

Recurso 4/2020

Resolución 127/2020

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

Sevilla, 28 de mayo de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MONELEG, S.L.** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el “Contrato mixto de suministro, servicio de mantenimiento y concesión de obra pública en alumbrado público del municipio de Barbate” convocado por el Ayuntamiento de Barbate (Cádiz), (Expte. ASJCCP/2019/II), este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de diciembre de 2019, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el 17 de diciembre de 2019, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento.

El valor estimado del contrato que figura en el anuncio de licitación es 6.167.711 euros.

SEGUNDO. La licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Igualmente, le es de aplicación 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 y 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 nueva LCSP.

TERCERO. El 8 de enero de 2020, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MONELEG, S.L. (en adelante, MONELEG) contra el anuncio y pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

CUARTO. La Secretaría de este Tribunal, mediante oficio de 8 de enero de 2020, dio traslado al órgano de contratación del recurso interpuesto, solicitándole el informe sobre el mismo, el expediente de contratación y el listado de licitadores con los datos necesarios a efectos de notificación. La documentación requerida ha sido recibida en el registro de este Tribunal.

QUINTO. El 10 de marzo de 2020 se confirió trámite de alegaciones a los interesados por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no habiéndose presentado ninguna alegación en plazo.

SEXTO. La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, suspendió desde dicho día la tramitación del presente recurso. La disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ha acordado el levantamiento de la suspensión desde el día 7 de mayo, fecha de su entrada en vigor, de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, extendiendo dicha medida a los recursos especiales. Habiéndose tramitado el presente procedimiento de licitación por medios electrónicos, tal como consta en el expediente remitido, la citada disposición ha levantado la suspensión de la tramitación del presente recurso especial.



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 Barbate ha remitido el expediente de contratación y, 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. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, toda vez que no consta que haya presentado oferta en el procedimiento.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso»*.

MONLEG, sin haber presentado oferta, ampara su interés en que *“tiene la condición de interesada en el expediente”*, extremo notoriamente insuficiente para admitir sin más la legitimación en el recurso especial



la cual, conforme al artículo 48 de la LCSP antes transcrito, exige que la decisión recurrida origine un perjuicio directo o indirecto en los derechos o intereses legítimos de quien impugna. En el caso del anuncio y los pliegos, es doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 59/2020, de 14 de febrero, por citar una reciente) que la legitimación se ostenta cuando los motivos del recurso evidencian que aquellos actos impiden participar en la licitación o restringen las posibilidades de acceso del recurrente en condiciones de igualdad con el resto de potenciales licitadores.

En el supuesto examinado, no existe tal impedimento ni restricción, pero sí se aprecia perjuicio siquiera indirecto derivado de los actos impugnados, puesto que se ha producido error a la hora de indicar el presupuesto y valor estimado del contrato, y ello ha podido generar confusión e inseguridad a los potenciales licitadores -incluida obviamente la entidad recurrente- en cuanto a cuáles eran los importes correctos, siendo el presupuesto y el valor estimado del contrato elementos esenciales en toda licitación para la preparación de las ofertas. Además, aun cuando el error se haya corregido y publicado en la plataforma de contratación como después veremos, lo cierto es que no consta que se haya ampliado el plazo para presentar oferta, disponiendo la recurrente de menos tiempo para la elaboración de su proposición, de ahí que, con independencia de la suerte que deba correr el recurso en cuanto al fondo, haya de reconocerse legitimación a aquella, puesto que la eventual estimación de su pretensión le permitiría disponer de un plazo completo para presentar oferta.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el anuncio y pliego de cláusulas administrativas particulares de un contrato calificado en los documentos de la licitación como mixto de suministro, servicios y concesión de obras cuyo valor estimado supera el umbral de sujeción al recurso especial y que pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial interpuesto de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) 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:

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos».

En el supuesto analizado, los pliegos de esta contratación se publicaron en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 17 de diciembre de 2019, por lo que el recurso presentado el 8 de enero de 2020 en el Registro electrónico de este Tribunal se ha interpuesto en plazo.

QUINTO. Procede analizar ahora los motivos del recurso. MONELEG solicita la anulación de los actos recurridos y funda esta pretensión en que se ha producido error material en los importes de las prestaciones que se reflejan en tales actos. En tal sentido, expone los siguientes hechos:

1. En el anuncio publicado en el perfil de contratante se establece un valor estimado de 6.167.711 euros y un importe de 7.462.930,31 euros, con impuestos incluidos. Asimismo, se publican los importes de cada uno de los lotes:

- Lote 1: Gestión energética; 181.966 euros sin impuestos.
- Lote 2: Mantenimiento; 44.997 euros sin impuestos.
- Lote 3: Garantía total; 21.315 euros sin impuestos.
- Lote 4: Alumbrado Navideño; 20.000 euros sin impuestos.

Resulta, pues, que estos importes parciales anuales arrojan una cantidad total por los 19 años de duración del contrato que asciende a 5.097.282 euros, cantidad que no coincide *“con el total del importe estimado de licitación”*.

2. El apartado 5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) relativo al presupuesto de licitación señala que *“Para la red de alumbrado público de Barbate, el presupuesto máximo total del contrato para la ejecución de las prestaciones P1, P2, P3, P4 y P5 asciende a la cantidad anual de 20.689 euros mensuales (IVA excluido), lo que supone un importe de 268.278 € euros anuales (IVA excluido), según el siguiente desglose(...)”*, resultando que el importe mensual no corresponde con el total anual.



3. El 29 de diciembre de 2019 se publica, en el apartado “solicitud de información adicional al expediente–preguntas del perfil del contratante”, respuesta desde el órgano de contratación indicado la existencia de error en la publicación en los siguientes términos: *“Buenos días, el precio máximo total anual (presupuesto base de licitación) para todas las prestaciones es de 268.278 euros, que más impuestos resulta un total anual de 324.616,38 euros, IVA incluido.*

El presupuesto base de licitación para toda la duración del contrato (19 años), es de 5.097.282 euros, que más impuestos resulta un total de 6.167.711,22 euros.

Efectivamente hay un error en la publicación debiéndose entender como presupuesto base de licitación durante toda la vida del contrato un máximo de 6.167.711,22 y no de 7.462.930,31 euros, IVA incluido”.

MONLEG considera que *“se ha producido un error material que altera sustancialmente las condiciones de la licitación”*, lo que exige realizar una modificación del anuncio y los pliegos. A tal efecto, invocando el artículo 122.1 de la LCSP, esgrime que *“cualquier alteración de los pliegos aprobados que no consista en la corrección de un error material, de hecho o aritmético exige, conforme al precepto legal transcrito, la retroacción de actuaciones. Esta retroacción, en puridad, debe llegar hasta el momento previo a la elaboración de los pliegos para que, una vez introducidos en ellos los cambios oportunos y tras los informes de rigor, se proceda a su aprobación y a la publicación de una nueva convocatoria de licitación”.*

Frente al recurso se alza el órgano de contratación en su informe, manifestando que:

- Se produjo error aritmético en el anuncio -que no en el PCAP- al calcular la cuantía total durante los 19 años de duración del contrato. Tal defecto fue subsanado con la aclaración realizada el día 29 de diciembre de 2019 a través de la plataforma de contratación.

- El PCAP no contiene error alguno pues establece los importes por prestaciones sin incluir el IVA, siendo el importe total máximo anual de la contratación 268.278 euros/año, más el IVA..

- La recurrente es conocedora y consciente de la aclaración realizada y, por tanto, de que se trata de un simple error de cálculo -así lo expone en su propio escrito de recurso-, por lo que sorprende tanto la interposición del mismo, como el hecho de que no realizara oferta alguna por tal motivo. Asimismo,



MONELEG se contradice al solicitar la publicación de una nueva convocatoria de licitación con apoyo en el artículo 122 de la LCSP, precepto que precisamente establece la posibilidad de modificar los pliegos cuando se trate de un error material, de hecho o aritmético, sin que la misma conlleve la retroacción de las actuaciones.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede su examen. No hay controversia y ambas partes admiten que el error advertido en el anuncio es de carácter material. Divergen sus posturas en cuanto (i) a la extensión del error que, a juicio de MONELEG, afecta también al PCAP, mientras que el órgano de contratación sostiene que solo se produce en el anuncio, y (ii) a sus efectos que, según la recurrente, exige una modificación del anuncio y pliegos con retroacción de actuaciones en los términos del artículo 122.1 de la LCSP, mientras que el órgano sostiene que el error material ya fue subsanado con la aclaración realizada en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Pese a que ambas partes lo admiten, hemos de señalar que, en efecto, el error es material puesto que se dan los requisitos que establece la doctrina del Tribunal Supremo para así considerarlo. Así, la Sentencia del Alto Tribunal de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001), con cita de otras muchas anteriores, señala que *"(...) es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorización prima facie con su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*

- a) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*
- b) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;*
- c) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;*
- d) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;*
- e) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);*
- f) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad*



*rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y
g) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo”.*

En el supuesto examinado, un examen conjunto de los datos sobre el presupuesto y valor estimado del contrato que obran en el anuncio y en el PCAP permiten verificar el error sin necesidad de realizar interpretación jurídica alguna.

Así, tanto en el anuncio como en el apartado 5 del PCAP, el importe anual sin IVA de las distintas prestaciones es el siguiente:

Lote 1: Gestión energética; 181.966 euros.

Lote 2: Mantenimiento; 44.997 euros.

Lote 3: Garantía total; 21.315 euros.

Lote 4: Alumbrado Navideño; 20.000 euros.

La suma de todos los importes alcanza la cantidad anual sin IVA de 268.278 euros que multiplicada por 19 años de duración del contrato (apartado 7 del PCAP) supone un valor estimado de 5.097.282 euros. Asimismo, la suma de los importes anuales con IVA que se reflejan en el anuncio para cada uno de los lotes (lote 1: 220.178,86 euros, Lote 2: 54.446,37 euros, lote 3: 25.791,15 euros y lote 4: 24.200 euros) arroja una cantidad total anual de 324.616,38 euros que multiplicada por 19 años de duración del contrato supone un presupuesto base de licitación (concepto que incluye el IVA conforme al artículo 100.1 de la LCSP) de 6.167.711,22 euros; cantidad esta última que, a salvo las 22 décimas, se refleja erróneamente en el anuncio como valor estimado, en lugar de como presupuesto base de licitación.

Admitido, pues, que las cantidades globales que aparecen en el anuncio de licitación como valor estimado y presupuesto base de licitación son erróneas y que las sumas de los importes de las prestaciones parciales con y sin IVA (importes que coinciden en anuncio y pliego) evidencian que ha habido un error material en el anuncio al señalar como valor estimado (sin IVA) lo que debía ser el presupuesto base de licitación (con IVA), y no cuestionando MONELEG la naturaleza del error material padecido en el anuncio, el artículo 122.1 de la LCSP habilitaba al órgano de contratación a corregir el error del pliego, sin necesidad de acordar la retroacción de actuaciones como insta la recurrente en su escrito de impugnación. Al respecto, el precepto legal dispone que *“Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la*



autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones”.

En este sentido, como manifiestan ambas partes, la rectificación del error se publicó en el perfil el 29 de diciembre de 2019 antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas el 10 de enero de 2020, y si bien hubiera procedido una ampliación de este plazo en aplicación del artículo 136.2 de la LCSP, no es esto lo que insta la recurrente quien, reconociendo expresamente la naturaleza material del error, solicita la retroacción de actuaciones para que se aprueben nuevos pliegos y se publique una nueva convocatoria, consecuencia esta que no cabe extraer del artículo 122.1 de la LCSP antes transcrito y en el que, curiosamente, se apoya la recurrente para fundar su pretensión.

Asimismo, MONELEG aduce error en el apartado 5 del PCAP al recoger el importe mensual global de las distintas prestaciones (20.689 euros) que no coincide con el importe anual (268.278 euros). El órgano de contratación señala que en el citado PCAP no existe error porque únicamente contempla el cometido en las cantidades relativas al valor estimado y presupuesto base de licitación que se reflejan en el anuncio y que no se extiende al PCAP donde no se mencionan estos importes globales. No obstante, la recurrente no se refiere a esta equivocación sino a la falta de coincidencia entre importe mensual y anual, ambos sin IVA, del conjunto de las prestaciones, toda vez que multiplicando por 12 meses la cantidad mensual de 20.689 euros, el resultado no es 268.278 euros anuales.

En cualquier caso, tal error es irrelevante pues la cantidad correcta es inequívocamente esta última (268.278 euros anuales), como se desprende de la suma de importes anuales de las diferentes prestaciones que se recogen tanto en el anuncio como en el PCAP. Además, es dicha cantidad anual la relevante a efectos del cálculo del valor estimado y presupuesto base de licitación, sin que la errónea cantidad mensual pueda haber generado confusión sobre estos últimos importes una vez rectificado el error en el perfil.

Con base en las consideraciones realizadas el recurso debe ser desestimado.

SÉPTIMO. El órgano de contratación solicita que este Tribunal aprecie mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por considerar que la recurrente únicamente pretende, sin fundamentación jurídica



alguna, paralizar la licitación de un procedimiento que se ha tramitado con carácter urgente para conseguir una nueva convocatoria del mismo.

El artículo 58.2 de la LCSP reconoce 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”*.

Este Tribunal viene manteniendo en sus resoluciones (v.g Resolución 64/2018, de 8 de marzo), 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”*.

Pues bien, en los términos en que se ha planteado el recurso y habiendo reconocido la recurrente que el error padecido en el anuncio y en el PCAP es material, consideramos que la pretensión instada resulta del todo improcedente y carente de cualquier fundamentación jurídica pues precisamente el precepto legal invocado en el recurso (artículo 122.1 de la LCSP) ampara la decisión de rectificación adoptada por el órgano de contratación.

No obstante, teniendo en cuenta que el error, pese a su naturaleza material no discutida, afecta a un elemento esencial del contrato de indudable trascendencia en la elaboración de las ofertas y que su rectificación ha restado tiempo para su preparación, unido a que la recurrente no solicitó la paralización del procedimiento de adjudicación, el cual ha podido seguir su curso sin perjuicio para el interés público protegido con la contratación promovida, este Tribunal no aprecia mala fe ni temeridad manifiesta como para la imposición de multa.

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 **MONELEG, S.L.** contra el anuncio de licitación y el pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el “contrato mixto de suministro, servicio de mantenimiento y concesión de obra pública en alumbrado público del municipio de Barbate” convocado por el Ayuntamiento del citado municipio (Expte. ASJCCP/2019/II).

SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

