres habilitadas a tal efecto., y no a través de una imaginaría línea recta entre los dos puntos dibujados ad hoc.

Por ello, como señala la mesa de contratación en su sesión de 9 de abril, las cifras recogidas en la columna de distancias de la tabla de la oferta de la recurrente es incierto que sean "las distancias y tiempos de respuesta". Son distancias sensiblemente inferiores, como puso de manifiesto el informe técnico de 20 de marzo de 2019. Añade que la propia recurrente reconoce que son distancias calculadas trazando un imaginario segmento de recta entre el local y cada una de las sedes judiciales. Alega que el error no está en el pliego, sino en contabilizar la distancia de manera que favoreciera una mayor puntuación en este apartado. Como señala el informe técnico, la diferencia de distancias reales respecto de las que ofrece la recurrente supone un 41.43% menos.

Aporta el órgano de contratación una tabla con varias columnas: en la primera, los municipios sedes de partido judicial; en la segunda, la dirección postal de cada una de las sedes judiciales; en la tercera, las distancias aportadas por la recurrente en su oferta; en la cuarta, las distancias calculadas por los técnicos asesores y expresadas en su informe de 20 de marzo; y en la quinta, la diferencia entre ambas distancias. En la última fila se expresan los totales, existiendo una diferencia de 221,50 Km a favor de la entidad recurrente, lo que, derivado de su error, repercutió favorablemente en su puntuación.

Para dar respuesta a este motivo del recurso comenzaremos analizando los pliegos. El PCAP, ANEXO VIII SOBRE Nº2.- DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE UN JUICIO DE VALOR, establece.

"1. Poner al servicio del contrato y a disposición de los operarios, un local – almacén en la provincia con el fin de servir de centro de operaciones y depósito del stock de los repuestos más usuales y necesarios.
En la propuesta se especificará:
a. Su situación, referenciándola espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener.
b. Superficie. En el caso de no proponerse la dedicación del total del local-almacén, deberá indicarse la superficie que se dedicará al servicio mediante la presentación de un plano de planta a escala donde se especifique este extremo.
c. Justificación de las necesidades que cubre como centro de operaciones. Se aportará plano de distribución a escala especificando la distribución por usos de cada uno de los espacios.
El local propuesto deberá ponerse a disposición del contrato al inicio del servicio. En el caso de no contar con él en la actualidad, bastará justificar, mediante declaración responsable, que se pondrá a disposición del contrato en el supuesto de resultar adjudicatario.
En el supuesto de contar en la actualidad con la posesión del local, deberá presentarse declaración responsable de su posesión especificando en virtud de qué titulo se ejerce esta."

Por su parte, el ANEXO XI CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN Y BAREMOS DE VALORACIÓN, establece:

"*Criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor:*
(...)
2. MEJORA, de conformidad con el artículo 145.7 LCSP:

Poner al servicio del contrato y a disposición de los operarios, un local-almacén en la provincia con el fin de servir de centro de operaciones y depósito del stock de los repuestos más usuales y necesarios.....(30 puntos)
En la propuesta se especificará:

- Su situación, referenciándola espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener .....(15 puntos)
(...)
Se valorará la justificación de su operatividad desde el punto de vista funcional y que por su situación contribuya a la optimización de los tiempos empleados en los desplazamientos. Se ponderarán estos aspectos según los subapartados indicados, tomando como referencia para la valoración de la situación las superficies reflejadas en el PPT para cada sede y relacionándola con la distancia que existe desde el municipio donde se sitúa cada conjunto sedes con el municipio donde se sitúa el local-almacén, haciendo un reparto inversamente proporcional de los puntos a asignar con el producto de los dos valores.

Pues bien, resulta claro que de conformidad con lo establecido en el pliego, lo que se valora es la justificación de la operatividad del local-almacén desde el punto de vista funcional, y que por su situación contribuya a la optimización de los tiempos empleados en los desplazamientos, lo cual evidentemente implica que la situación del local ha de referenciarla espacialmente no en línea recta, sino consignando la distancia referida al itinerario a seguir, de manera que pueda valorarse la optimización de los tiempos de desplazamiento. En este sentido, no puede estimarse la ambigüedad, contradicción o confusión en la redacción del pliego que sostiene la recurrente.

Partiendo pues de esta ausencia de oscuridad, resulta evidente que no es correcta la forma en la que su oferta referenció las distancias entre el local-almacén y las sedes judiciales, en línea recta.

Por otro lado, se alega en el recurso que en el primer informe técnico se dieron por buenas las distancias consignadas en la oferta, y que por eso no procedía solicitar aclaración. Dos cuestiones plantea la presente alegación: la posibilidad de solicitar aclaraciones y el momento oportuno para ello.

Sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos

contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre.

Los razonamientos de la citada sentencia pueden resumirse del modo siguiente:

- Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

- Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en su redacción. Ello sucede, en particular, cuando la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta sin ejercer la facultad de solicitar aclaraciones.

- El principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga al órgano de contratación, ante una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste, siempre y cuando una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta pueda garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

- El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), viene a declarar que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 no se opone a 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." Y concluye la sentencia citada que *"(...) en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron".*

En consecuencia, se considera que era posible pedir aclaración de la oferta.

En cuanto al momento en el que se ha solicitado la aclaración, como se señala en el recurso, en el presente caso ésta se ha producido una vez abiertos los sobres de las ofertas sujetas a criterios de valoración subjetiva y a los criterios de valoración objetiva. En definitiva, el problema que se plantea es si puede emitirse un nuevo el informe técnico de los criterios sujetos a juicio de valor, dada la particularidad que dicho informe presenta en el procedimiento de licitación de los contratos. La valoración de si puede emitirse un nuevo informe técnico de valoración subjetiva, y por ende, una nueva decisión de la mesa adoptada con base en el mismo, ha de depender necesariamente de las circunstancias que lo justifican. En el presente caso, el nuevo informe se emite en base a una circunstancia objetiva: el error cometido en la formulación de la oferta por la recurrente en el apartado relativo a la situación del local almacén referenciándola espacialmente con el conjunto de las sedes a mantener, al haber presentado las distancias medidas en línea recta. Partiendo de esta circunstancia, que como hemos señalado, es objetiva, se considera adecuada la actuación de la mesa solicitando un nuevo informe. Esto alcanza igualmente al hecho de que en el segundo informe se rectifique el informe primero. En efecto, el hecho de que en el primer informe no se hubiera advertido la circunstancia de que las distancias de la oferta no eran correctas no impide que, advertido dicho extremo, pueda emitirse un segundo informe. Debe tenerse en cuenta que el procedimiento de licitación de un contrato está conformado por una sucesión de trámites que finalizan con la adjudicación, que es el acto declarativo de derechos. De esta manera ni siquiera la propuesta de adjudicación crea derechos. Como hemos sostenido en nuestra Resolución 242/2019, de 25 de julio:

> "Por tanto, antes de la adjudicación, es posible la corrección de defectos apreciados durante el proceso de licitación. Así lo reconoce expresamente el artículo 44.3 de la LCSP cuando señala que *"Los defectos de*

tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección con arreglo a derecho (...).". Si cualquier equivocación o error padecido durante la tramitación del procedimiento y antes de la adjudicación solo pudiera corregirse acudiendo a la revisión de oficio, el curso de la licitación se vería afectado innecesariamente y no es esto lo que ha querido el legislador contractual que, además, otorga al órgano de contratación la facultad de apartarse motivadamente de la propuesta de adjudicación, prueba de que muchas irregularidades o errores detectados a tiempo pueden y deben solventarse antes de que recaiga la adjudicación.

En el supuesto analizado, ha sido la propia mesa de contratación la que, una vez detectada la equivocación padecida y constatada la menor valoración que debía otorgarse a la oferta de ACCORD en el lote 1, cambia el sentido de su propuesta; pero insistimos, tal proceder es ajustado a derecho y no solo porque la propuesta no vincula al órgano de contratación quien puede apartarse de ella si considera que incurre en algún error o defecto, sino porque, en el supuesto examinado, la nueva propuesta no entrañaba la declaración de un derecho a favor de SANDOZ (adjudicataria posterior del lote 1), ni la revocación de un acto previo favorable a la recurrente (inicial propuesta de adjudicación del lote 1), y ello, por cuanto no se genera derecho alguno para los licitadores hasta el dictado de la resolución de adjudicación.

El criterio expuesto es compartido por los distintos Órganos de resolución de recursos contractuales; en concreto, por su similitud al supuesto aquí examinado, la Resolución 362/2018, de 28 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid analizó un supuesto en que la mesa de contratación, tras efectuar propuesta de adjudicación a una empresa, comprobó que su oferta no reunía todas las características técnicas exigidas y propuso la adjudicación a otro licitador. En dicho supuesto, el Tribunal estimó adecuada la revisión de la propuesta inicial, antes de la adjudicación del contrato, al comprobarse el error padecido.

Así pues, concluyendo, en el caso que estamos examinando, se dan todas las circunstancias para considerar ajustada a derecho la corrección de la irregularidad cometida durante el proceso de valoración de las ofertas, con la consiguiente revisión de la propuesta de adjudicación inicial. El artículo 44.3 de la LCSP permite tal posibilidad para evitar así un recurso innecesario contra la adjudicación posterior. De este modo, una corrección a tiempo de la infracción detectada permite salvar la legalidad de actos posteriores y en particular, de la adjudicación; máxime cuando, en el caso que analizamos, el error se evidenciaba de un modo objetivo, sin necesidad de realizar juicios valorativos, al no constatarse la ausencia de látex a través de la ficha técnica."

En consecuencia procede la desestimación de este último motivo, y en consecuencia, del recurso.

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 **FERROVIAL SERVICIOS S.A.** contra la Resolución del órgano de contratación de 25 de abril de 2019, por la que se adjudica el contrato denominado " Servicio de mantenimiento y gestión técnica de las sedes de la Administración de Justicia en Málaga" (Expediente 2018/66421), convocado por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

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.