Recurso 412/2022
Resolución 530/2022
Sección Segunda

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

Sevilla, 11 de noviembre de 2022

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO DE ESTUDIOS DE MATERIALES Y CONTROL DE OBRA S.A** (en adelante, CEMOSA) contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado « Servicios para la redacción del estudio geotécnico de los terrenos para la construcción del nuevo hospital de Málaga financiado con fondos REACT-EU (Central Provincial de Compras de Málaga)»(Expte. CCA.683+P-G) convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 6 de julio de 2022, se publicó en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 161.074,00 euros y la recurrente figuraba entre las cuatro empresas que presentaron sus proposiciones, según informa el órgano de contratación.

La presente licitación se rige por 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, mediante Resolución de fecha 8 de octubre de 2022 se adjudica el contrato a la entidad LABRUM DIAGNOSIS Y ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO S.L (en adelante, LABRUM).

SEGUNDO. El 28 de octubre de 2022 tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil CEMOSA contra la referida adjudicación.

Mediante oficio de fecha 31 de octubre de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución, petición que fue atendida con la remisión de documentación que tuvo entrada en este Órgano con fecha 3 de noviembre de 2022.

Habiéndose conferido por la Secretaría del Tribunal trámite de alegaciones al recurso a los interesados en el procedimiento, por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, consta que se han presentado las formuladas por LABRUM.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la entidad recurrente para la interposición del recurso, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP. dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación al que han presentado oferta otras tres entidades, habiendo quedado clasificada en el segundo lugar en el orden de clasificación de las proposiciones.

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 el supuesto examinado, consta que la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante el 11 de octubre de 2022 por lo que se puede concluir que el recurso presentado con fecha 28 de octubre de 2022 en el registro del Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el apartado 10 del cuadro resumen del pliego de clausulas administrativas particulares (PCAP) e informa el órgano de contratación en la documentación remitida.

La tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pues éste expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

SEXTO. Actuaciones realizadas en el seno del procedimiento de contratación.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, y antes de entrar a analizar el fondo de la cuestión controvertida, con carácter previo, hemos de tener en consideración los siguientes datos de interés que resultan del expediente de contratación remitido por el órgano de contratación.

1. En la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 2 de septiembre de 2022, por lo que aquí nos interesa, queda reflejado que, tras la lectura del informe de criterios no automáticos, se procedió a la apertura del sobre n.º 3 relativo a los criterios automáticos de valoración, quedando constancia de lo siguiente:

« *A la vista de los criterios automáticos señalados en el expediente, y atendiendo a la oferta económica realizada por la empresa LABRUM DIAGNOSIS Y ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO S.L los componentes de la mesa de Contratación acuerdan por unanimidad:*

-Requerir para que en el plazo máximo de 3 días hábiles, a contar desde el siguiente a la recepción del requerimiento que se le efectúe, procedan a especificar del contenido de su oferta económica si en la misma las cantidades especificadas, pues no se aclara si la oferta es con IVA incluido o excluido»

2. En la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 7 de septiembre de 2022 se refleja lo siguiente:

« *Se procedió al estudio de la documentación aportada por la empresa LAMBRUM DIAGNOSIS Y ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO S.L relativo a la aclaración de su oferta, una vez analizada se acuerda que dicha documentación es correcta, como continuidad al acta anterior, donde se publica el criterio 1.1, queda la valoración del expediente del siguiente modo:*

(…)

Por todo ello la puntuación Total es la siguiente:

CRITERIOS	*1.1*	*1.2*	*TOTAL*
GEOTECNICA DEL SUR, S.A	*28,70*	*23.13*	*51,82*
CENTRO DE ESTUDIOS DE MATERIALES Y CONTROL DE OBRA, S.A	*30,00*	*58,97*	*88,97*
LABRUM DIAGNOSIS Y ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO S,L	*28,70*	*70,00*	*98,70*
ELABORA AGENCIA PARA LA CALIDAD EN LA CONSTRUCCIÓN S.L	*0,00*	*0,00*	*0,00*

La Mesa de Contratación acordó elevar al órgano de contratación (Dirección Gerencia del Hospital Universitario Regional de Málaga) la siguiente PROPUESTA:

La ADJUDICACIÓN del Expediente 000456/2022, CCA.683+P-G, para la contratación de los SERVICIOS PARA LA REDACCIÓN DEL ESTUDIO GEOTÉCNICO DE LOS TERRENOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO HOSPITAL DE MÁLAGA FINANCIADO CON FONDOS REACT-EU (CENTRAL PROVINCIAL DE COMPRAS DE MÁLAGA) a la empresa que se indica a continuación:

LABRUM DIAGNOSIS Y ASESORAMIENTO ESPECIALIZADO, S.L CIF-B90187287»

3. En la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 22 de septiembre de 2022 queda reflejado que, con carácter previo, se procede al estudio del recurso de reposición interpuesto por la empresa CEMOSA acordándose

la inadmisión del mismo. La notificación de dicho acuerdo a la entidad citada tuvo lugar el día 29 de septiembre de 2022.

4. Mediante resolución del órgano de contratación de fecha 8 de octubre de 2022 y, previa la calificación de la documentación requerida a la propuesta como adjudicataria, se aprueba la clasificación de la oferta presentada por LABRUM de conformidad con la puntuación obtenida por la misma, tras la aplicación de los criterios de evaluación automáticos, y se resuelve adjudicar el expediente 0000456/2022, CCA.683+P-G cuyo objeto es la contratación de los servicios para la redacción del estudio geotécnico de los terrenos para la construcción del nuevo Hospital de Málaga, financiado con fondos React-EU (Central Provincial de Compras) a la referida entidad por un importe total de 159.610, 76 euros.

SÉPTIMO.- Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente solicita la anulación de la resolución de adjudicación del contrato, la consecuente exclusión de la empresa adjudicataria y la retroacción del procedimiento para que se formalice la propuesta de adjudicación a su favor, al ostentar el segundo puesto en el orden de clasificación de las proposiciones.

CEMOSA denuncia la infracción procedimental cometida en la sesión de la mesa de contratación celebrada el día 2 de septiembre de 2022 en la que se requiere a LABRUM para que aclare su oferta en los términos indicados con anterioridad, en un momento procedimental en que la licitadora ya conoce el resto de ofertas.

Asimismo, manifiesta que en la vista de expediente realizada por CEMOSA pudo comprobar que los datos de la oferta económica presentada por LABRUM fueron los siguientes:

«Oferta económica presentada inicialmente (documento con fecha firma electrónica 26.07.2022):
- IVA incluido: 131.909,72 €
- % IVA 21: 27.701,04 €
Escrito aclaración (documento con fecha firma electrónica 06/09/2022):
- IVA incluido: 159.610,76 €
- % IVA 21: 27.701,04 €»

A juicio de CEMOSA, es ostensible que las cantidades ofertadas por LABRUM en ambos documentos son diferentes, y que la posibilidad de aclaración que se ha concedido ha determinado una modificación de la oferta económica, lo cual está proscrito por el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Los motivos que esgrime en el recurso son la insubsanabilidad del defecto advertido ya que, a su juicio, la redacción del modelo de oferta económica en el anexo VII del PCAP no admite duda sobre la obligación que tienen los licitadores de presentar su oferta con el desglose correcto. Invoca al respecto, la Resolución 938/2022 de 21 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la doctrina sobre la subsanación de errores con referencia al artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) concluyendo que la actuación de la mesa, al posibilitar la subsanación, ha permitido al licitador alterar el sentido de la proposición económica cuando se advierte que difieren claramente las cantidades ofertadas por LABRUM antes y después de la aclaración.

Invoca igualmente la Resolución 503/2013 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la referencia que aquella contiene a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012, donde se indica que las ofertas imprecisas o que no se ajustan a las especificaciones técnicas suponen un riesgo para el principio de igualdad de trato y una muestra evidente del incumplimiento del deber de diligencia del licitador en la redacción de la oferta.

Denuncia la vulneración del principio de igualdad de trato entre los licitadores ya que la posibilidad de subsanación de la oferta económica inicialmente presentada que se le ha conferido, una vez vencido el plazo de presentación de proposiciones y siendo conocedora del proceso de admisión y valoración ya iniciado, ha quebrado el principio de igualdad que debe regir entre empresas.

Concluye, por tanto, en la imposibilidad de subsanación de la oferta económica de LABRUM y en la consecuente inadmisión de la oferta por infracción del artículo 84 RGLCAP, la nulidad de la adjudicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.2 a) de la LCSP y la necesaria propuesta de adjudicación a favor de CEMOSA como segunda calificada en el proceso.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a la pretensión de la entidad recurrente y solicita la desestimación de aquel, a la vista de las consideraciones que, de manera sucinta, pasamos a exponer a continuación.

Desde un punto de vista fáctico señala lo siguiente:

«*La oferta económica realizada por LABRUM, y que contenía el sobre electrónico aportado para los criterios de evaluación automática era la siguiente (sólo reflejamos el detalle económico, a efectos del presente argumentario):*
• Importe total (IVA incluido): 131.909,72 €
• % IVA: 21. Importe IVA: 27.701,04 €
Como puede apreciarse por este Tribunal, se desglosa el importe total, y su detalle específico del IVA. Ante ese desglose, los miembros de la Mesa de Contratación pudieron comprobar que si al importe ofertado (IVA incluido), se le aplica el 21%, el resultado es de 27.701,04 €, tal como se reflejaba en el importe IVA, por lo que supone que el importe referenciado de IVA Incluido no podía ser, sino que sería IVA excluido.
Como puede apreciarse, la Administración tenía elementos de juicio, objetivos y fácilmente observables, que permiten determinar que la oferta realizada bajo el concepto de IVA incluido debía ser IVA excluido, pero tal extremo, entendía la Mesa de Contratación que requeriría de la aclaración por el presentador de la oferta.
Solicitada la aclaración de la misma, el resultado de la oferta económica, es el siguiente:

• Importe total (IVA incluido): 159.610,76 €
• % IVA: 21. Importe IVA: 27.701,04 €»

El órgano sostiene que la oferta económica no ha sido objeto de modificación sino que lo que se ha advertido es un error literal en la redacción de la oferta económica inicial ya que donde decía " *IVA incluido*" debía decir "*IVA excluido*". Niega que la posibilidad de subsanación haya conferido a la empresa la posibilidad de obtener alguna ventaja competitiva en la aplicación de los criterios automáticos de valoración, pues la cifra a tener en cuenta para la asignación de puntos por la oferta económica era la relativa a su importe IVA incluido, esto es, la cifra de 159.610, 76 euros, cifra más favorable que la de la recurrente que ascendía a 165.173, 47 euros.

Considera, además, que las Resoluciones invocadas por la recurrente no son de aplicación al presente supuesto puesto que en concreto la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 938/2022, de 21 de julio va referida a un supuesto diferente totalmente en el que la oferta económica "*no contenía el desglose del IVA en partida diferenciada",* a diferencia del supuesto objeto del recurso en el que la indicación del IVA reflejado en la oferta de LABRUM permitiría discernir el error material cometido y que condujo a la mesa, en pro del principio de prudencia, a solicitar aclaración sobre tal extremo al licitador.

En definitiva, el informe defiende la actuación de la mesa criticando la interpretación sesgada del artículo 84 del RGLCAP que efectúa el recurrente, e insiste que el error material padecido no altera ni el contenido ni el sentido ni el importe económico. Considera que la actuación administrativa ha respetado en todo momento el principio de igualdad de todos los licitadores y el principio de eficacia y eficiencia de los actos administrativos, y finaliza elevando al Tribunal la solicitud de imposición de multa al recurrente al amparo de lo establecido en el artículo 58.2 de la LCSP.

3. Alegaciones de las entidades interesadas.

LABRUM solicita la desestimación del recurso por las razones expuestas en su escrito de alegaciones, en el que básicamente manifiesta que la subsanación en nada alteró su oferta, pues, tras la aclaración efectuada, se mantienen las mismas cuantías reflejadas en la oferta económica, es decir, la base 131.909,72 euros e IVA 21 % de 27.701,04 euros, limitándose la aclaración a manifestar que el error consistió en que se indicó una base IVA no incluido, y que el importe total IVA incluido es de 159.610,76 euros.

Invoca el artículo 81.2 así como el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, preceptos que -indica-establecen expresamente la posibilidad de subsanación de error material, aritmético o de hecho, siempre que no sea un error manifiesto, quedando acreditado, a su juicio, que «*el cambio de las palabras IVA NO INCLUIDO, por la expresión errónea en la oferta de LABRUM haciendo constar IVA INCLUIDO, que para nada altera el sentido de su oferta, que no es otro que 131.909,72 € (base) + 27.701,04 € (IVA), con total de 159.610'76 € IVA INCLUIDO, también inferior al presupuesto base de la convocatoria (161.074 euros, IVA EXCLUIDO).*»

Asimismo, esgrime que la posibilidad de rectificación de los errores materiales viene amparada por el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre e invoca la doctrina de los órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, entre ellos, la Resolución 64/2015, de 17 de febrero de 2015 de este Tribunal. Concluye que el error material era evidente y subsanable, implicando por si solo la evidencia del mismo, sin necesidad de mayores razonamientos y exteriorizándose por su sola contemplación, sin que la subsanación implique una oferta económica distinta.

OCTAVO. Consideraciones del Tribunal sobre el fondo del asunto: sobre la viabilidad de la aclaración de la oferta económica requerida por la mesa de contratación.

Una vez vistas las alegaciones de las partes y del órgano de contratación, procede el análisis del objeto de controversia que reside en discernir si se produjo o no una infracción procedimental en la actuación de la mesa de contratación al requerir la aclaración de la oferta económica de la adjudicataria, a la vista de las circunstancias concurrentes.

Sobre la cuestión controvertida ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en ocasiones anteriores, entre otras, en las Resoluciones 347/2015, de 7 de octubre, 164/2017, de 5 de septiembre, y en la 578/2021, de 23 de diciembre; y más recientemente en la Resolución 457/2022, de 15 de septiembre, en la que se reproducía la doctrina ya aquilatada al respecto y en cuyo fundamento de derecho sexto afirmábamos lo siguiente:

> *«En concreto la citada Resolución del TCRC 639/2020, de 21 de mayo, se manifiesta en los siguientes términos: « Con carácter general, la JCCA viene entendiendo (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que: "Se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable."*
>
> *(...)*
>
> *Sentado lo anterior, hemos de diferenciar si el error se aprecia bien en la documentación administrativa que conduce a la admisión o exclusión de los licitadores, bien en las ofertas propiamente dichas, habida cuenta de que las consecuencias pueden ser distintas en uno u otro caso. A tal, efecto, la Resolución 1069/2019 de este Tribunal resume la doctrina sobre esta materia, señalando lo siguiente:*
>
> *"Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).*
>
> *Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-). Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la*

igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-). Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 – asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 – asunto T195/08-)"

La doctrina expuesta es consecuencia del principio antiformalista, recogido ampliamente por la jurisprudencia, y que en el ámbito de la contratación pública trata de conjugar dos principios que inspiran la misma: el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa. En este sentido, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia 2415/2015 (ES:TS:2015:2415) que: "Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012). »

Así las cosas, la cuestión concreta a dilucidar en el presente asunto es si existe un error material manifiesto en la oferta económica de LABRUM que hubiera posibilitado, en su caso, el requerimiento de la aclaración acordado por la mesa, o si por el contrario, como denuncia la recurrente, el trámite de subsanación conferido a la licitadora pudo determinar una eventual modificación de la oferta económica, cuando ya eran conocidas las restantes ofertas y, en consecuencia, la subsanación pretendida va más allá de la mera aclaración o subsanación de un error material y no es la solución más acorde con el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

No es cuestión controvertida en el presente supuesto la existencia del error en la cumplimentación del modelo de oferta económica por parte de LAMBRUM, pues así lo reconoce la entidad adjudicataria en su escrito de alegaciones.

Lo que hemos de dilucidar, por tanto, es si el error en la oferta económica que la mesa "detectó de oficio" y que motivó el requerimiento de aclaración es un simple error material susceptible de ser subsanado, o por el contrario, ha podido suponer una modificación de la oferta económica, vetada por el principio de intangibilidad de la oferta so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato, que es un pilar básico en la contratación pública.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre los requisitos que, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, deben concurrir para afirmar que nos encontramos ante un error material (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 y 144/2020, de 1 de junio).

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 «t*eniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte el error*».

Pues bien, tras lo expuesto y aplicando al caso los criterios doctrinales y jurisprudenciales referidos, apreciamos que , en el caso que analizamos, el error subsanado *a posteriori* por el licitador, dentro del plazo concedido por la mesa por iniciativa propia, no puede ser calificado como un error material, en el sentido de ser ostensible, y evidenciarse por su sola contemplación sin efectuar ningún tipo de razonamiento. Antes al contrario, la mesa de contratación hubo de efectuar una operación aritmética para concluir que el importe del IVA en la oferta económica de LABRUM (27.701,04 €) no correspondía al 21 % del importe total ofertado por aquella (131.909,72 *€)* y ello a pesar de que no había dudas en la cumplimentación del modelo de que la indicación por el licitador del importe ofertado " IVA incluido".

La mesa, de manera indiciaria, como en el propio informe del órgano se asume, dedujo que el error del licitador podría obedecer a reflejar el importe total de la oferta IVA excluido, y le solicitó aclaración en tales términos.

Pues bien, a partir de la constatación del error, la mesa de contratación debió excluir a la licitadora en aplicación de lo previsto en el artículo 84 del RGLCAP. En este sentido, tan ostensible es que la naturaleza del error va más allá de un simple error material que el propio informe del órgano de contratación reconoce que no se trataba de un error manifiesto.

Por ello, no podemos compartir la alegación del órgano de contratación que pretende justificar la subsanación concedida por la mesa, cuando afirma que «*la oferta económica no ha sido objeto de modificación, pues la misma no se ha modificado, sino que ha existido un error literal en su redacción del Anexo de oferta firmado el 26.07.2022, y que se aportó en el sobre electrónico de criterios automáticos de valoración, ya que donde decía "…IVA incluido", debía decir "…IVA excluido».*

Y tampoco le asiste la razón cuando en el informe al recurso concluye que: «*En ningún caso, la aclaración realizada, y que lo que hacía era confirmar lo que podía deducirse de la presentación de la oferta realizada en su momento, por LAMBRUM, supone que a dicha empresa se le diera la posibilidad de obtener alguna ventaja en la aplicación de los criterios automáticos de valoración, pues la cifra a tener en cuenta, para la asignación de puntos por la oferta económica, era la relativa a su importe IVA Incluido, el cual sigue siendo incluso más favorable que el propio del recurrente, pues el de CEMOSA ascendía a un total de 165.173,47 €, y el que se ha tenido en cuenta para el adjudicatario es de 159.610,76 €».*

Por el contrario, este Tribunal entiende que, desde el momento en que se le concedió la posibilidad de aclaración, una vez conocidas el resto de las ofertas licitadoras, el licitador pudo optar por indicar que el error afectaba a la partida del 21% de IVA -porque efectivamente, y como había señalado, el importe de su oferta era "*IVA incluido*"- o bien, como hizo, que el error se había producido al omitir la partida del IVA pese a indicar que estaba incluido. Y la mera posibilidad remota de modificación de la oferta en uno u otro sentido quiebra el principio de intangibilidad de la oferta que resulta de la admisión de la subsanación pretendida.

Asiste, por tanto, la razón a la recurrente cuando pone de manifiesto que la aclaración de la oferta económica inicialmente presentada por LABRUM, requerida por la mesa de contratación, una vez vencido el plazo de presentación de proposiciones y siendo conocedora aquella licitadora del resto de las ofertas, ha quebrado el principio de igualdad entre las empresas. También hemos de convenir con el recurrente cuando achaca una falta de diligencia por parte del licitador en la cumplimentación del modelo de oferta económica que, tal y como este Tribunal ha comprobado en el anexo VII del cuadro resumen al PCAP, contemplaba la indicación del importe total (IVA incluido) y la indicación del porcentaje de IVA aparte, según se transcribe a continuación:

«Importe total (IVA incluido):_____ €.
- % IVA: _____. Importe IVA:_____ »

Pues bien, sobre la posibilidad de solicitar a los licitadores aclaraciones de sus ofertas, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) vino a establecer una serie de razonamientos que han sido reproducidos por los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, en sus resoluciones, entre ellas, las Resoluciones de este Tribunal 94/2012, de 15 de octubre, 123/2013, de 16 de octubre y 131/2013, de 28 octubre, o la Resolución 152/2021, de 22 de abril de 2021.

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

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

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

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

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

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

En la misma línea se pronuncia la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08), al indicar que el principio de proporcionalidad exigiría en este caso que, antes de proceder a la desestimación inmediata de la oferta -opción que siempre tiene en última instancia el órgano de contratación o la mesa de contratación en el supuesto examinado- se dé oportunidad al licitador de confirmar la veracidad del dato dudoso, pues de este modo se consigue, de un lado, que la Administración contratante alcance seguridad jurídica acerca de los términos reales de la oferta para así poder tomar una decisión fundada en orden a su admisión o exclusión, y, de otro lado, que el propio licitador reciba la oportunidad de confirmar la validez de dichos términos o bien de reconocer el error padecido en su oferta que la hace inviable.

Así las cosas, este Tribunal considera que la solicitud de aclaración por parte de la mesa ha podido propiciar una modificación ulterior de la oferta económica presentada por el licitador, riesgo que debe evitarse en cuanto que ocasiona la quiebra del principio de igualdad de trato entre las licitadoras. Pudiera ser loable el principio de prudencia que el órgano de contratación invoca para justificar la actuación de la mesa ante la concurrencia de otras circunstancias fácticas que sí propiciasen la aclaración de un error material guiada por el principio de proporcionalidad, pero no es lo que sucede en el caso examinado en el que no puede subsanarse *a posteriori* la falta de diligencia del licitador en la cumplimentación del modelo de oferta económica so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato que preside la contratación pública.

En consecuencia, con fundamento en las consideraciones precedentes, este Tribunal entiende que procede estimar el presente recurso, y en consecuencia, anular el acuerdo de adjudicación con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de adjudicación para que continúe el procedimiento, en su caso con la propuesta de adjudicación a favor de la empresa por el orden de clasificación correspondiente.

NOVENO. Sobre la procedencia de la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa a la recurrente fundamentada en que no es posible, a su juicio, vislumbrar otra finalidad con la interposición del recurso que retrasar la formalización del contrato con la empresa adjudicataria, siendo destacable que el argumentario expuesto para sostener la defensa de sus intereses carece de consistencia jurídica ya que nada tiene que ver con el motivo alegado, no siendo de aplicación al supuesto controvertido las Resoluciones aportadas.

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*»

Dicha petición ha de decaer ante la estimación íntegra de la pretensión ejercitada y por ende, del recurso interpuesto, por lo que no procede la imposición de multa solicitada.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO DE ESTUDIOS DE MATERIALES Y CONTROL DE OBRA S.A** (en adelante, CEMOSA) contra el acuerdo de adjudicación del contrato denominado «Servicios para la redacción del estudio geotécnico de los terrenos para la construcción del nuevo hospital de Málaga financiado con fondos REACT-EU (Central Provincial de Compras de Málaga»(Expte. CCA.683+P-G) convocado por el Hospital Universitario Regional de Málaga, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y en consecuencia anular la resolución de adjudicación, y ordenar la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior para la continuación, en su caso, del procedimiento de adjudicación.

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

TERCERO. 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.

CUARTO Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.