Recurso 328/2022
Resolución 497/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 18 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL (FAESC)** contra el anuncio de licitación, los pliegos y la memoria justificativa que, entre otra documentación, rigen el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de monitores de comedor escolar en los centros docentes públicos con comedor de gestión directa de la provincia de Cádiz para el curso escolar 22-23» (Expte. CONTR 2022 0000567594), tramitada por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e Innovación en Cádiz, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 27 de julio de 2022, 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 de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 1.357.004,88 euros. Asimismo, los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el mismo día, siendo la fecha límite para la presentación de ofertas el 14 de agosto de 2022. También en el citado anuncio de licitación consta que el contrato no está sujeto a regulación armonizada.

Posteriormente se realizan en el citado perfil de contratante las siguientes publicaciones:
- El 1 de agosto de 2022 a las 17:53 horas se publica *«corrección de errores relativa a la tabla salarial publicada en memoria y PCAP»*.
- El 11 de agosto de 2022 a las 9:01 horas se publica *«PCAP informado favorablemente por el Servicio Jurídico»*.
- El 11 de agosto de 2022 a las 23:28 horas se publica *«Por motivo de publicación del PCAP erróneo sin el correspondiente informe por el servicio jurídico provincial, se amplía hasta el 21 de agosto a las 23:59:59 el período de entrega de ofertas para esta licitación. Se ha publicado el PCAP correcto y que no se subió por error, que es que viene convenientemente informado por el servicio jurídico provincial y firmado por el Delegado Territorial. Disculpen las molestias causadas»*.
- El 11 de agosto de 2022 a las 23:39 horas se publica *«Por motivo de publicación del PCAP erróneo sin el correspondiente informe por el servicio jurídico provincial, se amplía hasta el 21 de agosto a las 23:59:59 el período de entrega de ofertas para esta licitación. Se ha publicado el PCAP correcto y que no se subió por error, que es que viene convenientemente informado por el servicio jurídico provincial y firmado por el Delegado Territorial. Disculpen las molestias causadas.»*.

Asimismo, consta en el mencionado perfil de contratante hasta tres pliegos de cláusulas administrativas particulares, siendo el fichero denominado *«(PCAP - Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares) Pliego de Cláusula Administrativa Firmado Informado.PDF (.PDF)»*, el último publicado pues el mismo aparece firmado con fecha 11 de agosto de 2022, sin que conste hora de firma.

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 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.

SEGUNDO. El 25 de agosto de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ANDALUZA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL (FAESC) (en adelante la recurrente o la federación recurrente) contra el anuncio de licitación, los pliegos y la memoria justificativa. En el escrito de recurso se solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 26 de agosto de 2022 se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

El 2 de septiembre de 2022, este Tribunal mediante Resolución M.C. 99/2022 adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente.

Por la la Secretaría del Tribunal, con fecha 5 de septiembre de 2022 se le reitera al órgano de contratación que aporte el informe sobre el recurso, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Tras lo cual, el 21 de septiembre de 2022, dado que por parte del órgano de contratación no se ha remitido documentación alguna, y en aplicación de los previsto en el artículo 28.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado mediante Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, la Secretaría del Tribunal le ha conferido a la recurrente un plazo de cinco días hábiles para que alegue lo que considere conveniente a su derecho respecto de este incidente y aporte los documentos que considere apropiados para la resolución del recurso, sin que hasta la fecha haya hecho uso de dicho trámite.

Con fecha 26 de septiembre de 2022, se recibe por parte del órgano de contratación parte de la documentación solicitada. La no remitida, en concreto, listado en el que consten todas las entidades licitadoras en el procedimiento de adjudicación con los números de identificación fiscal correspondientes, así como indicación de los datos precisos para notificaciones, le es reiterada el mismo día. Lo solicitado fue recibido en este Tribunal el 5 de octubre de 2022.

Por último, el 6 de octubre de 2022, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, no habiéndose recibido ninguna en el plazo establecido para ello.

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.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la federación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

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. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados.»*.

Asimismo, el apartado 1 del artículo 24 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *«Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados.»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones en general y de las federaciones en particular, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre y la 233/2018, de 2 de agosto, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la federación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha indicado anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra el anuncio de licitación, los pliegos y la memoria justificativa que rigen la presente licitación y ello por entender que en ellos se incumplen determinados preceptos de la LCSP.

Al respecto, debemos indicar que conforme al artículo 6 de sus estatutos la federación recurrente tendrá como fines fundamentales, entre otros, *«La representación y defensa de los intereses profesionales de sus asociados y asociadas ante la administración, instituciones, tribunales, entidades y particulares, quedando legitimada para ser, parte en los litigios que afecten a aquellos intereses profesionales de sus asociados y asociadas, así como ejercitar, en interés colectivo, el derecho de petición y participación, de acuerdo con la Ley.»*.

Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la federación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados y asociadas, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra el anuncio de licitación, los pliegos y la memoria justificativa en un contrato de servicios 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 recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.a) de la LCSP.

En este sentido, con respecto a la memoria justificativa es necesario poner de manifiesto que el recurso especial es procedente contra actos producidos en el seno del procedimiento de adjudicación, que comienza con la convocatoria de la licitación y finaliza con la adjudicación del contrato. En consecuencia, los actos previos al procedimiento de adjudicación no son susceptibles de recurso especial, salvo que tengan conexión con alguna cláusula de los pliegos al ser estos impugnables, conforme a lo estipulado en el citado artículo 44.2 a) de la LCSP, circunstancia que concurre en el supuesto examinado.

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, el anuncio de licitación y el pliego de prescripciones técnicas fueron publicados en el perfil de contratante el 27 de junio de 2022, y la memoria justificativa consta publicada en dicha fecha pero el 1 de agosto de 2022 la modificación de la misma fue objeto de publicación en dicho perfil el mismo 1 de agosto de 2022. Por tanto, el recurso presentado el 25 de agosto de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto fuera del plazo establecido en los apartados a)y b) del artículo 50.1 de la LCSP.

Concurre, pues, causa de inadmisión del recurso especial respecto del anuncio de licitación, del pliego de prescripciones técnicas y de la memoria justificativa, de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 d) de la LCSP, sin que proceda analizar el fondo de la controversia, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión de dichos actos del presente recurso, ex artículo 55 de la LCSP.

Con respecto al pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), según lo expuesto en el antecedente primero de la presente resolución, el mismo fue objeto de publicación en el perfil de contratación en varias ocasiones, siendo la última el 11 de agosto de 2022, por lo que el recurso presentado contra dicho acto el 25 de agosto de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo establecido en el artículo 50.1 apartado b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de la partes respecto del PCAP.

1. Alegaciones de la federación recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. En este sentido, la recurrente interpone el presente recurso contra el PCAP que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación solicitando a este Tribunal que con estimación del mismo se *«acuerde anular los*

Pliegos y demás documentos contractuales que rigen el Contrato de (...) por los motivos expuestos en el presente recurso.».

1.1. Sobre la modificación del PCAP y la corrección de errores publicados.

La recurrente señala que realizó una consulta al órgano de contratación poniéndole de manifiesto que «*se ha comprobado la no inclusión del complemento salarial correspondiente a la categoría Monitor/a de ocio educativo y tiempo libre, que asciende a 435,80€ anuales en una contratación a tiempo completo*», conforme al I Convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía del sector ocio educativo y animación sociocultural (en adelante el Convenio colectivo), publicado el 18 de mayo de 2022 en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía número 93, de aplicación a la presente licitación, según consta en el anexo I del PCAP. Tras lo cual indica que el órgano de contratación, sólo modifica los porcentajes de las partidas de gastos generales, así como del beneficio industrial, tratando de no modificar el presupuesto de licitación, no incluyendo ademas la cotización a la seguridad social del citado complemento, a pesar de ser cotizable. Dicha falta de cotización, supone una merma en el precio de -0,09 euros/hora/monitor.

Posteriormente afirma la recurrente que el 11 de agosto de 2022 vuelven a publicar en el perfil de contratante una revisión y corrección del PCAP, en la que sólo se modifica el apartado 2 del anexo XIV que afecta a los criterios de selección relativos a la solvencia económica y financiera de la persona licitadora; sin embargo, el nuevo PCAP informado por los servicios jurídicos, vuelve a omitir el importe del complemento y su cotización para valorar los costes de personal, lo que supone una diferencia en el presupuesto base de licitación de 14.885,10 euros menor, que se obtiene de multiplicar la diferencia con las horas totales del contrato que son 44.280 por curso escolar (anexo I del PCAP).

Para reforzar su alegato manifiesta que el 22 de agosto de 2022 se publican los mismos pliegos pero en la provincia de Jaén, con una diferencia de 0,11 euros por hora y monitor, lo que a su entender revela el que en Cádiz no se incluya la mencionada cotización.

1.2. Sobre la modificación sustancial del PCAP.

Afirma la recurrente que la omisión en el cálculo de los costes de personal del complemento de dedicación regulado en el artículo 41 del Convenio colectivo y de su cotización, suponen una modificación del PCAP (torticeramente denominada corrección de errores), que se lleva a cabo al amparo del artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el que regula la revocación de actos y rectificación de errores, lo que constituye un vicio invalidante en la medida en que realmente nos encontramos ante una modificación del PCAP. Acto seguido, tras citar y reproducir el artículo 122.1 de la LCSP, indica que dicha norma establece la regla de que toda modificación de los pliegos que no se derive de un error material, de hecho o aritmético, conllevará la retroacción de actuaciones que el órgano de contratación ha omitido al calificar la modificación sustancial de los pliegos como presunto error material, de hecho o aritmético, cuando varía los importes del presupuesto base de licitación; cuya incidencia directa sobre la licitación es incuestionable.

1.3. Sobre la incorrecta determinación de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.

El recurso tras poner de manifiesto que el anexo XI del PCAP en la determinación de las ofertas anormales únicamente toma en consideración el criterio económico, cita y reproduce parte del artículo 149.2.b) de la LCSP y

del informe 119/18, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, e indica que los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja deben estar referidos a la oferta considerada en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta una pluralidad de criterios, y no sólo cumplir con los costes laborales, por lo que a su juicio no parece razonable que en el presente caso únicamente se tengan en cuenta parámetros referidos a no cumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, existiendo otros que tienen una incidencia directa en la determinación de ofertas anormales indicadas en el anexo X del PCAP (página 83) como podrían ser: i) bolsa de horas de refuerzo del servicio (hasta 8 puntos); ii) formación sobre alergias e intolerancias alimentarias (hasta 10 puntos); iii) formación sobre primeros auxilios (hasta 10 puntos); iv) formación sobre nutrición orientada a la alimentación de los niños y jóvenes (hasta 10 puntos); v) elaboración de una guía de prácticas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar (hasta 2 puntos); y vi) programación de actividades que permitan aumentar el desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables (hasta 10 puntos).

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, en cuanto al informe al recurso del órgano de contratación, como se ha expuesto, no consta en expediente remitido que el mismo haya sido elaborado y remitido a este Órgano. Tal ausencia por parte de dicho órgano de contratación de alegación alguna que en cierta forma pudiese desvirtuar las denuncias vertidas en el escrito de recurso, sustrae a este Tribunal en su análisis de los argumentos de oposición al recurso (v.g. Resoluciones 211/2021, de 27 de mayo y 537/2021, de 10 de diciembre, de este Tribunal, entre otras muchas).

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

1. Sobre la modificación del PCAP y la corrección de errores publicados.

En lo que aquí interesa, en los tres PCAP publicados en el perfil de contratante en el apartado 2 de su anexo I «características del contrato», contiene determinado de desglose de costes, el cual fue modificado por el órgano de contratación mediante documento denominado «Declaración de errores», formalizado y publicado en el perfil de contratante el 1 de agosto de 2022, manifiesta corregir *«la tabla salarial publicada anterior por la presente en este documento de declaración de errores, donde se hace mención del correspondiente complemento del convenio aplicado y el porcentaje de gastos generales y beneficio industrial correctos.»*. En dicho documento se contiene el cuadro anterior tras su corrección.

De ambos cuadros se infiere que en el ya corregido en el primer grupo de datos, además del salario bruto y la cotización a la seguridad social aparece un nuevo concepto denominado complemento. Asimismo, en el cuadro corregido el porcentaje de gastos generales baja del 4 al 3,9 por ciento, y el beneficio industrial sube del 10 al 10,55 por ciento.

Al respecto, como se ha expuesto, la recurrente afirma en síntesis y este Tribunal ha podido constatar que no se incluye la cotización a la seguridad social del citado complemento, a pesar de ser a su juicio cotizable. Así pues, procede analizar si efectivamente dicho complemento es o no cotizable a la seguridad social.

Dispone el artículo 41 del citado Convenio colectivo de la Comunidad Autónoma de Andalucía de ocio educativo y animación sociocultural lo siguiente: *«Artículo 41. Complemento de Dedicación.*

Este complemento se devenga por el tiempo de preparación, evaluación, programación, reuniones, uso de medios propios, así como cualquier otra función de igual o similar naturaleza necesarios para el desempeño de su puesto de trabajo, percibiendo un complemento mensual de doce pagas denominado «de dedicación».
Este complemento compensa las tareas inherentes a la preparación de las actividades y, por tanto, no conlleva ningún incremento de la actividad presencial en la empresa.
Este complemento es proporcional a la jornada y se entenderá con efectos desde el día uno del mes siguiente a la fecha de publicación del presente convenio colectivo, para los/as trabajadores/as afectados por los salarios de las tablas 2,3 y 4 del Anexo 2.
Este complemento tendrá la consideración de no compensable y no absorbible.».

Queda pues claro que dicho complemento de dedicación forma parte de los costes salariales. En cuanto a si es o no cotizable a la Seguridad Social, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, dispone en el primer párrafo del apartado primero de su artículo 147 lo siguiente: *«La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena.»*.

Asimismo, queda meridianamente claro que el citado complemento de dedicación es cotizable a la Seguridad Social, por lo que ha de darse la razón a la recurrente de que el mismo no ha sido previsto en los costes salariales.

Sin embargo, en el cuadro de desglose de costes corregido, el complemento de dedicación asciende 0,25 euros por hora y monitor. Así las cosas, si a ese importe le aplicamos el 34,10 por 100 de gastos de seguridad social, previsto en el PCAP y que no ha sido cuestionado por la recurrente, ello supone -como se afirma en el recurso- un total de 0,09 euros, cantidad perfectamente subsumible en el beneficio industrial que asciende a 1,28 euros por hora y monitor, de tal suerte que de esa forma el porcentaje de dicho beneficio sería del 8,54 por 100, muy por encima incluso del previsto para las obras en el artículo 131 del RGLCAP.

En definitiva, aun cuando ha quedado claro que el citado complemento de dedicación forma parte de los costes salariales y que el mismo es cotizable a la seguridad social, al poderse subsumir el importe de su cotización en el beneficio industrial, no queda acreditado que el presupuesto base de licitación, y por ende, el valor estimado del contrato estén por debajo de los precios de mercado. Esto es, aunque formalmente no se ha previsto determinado importe exigible en los costes salariales, sustantivamente dichos costes pueden entenderse integrados dentro del beneficio industrial, por lo que teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad no es posible afirmar que el presupuesto base de licitación se sitúe por debajo de los precios de mercado, siendo económicamente viable la ejecución del contrato en los términos analizados.

Procede, pues, desestimar en los términos expuestos el primer motivo del recurso.

2. Sobre la modificación sustancial del PCAP.

Como indica la recurrente, el artículo 122.1 de la LCSP 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, pues en otro caso, la modificación del pliego

conllevará la retroacción de actuaciones. Ello supone en el supuesto que se examina que la modificación operada en el PCAP de no considerarse error material, de hecho o aritmético conllevaría ineludiblemente la retroacción de actuaciones.

Pues bien, con el fin de emitir un pronunciamiento sobre la cuestión planteada se hace necesario examinar cuáles son los requisitos que de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material, de hecho o aritmético (v.g., entre otras muchas, Resoluciones de este Tribunal números 5/2018, de 12 de enero, 95/2018, de 4 de abril, 55/2019, de 27 de febrero, 67/2019, de 14 de marzo, 144/2020, de 1 de junio y 4/2021, de 14 de enero).

En dichas resoluciones se cita la Sentencia 69/2000, de 13 de marzo, del Tribunal Constitucional que se refiere al error material como *«un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, [que] no supone resolver cuestiones discutibles u opinables, por evidenciarse el error directamente»*.

Asimismo, se cita la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo que establece que *«(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto e indiscutible, implicando, por sí sólo, la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y exteriorizándose prima facie por su sola contemplación»*. Debe tratarse de *«simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos»*. Debe apreciarse *«teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error»*.

Por tanto, de la doctrina y jurisprudencia expuesta se deduce que los simples errores materiales, de hecho o aritméticos, son aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas, ya que afectan a un determinado suceso de manera independiente a cualquier opinión y al margen de cualquier interpretación jurídica y de toda apreciación hermenéutica.

Así las cosas, la omisión en el cálculo de los costes de personal del complemento de dedicación regulado en el artículo 41 del Convenio colectivo, lo que supuso además la modificación de los gastos generales y del beneficio industrial, no puede considerarse rectificación de un error material a la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta. Dicha omisión así como la modificación de los gastos generales y del beneficio industrial no son error material, de hecho o aritméticos al no tratarse de una equivocación ostensible, manifiesta, indiscutible, evidente por sí misma sin mayores razonamientos, patente, clara y apreciable teniendo en consideración solamente la documentación obrante en el expediente.

En definitiva, la introducción en el cálculo de los costes de personal del complemento de dedicación regulado en el artículo 41 del Convenio colectivo, que supuso además la modificación de los gastos generales y del beneficio industrial, no podría llevarse a cabo a través de un acuerdo de rectificación de errores publicado en el perfil, sino modificando el presupuesto base de licitación y, por ende, el valor estimado del contrato previstos en el PCAP, previa retroacción de actuaciones en los términos establecidos en el citado y reproducido 122.1 de la LCSP.

No obstante lo anterior, también es cierto que el momento procedimental en que se produce la modificación resulta de indudable importancia para determinar si, como señala el artículo 122 de la LCSP, procede, en todo caso, la retroacción de actuaciones.

Ya en la Resolución 408/2015, de 4 de diciembre, confirmada en la 97/2021, 18 de marzo, ambas de este Tribunal, se señalaba que *«los errores que se intentan corregir a través de la resolución impugnada exceden del concepto estricto de error material. En particular, la modificación operada en el objeto del contrato (apartado 1, párrafo cuarto del PPT) consiste en eliminar del contenido inicial del PPT una obligación impuesta al adjudicatario respecto al equipamiento excluido del ámbito del contrato, siendo artificioso mantener que ello suponga corrección de un error y no una modificación del objeto contractual por reducción del mismo.*

Ahora bien, aún reconociendo que no estemos ante una mera rectificación y sí ante una modificación del contenido de los pliegos, no cabe olvidar que nos encontramos en la fase inicial del procedimiento, por lo que la consecuencia de advertir en los pliegos un error material o una infracción de otra naturaleza no diferirá mucho en ambos casos y consistirá en publicar la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación.». Y en sentido similar se han pronunciado otros Órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, en las resoluciones 30/2014, de 17 de enero y 245/2016 de 8 de abril.

Tal es así que la vigente LCSP, aun cuando establece en su artículo 122.1 la retroacción de actuaciones en caso de advertirse la necesidad de modificar el PCAP con posterioridad a su aprobación por error no material, también prevé en su artículo 136.2 que *«Los órganos de contratación deberán ampliar el plazo inicial de presentación de las ofertas y solicitudes de participación, asimismo, en el caso en que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación, sin perjuicio de lo señalado en los artículos 122.1 y 124.*
En todo caso se considerará modificación significativa de los pliegos la que afecte a:
a) La clasificación requerida.
b) El importe y plazo del contrato.
c) Las obligaciones del adjudicatario.
d) Al cambio o variación del objeto del contrato.».

Tales previsiones legales nos llevan a concluir que, tratándose de modificaciones significativas del contenido de los pliegos, el momento procedimental en que se advierte la necesidad de modificar resulta determinante; así, si el plazo de presentación de ofertas ha finalizado no queda más remedio que retrotraer las actuaciones al momento previo a la aprobación de los pliegos (artículos 122 y 124 de la LCSP), pero si el citado plazo no ha concluido cabe su ampliación de conformidad con lo estipulado en el artículo 136.2 del citado texto legal, publicando la modificación operada en aquellos utilizando los mismos medios de publicación que para la convocatoria de la licitación.

En el supuesto analizado, pese a tratarse de una modificación significativa del PCAP en terminología del artículo 136.2 de la LCSP y no de meros errores materiales, el órgano de contratación ha publicado la modificación del contenido del PCAP en el perfil de contratante, antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones y ha ampliado el citado plazo, por lo que se ha ajustado a lo dispuesto en el citado precepto legal. En este sentido, como se ha expuesto, en el anuncio de licitación consta que el contrato no está sujeto a regulación armonizada, por lo que no existe obligación de publicarlo en el Diario Oficial de la Unión Europea, circunstancia ésta que no ha sido cuestionado por la recurrente.

Es más, a fecha 11 de agosto de 2022, se publica en el perfil de contratante la modificación del contrato y se amplía el plazo de presentación de ofertas del 14 al 21 de agosto de 2022 a las 23:59:59 horas, quedando a las

entidades licitadoras incluidas las asociadas a la recurrente suficiente plazo para una eventual presentación de proposiciones.

En definitiva, en el supuesto de que las modificaciones operadas en el PCAP, denunciadas por la recurrente, hubiesen podido influir en la decisión de alguna entidad licitadora, de no concurrir inicialmente a la licitación, la publicación de dicha modificación en los mismos medios que para la convocatoria de la licitación y la ampliación operada del plazo permitió a aquellas la posibilidad de formular proposición en plazo, sin que sea posible afirmar que se haya vulnerado el tratamiento igualitario y no discriminatorio que impone a los órganos de contratación el artículo 132 de la LCSP.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuestos el segundo motivo del recurso.

3. Sobre la incorrecta determinación de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja.

Como se ha expuesto, en esencia, el recurso cuestiona que en la determinación de las ofertas anormales únicamente pueda tomarse en consideración el criterio económico, dado que los parámetros para considerar una oferta anormalmente baja deben estar referido a la oferta considerada en su conjunto.

Pues bien, el anexo XI del PCAP relativo a los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, establece en lo que aquí concierne que *«A efectos de considerar una oferta anormal o desproporcionada respecto de las proposiciones presentadas por las distintas personas licitadoras se atenderá a lo establecido en los artículos 85 y 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.»*.

Al respecto, el citado artículo 85 utiliza como parámetro de anormalidad solo la oferta económica y el 86 está referido a la valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo, pero asimismo referida únicamente a la oferta económica.

Asimismo, el artículo 149.2 de la LCSP dispone, en lo que aquí interesa, que *«La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación deberá identificar las ofertas que se encuentran incursas en presunción de anormalidad, debiendo contemplarse en los pliegos, a estos efectos, los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal.*
La mesa de contratación, o en su defecto, el órgano de contratación realizará la función descrita en el párrafo anterior con sujeción a los siguientes criterios:
a) (…)
b) Cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, se estará a lo establecido en los pliegos que rigen el contrato, en los cuales se han de establecer los parámetros objetivos que deberán permitir identificar los casos en que una oferta se considere anormal, referidos a la oferta considerada en su conjunto".

Como se ha expuesto, la recurrente impugna los parámetros del anexo XII del PCAP por considerar que no van referidos al conjunto de la oferta, es decir al resto de criterios de adjudicación además del precio. En este sentido, es necesario poner de manifiesto que el legislador contractual no obliga a contemplar todos los criterios de adjudicación a la hora de fijar en los pliegos los parámetros objetivos de anormalidad de las ofertas.

Como señala el Informe 119/2018 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado: *«el análisis del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación para fijar los parámetros objetivos mencionados requiere*

tener en consideración también lo dispuesto por la LCSP respecto a la utilización en los procedimientos de adjudicación de más de un criterio de adjudicación, marco en el cual hay que incardinar la regulación de las ofertas anormalmente bajas y su finalidad específica, que es la de asegurarse de que los potenciales contratistas puedan cumplir con lo estipulado en el contrato.

En este sentido, siguiendo las pautas de la Directiva 2014/2004/UE (artículo 67 y considerandos 89 a 92), la nueva LCSP explicita el criterio de la mejor calidad-precio como elemento que determina cuál es la oferta económica más ventajosa, fomentando una mayor orientación hacia la calidad en la contratación pública. Con esta finalidad, el artículo 145 de la LCSP establece la regla general según la cual "La adjudicación de los contratos se realizará utilizando una pluralidad de criterios de adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio", precisando en su apartado 2 que "La mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos", detallando a continuación los requisitos de los criterios cualitativos y el contenido de los mismos.

Bajo estas premisas, es claro que en los procedimientos en los que se utilice más de un criterio de adjudicación y se tomen en consideración criterios cualitativos como los enumerados en el artículo 145.2 de la LCSP, la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos será identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato. Desde esta perspectiva parece razonable pensar que los criterios a incluir en los pliegos puedan introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos de forma que, por ejemplo, a mayor calidad el parámetro objetivo para presumir la temeridad de la oferta desde el punto de vista económico sea mayor.

En conclusión, el órgano de contratación dispone de un margen de discrecionalidad para configurar los parámetros objetivos útiles para determinar cuándo una oferta es anormalmente baja. Tales parámetros han de hacer referencia a uno o a varios de los criterios económicos y cualitativos que se utilicen como criterios de adjudicación, seleccionando aquellos que sean más apropiados a estos efectos y sin que sea necesario que sean todos, pues pueden existir determinados criterios de selección que sean irrelevantes a estos efectos.».

En definitiva, cuando el legislador se refiere a parámetros referidos a la *«oferta considerada en su conjunto»* está contemplando la posibilidad de atender para su fijación a otros criterios de adjudicación, aparte del tradicional del precio, sobre todo en aquellos casos en que la calidad, a través de los criterios cualitativos, cobre especial relevancia en la selección de la oferta.

Pues bien, esto es lo que ocurre en el supuesto aquí examinado donde el criterio denominado *«Criterios relacionados directamente con la calidad del servicio (max. 52 puntos)»*, valora los siguientes aspectos: i) formación sobre alergias e intolerancias alimentarias (max. 10 puntos); ii) formación sobre primeros auxilios (max. 10 puntos); iii) formación sobre nutrición orientada a la alimentación de los niños y jóvenes (max. 10 puntos); iv) elaboración de una guía de practicas correctas de higiene, hábitos y habilidades en el comedor escolar (max. 12 puntos); y v) programación de actividades que permitan aumentar el desarrollo de la autonomía personal, actitudes y hábitos saludables (max. 10 puntos).

En efecto, en el supuesto analizado, el 52 por 100 de los criterios de adjudicación del contrato están relacionados con la calidad intrínseca de las prestación, de tal forma que como se ha expuesto al ser la finalidad de los parámetros objetivos a incluir en los pliegos identificar aquellas ofertas de las que se pueda presumir que la relación existente entre la calidad propuesta y el precio o los costes de la prestación es desproporcionada y convierte en inviable la ejecución del contrato, es necesario que los criterios a incluir en los pliegos puedan

introducir tanto elementos valorativos de la calidad ofrecida como del precio ofertado o una combinación de ambos, circunstancia que no concurre en el supuesto examinado.

En consecuencia, con base en las consideraciones realizadas, procede estimar el tercero de los motivos del recurso.

SÉPTIMO. Sobre los efectos de la estimación del tercer motivo del recurso.

La corrección de la infracción legal cometida, y que ha sido analizada y determinada en el apartado 3 del fundamento de derecho sexto de esta resolución, relativo a la incorrecta determinación de los parámetros objetivos para considerar una oferta anormalmente baja, debe llevarse a cabo anulando el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otros documentos, rige el procedimiento de adjudicación del contrato citado en el encabezamiento, conforme a lo establecido en dicho fundamento, así como los actos del expediente de contratación relacionados con su aprobación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN ANDALUZA DE ORGANIZACIONES EMPRESARIALES DE OCIO EDUCATIVO Y ANIMACIÓN SOCIOCULTURAL (FAESC)** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicios de monitores de comedor escolar en los centros docentes públicos con comedor de gestión directa de la provincia de Cádiz para el curso escolar 22-23» (Expte. CONTR 2022 0000567594), tramitada por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e Innovación en Cádiz y, en consecuencia, anular el acto impugnado para que por el órgano de contratación se proceda en los términos expuestos en el fundamento de derecho séptimo de esta resolución.

Inadmitirlo contra el anuncio de licitación, el pliego de prescripciones técnicas y la memoria justificativa, por haberse formulado fuera del plazo establecido para ello.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 2 de septiembre de 2022.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

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.