RE 38/2015

Acuerdo 47/2016, de 6 de mayo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por CRUZ ROJA ESPAÑOLA, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de teleasistencia domiciliaria prestado por la Diputación Provincial de Huesca, para el periodo de un año», convocado por la Diputación Provincial de Huesca.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 1 de octubre de 2015 se publicó, en el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca (BOPH), el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Servicio de teleasistencia domiciliaria prestado por la Diputación Provincial de Huesca, para el periodo de un año», promovido por la Diputación Provincial de Huesca (en adelante la Diputación), contrato de servicios de la categoría 17 del Anexo II 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), tramitado por procedimiento abierto y varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 1 329 504 euros, IVA no incluido.

En el anuncio consta que el plazo de presentación de ofertas finalizaba el decimoquinto día natural, que no coincidiera en sábado, domingo o festivo, contado a partir del siguiente a la publicación del anuncio en el BOPH. Es decir, hasta el 16 de octubre de 2015.

SEGUNDO.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 106/2015, de 16 de diciembre, el recurso especial 100/2015, planteado por CLECE, S.A, frente a la adjudicación del procedimiento mencionado, en el sentido de estimar el mismo, por incorrecta aplicación de los criterios evaluables de forma automática. Dicho Acuerdo anulaba la valoración realizada de la oferta económica y ordenaba retrotraer las actuaciones con el fin de valorar de nuevo la oferta económica, sin tener en cuenta el IVA.

TERCERO.- El 4 de enero de 2016, la Diputación de Huesca interpuso recurso Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA), contra el precitado Acuerdo 106/2015, solicitando simultáneamente, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución del mismo.

Dicha medida cautelar fue rechazada mediante Auto Nº 00025/2016, de 17 de febrero de 2016, del TSJA, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª.

CUARTO.- Ante esta circunstancia, la Mesa de contratación procedió a efectuar una nueva valoración económica de las ofertas, sin tener en cuenta el importe del IVA aplicable, y proceder a una nueva clasificación.

A la vista de dicha valoración, se propone para la adjudicación del contrato a CLECE, por presentar la oferta económicamente más ventajosa, requiriéndole para que presente la documentación indicada en el artículo 151 TRLCSP.

QUINTO.- Por Decreto de la Presidencia de la Diputación Número 851, de 30 de marzo de 2016, se adjudica el contrato a favor de CLECE, S.A, por importe de 343 896 euros.

Dicha adjudicación se notifica al resto de licitadores el 30 de marzo de 2016, así como a CRUZ ROJA ESPAÑOLA (en adelante CRUZ ROJA) —anterior adjudicataria—, constando en el expediente la recepción de la notificación por ésta el 1 de abril de 2016.

SEXTO.- El 15 de abril de 2016 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Antonio Vallés Mairal, en representación de CRUZ ROJA, frente Decreto de la Presidencia de la Diputación por el que se adjudica el contrato.

La recurrente ha cumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 TRLCSP, que establece la obligación de anunciar previamente la interposición del recurso. Así lo hizo mediante escrito que tuvo entrada en la Diputación el 5 de abril de 2016.

El recurso alega y fundamenta, a efectos de esta resolución, que:

a) Para valorar las ofertas económicas, el órgano de contratación ha tomado como precio de licitación de CLECE el importe de 11,98 euros, al haberse fijado exclusivamente en el importe individualizado y no en la oferta global presentada, cuya cifra no se corresponde con el total de la primera. En el Acta de apertura de proposiciones, de 20 de octubre de 2015, la Mesa de contratación hizo constar expresamente que el importe total

presentado por CLECE no coincide con el precio del terminal ofertado.

b) Existe, por tanto, una discrepancia entre el precio individual y el global consignados, esto es, un error señalado expresamente por el propio Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) como causa de exclusión del licitador. Sin embargo, la Mesa dispone lo siguiente:

> *«La oferta se desglosa del modo como sigue:*
> *Precio individual terminal: 11,98 euros».*

A la vista de este manifiesto error, la Mesa debió de excluir a CLECE de la licitación, pues lo contrario ha perjudicado claramente a CRUZ ROJA. El órgano de contratación interpreta que el precio de licitación es de 11,98 euros, pero igualmente podría haber interpretado que era 11,89 euros —que sería el resultado de dividir el precio global ofertado entre el número de terminales y los meses del año del contrato—. Además, el precio es el único elemento que realmente supone una diferencia entre las ofertas de la ahora adjudicataria y la recurrente, lo que de nuevo pone de manifiesto el perjuicio causado a CRUZ ROJA con la valoración.

c) Alega que la mencionada interpretación del precio de la oferta se realiza sin fundamentación ni justificación, a pesar del error existente, constatándose así un claro trato de favor hacia CLECE en perjuicio de CRUZ ROJA.

Por todo ello, solicita la anulación de la adjudicación a CLECE, que se ordene retrotraer el procedimiento al momento de la apertura de las

ofertas, y que se acuerde la exclusión de la adjudicataria por haber incurrido en un motivo de exclusión previsto expresamente en el Pliego.

SÉPTIMO.- El Tribunal traslada el recurso a la Diputación el 18 de abril de 2016, solicitando la copia del expediente de contratación completo, salvo la parte ya remitida con ocasión de la interposición del Recurso 100/2015, y el informe al que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP.

Dicha documentación tiene entrada el día 22 de abril de 2016.

En el Informe que se acompaña a la remisión del expediente, se alega y argumenta lo siguiente:

El valor estimado del contrato se realizó teniendo en cuenta la siguiente fórmula que constaba en el pliego:

- 2.518 terminales x 22 euros (IVA excluido): 664.752 € (1 año)

No obstante la oferta económica se solicitaba referida a precios unitarios siendo el importe ofertado por cada terminal el que se tuvo en cuenta por la Mesa de Contratación.

El propio sistema de determinación del precio que consta en el pliego es *"por precios unitarios, dependiendo del número de terminales atendidos"*. El pliego ha concretado tanto enlel modelo de oferta económica como en el sistema de detreminación del precio la forma de formular el precio tal como invoca el art.87, no dejando abiertas ambas interpretaciones que producirían una contradicción.

Por ello el error existente en la oferta no puede considerarse sustancial de forma que conlleve a equívocos respecto al precio ofertado, tal como pretende la recurrente y mucho menos considerarse motivo de exclusión.

OCTAVO.- Con fecha 25 de abril de 2016, el Tribunal da traslado del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

El 29 de abril de 2016, D. Jorge Tenías Solana, en nombre y representación de CLECE, presenta ante este Tribunal, escrito en el que se opone al recurso, alegando cuanto a su derecho conviene y solicitando su desestimación y la interposición de multa, ante la concurrencia de mala fe en la interposición del mismo. Sostiene, para solicitar la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP, que el recurso tiene, como única finalidad, retrasar el proceso de adjudicación y alargar la prestación del servicio por parte de la recurrente, toda vez que es la actual adjudicataria. Y, advierte también, que pese a lo manifestado por la recurrente, en cuanto a que *«la interpretación del precio ofertado por parte del órgano de contratación se realiza sin la más mínima fundamentación o justificación del porqué de su actuación, a pesar del error existente u obvia excluir a la licitadora, lo que supone un claro trato de favor y, simultáneamente, un trato desfavorable a Cruz Roja»*, lo cierto es que el órgano de contratación tiene interés en mantener a la recurrente en el servicio, como lo acredita el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante el TSJA, contra el precitado Acuerdo 106/2015, solicitando simultáneamente, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución del mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de CRUZ ROJA ESPAÑOLA para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Queda también acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a superior a 100 000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.1 b) TRLCSP, así como en el artículo 17 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

Nada altera esta calificación el hecho de que sea una resolución dictada en cumplimiento del Acuerdo 106/2015 de este Tribunal, por cuanto se anuló la anterior adjudicación y la nueva, por la propia lógica del sistema, puede ser objeto de recurso especial, si bien los motivos de impugnación se encuentran ya limitados.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo, sobre la que se plantea el recurso, es la existencia de una discrepancia entre el precio individual y el global consignado por CLECE, ya que el órgano de contratación ha tomado como precio de licitación del adjudicataria el importe de 11,98 euros, al haberse fijado exclusivamente en el importe individualizado y no en la oferta global presentada, cuya cifra no se corresponde con el total de la primera. De manera que, según la recurrente, esta circunstancia supone, y así debió ser apreciada, causa de exclusión de la licitación, de conformidad con la cláusula 2.2.4.3 del PCAP.

El PCAP, establece, a estos efectos, lo siguiente:

> *«2.1.3. Valor estimado del contrato*
> *El valor estimado del contrato, calculado conforme al artículo 88 TRLCSP y recogido en la resolución de inicio que se cita en el*

apartado A del cuadro-resumen, ha sido tenido en cuenta para elegir el procedimiento de adjudicación aplicable a este contrato y la publicidad a la que va a someterse. Dicho valor estimado incluirá, en el supuesto de que se prevean, las posibles prórrogas y modificaciones contractuales, señaladas en el apartado G del cuadro resumen y en el Anexo XIV respectivamente, así como cualquier otra forma de opción eventual.

2.1.4. Presupuesto de licitación

El importe del Presupuesto de licitación del contrato es el señalado como máximo en el apartado C del Cuadro Resumen.

2.1.5. Precio del contrato

El precio del contrato será el que resulte de la adjudicación del mismo y deberá indicar como partida independiente el IVA. En el precio del contrato se considerarán incluidos los tributos, tasas y cánones de cualquier índole que sean de aplicación, así como todos los gastos que se originen para el adjudicatario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el pliego».

Y según el cuadro resumen (Cuadro C.- Presupuesto de Licitación), el valor estimado del contrato es de 1 329 504 euros, el presupuesto de licitación (IVA excluido) es de 664 728 euros (sobre la base de 2.518 terminales), y el presupuesto de licitación (IVA incluido) es de 22,88 euros. Y, se establece, con toda claridad y precisión, que el sistema de determinación del precio, es por precios unitarios, dependiendo del número de terminales atendidos.

Así pues, y de conformidad con cuanto dispone el artículo 87.5 TRLCSP, el órgano de contratación, ha formulado el precio del contrato, en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten. Esta circunstancia se aprecia, con claridad y de forma rotunda, si se examina el modelo de oferta económica del Anexo V del PCAP, que expresamente obliga a ofertar por precios unitarios. Y tiene y encuentra su justificación, esta manera de formulación del precio, puesto que la

facturación de los servicios, para el abono al contratista, según establece la cláusula 2.5.2 del PCAP, el importe será satisfecho al contratista, por meses vencidos, previa presentación de la correspondiente factura de los «*servicios efectivamente realizados*», con la conformidad del Área de Bienestar Social. De manera que, el contratista debe facturar por el número de terminales que mensualmente hayan estado de alta.

Y, parece obvio, que difícilmente, cada mes, el número de terminales será el mismo. De hecho, el Anexo XV del PCAP, que regula la subrogación, advierte de la siguiente circunstancia:

> *«En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 120 del TRLCSP se hace constar que en la actualidad el servicio se viene prestando por 8 personas. No obstante, se recuerda que en el momento de redacción de estos pliegos el número de terminales atendidos asciende a 2518, estando previsto que descienda en el plazo de ejecución del contrato por las causas que se recogen el pliego de prescripciones técnicas».*

Precisamente por ello, en este tipo de contratos, el precio se formula por precios unitarios y no por pago mensual. Así pues, la oferta a considerar es la expresada en precios unitarios, como se afirma en el informe del órgano de contratación al recurso. El importe a tener en cuenta en el precio individual ofertado por CLECE es de 11,98 euros, lo que no ofrece duda alguna, tal y como acredita su proposición económica.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo del recurso.

TERCERO.- Entiende la recurrente, que la discrepancia entre el precio individual y el global consignados en la oferta de CLECE, supone un error, señalado expresamente en el PCAP como causa de exclusión del licitador. Y, a la vista de este manifiesto error, la Mesa debió de excluir a

CLECE de la licitación, pues lo contrario ha perjudicado claramente a CRUZ ROJA.

El órgano de contratación ha interpretado, en contra de cuanto pretende la recurrente, que el precio de licitación es de 11,98 euros, aunque, según CRUZ ROJA, podría haber interpretado que era 11,89 euros —que sería el resultado de dividir el precio global ofertado por CLECE, entre el número de terminales y los meses del año del contrato—. Además, afirma la recurrente, el precio es el único elemento que realmente supone una diferencia entre las ofertas de la ahora adjudicataria y la recurrente, lo que de nuevo pone de manifiesto el perjuicio causado a CRUZ ROJA con la valoración.

Es decir, la cuestión de fondo en esta ocasión, sobre la que se plantea el recurso, es la necesidad de excluir a CLECE, del procedimiento de licitación, por haber presentado, en su propuesta de precio unitario de terminal, una cifra que difiere con la cantidad expresada respecto del número total de terminales, divergencia que debe resolverse con la exclusión del licitador.

El PCAP, en su cláusula 2.2.4.3, establece que:

> «*La proposición económica se presentará en caracteres claros o escrita a máquina y no se aceptarán aquéllas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer, claramente, lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta*».

En realidad, el PCAP recoge en esta cláusula, de forma resumida, el mandato del 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 (en adelante RGLCAP), que regula el rechazo de las proposiciones, de la siguiente forma:

> *«Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición».*

Este Tribunal, tiene expuesto su criterio y doctrina, desde su Acuerdo 49/2012, de 9 de noviembre de 2012 —en aquella ocasión la divergencia se producía entre la cantidad expresada en cifra y la expresada en letra—, acerca de cómo debe actuar la Mesa de contratación en estos supuestos.

De los supuestos que motivan el rechazo de las proposiciones, de acuerdo con la cláusula 2.2.4.3 PCAP, el recurrente aduce que se han producido errores que impiden conocer, claramente, la oferta. Este error, sin embargo, no ha sido considerado, por la Administración, como fundamental, hasta el punto de no considerar la oferta y excluirla.

El artículo 84 RGLCAP, exige para la exclusión el *«error manifiesto en el importe de la proposición»*. Es necesario, en consecuencia, analizar si en nuestro ordenamiento jurídico cualquier diferencia, divergencia o discrepancia, que exista entre el importe por precio unitario, y el precio global, debe ser calificado como *«error manifiesto»* que lleve anudada la exclusión o rechazo de la proposición.

En el Acuerdo 49/2012 de este Tribunal, señalábamos que:

> *«El error consiste en una equivocada o inexacta creencia que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico (en este caso la fijación del importe de la proposición). No todos los errores comportan, en nuestro Derecho, las mismas consecuencias ni tienen el mismo tratamiento jurídico. En la teoría general de los contratos se distingue entre errores relevantes, que permiten a quien los ha sufrido desligarse del cumplimiento del contrato, y errores irrelevantes que quien los sufre o padece tiene que pechar con ellos. Nuestro Código Civil, en el artículo 1266, viene a recoger esta distinción al establecer diferente régimen jurídico para los errores que invalidan el consentimiento (error sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato y error sobre la persona) y los errores que no invalidan el consentimiento, sino que dan lugar a una corrección o rectificación (error sobre la cantidad y sobre el valor, y el error de cálculo o de cuenta)».*
>
> *En nuestro Derecho, la calificación de una actuación jurídica como manifiesta alude a la evidencia y claridad de la misma, a su carácter terminante. En este sentido, se manifestaba el Consejo de Estado, en su interpretación del concepto de infracción manifiesta, del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, interpretando que por tal infracción manifiesta debía entenderse la infracción terminante y clara, apreciable inmediatamente al comparar el contenido y alcance del acto administrativo con la norma contenida en la Ley. Dicho de otro modo, o la gravedad de una infracción era relevante, seria y evidente y, por lo tanto manifiesta, o no era ciertamente tan grave.*
>
> *Pues bien, consideraciones similares cabe realizar respecto de cuando un error es manifiesto desde el punto de vista jurídico. De manera que debe tratarse de un error grave, relevante, serio y evidente. Es decir, el error manifiesto es aquel error insalvable, que no puede ni debe ser corregido por el operador jurídico».*

De manera que una interpretación adecuada de la cláusula 2.2.4.3 PCAP, y del artículo 84 RGLCAP, a la vista de cuanto se ha expuesto y de las reglas generales de nuestro Derecho de la contratación, obliga a considerar que no cualquier tipo de error, sino únicamente aquel que merezca la calificación de *manifiesto*, puede dar lugar al rechazo sin más de una proposición. Sobre todo si, y además, se atiende a dos de los principales principios que inspiran toda licitación pública: el principio

de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa; que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública.

Además, no debe olvidarse —y así lo decíamos en el Acuerdo 49/2012, de 9 de noviembre de 2012—, que existe un interés legalmente protegido, incluso un derecho de los ciudadanos y sus empresas, a ser adjudicatarios de los contratos —en virtud del principio de igualdad, y de las diferentes exigencias del principio de legalidad— si reúnen las condiciones y ofrecen cumplirlos del modo que sea más ventajoso para los fines públicos.

Por su parte, la Administración cuando contrata se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto, y al mismo principio de igualdad de trato a los ciudadanos; pues la contratación no es si no otra forma de distribución de los recursos públicos (entre los que se encuentran los de los propios ciudadanos licitadores) para el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas en orden a la satisfacción de las necesidades y fines públicos.

En consecuencia debe desestimarse también, este motivo del recurso.

CUARTO.- Queda, finalmente, por resolver, la solicitud de imposición de multa de CLECE, ante la concurrencia de mala fe en la interposición del recurso.

El artículo 47.5 TRLCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa. Y este Tribunal tiene establecido (entre otros, Acuerdo 27/2013, 45/2014 y 89/2015), que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo, y

actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de engañar al órgano competente en la resolución del recurso.

En este caso, y pese a cuanto expone CLECE en sus alegaciones, que puede entenderse y hasta comprenderse, por el escaso bagaje argumentativo de la recurrente, lo cierto es que no se da ninguno de los presupuestos del artículo 47.5 TRLCSP, sino el derecho al recurso dentro de los plazos legales establecidos, por lo que no procede atender la petición de imposición de multa.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial, presentado por D. Antonio Vallés Mairal, en representación de CRUZ ROJA ESPAÑOLA, frente al Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de Huesca, Número 851, de 30 de marzo de 2016, por el que se adjudica el contrato del «Servicio de teleasistencia domiciliaria prestado por la Diputación Provincial de Huesca, para el periodo de un año», a favor de CLECE, S.A.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 45 TRLCSP, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.