Plaza de los Sitios, 7
50001 Zaragoza
Tel. 976 713016
E-mail: tribunalcontratosaragon@aragon.es

RE 027/2022

Acuerdo 38/2022, de 21 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la "ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)" frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales», promovido por el Ayuntamiento de Andorra (Teruel).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 10 de julio de 2021 fue insertado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación relativo al contrato que figura en el encabezamiento de este acuerdo. El mismo anuncio se publicó el día 13 de julio siguiente en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Segundo.- Se trataba de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 1 405 355,37 euros. Según figuraba en los mencionados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el día 11 de agosto de 2021.

Tercero.- El día 6 de agosto de 2021 se interpuso, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.M.L. y don J.M.D.L.S., en nombre y

representación de “ASOCIACIONES FEDERADAS DE EMPRESARIOS DE LIMPIEZA NACIONALES”, en el que manifestaban su disconformidad frente a los pliegos que rigen la contratación citada en el Antecedente anterior.

El recurso aducía –en síntesis– su disconformidad con el presupuesto base de licitación del contrato porque, a su juicio, era insuficiente para cubrir los costes laborales y, por ende, la ejecución del servicio, lo que constituía –a su juicio- una vulneración de los artículos 100 y 130 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Solicitaba, por lo expuesto que, con la estimación del recurso, fuera declarada la nulidad de los citados pliegos.

Cuarto.- Mediante nuestro Acuerdo 78/2021 de 27 de agosto, se resolvió el citado recurso por desistimiento de la recurrente.

No obstante, la licitación quedó desierta y el órgano de contratación en el informe elaborado con motivo de la interposición del recurso, manifestaba su conformidad con la posible estimación del recurso, al admitir el error cometido en los cálculos del presupuesto base de licitación, anunciando como posteriores actuaciones, las de anular la licitación, así como iniciar un nuevo procedimiento de contratación.

Quinto.- El día 10 de marzo de 2022 fue insertado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), un nuevo anuncio de licitación relativo al contrato que figura en el encabezamiento de este acuerdo. El mismo anuncio se publicó el día 11 de marzo siguiente en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Sexto.- Al igual que el anterior, se trata de un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, tramitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y con un valor estimado de 3 655 106,16 euros. Según figuraba en los mencionados anuncios, el plazo para la presentación de ofertas finalizaba el día 12 de abril de 2022.

Séptimo.- El día 24 de marzo de 2022 se interpuso, a través del Registro Electrónico del Gobierno de Aragón, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por don J.D.D.L.R.D.S.J., en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA", en el que manifiesta su disconformidad frente a los pliegos que rigen la contratación citada en el Antecedente anterior.

El recurso, en síntesis, aduce lo siguiente:

- Vulneración del artículo 29 de la LCSP, al establecer la cláusula séptima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), que rige el contrato, una duración del mismo de cuatro años, prorrogables por dos anualidades más, lo que haría un total de seis años, cuando el citado artículo estipula que la duración no podrá exceder de cinco años.
- Vulneración de los artículos 1, 132, 145 y 146 de la LCSP, al entender –a su juicio- que al menos dos de los criterios de adjudicación recogidos en la cláusula décima del PCAP, son variantes de mejoras puntuables cuyo límite cuantitativo específico no está fijado, lo que puede dar lugar a distorsiones a la hora de puntuarlos.

Por lo expuesto, solicita de este Tribunal la resolución de su recurso e interesa la suspensión –de forma cautelar- del procedimiento de licitación.

Octavo.- El día 25 de marzo de 2022 este Tribunal dio traslado del recurso recibido al órgano de contratación, requiriendo del mismo la remisión del

expediente de contratación completo y del informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Noveno.- El 28 de marzo siguiente, fue recibido en este Tribunal, un correo electrónico del órgano de contratación en el que manifiesta lo siguiente:

«A la vista del recurso interpuesto por la Asociación Profesional de empresas de limpieza (ASPEL) contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen la licitación del servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales en Andorra (Teruel) se admiten las alegaciones presentadas procediéndose a la corrección de los mismos en el siguiente sentido:

1. Se reduce el plazo máximo de ejecución de contrato a 5 años, limitando las posibles prórrogas a una sola (4 años de duración del contrato más una prórroga de un año).

2. Se limita la bolsa de horas a 200 horas y la limpieza de cristales exteriores a 150 horas.

3. Se elimina la mención a los criterios anteriormente mencionados de la cláusula decimoprimera relativa a las ofertas anormalmente bajas.

Asimismo, con el objetivo de no perjudicar a los licitadores que hayan realizado la visita previa y siendo que a fecha de hoy no se ha presentado ninguna oferta, se propone no anular el anuncio de licitación sino la rectificación del mismo y la publicación del pliego corregido otorgando un plazo de 30 días desde dicha publicación para la presentación de las ofertas.»

Décimo.- El día 31 de marzo de 2022, el órgano de contratación remitió a este Tribunal –a través de correo electrónico-, entre otros, el expediente e informe requeridos. En el citado informe comunican lo siguiente.

«… SEXTO.- Con fecha 30 de marzo de 2022, en contestación al recurso presentado por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza, se acuerda por la unanimidad de los asistentes al Pleno que resulta la mayoría absoluta de sus miembros aceptar las alegaciones presentadas en el recurso interpuesto y como consecuencia del mismo modificar el Pliego de Cláusulas Administrativas que rige la contratación y volver a publicar anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el DOUE ampliando el plazo de presentación de ofertas a fin de que se disponga de 30 días desde el anuncio de la citada rectificación, redacto el presente al objeto de

INFORMAR

al Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón que se ha procedido a rectificar el anuncio de licitación y el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en la Plataforma de Contratación de Sector Público conforme a las alegaciones interpuestas en el recurso especial en materia de contratación presentado por la Asociación Profesional de Empresas de Limpieza, otorgando a los licitadores un nuevo plazo de 30 días para la presentación de ofertas.»

Asimismo, remiten rectificación del anuncio y pliegos publicados en la PCSP el día 31 de marzo de 2022, en los que figura que el nuevo plazo para la presentación de ofertas finaliza el día 3 de mayo de 2022.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación del “ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)” para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto previsto en los artículos 44 –apartados 1.a) y 2.a)– de la LCSP, y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA). El acto es por tanto recurrible.

El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Pese a que concurren los requisitos de admisibilidad, cabe plantearse si este recurso ha quedado sin objeto, dado que tal y como señala el órgano de contratación en su informe -como se ha indicado en el Antecedente de Hecho Noveno- y consta en el expediente administrativo, el pliego impugnado ha sido modificado con posterioridad a la presentación del presente recurso.

En el Acuerdo 118/2018, de 30 de noviembre señalamos al respecto de la modificación de los pliegos tras su aprobación que:

«*Sentado lo anterior, lo que se discute es el principio de inalterabilidad o intangibilidad de los pliegos y su posible vulneración por parte del órgano de contratación, así como las consecuencias que de ello se derivarían. A propósito del mismo, este Tribunal advirtió de su importancia en el Acuerdo 15/2014, de 17 de marzo, en el que se afirma: «la intangibilidad de los Pliegos deriva de la naturaleza jurídica contractual de los mismos. La intangibilidad o inmodificabilidad exige que, una vez aprobados, no sea posible variar sus cláusulas de manera unilateral, ni durante la licitación antes de la adjudicación, ni posteriormente cuando el contrato ya se haya adjudicado y se encuentre en fase de ejecución.*

Durante el proceso de licitación la inalterabilidad de los Pliegos se exige de un modo mucho más riguroso que durante la fase de ejecución, tal como se desprende de las previsiones contenidas en los artículos 115.1 y 116 TRLCSP, relativas a que los PCAP y los PPT deberán aprobarse siempre antes de la licitación del contrato. Mandato legal que responde a la necesidad de respetar los principios básicos que rigen en materia de contratación administrativa, sobre igualdad, libre concurrencia, seguridad jurídica y transparencia dado que, si el órgano convocante modifica unilateralmente durante el procedimiento de licitación los requisitos y criterios de selección, se estarían vulnerando abiertamente los principios reseñados».

La actual base normativa en que se positiva el meritado principio se encuentra en los artículos 122, 124, 135 y 136 de la LCSP que versan, respectivamente, sobre el pliego de cláusulas administrativas particulares, el pliego de prescripciones técnicas particulares, el anuncio de licitación, y los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las proposiciones.

Dispone el apartado 1º del artículo 122 de la LCSP: «Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones».

El precepto recién transcrito introduce –novedosamente– sobre su inmediato precedente legal (el artículo 115 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre –en adelante, TRLCSP– citado en dicho Acuerdo 15/2014) como única causa sobrevenida de modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares el error material, de hecho o aritmético, sancionando con la retroacción de actuaciones en cualquier otro supuesto.

Así las cosas, es de capital importancia analizar la variación que han sufrido los pliegos durante el iter procedimental del expediente de contratación y dilucidar si, propiamente, aquélla puede ser considerada una rectificación de error material o no.

A tal fin, procede en este punto extraer los parámetros establecidos al respecto por nuestra jurisprudencia para, a continuación, aplicarlos al presente caso; en particular, a las variaciones que ha se han producido sobre el PCAPE y cuestiona la recurrente.

Recientemente, en su Acuerdo 92/2018, de 28 de septiembre (F.D. 4º), este Tribunal aludía a dicha doctrina jurisprudencial sobre el error material, condensada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2010 (rec. nº 226/2009), que extracta de la siguiente manera:

«La jurisprudencia [recogida por sentencia de 5 de febrero de 2009 (casación 3454/2005), en su fundamento cuarto, con cita de otras precedentes] viene reiterando sobre tales rectificaciones lo siguiente, en palabras de la sentencia de 18 de junio de 2001 (casación 2947/1993).

"(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser `ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación´ (…), de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado art. 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias: a) que se trate de `simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos´; b) que el error `se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte´; c) que `el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables´; d) que `no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos´; e) `que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe

error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica)´; f) que `no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión´ que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992; g) finalmente, se viene exigiendo que se aplique con un hondo criterio restrictivo (…)´¨».

Y, en lo concerniente a la delimitación conceptual del error material, apostilla el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 31 de octubre de 2000 (rec. nº 557/1997), lo que sigue (F.D. 3º):

«La facultad atribuida a la Administración, por el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo, para poder corregir o rectificar, sin ningún apremio temporal, los simples errores materiales apreciados en un acto administrativo, tiene como exclusiva finalidad que un simple error de esa naturaleza, pueda pervivir, o produzca efectos desorbitados, como los que supondría que para corregir esa simple equivocación de hecho o material, intrascendente para el acto administrativo, fuera necesario acudir a los largos trámites de los procedimientos de revisión. Ahora bien, es claro que esa simple y directa rectificación, sin más trámites, ha de limitarse a los supuestos en que el propio acto administrativo sea revelador de una equivocación manifiesta y evidente por sí misma, sin afectar a la idéntica pervivencia del mismo –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1984, 27 de febrero de 1990 y 21 de septiembre de 1998, entre otras–.

No puede, pues, calificarse como error material de un acto administrativo, cuando la rectificación del mismo, implique un juicio valorativo, o cuando represente claramente una alteración del sentido del acto, de tal modo que si la rectificación implica en realidad, un sentido y alcance contrario o diferente del acto originario, modificando su contenido en la descripción y valoración de datos, la rectificación se convierte en realidad en revocación de oficio que requiere el procedimiento especifico de los artículos 109 y 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo, –sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero y 25 de mayo de 1990, 16 de noviembre de 1998 y 9 de diciembre de 1999–».

Así, a la vista de tal doctrina hay que estar a las variaciones habidas en el PCAP a fin de determinar su consecuencia, y dado que éstas afectan por un lado, al plazo de duración del contrato, suprimiendo una de las posibles prórrogas de un año, así como a los criterios de adjudicación, estableciendo límites en dos de las mejoras previstas, -ambas cuestiones objeto del presente recurso-, en virtud de los parámetros jurisprudenciales que se extraen de la doctrina expuesta sobre la figura de la rectificación de error material, resulta evidente y palmario que, en el presente caso, la alteración –que no aclaración– no hallan encaje en dicha figura; en efecto, cuando su nueva redacción contempla una redefinición de los parámetros que componen determinados criterios de adjudicación mediante la introducción de una cifra máxima a ofertar, se está acometiendo una conducta valorativa que excede de la simple enmienda de un error material, justamente en el sentido vedado por la Sentencia de 31 de octubre de 2000 ya citada.

No se trata, en definitiva, de una rectificación de error material ex artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 122.1 in fine de la LCSP; es decir, el procedimiento licitatorio debe

retrotraerse al momento anterior al de aprobación del pliego, de acuerdo con este último precepto y proceder a aprobar un nuevo pliego.

Atendiendo además a que la modificación versa sobre criterios de adjudicación del contrato, la conclusión es coherente con lo señalado en el Acuerdo de este Tribunal 5/2017, de 19 de enero (F.D. 2º), si bien aunque bajo la vigencia del TRLCSP, resulta plenamente extrapolable al caso que ahora nos ocupa: «(*e)l conocimiento de qué criterio se utiliza por el órgano de contratación para valorar las ofertas, es un elemento decisivo que debe conocer el licitador en el momento de preparar la oferta, puesto que la oferta económica puede variar mucho en función del sistema de reparto de los puntos, con independencia de que se conozca la ponderación que tiene el criterio relativo al precio. Y, el desconocimiento de las reglas de distribución de puntuación de los criterios de adjudicación, conlleva una vulneración del principio de igualdad que genera indefensión a los licitadores.*
El principio de igualdad y su vertiente del principio de transparencia, requiere que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones».

Es decir, que no estamos ante una modificación del PCAP sino que estamos ante uno nuevo y por tanto, el que es objeto de este recurso ha perdido vigencia, estando ante otro procedimiento de licitación.

Pues bien, a tenor de todo lo expuesto, como viene señalando este Tribunal, por todos en el Acuerdo 37/2013, de 10 de julio, la desaparición del objeto del recurso ha sido considerada, en nuestra jurisprudencia, como uno de los modos de terminación del proceso; tanto cuando lo impugnado eran disposiciones generales, en que la ulterior derogación de éstas, o su declaración de nulidad por sentencia anterior, ha determinado la desestimación del recurso, no porque en su momento no estuviere fundado, sino porque la

derogación sobrevenida de la norma priva a la controversia de cualquier interés o utilidad real; como en recursos dirigidos contra resoluciones o actos administrativos singulares, en los que se ha considerado que desaparecía su objeto cuando circunstancias posteriores les privaban de eficacia, hasta el punto de determinar la desaparición real de la controversia.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por mayoría de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Inadmitir, el recurso especial presentado en nombre y representación de la "ASOCIACIÓN PROFESIONAL DE EMPRESAS DE LIMPIEZA (ASPEL)" frente a los Pliegos del procedimiento de licitación del contrato denominado «Servicio de limpieza de edificios y dependencias municipales», promovido por el Ayuntamiento de Andorra (Teruel), por la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, por pérdida sobrevenida de su objeto.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- Notificar el presente Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 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.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.