Recurso 380/2022
Resolución 515/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 28 de octubre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS SOCIEDAD LIMITADA,** contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de Aula Matinal en Centros de infantil y primaria de Andalucía", (Expte. 00015/ISE/2022. (CONTR 2022 0000268808)), en relación a diversos lotes, entre los que se incluían, los lotes 1, 50, 74, 75 y 82, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la actual Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 31 de mayo de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación, mediante procedimiento abierto ordinario, del contrato de servicios citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, en la misma fecha han sido publicados en el citado perfil los pliegos rectores de la presente licitación. El valor estimado del contrato asciende a 39.585.873,93 euros, y entre las empresas que presentaron sus proposiciones a la licitación, se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del oportuno expediente de contratación, y mediante Resolución del 22 de septiembre de 2022, se resuelve la adjudicación del contrato citado en el encabezamiento. Con fecha 26 de septiembre de 2022, se publicó en el perfil de contratante, la adjudicación de los distintos lotes que conformaban el contrato.

SEGUNDO. El 10 de octubre de 2022, tuvo entrada en el Registro del Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS SOCIEDAD LIMITADA, (en adelante, DEPORSA) contra la adjudicación de distintos lotes, entre los que se incluían, los lotes 1, 50, 74, 75 y 82.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal 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. Tras reiterar la petición de la documentación al órgano de contratación, la misma tuvo entrada en este Tribunal con fecha de 21 de octubre de 2022.

Finalmente este Tribunal, a solicitud del órgano de contratación, y mediante Resolución MC 122/2022, de 27 de octubre de 2022, acordó levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación respecto a los lotes 1, 50, 74, 75 y 82 del presente contrato.

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.

Cabe señalar que en principio ostentaría legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 1, 50, 74, 75 y 82, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, ello sin perjuicio de lo que al respecto se expondrá más adelante.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios, con un valor estimado 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, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, la adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 26 de septiembre de 2022 y notificada a la entidad recurrente con fecha 27 de septiembre de 2022, por lo que el recurso presentado el 10 de octubre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre la legitimación ad causam de la entidad recurrente

Para una correcta delimitación del ámbito de la presente resolución conviene señalar, con carácter previo, que el recurso que nos ocupa incluye la impugnación de un lote, el lote 80, sobre el que no recae pronunciamiento en esta resolución y que será emitida una vez concluya la tramitación del recurso respecto al citado lote.

En el presente supuesto, y respecto a los lotes 1, 50, 74, 75 y 82, la recurrente se alza contra la valoración de su oferta, solicitando la anulación de la adjudicación del contrato. Articula su pretensión en torno a un único motivo de recurso que afecta a la aplicación de uno de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de

fórmulas, el denominado *"Control telemático del programa de trabajo".* Considera que la oferta presentada a los distintos lotes era merecedora de la máxima puntuación y que la mesa de contratación debió requerir aclaración sobre los términos de la oferta, con carácter previo a su puntuación con cero puntos en los dos apartados controvertidos.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita, en primer lugar, la inadmisión del mismo por falta de legitimación de la recurrente. En concreto argumenta que: «*la eventual estimación de sus pretensiones atribuyéndole la totalidad de puntos, esto es, 10 puntos por la subida mensual de documentación y 10 puntos por el establecimiento de mecanismos de control mensual, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, pues aun en el caso de modificarse la puntuación en el sentido propuesto por la recurrente en el nuevo orden de clasificación de las ofertas (...) en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación del contrato, toda vez que con ocasión del recurso interpuesto la recurrente, respecto de las entidades clasificadas (...) en una mejor posición que ella, no esgrime motivo en su contra ni solicita la exclusión de sus ofertas, por lo que no obtendría beneficio alguno más allá de la mera defensa de la legalidad, desbordando así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno.».* Concreta, para cada uno de los lotes, la posición de la recurrente y las puntuaciones obtenidas por los distintos licitadores, con la finalidad de acreditar que la recurrente carece de legitimación para la presente impugnación.

En segundo lugar, y para el supuesto de que el recurso finalmente no resultase inadmitido, el órgano de contratación solicita la desestimación del mismo y se opone a las pretensiones que el mismo contiene argumentando que, en síntesis, la falta de valoración del citado criterio automático se debió exclusivamente al hecho de la errónea cumplimentación de la oferta lo que impidió conocer qué opción era la que el licitador pretendía elegir en el momento de presentación de las ofertas, circunstancia que llevó a la mesa a no otorgar puntuación teniéndolo por no ofertado tal y como dispone el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). Argumenta que la subsanación reclamada era inviable, dado que de haberse aceptado hubiese supuesto una modificación de la oferta, con clara vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores. Además, solicita a este Tribunal la imposición de multa por apreciar en el escrito de recurso temeridad y mala fe.

Pues bien, dado que el órgano de contratación en su informe solicita la inadmisión del recurso por falta de legitimación de la recurrente, antes de analizar el fondo de la cuestión, procede examinar detenidamente la legitimación *ad causam* de la recurrente respecto a la controversia suscitada en el recurso.

Para ello, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 48 de la LCSP, que dispone *"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 (...)".*

En diversas resoluciones de este Tribunal (entre otras, Resoluciones 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre, 342/2018, de 11 de diciembre, 419/2019, de 13 de diciembre, 25/2020, de 30 de enero, 172/2020, de 1 de junio y 254/2021, de 24 de junio) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso. En ellas se señalaba, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, debe señalarse que siendo el acto impugnado la adjudicación, el interés legítimo de la recurrente en la interposición del recurso solo podrá admitirse si la eventual estimación de sus pretensiones condujera finalmente a la adjudicación a su favor de alguno de los lotes del presente contrato. En consecuencia, y tal y como defiende el órgano de contratación, si la recurrente no puede resultar en modo alguno adjudicataria, con el recurso no obtendría beneficio inmediato, más allá de la satisfacción moral de que se admitan sus pretensiones, por lo que procedería la inadmisión del mismo por falta de legitimación de aquella.

En el presente asunto, de acuerdo con el orden de clasificación de las ofertas admitidas, así como con los términos de la resolución de adjudicación impugnada, en la que se recoge en un cuadro adjunto la puntuación obtenida por cada una de las empresas licitadoras a cada uno de los lotes, interesa subrayar la siguiente información.

En el lote 1 la puntuación obtenida por la mercantil adjudicataria CELEMIN & FORMACION, S.L. fue de 95,55; y por la recurrente DEPORSA de 66,90 puntos, que ocupa la última posición en la clasificación de las ofertas.

En el lote 50 la puntuación obtenida por la adjudicataria ESCUELAS INFANTILES DE ALMERIA, S.L. es de 94,63; obteniendo la recurrente DEPORSA 69,63 puntos, ocupando la última posición en la clasificación de las ofertas .

En el lote 74 la máxima puntuación la obtiene la mercantil ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL CPM, S.L., adjudicataria del lote, con una puntuación de 95,67 , obteniendo la recurrente DEPORSA 69,29 puntos, ocupando la última posición en la clasificación de las ofertas .

En el lote 75 la máxima puntuación la obtiene la mercantil ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL CPM, S.L. con una puntuación de 97,11, obteniendo la recurrente DEPORSA una valoración de 68,15 puntos, ocupando la última posición en la clasificación de las ofertas.

En el lote 82 la puntuación obtenida por la adjudicataria con una puntuación de 93,83, obteniendo la recurrente DEPORSA 71,82 puntos, ocupando la penúltima posición en la clasificación de las ofertas.

De las alegaciones de la recurrente se desprende que combate la puntuación de su oferta respecto a un criterio de adjudicación, regulado en el anexo X del pliego en los siguientes términos:

«3. Control telemático del Programa de Trabajo. De 0 a 25 puntos.
Se valorará la oferta en el siguiente término:

Oferta	*SI*	*NO*
Acceso a documentación	*5 puntos*	*0 puntos*
Subida mensual de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas	*10 puntos*	*0 puntos*
Subida trimestral de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas	*5 puntos*	*0 puntos*
Mecanismo mensual de control y supervisión del servicio mediante chek – list de seguimiento	*10 puntos*	*0 puntos*
Mecanismo trimestral de control y supervisión del servicio mediante chek –list de seguimiento	*5 puntos*	*0 puntos*

En concreto la discrepancia se centra en la valoración otorgada en los apartados de: "*Subida mensual de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas"* y "*Mecanismo mensual de control y supervisión del servicio mediante chek – list de seguimiento*". Por lo que teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, se infiere que la estimación de las pretensiones del recurso conllevaría que la oferta de la recurrente, en los distintos lotes, obtuviera un total de 20 puntos adicionales sobre la baremación otorgada, es decir, ofreciese el siguiente resultado.

N.º LOTE	EMPRESA ADJUDICATARIA	BAREMACIÓN ADJUDICATARIA	BAREMACIÓN DEPORSA (Una vez incrementado en los 20 puntos adicionales objeto de recurso)
1	CELEMIN & FORMACION SL	95,55	86,90
50	ESCUELAS INFANTILES DE ALMERIA SL	94,63	89,63
74	ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL CPM SL	95,67	89,29
75	ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL CPM SL	97,11	88,15
82	PEINADO GARRIDO SL	92,98	91,82

Por tanto, este Tribunal concluye que aunque admitiéramos a meros efectos dialécticos las pretensiones de la recurrente ningún cambio se produciría en la adjudicación de los referidos lotes dado que la entidad DEPORSA continuaría clasificada en una posición inferior a la adjudicataria, toda vez que con ocasión del recurso interpuesto, no esgrime motivo alguno en contra de ninguna de las licitadoras clasificadas en mejor posición, ni solicita la exclusión de sus ofertas.

En consecuencia, y tal y como argumenta el órgano de contratación, la eventual estimación del presente recurso, en ningún caso podría dar lugar a que la recurrente se alzase con la adjudicación de los citados lotes del contrato por lo que no obtendría respecto a ésta beneficio alguno mas allá de la una hipotética reparación de la legalidad, quedando desbordado así el alcance de la legitimación que otorga el artículo 48 de la LCSP, basado en la existencia de un interés propio y no abstracto o ajeno, hipotético ni eventual.

Por lo expuesto, el recurso debe ser inadmitido respecto a los lotes 1, 50, 74, 75 y 82, por falta de legitimación ad causam, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 b) de la LCSP.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los motivos en que la recurrente sustenta su recurso.

En cualquier caso y a mayor abundamiento, se procederá al análisis del fondo de la cuestión que se centra en la pretensión de la recurrente relativa a la puntuación otorgada a uno de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, el denominado *"Control telemático del Programa de Trabajo",* por lo que resulta de interés conocer las concretas previsiones contenidas en el PCAP al respecto.

El Anexo VIII del PCAP regula la documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, disponiendo en su apartado segundo lo siguiente:

"2. Proposición relativa a los criterios de adjudicación valorables de forma automática por aplicación de fórmulas redactada conforme al modelo que figura en el anexo IX del presente pliego.
No se valoraran aquellas proposiciones que no hayan sido redactadas conforme al modelo facilitado o que contengan error o defectos que impidan a la mesa su correcta valoración, que se tendrán por no ofertadas".

El anexo IX, regula el modelo de proposición económica y de la restante documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas. En concreto en su apartado B, establece el modelo relativo al criterio de adjudicación denominado control telemático del programa de trabajo bajo el siguiente formato:

(3)	
CONTROL TELEMÁTICO DEL PROGRAMA DE TRABAJO	
Acceso a documentación:	*SI _ NO _*
Subida mensual de documentación:	*SI _ NO _*
Subida trimestral de documentación:	*SI _ NO _*
Mecanismo mensual de control:	*SI _ NO _*
*Mecanismo trimestral de control_*	*SI _ NO __*

(3) CONTROL TELEMÁTICO DEL PROGRAMA DE TRABAJO: marcar con una X la opción elegida.

Por otra parte y para una mejor comprensión del presente asunto conviene referir las siguientes actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación del procedimiento de licitación y que se documentan en el expediente remitido.

En el perfil de contratante se publicó, con fecha 20 de junio de 2022, un documento en el que se recogen las preguntas formuladas en el curso de la presente licitación junto a la respuesta ofrecidas por el órgano de contratación. Constando entre ellas la siguiente:

«Pregunta y respuesta obra en el expediente
"P.- Para una correcta elaboración de la oferta por parte del licitador, ¿la valoración según los períodos indicados tanto para la "documentación de los monitores de las actividades realizadas", así como para el "mecanismo de control y supervisión del servicio mediante check-list", ¿son acumulativos, o de lo contrario sólo se podrá marcar una opción "mensual" o "trimestral"?
R.- En el criterio técnico Control telemático del Programa de trabajo, la valoración de la oferta "Documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas" como de la oferta "Mecanismo de control y supervisión del servicio mediante chek-list de seguimiento", no son acumulativos, valorándose el periodo mensual con mayor puntuación frente al periodo trimestral.».

En el acta de la tercera sesión de la mesa de contratación en la que se procedió a la apertura del sobre electrónico n.º 3, tras relacionar la información contenida en las distintas ofertas presentadas, se recoge la siguiente información: *"Se hace constar que las siguientes personas licitadoras han marcado las dos opciones (mensual y trimestral) tanto en el criterio "subida de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas", como en el criterio "mecanismo de control y supervisión del servicio mediante check – list de seguimiento".*

A continuación, en el acta se relacionan las licitadoras afectadas por la citada incidencia entre las que consta la mercantil hoy recurrente.

En el acta de la cuarta sesión de la mesa de contratación celebrada el 10 de agosto de 2022, para la valoración de las propuestas económicas y documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas y propuesta de adjudicación, consta que al inicio de la sesión se trató el siguiente asunto:

"En primer lugar se procede a analizar los escritos presentados por varias personas licitadoras, dirigidos a la mesa de contratación, que se relacionan a continuación, presentados como consecuencia de la anotación de la mesa de contratación en su acta anterior, donde se indicaba que varias personas licitadoras habían marcado las dos opciones (mensual y trimestral), tanto en el criterio "subida de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas", como en el criterio "mecanismo de control y supervisión del servicio mediante check – list de seguimiento":

- La persona licitadora DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS SOCIEDAD LIMITADA, presenta escrito de fecha 13 de julio de 2022, en el que declara que desea modificar los datos que aportó en el sobre 3 de DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN VALORADOS MEDIANTE LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS, en el apartado del Control Telemático del Programa de Trabajo. Presentada una oferta, no cabe posibilidad de su modificación. Dado que no es posible modificar el contenido del sobre 3, ya que sería contrario al principio de igualdad que debe regir en la contratación pública, no puede accederse a las pretensiones de la empresa anterior".

En el curso de la sesión la mesa tras la baremación de las ofertas conforme a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, se clasificó por orden decreciente las proposiciones presentadas, y en base al resultado obtenido en cada uno de los lotes acordó elevar al órgano de contratación la correspondiente propuesta de adjudicación. Recogiendo el acta expresamente, y en lo que aquí interesa, lo siguiente: *«Asimismo se hace constar que se ha decidido que, ante la discordancia de las personas licitadoras que marcaron en su oferta las dos opciones (mensual y trimestral), tanto en el criterio "subida de documentación por parte de los monitores de las actividades realizadas", como en el criterio "mecanismo de control y supervisión del servicio mediante check – list de seguimiento", no pueden ser valorados ambos criterios anteriores ya que no puede deducirse qué opción pretendía el licitador elegir en el momento de presentar la oferta.».*

El acta finaliza con cuadro con la puntuación obtenida por cada una de las empresas licitadoras a cada uno de los lotes.

Tras lo expuesto, cumple señalar que el artículo 139 de la LCSP dispone "*1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)".* En este sentido, como viene expresando la ya reiterada jurisprudencia (v.g Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 19 de marzo de 2001, entre otras) y doctrina tanto de este Tribunal (Resolución 340/2020, de 15 de octubre, entre otras muchas) como del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales, los pliegos son la ley del contrato entre las partes, y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras. En este procedimiento no consta que los pliegos hayan sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos.

En el presente asunto el Anexo IX del PCAP es claro al señalar que la licitadora debía marcar con una "X" la opción elegida, de entre las distintas contenidas en el modelo respecto al criterio "*Control telemático del Programa de*

Trabajo". Conforme al Anexo X del PCAP, la máxima puntuación otorgada al citado criterio era de 25 puntos, por lo que la presentación de una oferta en la que se cumplimentaban todas las opciones previstas en el pliego, totalizando una puntuación de 45 puntos, además de impedir a la mesa conocer los concretos términos de la oferta presentada y por consiguiente su baremación, era del todo incongruente con los términos del pliego y la puntuación máxima que según el mismo podría obtenerse en la puntuación de este criterio.

En cuanto a la pretendida interpretación del pliego, defendida por la recurrente, en el sentido de que los pliegos en ningún momento indicaron que las opciones trimestral y mensual fueran incompatibles, tal indicación devenía innecesaria para su correcta interpretación. Además, sobre la presente cuestión se formuló una pregunta durante la licitación que fue respondida por el órgano de contratación y publicada en el perfil de contratante, ajustándose la actuación de la mesa al sentido del pliego y al de la respuesta ofrecida, respetando el principio de igualdad entre los licitadores.

La recurrente, por otro lado, alega que la aclaración de la oferta que presentó con fecha 13 de julio tras la apertura del sobre electrónico nº3, y en la que expresamente se afirma que en la oferta presentada *"quisimos indicar subida mensual", o*poniéndose a la actuación de la mesa que no tuvo en cuenta tal aclaración. Además, insiste en que la mesa debió solicitar aclaración de la oferta antes de valorarla con cero puntos. Por tanto, mediante ambas alegaciones la controversia que el recurso plantea, en este punto, se centra en la procedencia o no del trámite de aclaración de la oferta presentada por la recurrente.

Sobre esta cuestión procede indicar que este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, entre otras en la reciente Resolución 471/2022, de 22 de septiembre, en la que manteníamos que *«nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa -en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP)- pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica. Así, la doctrina citada señala que "(...) respecto de la oferta técnica y/o económica no existe obligación alguna por parte de la Mesa de contratación, o en su caso del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.*

Y si bien lo anterior no es óbice a que la mesa o el órgano de contratación puedan solicitar puntualmente aclaraciones suplementarias de las ofertas cuando consideren que existe en las mismas error material susceptible de rectificación, tal posibilidad excepcional no se planteará cuando, como en el caso examinado, los términos de la oferta no arrojen datos que permitan evidenciar la existencia de error material, aritmético o de transcripción susceptible de aclaración»

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/10), 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.»*

Por tanto, el límite a la aclaración está en el respeto al contenido de la oferta inicial como garantía y salvaguarda del principio de igualdad de trato entre los licitadores, de modo que ese contenido originario no podrá nunca modificarse o ampliarse por vía de aclaración.

Es palmario que el error en el que incurrió la formulación de la oferta presentada por DEPORSA en ningún caso tiene el carácter de mero error material, al no concurrir en el mismo los requisitos requeridos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia para ello. Así la Sentencia, de 2 de junio de 1995 (RJ 1995/4619), del Tribunal Supremo 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*».

En el presente supuesto bajo la pretendida aclaración de la oferta la recurrente, con fecha 13 de julio de 2022, concreta las opciones que la conforman y ello una vez que es conocedora del contenido del acta de la sesión de la mesa y del error en el que había incurrido. Dicho error trae causa en una equivocación manifiesta que no puede ser aclarada, sino solo corregida concretando las opciones ofrecidas, lo que a todas luces supondría una modificación de la oferta inicial, contraria al principio de igualdad de trato en la licitación y que beneficiaría injustamente al licitador poco diligente. Por tanto, ni procedía el trámite de subsanación de la oferta, reclamado en el recurso, ni la aceptación de la aclaración formulada por la propia recurrente.

Así las cosas se concluye que la actuación de la mesa de contratación, al no otorgar puntuación alguna al referido criterio, fue conforme a las previsiones del Anexo VIII del PCAP, en el que tras disponer que la formulación de la proposición relativa a los criterios de adjudicación automáticos se realizará conforme al modelo que figura en el anexo IX del PCAP, establece que: "*No se valoraran aquellas proposiciones que (…) contengan error o defectos que impidan a la mesa su correcta valoración, que se tendrán por no ofertadas".*

Por todos los motivos expuestos se concluye que en cualquier caso se habría procedido a la desestimación del recurso.

SEXTO. Sobre la procedencia de imposición de multa.

El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa al estimar que: *«el recurso se presenta con temeridad y mala fe al quedar acreditado por un lado que carece la recurrente de legitimación para la presente impugnación y por otro lado la ausencia de fundamentación del recurso pues en ningún caso podría ser adjudicataria de los lotes recurridos ni aunque obtuviera los puntos reclamados y dado que ha ocasionado la suspensión automática del procedimiento consideramos que el recurso se presenta con temeridad y mala fe, con el único objetivo aparente de retrasar la formalización del contrato dado que la recurrente es la actual prestadora del servicio, en concreto del lote 82 ascendiendo el importe diario de la prórroga de los servicios hasta la formalización del mismo a 417,55 euros. Apreciando este Órgano de Contratación un abuso del derecho al recurso que pretende con evidente mala fe usarlo para otros fines, sin reparar en el daño que se causa al adjudicatario, a la entidad contratante y hasta los propios usuarios que acceden al servicio público de aula matinal. Por otro lado el perjuicio ocasionado a los intereses públicos por la demora en la formalización de los nuevos contratos en los seis lotes recurridos en caso de no revocarse la suspensión implica un coste mensual estimado para esta Agencia de 35.683,11 euros para garantizar la prestación de los servicios recurridos».*

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».* En este sentido señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

"Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar

que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)".

En este supuesto, y tras el análisis del contenido del presente recurso, se aprecia que el mismo adolece de una falta clara de viabilidad jurídica en los términos analizados, desde el momento en el que aunque se estimaran las pretensiones de la recurrente no alcanzaría la adjudicación de cinco de los lotes del contrato objeto del recurso. Ello supone un ejemplo claro de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación.

Este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería inadmitido por falta de legitimación.

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

En el supuesto enjuiciado, este Tribunal, acuerda imponer a la recurrente multa, habida cuenta de que se evidencia temeridad en la interposición del presente recurso.

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

Además debemos atender al artículo 31.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el cual establece que: *«Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso».*

En el supuesto enjuiciado, el órgano de contratación cuantifica el perjuicio ocasionado en 35.683,11 euros, para el caso de no revocarse la suspensión, pero dado que los plazos sobre los que se realiza el referido cálculo no se han agotado y que además los mismos podrían haber sido aun inferiores de haber remitido el órgano de contratación en plazo la documentación que le fue requerida, es por lo que este Tribunal descarta la imposición de la multa en su cuantía máxima. Además estimamos que al concurrir de forma manifiesta una de las dos, la temeridad, y no acreditarse la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta. En consecuencia, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la recurrente una multa en la cuantía máxima de 1.500 euros.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DEPORSA SERVICIOS Y ACTIVIDADES EDUCATIVAS Y DEPORTIVAS SOCIEDAD LIMITADA,** contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de Aula Matinal en Centros de infantil y primaria de Andalucía", (Expte. 00015/ISE/2022. (CONTR 2022 0000268808)), en relación a los lotes 1, 50, 74, 75 y 82, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la actual Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, por falta de interés legítimo para recurrir.

SEGUNDO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 1.500 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Remitir la presente resolución al responsable en materia de personal de la Agencia Pública Andaluza de Educación, a efecto de lo previsto en la Disposición adicional vigésima octava de la LCSP.

NOTIFÍQUESE 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.