



Recurso nº 530/2021 C.A. Illes Balears 30/2021

Resolución nº 845/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 8 de julio de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.R.S., en representación de PUNKYTRANS, S.L. contra Resolución de 29 de marzo de 2021 del Director Gerente de ABAQUA, por la que se adjudica la licitación convocada por la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental para contratar “*retirada, transporte y gestión de lodos y otros residuos generados en las estaciones depuradoras de aguas residuales de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental situadas en las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza*”, en relación con el lote 3, con número de expediente SE/2021/02, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental convocó, mediante anuncio remitido al DOUE el 21 de enero de 2021, publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 23 de enero de 2021, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto y tramitación ordinaria del contrato denominado “Retirada, transporte y gestión de lodos y otros residuos generados en las estaciones depuradoras de aguas residuales de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental situadas en las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza”, con número de expediente SE/2021/02 y valor estimado de 4.534.730.37€

Segundo. La tramitación se llevó a cabo con arreglo a lo dispuesto en 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.

Tercero. Con fecha 26 de febrero de 2021, la empresa HERBUSA, S.A.U., licitador del Lote 3, remitió e-mail donde comunicaba su reconocimiento a un error cometido en la



presentación de la oferta económica que había ofertado un precio anual y no el de los tres años de duración del contrato como exigen los pliegos de la licitación por lo que habría que extrapolar dicha cantidad a los años de contrato. Dicho escrito no constaba importe alguno que pudiera dar a conocer cuál era su oferta. La Mesa acordó otorgar la posibilidad de subsanar el error realizando una simple operación matemática para saber cuál era su oferta para la realización del servicio en los tres años de ejecución.

Cuarto. Con fecha 11 de marzo de 2021, la Secretaria de la Mesa dio cuenta a los miembros de la misma del e-mail enviado por la empresa HERBUSA, S.A.U. en fecha 26 de febrero de 2021. Tras admitir la subsanación, la Mesa procedió a la apertura del sobre número 2 que contiene la oferta económica y los criterios evaluables mediante fórmula de los tres lotes.

Quinto. Con fecha 15 de Marzo de 2021, mediante resolución de urgencia, el Presidente de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental, resolvió la propuesta de adjudicación del Lote 3, Retirada y transporte de lodos y otros residuos generados en las EDAR de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental en la isla de Ibiza, a la empresa HERBUSA, S.A.U. por un importe de 404.110,20 € IVA excluido por ser la mejor valorada de conformidad con los criterios de adjudicación establecidos en los pliegos.

Sexto. Con fecha 29 de marzo de 2021 el director gerente de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental, en virtud de las facultades delegadas mediante resolución de urgencia del Presidente de la Agencia de fecha 15 de marzo de 2021, resolvió adjudicar al lote 3, Retirada y transporte de lodos y otros residuos generados en las EDAR de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental en la isla de Ibiza, a la empresa HERBUSA, S.A.U. por un importe de 404.110,20 € IVA excluido.

Séptimo. Con fecha 6 de marzo de 2021 se volvió a reunir la Mesa de contratación con el objeto de dar cuenta de un posible error aritmético a la hora de valorar las ofertas económicas de conformidad con los criterios de adjudicación fijados en el PCAP. La Jefa del área económica financiera informó a los miembros de la Mesa que al revisar la aplicación de la fórmula prevista en el apartado A.1 del cuadro de criterios de adjudicación del PCAP y de los cálculos de las puntuaciones económicas otorgadas en cada uno de los lotes que conforman la presente licitación se pudo comprobar que efectivamente, se había producido un error aritmético tanto en el lote 1 como en el lote 3.



La corrección del error aritmético referido no supuso ningún cambio en la adjudicación del lote 3: Retirada y Transporte de lodos y otros residuos generados en las EDAR de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental en la isla de Ibiza, quedando el orden de clasificación igual que el del inicialmente establecido.

Octavo. Con fecha 21 de abril de 2021, tiene entrada en el registro electrónico del Ministerio de Hacienda escrito firmado por D. J.R.S., actuando en nombre y representación de PUNKYTRANS, S.L. mediante el que interpone recurso especial en materia de contratación frente al acuerdo por el que se adjudica el lote 3 del contrato a HERBUSA S.A.U.

Noveno. En fecha 5 de mayo de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 11 de mayo de 2021 se presentan alegaciones por la entidad HERBUSA SA

Décimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 6 de mayo de 2021 acordando dejar sin efecto la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 LCSP, de forma que el expediente pueda continuar por sus trámites.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resultan de aplicación:

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP)

Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC)

Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).



Segundo. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 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 lo sucesivo LCSP), y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de Illes Balears sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 23 de septiembre de 2020 (BOE de fecha 03/10/2020).

Tercero. La recurrente es un licitador, clasificado en segundo lugar, que no ha resultado adjudicatario. Ello determina que exista un interés legítimo que se ve afectado por el acto impugnado, lo que, a su vez, determina que concurra la legitimación exigida por el artículo 48 LCSP para la impugnación realizada.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.1.d) LCSP.

Quinto. En cuanto al contrato, se trata de un contrato de servicios cuyo valor estimado es de 4 534 730.37€, cuya licitación ha sido convocada por una entidad que tiene la condición de poder adjudicador por ser una Administración Pública. Se supera así el límite establecido en el artículo 44.1.a) LCSP.

El objeto del recurso es el acuerdo por el que se procede a la adjudicación del contrato, realizada a favor de HERBUSA, S.A.U. El acuerdo de adjudicación es un acto cuya impugnabilidad está expresamente prevista en el artículo 44.2.c) LCSP.

En consecuencia, los actos impugnados son susceptibles de recurso especial en materia de contratación.

Sexto. Sobre el fondo del asunto, la recurrente funda su recurso en la inadecuada subsanación del error puesto de manifiesto por la adjudicataria mediante su correo electrónico de fecha 26 de febrero de 2021. Esta inadecuada subsanación la desarrolla a partir de tres argumentos:

- i) La Mesa de contratación asumió, indebidamente según la recurrente, que el importe consignado en la oferta correspondía a un año de ejecución del contrato y que esa cantidad había que multiplicarla por tres.



- ii) La adjudicataria incurrió en defectos en la presentación de su oferta, que no resulta conforme con el modelo incorporado en los pliegos, siéndole imputables tales defectos.
- iii) El error no es subsanable porque no existe ningún elemento que permita conocer con seguridad que pretendió ofertar HERBUSA S.A.U.

Séptimo. Aun cuando la recurrente desglose su recurso en tres fundamentos, la cuestión debatida se contrae a la admisión o no de la subsanación de la oferta llevada a cabo por la adjudicataria mediante correo electrónico de 26 de febrero de 2021.

En relación con la subsanación de errores, ha de destacarse, en primer lugar, que la legislación vigente en materia de contratos contiene su propio régimen de subsanación de documentos, resultando el régimen establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común (LPAC) meramente supletorio, conforme a lo dispuesto en la disposición final cuarta LCSP.

La regulación en materia de subsanación de defectos está contenida en el artículo 81 del reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP), que como ha señalado reiteradamente este Tribunal (por todas, resolución 119/2018), va referido a los defectos que afectan a la documentación administrativa, por lo que “no resultaría automáticamente trasladable dicha doctrina, por tanto, a los documentos incluidos en los sobres que contienen las proposiciones, propiamente dichas, de las empresas licitadoras, referentes a los aspectos objeto de valoración en la correspondiente licitación, ni al soporte mismo en que deben presentarse las ofertas”.

A los defectos que puedan afectar a la oferta económica se refiere de forma específica el artículo 84 RGLCAP en los siguientes términos:

“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.”

Se establece con ello un principio contrario a la subsanación de los errores en los que se hubiera podido incurrir en la presentación de la oferta económica. Tales errores, como regla general, llevará aparejada el rechazo de la proposición.

Sobre esta materia, el TJUE se ha manifestado con extraordinaria cautela. Así, en el asunto C-599/10, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Najvyšší súd Slovenskej republiky (Eslovaquia), declara:

“En relación con la oferta imprecisa o que no se ajuste a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones

35 A este respecto, procede señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las ofertas anormalmente bajas, la Directiva 2004/18 no contiene ninguna disposición que indique expresamente qué debe hacerse cuando el poder adjudicador compruebe, en un procedimiento de licitación restringido, que la oferta de un candidato es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones.

36 Por su propia naturaleza, el procedimiento de licitación restringido implica que, una vez realizada la selección de candidatos y una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos.

37 En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato.



38 *Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos.*

39 *Por lo tanto, no es contraria al artículo 2 de la Directiva 2004/18 la inexistencia, en una normativa nacional, de una disposición que, en un procedimiento de licitación restringido, obligue al poder adjudicador a solicitar a los candidatos, antes de rechazar una oferta por imprecisa o por no ajustarse a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, que aclaren sus ofertas en relación con tales especificaciones técnicas.*

40 *Sin embargo, dicho artículo 2 **no se opone, en particular, 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 consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma.*

41 *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.”*



Por tanto, después de establecer un principio de cautela frente a esta posibilidad de subsanación, el tribunal admite la posibilidad de que exista, siempre que se trate de un error manifiesto y que no equivalga a proponer una nueva oferta.

La Junta Consultiva de Contratación administrativa, en su informe 23/08 estableció unos criterios generales sobre la interpretación que abría de darse al artículo 84 RLCAP al señalar:

“3. No obstante, con el fin de facilitar criterios que puedan servir de base al Ayuntamiento para que resolver la duda que plantea, esta Junta considera conveniente resaltar los siguientes aspectos:

a) Que es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto.

b) Que el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas, sobre rechazo de las proposiciones, señala los supuestos concretos en que así se ha de proceder y excluye de tal acción cuando el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.

c) Que la omisión de la multiplicación por 15 expresada en el modelo de proposición no impide que el órgano de contratación pueda ponderar el resultado de la misma habida cuenta que es ilusorio pretender interpretar que la oferta realizada, que obviamente está referida a una quinceava parte del periodo total de ejecución del contrato y que coincide con la ponderación anulada que se expresa en la cláusula sexta, pueda ser considerada como comprensiva de la totalidad del contrato, y que realizada tal multiplicación coincide con el tipo de licitación establecido, considerando al propio tiempo la opción de aclaración de la proposición que para tales supuestos prevé el artículo 87.1 del mismo Reglamento.”

Aplicando este criterio, este Tribunal declaró, en Resolución 875/2015 (fundamento jurídico sexto), en un asunto en que el licitador había presentado oferta económica correspondiente



a una anualidad y la recurrente alegaba que la adjudicataria había aprovechado la incoherencia de su oferta para definirla una vez que conoció la oferta formulada por los restantes licitadores, declaró lo siguiente:

“En el caso que nos ocupa a juicio del Tribunal la solicitud de aclaración realizada por la Mesa de Contratación resulta conforme a derecho dado que en este supuesto la entidad adjudicataria se refería en su proposición a una única anualidad siendo el total de la oferta el resultado de multiplicar dicha anualidad por cuatro años, determinándose el precio total del contrato. No se apreció por el órgano de contratación la inviabilidad de la oferta sino únicamente se procedió a solicitar aclaración a la vista de un posible error material en la fijación del precio. No cabe estimar lo planteado por la entidad recurrente.”

En el caso que nos ocupa, la adjudicataria, en el momento de formular la subsanación, no conocía el contenido de las ofertas presentadas por los demás licitadores, con lo que no puede considerarse que haya pretendido aprovechar el defecto de su oferta para reformularla una vez conocidas las ofertas de los demás licitadores.

A su vez, al no conocer las ofertas presentadas por los demás licitadores, la adjudicataria, al solicitar la subsanación, aceptaba las consecuencias, favorables o adversas que de aquella subsanación pudieran derivarse.

Por otra parte, al no haber habido requerimiento previo por parte del órgano de contratación, no concurre el temor a una eventual negociación confidencial con el candidato, que pone de manifiesto el TJUE en el apartado 37 de la sentencia recaída en el asunto C 599/10.

Tras la subsanación, la oferta económica de HERBUSA resulta lógica y razonable teniendo en cuenta el presupuesto del lote 3 del contrato y a la vista de las ofertas económicas presentadas por los otros licitadores. Sin la subsanación, carecería de lógica económica.

Por otra parte, la subsanación que propuso la adjudicataria no afecta a la forma en la que se elaboró la oferta económica, es decir, no supuso un error en el cálculo del importe, sino que fue un error en la consignación de ese importe en el documento de oferta.

Así las cosas, la cuestión es determinar si tal subsanación es constitutiva de una modificación de la oferta presentada, lo que sería incompatible con lo dispuesto en el



artículo 84 RGLCAP o si, por el contrario, se trata de la rectificación de un error material manifiesto que no afecta al contenido de la declaración plasmada en la oferta presentada en su momento.

A la vista de las circunstancias que concurren en la subsanación pretendida, enumeradas más arriba, y teniendo en cuenta que es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, se considera que la admisión de la subsanación pretendida es la solución más conforme con las premisas expuestas.

La admisión de la subsanación formulada determina la desestimación del recurso planteado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.R.S., en representación de PUNKYTRANS, S.L. contra Resolución de 29 de marzo de 2021 del Director Gerente de ABAQUA, por la que se adjudica la licitación convocada por la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental para contratar *“retirada, transporte y gestión de lodos y otros residuos generados en las estaciones depuradoras de aguas residuales de la Agencia Balear del Agua y de la Calidad Ambiental situadas en las islas de Mallorca, Menorca e Ibiza”*, con número de expediente SE/2021/02.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.