Recurso 385/2022
Resolución 531/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 7 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO COPERAULA, S.L.,** contra la resolución de 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 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77 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 14 de octubre de 2012, tuvo entrada en el Registro del Tribunal, escrito de recurso especial interpuesto por la entidad GRUPO COPERAULA, S.L., (en adelante, la recurrente) contra la adjudicación de los lotes 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77 del contrato.

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 documentación al órgano de contratación, la misma tuvo entrada en este Tribunal con fecha de 21 de octubre de 2022.

Posteriormente la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades interesadas para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las formuladas por las entidades AULAS FORMATIVAS EDUCACIÓN Y OCIO S.L., EULEN S.A., ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL C.P.M., S.L. y GESTIÓN PROFESIONAL SERVICIOS SOCIO SANITARIOS Y EDUCATIVOS S.L.

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 de los lotes 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77.

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 recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora en el procedimiento de adjudicación, respecto a los lotes 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

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 14 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. Sobre el fondo del recurso. Alegaciones de las partes

La controversia que el presente asunto plantea se centra en 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, con carácter previo, resulta de interés conocer las concretas previsiones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas (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.

La valoración relativa a los criterios de adjudicación ponderables automáticamente se regula en el anexo X del PCAP. Así bajo la denominación *"Criterios valorables en cifras o porcentajes"* con una puntuación máxima de 70 puntos, el pliego fija los siguientes cuatro criterios:
1. Material para el desarrollo del programa de actividades. De 0 a 15 puntos.
2. Control de presencia del personal: de 0 a 15 puntos
3. Control telemático del Programa de Trabajo. De 0 a 25 puntos.
4. Servicios telemáticos para la gestión de recibos a las familias. De 0 a 15 puntos.

Respecto a la valoración del criterio de adjudicación, objeto del presente recurso, el anexo X del pliego establece lo siguiente:

"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*

Por otra parte, y para una mejor comprensión del presente asunto interesa 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 ahora 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 GRUPO COPERAULA SL, presenta escrito de fecha 15 de julio de 2022, donde indica que

"marcar ambas opciones ha venido motivado por: 1.- Considerar las mejoras complementarias y no contradictorias. Esto es, que además de la información mensual se realizaría otra trimestral a modo de resumen y/o complemento de las mensuales. En caso de no ser así, marcar la opción mensual lleva implícito la realización de la opción trimestral, por lo que, la opción mensual es nuestra primera elección. 2. - En las preguntas y aclaraciones, no se indica que no se valorará las dos opciones si son marcadas, sino que se valorará la mensual con mayor puntuación que la trimestral". Tal como se ha indicado en el análisis del escrito anterior, el licitador ha pretendido acumular ambos opciones, no siendo esto posible por cuanto la suma de la periodicidad de ambas opciones excedería de los 25 puntos otorgados por el baremo del Anexo X del PCAP (documento que todo licitador acepta incondicionadamente con el mero hecho de presentar proposición). Por otro lado, en fecha 21 de junio de 2022, se publicó en el perfil del contratante con número de referencia de publicación 2022- 0001054245, documento de aclaraciones de dudas surgidas en el plazo de información del expediente, siendo una de las cuestiones planteadas la siguiente con su correspondiente respuesta.
[En este punto el acta de la mesa reproduce la pregunta y respuesta sobre la presente cuestión antes referida].
Por lo anterior, por la Mesa se decide que no puede tenerse en cuenta la comunicación del licitador de cuál era su voluntad al marcar las dos opciones. Estas contestaciones serán trasladadas a los licitadores anteriores".

En el curso de la citada 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 la mesa 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.»*

1. Alegaciones de la recurrente.

La mercantil COPERAULA solicita la nulidad de la resolución de adjudicación del contrato, respecto a los lotes 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77, a fin de que se practique una nueva valoración de las ofertas presentadas, en las que se incremente su valoración, y se le otorgue la máxima puntuación en el criterio de adjudicación denominado *"Control telemático del programa de trabajo".*

Manifiesta que la mesa, sin previsión expresa en tal sentido en los pliegos, le minoró la valoración de las mejoras en 20 puntos de forma injustificada, lo que la ha privado de la adjudicación de seis lotes en el presente contrato. Asimismo señala que durante la tramitación del expediente fue objeto de publicación en el perfil de contratante una memoria complementaria en la que se recogían puntuaciones para el criterio de adjudicación *"Control Telemático del Programa de Trabajo",* diferentes a las contenidas en el pliego y cuya suma totalizaban 25 puntos. Fue con posterioridad cuando se publicó la pregunta y la respuesta sobre si eran acumulativas las opciones mensual y trimestral. Aduce que la publicación de ese documento fue tardía, dado que en esa fecha tenían ya preparadas sus ofertas. Argumenta además que la citada respuesta carece de virtualidad jurídica alguna y que en nada modifica lo ya publicado, en concreto afirma que: "*El documento únicamente indica que no son acumulativas a efectos de valoración esto es, que no se suman los puntos de ambas, pero no dice ni se deduce de su contenido que la consecuencia de ofrecer ambas sea tenerlas por no puestas"*.

COPERAULA alega que tras la publicación del acta de la sesión de la mesa de contratación, celebrada para la apertura del sobre electrónico 3, tuvo conocimiento de la valoración de la documentación llevada a cabo por la mesa de contratación, frente al que manifiesta su total oposición al considerar incuestionable la voluntad manifestada de cumplir con todas las mejoras por lo que "*al menos una de ellas forzosamente se tiene que valorar, en este caso la mensual".*

Reclama que ante las descritas circunstancias la mesa debió *"haber emplazado a la empresa para aclarar la posible discrepancia y en base a la respuesta valorar si realmente pretendía acumular puntos para exceder del máximo previsto, como así se le acusa o simplemente quería obtener la máxima puntuación dentro de la horquilla prevista".* Manifiesta que dado que no recibió ningún requerimiento de la mesa en tal sentido dirigió a la mesa un escrito exponiendo las razones por las que ofreció ambas opciones y en el que solicitaba la valoración de la propuesta mensual. Pese a lo cual, continua la recurrente, las alegaciones presentadas no fueron tenidas en cuenta y según tuvo conocimiento una vez publicada el acta de la cuarta sesión, la mesa de contratación acordó "*sin ningún fundamento tener por no ofertada esta mejora (ni mensual ni trimestral) no valorándose por tanto ningún punto".*

Considera probado que esta actuación de la mesa, en base a la cual se tuvo por no ofrecida la mejora, ha sido injusta, arbitraria, desproporcionada y no está prevista ni en el pliego ni en la documentación complementaria; habiéndole perjudicado gravemente al privarle de la adjudicación de seis de los lotes del presente contrato.

Por todo lo expuesto afirma que la resolución impugnada es *"nula de pleno derecho al no adjudicar a Grupo Coperaula, S.L., los Lotes 66, 67, 69, 72, 71, 57 y 77 como consecuencia de no valorar , sin motivación alguna, la mejora ofertada para los estos Lotes tanto para la "documentación de los monitores de las actividades realizadas" como para el "mecanismo de control y supervisión del servicio mediante check- l ist" .*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

El órgano de contratación en su informe al recurso solicita la desestimación del mismo y se opone a las pretensiones en él contenidas 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, circunstancias que llevó a la mesa a no otorgar puntuación teniéndolo por no ofertado tal y como dispone el propio PCAP.

Argumenta que la subsanación de la oferta presentada por la recurrente era inviable, afirmando al efecto que: *«el permitir que la ahora recurrente, una vez que se conoce el contenido de las proposiciones del resto de licitadoras, pudiese subsanar su oferta en el extremo referente a la indicación de la subida mensual de documentación y del establecimiento de mecanismos de control mensual que no hizo en el momento procedimental oportuno supondría aceptar una modificación de la oferta, con clara vulneración del principio de igualdad de trato con respecto al resto de licitadores que si redactaron correctamente su oferta.»*

En cuanto al trámite de aclaración reclamado a la mesa el órgano de contratación alega que: *"la Mesa de Contratación no tiene obligación legal de solicitar aclaraciones sobre las ofertas pero es que además, en el presente supuesto, cualquier justificación que hubiera solicitado la Mesa de Contratación sobre el extremo controvertido habría permitido a la entidad recurrente introducir en su oferta un elemento nuevo no contenido inicialmente en la propuesta y, como consecuencia, habría permitido la modificación de la misma."*

Por todo lo expresado el informe concluye que la mesa de contratación actuó correctamente o al no otorgar puntuación a la oferta de la recurrente respecto a los criterios de adjudicación controvertidos, máxime si tenemos en cuenta que la misma recurrente reconoce en su escrito que hizo caso omiso a la respuesta dada de que las referidas mejoras en periodo mensual y trimestral no eran acumulativas, alegando que *"ya tenía preparadas sus ofertas".*

Por último el órgano de contratación, solicita a este Tribunal la imposición de multa a COPERAULA por apreciar que el escrito de recurso se interpone con temeridad y mala fe.

3. Alegaciones de las interesadas.

Por último, las entidades adjudicatarias AULAS FORMATIVAS EDUCACIÓN Y OCIO S.L., EULEN S.A., ACTIVIDADES DEPORTIVAS MANCHA REAL C.P.M., S.L. y GESTIÓN PROFESIONAL SERVICIOS SOCIO SANITARIOS Y EDUCATIVOS S.L., se oponen asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en sus escritos de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento del recurso, aquí se dan por reproducidas.

Señalar que todas ellas insisten en un argumento común, y es el relativo al valor vinculante de la respuesta dada por el órgano de contratación a la cuestión objeto de controversia; así como al reconocimiento por parte de la propia recurrente de que a pesar del conocimiento del sentido de la respuesta no procedió a la corrección de su proposición.

SEXTO. Consideraciones del Tribunal. Sobre el fondo del asunto.

Procede ahora analizar el fondo de la controversia que versa sobre si fue correcta la puntuación otorgada por la mesa de contratación, de cero puntos, a uno de los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas, el denominado *"Control telemático del Programa de Trabajo".*

En primer lugar, se ha de indicar 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 caso que nos ocupa 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".* En el Anexo X del PCAP, se concreta las diferentes puntuaciones otorgadas a cada una de las opciones previstas, por lo que la presentación de una oferta, como la de la recurrente, en la que se cumplimentaban todas las opciones, impedían a la mesa conocer los concretos términos de la oferta presentada y por consiguiente su correcta baremación.

Además, durante la licitación se formuló una pregunta sobre esta concreta cuestión, que fue respondida por el órgano de contratación en el sentido de que ambas opciones, mensual y trimestral, no eran acumulativas. La recurrente cuestiona la validez de la citada respuesta afirmando que la misma fue tardía y que "*carece de virtualidad jurídica alguna".* Pues bien tal alegación no puede ser compartida por este Tribunal por los motivos que a continuación se exponen. El artículo 138.3 de la LCSP establece en su último párrafo: *"En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación."*

Por su parte la cláusula 7 del PCAP , establece en su segundo párrafo: *"Asimismo, se publicarán en el perfil del contratante las respuestas a las solicitudes de aclaración al PCAP o al resto de la documentación cuando en el anexo I se haya atribuido carácter vinculante a las mismas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 138.3 de la LCSP."* Y en el apartado 4 del Anexo I del PCAP se dispone: *"Respuestas vinculantes sobre la aclaración de los pliegos: Si."* Por tanto, y teniendo en cuenta que la respuesta fue publicada en el perfil de contratante deviene incuestionable el carácter vinculante de la misma.

Además la publicación de la respuesta en el perfil de contratante se produjo con fecha 20 de junio de 2022, siete días antes de la fecha límite de presentación de ofertas, que de conformidad con lo previsto en el anuncio de licitación era el *"27/06/2022 23:59".* Por lo que tampoco resulta admisible lo alegado por COPERAULA en cuanto al carácter tardío de la respuesta, y ello puesto que la recurrente estaba dentro de plazo para formular y corregir su proposición en el sentido dado por el órgano de contratación; siendo responsabilidad de la licitadora recurrente la corrección en la formulación de su oferta, así como las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma.

Es cierto, como manifiesta la recurrente, que consta publicado en el perfil de contratante una memoria complementaria de fecha 19 de abril de 2022 en la que se da una puntuación diferente a los apartados del criterio *"Control telemático del Programa de Trabajo"* de las previstas en el pliego. Ahora bien, sin prejuzgar este Tribunal el contenido y el sentido de la citada memoria complementaria, lo cierto es que tanto las previsiones contenidas en el pliego como la respuesta dada por el órgano de contratación sobre la aplicación del citado criterio de adjudicación, eran claros en cuanto al modelo de proposición que debía cumplimentarse y al carácter no acumulativo de ambas mejoras, cuestión ésta que es la verdadera causa de la no valoración del criterio.

En otro orden de cosas la recurrente alega que presentó escrito exponiendo las razones por las que ofreció ambas opciones, mensual y trimestral, y en el que además solicitaba la valoración de la opción mensual. Y en cualquier caso considera que correspondía a la mesa haber solicitado 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 COPERAULA 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*». 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».*

En el presente supuesto bajo la pretendida aclaración de la oferta, la recurrente 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 último, la recurrente alega falta de motivación sobre la minoración de la valoración de su oferta, tanto en la respuesta dada a sus alegaciones por la mesa de contratación, como en la resolución de adjudicación del contrato.

Pues bien, este Tribunal considera que el acta de la cuarta sesión de la mesa de contratación celebrada, el 10 de agosto de 2022, de cuyo contenido se dio traslado a la recurrente, contiene explicación suficiente sobre los motivos en que sustenta la falta de puntuación de la oferta en el controvertido criterio de adjudicación, cosa distinta es que la recurrente no comparta el sentido de los mismos. Pero lo cierto es que en el presente procedimiento de adjudicación la recurrente ha contado con la información necesaria para la interposición de un recurso suficientemente fundado contra la resolución de adjudicación y por tanto no se constata vulneración de las previsiones contenidas al efecto en el artículo 151.2 de la LCSP.

Sobre esta cuestión, ha invocado este Tribunal en otras ocasiones (v.g. las Resoluciones 34/2019, de 14 de febrero y 59/2019, de 7 de marzo) la Sentencia 647/2013, de 11 de febrero, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que viene a señalar que *«la exigencia constitucional de motivación no impone una argumentación extensa, ni una respuesta pormenorizada, punto a punto. Solo una motivación que por arbitraria deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución. La motivación puede ser escueta y concisa siempre que de su lectura se pueda comprender la reflexión tenida en cuenta para llegar al resultado o solución contenida en el acto».*

En el sentido expuesto, el Tribunal Constitucional mantiene (Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en el Recurso de amparo 3646/1995) que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa y que dicha indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que no ha existido indefensión material en el presente asunto, dado que COPERAULA, como ha quedado demostrado con la interposición del presente recurso, conoce los motivos por los que no se le ha otorgado puntuación en los criterios de adjudicación recurridos.

En definitiva, en base a las consideraciones expuestas, procede la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO. Sobre la temeridad en la interposición del recurso.

El órgano de contratación en su informe solicita la imposición de multa en su cuantía máxima al estimar que: *«el recurso se presenta con temeridad y mala fe en consonancia con la jurisprudencia que viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica y también se ha dicho que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo o en aquellos casos que haya una carencia manifiesta de fundamentación, o sin viabilidad jurídica. También es apreciable cuando falte un serio contenido en el recurso, y cuando haya una clara falta de fundamento en la cuestión que se suscita.*
(...)

Así la recurrente actúa de mala fe, alegando vicios o defectos en la documentación, cuando queda acreditado que no existía confusión en la redacción de los pliegos es más las dudas que pudieran plantearse quedaron solventadas oportunamente dentro del plazo establecido por la Ley si bien la recurrente "hizo caso omiso de la aclaración pues ya tenía preparadas sus ofertas" en consecuencia estimamos que concurre mala fe y solicitamos la imposición de multa 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 estimándose que el perjuicio ocasionado a los intereses públicos por la demora en la formalización de los nuevos contratos en los siete lotes recurridos asciende a un coste mensual estimado para esta Agencia de 48.455,28 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.*
El importe de la multa 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.».

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 el supuesto analizado, este Tribunal considera que, si bien el recurso se ha desestimado, ello no es suficiente para concluir que el mismo, en su conjunto, carezca de falta de fundamentación. Además, las argumentaciones aducidas por la recurrente carecen de entidad suficiente para inducir a error o equivocación a este Tribunal, por lo que no se aprecia que el recurso en su globalidad suponga un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación, ni por tanto, que el mismo se haya interpuesto con temeridad manifiesta.

Por consiguiente, el Tribunal no aprecia temeridad ni mala fe determinantes de la imposición de multa.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **GRUPO COPERAULA, S.L.,** contra la resolución de 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 57, 66, 67, 69, 71, 72 y 77, promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, entidad adscrita a la actual Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

TERCERO. Remitir la presente resolución al responsable en materia de personal de la Agencia Pública Andaluza de Educación, con relación a lo dispuesto en los antecedentes, a los efectos 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.