

TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

RECURSO Nº.- 6/2024

RESOLUCIÓN Nº.- 7/2024

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 8 de abril de 2024.

Visto el escrito presentado en nombre y representación de la mercantil **WWB, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA** (en lo sucesivo, WWB) contra la Resolución de la Vicepresidencia del ICAS de 11 de marzo de 2024, por la que se adjudica el contrato de "Servicio técnico de atención y organización del Equipamiento de Audiovisuales propio del Teatro Municipal Alameda, para poder dar la correcta cobertura a las diferentes actividades programadas y a cada uno de los espectáculos ya sean teatrales, conciertos, proyección de películas, actos protocolarios, jornadas y presentaciones que se tengan previsto realizar dentro de la Programación oficial del ICAS", Expediente 734/23, tramitado por el Instituto de la Cultura y las Artes del Ayuntamiento de Sevilla (en adelante ICAS), este Tribunal adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 6 de noviembre de 2023 se publican en la Plataforma de Contratación del Sector Público, los Anuncios de licitación y Pliegos del Contrato descrito en el encabezamiento, mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y por un valor estimado de 175.014 €.

SEGUNDO.- En sesión celebrada el 30 de noviembre de 2023, la Mesa de Contratación del ICAS, a la vista de las ofertas presentadas, hace constar en el acta que:

Efectuado cuanto acontece, la Presidenta procede a la apertura del sobre número dos, con el siguiente resultado, conforme los criterios de adjudicación establecidos en el Anexo I del PCAP:

	EMPRESAS	CRITERIO 1 OFERTA ECONÓMICA % baja a aplicar a todos y cada uno de los precios unitarios del apartado 9 PPT Máx. 49 puntos	CRITERIO 2 Reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios Máx. 20 puntos	CRITERIO 3 Incremento de la experiencia mínima requerida al personal Max. 31 puntos
1	WWB, S.C.A.	16,32 %	La empresa ha seleccionado las dos opciones de la oferta: Compromiso de tiempo de	La empresa ha seleccionado las dos opciones de la oferta: 18 meses en los últimos 5 años para
			respuesta máxima para los avisos ordinarios de 2h y Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h.	al menos uno de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT 18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT
2	INTEGRA CONEXIONES, S.L.	21,13%	Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h.	18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT
3	ANTONIO J. MOYA GRANADOS	10%	Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 2h	18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT
4	MICROLIBRE PRODUCCIONES, S.L.	3%	Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h.	18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT
5	OVEJERO SEQUEIRO, S.L.	15%	La empresa ha seleccionado las dos opciones de la oferta: Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 2h Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h.	18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT

Seguidamente, se procede a efectuar los cálculos para la determinación de la existencia de presunción de anormalidad, según lo establecido en el art. 149 LCSP, y apartado 7 del Anexo I PCAP: “Se considerarán inicialmente anormales las ofertas económicas que sean inferiores en 15 puntos porcentuales a la media aritmética de las ofertas presentadas. En el caso de que se hubiera presentado una sola oferta, ésta se considerará inicialmente anormal si es inferior en más de 20 unidades porcentuales del presupuesto base de licitación IVA excluido.(...)”, comprobándose que ninguna de las ofertas presentadas incurren en presunción de baja desproporcionada.

Asimismo, ante las ofertas formuladas en los criterios 2 y 3 por parte de la empresa WWB SCA y OVEJERO SEQUEIRO SL, que seleccionan de forma conjunta las dos opciones que ofrece el modelo de Anexo de la Oferta Económica contenido en los pliegos, se deja constancia en la sesión de este órgano de asistencia de la imposibilidad de su valoración,

dado que supondría una interpretación de la voluntad de las entidades licitadoras, que no han seguido el modelo de oferta contemplado en los pliegos, produciéndose en caso de que la Mesa optara por la interpretación o en su caso aclaración, la infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores, ya que podría darse en ese caso la posibilidad de modificación de la oferta formulada inicialmente. Por lo tanto, se otorgan 0 puntos por la valoración de dichos criterios.

...

Visto lo anterior, resulta el siguiente orden de clasificación:

ORDEN DE CLASIFICACIÓN	EMPRESAS	PUNTOS CRITERIO 1 OFERTA ECONÓMICA % baja a aplicar a todos y cada uno de los precios unitarios del apartado 9 PPT Máx. 49 puntos	PUNTOS CRITERIO 2 Reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios Máx. 20 puntos	PUNTOS CRITERIO 3 Incremento de la experiencia mínima requerida al personal Max. 31 puntos	PUNTUACIÓN TOTAL
1	INTEGRA CONEXIONES, S.L.	39,63 pts	20 pts	31 pts	90,63 pts
2	ANTONIO J. MOYA GRANADOS	18,75 pts	10 pts	31 pts	59,75 pts
3	OVEJERO SEQUEIRO, S.L.	28,13 pts	0 pts	31 pts	59,13 pts
4	MICROLIBRE PRODUCCIONES S, S.L.	5,63 pts	20 pts	31 pts	56,63 pts
5	WWB, S.C.A.	30,61 pts	0 pts	0 pts	30,61 pts

Conforme a lo expuesto, la Mesa acuerda proponer la clasificación de las ofertas presentadas y remitir el expediente al Servicio de Gestión de Contratación Administrativa, Económica y Cultural del ICAS, a fin de efectuar requerimiento a la entidad INTEGRA CONEXIONES SL para la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos para contratar y constitución de la correspondiente garantía, en los términos del art. 15.2 LCSP y 107 LCSP.

Mediante Resolución de la Vicepresidenta del ICAS de 11 de marzo de 2023, se prueba la clasificación, se excluye a INTEGRA CONEXIONES, S.L., por no haber acreditado el cumplimiento de los requisitos mínimos de formación y experiencia establecidos para cada uno de los perfiles mencionados en los apartados 4 del PPT y 5 del Anexo Administrativo, y a ANTONIO J. MOYA GRANADOS, por no haber atendido el requerimiento de documentación acreditativa de los requisitos para contratar y medios personales mínimos exigibles en el plazo concedido al efecto, adjudicándose el contrato a la mercantil OVEJERO SEQUEIRO SL., que resulta la primera clasificada, tras quedar la clasificación de las proposiciones presentadas y no rechazadas como sigue:

ORDEN DE CLASIFICACIÓN	EMPRESAS	PUNTOS CRITERIO 1 OFERTA ECONÓMICA	PUNTOS CRITERIO 2	PUNTOS CRITERIO 3	PUNTUACIÓN TOTAL
		% baja a aplicar a todos y cada uno de los precios unitarios del apartado 9 PPT Máx. 49 puntos	Reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios Máx. 20 puntos	Incremento de la experiencia mínima requerida al personal Máx. 31 puntos	
1	OVEJERO SEQUEIRO, S.L.	28,13 ptos	0 ptos	31 ptos	59,13 ptos
2	MICROLIBRE PRODUCCIONES, S.L.	5,63 ptos	20 ptos	31 ptos	56,63 ptos
3	WWB, S.C.A.	30,61 ptos	0 ptos	0 ptos	30,61 ptos

La resolución se publica en la Plataforma el mismo día 11 de marzo del corriente.

TERCERO.- Con fecha 22 de marzo se presenta en el Registro recurso especial en materia de contratación por parte de la mercantil WWB, contra la adjudicación del contrato, por considerarla no ajustada a derecho.

Recibido en este Tribunal el recurso y la documentación que lo acompaña, se traslada la misma a la unidad tramitadora en el mismo día, con solicitud de remisión del informe y la documentación referida en el art. 56 de la LCSP. La documentación remitida por el ICAS, se recibe en la sede del Tribunal el 2 de abril, indicando haber efectuado el traslado a los interesados, a fin de alegaciones.

A la fecha de la presente Resolución, transcurrido el plazo al efecto, no se ha recibido en el Tribunal alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este Tribunal es competente para resolver en virtud de lo dispuesto en el artículo 46.4 de la LCSP y de conformidad con los acuerdos del Excmo. Ayuntamiento Pleno de Sevilla de 25 de Mayo de 2012, por el que se crea el mismo, el de 28 de septiembre de 2018, por el que se efectúa el nombramiento de su titular, y sus normas de funcionamiento, aprobadas por la Junta de Gobierno el 6 de julio de 2018.

SEGUNDO.- Con carácter previo al examen de las cuestiones de fondo planteadas, procede analizar los requisitos relacionados con la admisión del recurso.

En cuanto al **plazo de interposición**, el art. 50 de la LCSP, establece que el plazo para la interposición del recurso especial en materia de contratación es de 15 días hábiles, considerándose presentado en plazo.

En relación al **ámbito objetivo del recurso**, hemos de analizar si ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la LCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El artículo 44.1 de la LCSP establece que:

“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.*
 - b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.*
 - c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.*
- (...).”*

En su apartado 2, el art. 44 determina las actuaciones recurribles, estableciendo que podrán ser objeto del recurso las siguientes:

- “a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*
- b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*
- c) Los acuerdos de adjudicación.*
- d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.*
- e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.*
- f) Los acuerdos de rescate de concesiones.*

Nos encontramos ante un contrato de servicios con un valor estimado que supera los umbrales establecidos, respecto del cual, conforme al transcrito art. 44.2, se concluye la posibilidad de recurrir.

En cuanto a la legitimación, hemos de partir del hecho de que la recurrente es la tercera clasificada, si bien la estimación de la pretensión de procedencia de valoración de su oferta en los criterios 2 y 3 con la máxima puntuación, la situaría como primera clasificada, por lo que, conforme al art. 48 ha de estimarse su legitimación.

TERCERO.- La impugnación de WWB, se fundamenta en la disconformidad con la adjudicación, por entender que concurre error y arbitrariedad en la valoración de los criterios de adjudicación 2 y 3, en los cuales su oferta debió ser valorada con la máxima puntuación, considerando que, en caso de duda, la Mesa debió requerir una aclaración, y defendiendo que, la empresa adjudicataria *“presentó una oferta prácticamente idéntica”* y sí se valoró, incurriendo, por tanto, en arbitrariedad al actuar de manera distinta en situaciones idénticas.

Defiende el recurso que:

El documento más importante de la oferta y sobre el que gira la principal controversia en este expediente es el Anexo III, relativo a la propuesta económica y a los criterios de carácter automático. El porcentaje de baja que ofertó mi representada para la oferta económica fue del 16,32 %, mientras que para los criterios 2 (*reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios*) y 3 (*incremento de la experiencia mínima requerida al personal*) se marcaron ambas opciones para tratar de conseguir la máxima puntuación prevista.

... la oferta de mi representada se clasificó en el último lugar porque el ICAS no valoró el criterio 2 ni el criterio 3.

...la negativa a valorar los criterios 2 y 3 para el caso de mi representada no es conforme a Derecho dado que el Órgano de contratación no aplica de forma correcta los criterios de valoración establecidos en el Anexo I de los Pliegos.

..En resumidas cuentas, estimamos que el acuerdo de adjudicación no se ajusta a Derecho por lo siguiente:

1. La oferta presentada por WWB debió haberse valorado por el ICAS conforme al Pliego.
2. En caso de que el ICAS hubiese tenido dudas sobre la oferta presentada, debió requerir a WWB su aclaración o subsanación sin que ello suponga una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores.
3. La empresa adjudicataria del contrato presentó una oferta prácticamente idéntica a la nuestra según el Informe de valoración.

Respecto a la primera cuestión, defiende la recurrente que “La oferta que presentó WWB ha de ser valorada necesariamente por el ICAS porque no admite lugar a dudas sobre su intención: conseguir la máxima puntuación posible en los criterios 2 y 3.

En cuanto al criterio 2, es indiscutible que han de marcarse ambas opciones si se pretende conseguir la puntuación máxima de 20 puntos porque la primera opción equivale a 8 puntos y la segunda opción es de 12 puntos. Por lo que marcando solo una de las opciones que se establecen se puede conseguir a lo sumo 8 puntos o 12 puntos. Pero en ningún caso se puede conseguir la puntuación máxima de 20 puntos marcando solo una de las opciones.

Respecto al criterio 3, la puntuación prevista para la valoración de este criterio induce a error porque parece desprenderse que para la consecución de la máxima puntuación debe seleccionarse tanto la primera como la segunda opción.

Lo lógico hubiese sido que en lugar de que la segunda opción se puntuase con los mismos puntos que tiene en total el criterio 3, dichos puntos se repartiesen de forma equitativa para evitar inducir a confusión a los distintos licitadores, incluido a mi representada.”

Considera que los Pliegos no mencionan la forma en que debe valorarse la oferta “porque no clarifican si para la obtención de la máxima puntuación han de marcarse ambas opciones para ambos criterios o, por el contrario, solo puede seleccionarse una de las opciones. Sea como fuere, la falta de precisión de los Pliegos no puede perjudicar a mi representada hasta el punto de no valorar ninguno de los criterios.”, trayendo a colación la doctrina sobre la oscuridad de los Pliegos, que defiende que la falta de claridad de éstos no puede perjudicar a quien no la ha causado, debiendo interpretarse en favor de los licitadores, y concluyendo su oferta “ha respetado escrupulosamente lo establecido en los Pliegos en lo relativo a la presentación de la oferta para que dicho Órgano valore con la máxima puntuación posible la oferta” y que “la actuación del ICAS no valorando los criterios 2 y 3 que propuso mi representada en su oferta es arbitraria y nula de pleno Derecho, en virtud de lo establecido en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LPAC), por apartarse de la interpretación que ha de realizarse de los Pliegos y ocasionarle una evidente indefensión a mi representada porque desconocemos el criterio seguido por el Órgano de contratación para la valoración de las ofertas”

En cualquier caso, defiende el recurso que “En caso de que el ICAS hubiese tenido dudas sobre la oferta presentada, debió requerir a WWB su aclaración o subsanación sin que ello suponga una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores” y que “la actuación del ICAS es nula de pleno Derecho, conforme al artículo 47.1.a) y e) de la LPAC, por cuanto la infracción del procedimiento de adjudicación por no permitirle la aclaración de su oferta le ha generado una evidente indefensión y desigualdad en la valoración de su oferta respecto al resto de los licitadores”.

Finalmente, argumenta que la oferta de la adjudicataria, similar a la suya, sí se valoró, incurriéndose en arbitrariedad en la valoración de las ofertas, “porque ante situaciones idénticas el Órgano de contratación ha actuado de manera distinta”, concluyendo que “el Órgano de contratación no debería haber valorado el criterio 2 y 3 para el caso de OVEJERO porque si, a su juicio, la selección simultánea de las dos opciones que ofrece el Anexo III impide su valoración, carece de sentido el hecho de que a dicha empresa se valore al criterio 3 en 31 puntos.

No hay que olvidar que la valoración de las ofertas en el expediente en el que nos encontramos debe hacerse en su conjunto porque existe un único sobre susceptible de ser valorado por el Órgano de contratación. Por lo que entendemos que, si dicho Órgano de contratación no valora el criterio 2, tampoco debe valorar el criterio 3 para la empresa OVEJERO.

En este sentido, si el Órgano de contratación estima que no procede conceder trámite de aclaración para la oferta presentada por WWB porque se vería comprometido el principio de igualdad de trato de los licitadores, dicho principio también se infringe en la valoración del criterio 3 para la oferta de OVEJERO porque insistimos en que dicho Órgano de contratación tiene la obligación de valorar la oferta en su conjunto.

Por lo que la falta de valoración del criterio 2 debe suponer también la no valoración del criterio 3 para la oferta de OVEJERO.

Sea como fuere, insistimos en la arbitrariedad que se cometió por el Órgano de contratación porque reconoce la imposibilidad de valorar tanto la oferta de mi representada como la de OVEJERO. “

A la vista de lo expuesto, solicita al Tribunal, la declaración de nulidad de la Resolución de adjudicación, la retroacción del procedimiento de adjudicación para la valoración de los criterios 2 y 3 de la oferta de WWB y la adjudicación del contrato a WWB.

CUARTO.- El órgano de Contratación, por su parte, defiende en su informe que “Resulta por ende comprensible que las entidades licitadoras debían señalar cuál de las dos opciones del criterio 2 y 3 pretendían ofertar al órgano de contratación. No obstante, según se contiene en el propio expediente y según se plasma en el propio texto de las alegaciones de la recurrente, la empresa WWB SCOOP. AND señala ambas opciones en ambos criterios, indicando así en el propio texto del recurso “se marcaron ambas opciones para tratar de conseguir la máxima puntuación prevista”; lo que a la vista de la Mesa de Contratación hace imposible su valoración.

De esta forma se remite a la propia Acta del órgano de asistencia en la que consta: “(...)se deja constancia en la sesión de este órgano de asistencia de la imposibilidad de su valoración, dado que supondría una interpretación de la voluntad de las entidades licitadoras, que no han seguido el modelo de oferta contemplado en los pliegos, produciéndose en caso de que la Mesa optara por la interpretación o en su caso aclaración, la infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores, ya que podría darse en ese caso la posibilidad de modificación de la oferta formulada inicialmente. Por lo tanto, se otorgan 0 puntos por la valoración de dichos criterios.”

Sobre la alegada oscuridad en el contenido del clausulado del Pliego, defiende el informe que “no existe ningún signo de oscuridad que dificulte la interpretación o comprensión de los criterios expuestos, siendo fácilmente aplicable los criterios automáticos previstos para permitir la adjudicación, dependiendo en todo caso de la debida diligencia del licitador la correcta formulación de su oferta conforme el modelo contenido en los pliegos”

La unidad tramitadora manifiesta, asimismo que “a raíz del recurso interpuesto se detecta un error aritmético en el apartado 8 Anexo I PCAP, por cuanto que en la redacción del compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1 hora la puntuación máxima debería ser de 20 puntos”, argumentando que “dicho error aritmético no atribuye una oscuridad que impida la comprensión de la cláusula por los licitadores, dado que todas las empresas concurrentes aportaron sus ofertas sin haber manifestado dudas al respecto.

Es más, ante el argumento utilizado por la recurrente en la página 6 de sus alegaciones, en las que se refiere a la doctrina de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, sobre cláusulas administrativas que pueden revestir un carácter “oscuro”, debe tenerse en cuenta, que está igualmente consolidada la doctrina de los Tribunales Administrativos sobre la impugnación de los pliegos y el plazo para la impugnación de los mismos.

Por lo que, no habiéndose recurrido los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que rigen la licitación, en el plazo de 15 días hábiles desde la publicación del correspondiente anuncio de licitación, cualquier impugnación que pudiera plantearse sobre el contenido de los pliegos en este momento procedimental resulta en cualquier caso extemporánea (art. 50.1.b LCSP)

Y no solo eso, sino que puede entenderse que la entidad recurrente había comprendido la extensión y alcance completo del contenido del clausulado del pliego, ya que presentó su oferta dentro del plazo sin haber manifestado ninguna disconformidad al respecto, lo que implica la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna (art. 139 LCSP).

A lo que asimismo se añade que no procedería un supuesto de la llamada “impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública”, esto es, determinar la invalidez de la norma contenida en pliegos en el momento de su aplicación, lo que sólo es jurídicamente posible cuando adolecen de un vicio de nulidad de pleno Derecho, o cuando resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente en el sentido que a esta idea da el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, motivos que deben apreciarse siempre de forma excepcional y restrictiva y que no se entienden concurrentes en el presente caso.

De esta forma, la única excepción a la regla anterior es que exista de un vicio de nulidad de pleno derecho que no hubiera podido detectarse en el momento de aprobación de los pliegos por una interesada normalmente diligente y razonablemente informada, siendo en un momento posterior de la licitación cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego (sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de marzo de 2015, asunto C538/13 Evigilio, apartados 52 a 58). Esta doctrina queda recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021.”

Por lo que respecta a la solicitud de aclaraciones, el informe remitido a este Tribunal, se remite a lo expuesto en la Mesa de Contratación, y que consta en el Acta de fecha 30 de noviembre, firmada el 14 de diciembre de 2024, trayendo a colación lo establecido, entre otras, en las Resoluciones 437/2013, de 10 de octubre, 449/2014, de 13 de junio, ó 490/2014, de 27 de junio: *“la subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los 18 artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero no así, en ningún caso, a los defectos, insuficiencias u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas, porque ello podría representar dar al licitador afectado la opción de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Y ello sin perjuicio de admitir (según se dejó señalado en la resolución 164/2011), como excepción, la eventual subsanación de errores u omisiones puramente materiales o formales, como, por ejemplo, lo sería la falta de firma (supuesto avalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2995)”,* la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 447/2022, en la que se indica: *“(…) Así lo ha declarado este Tribunal de forma expresa afirmando (Resolución nº 747/2017, de 5 de septiembre) que: “(…) no existe obligación alguna por parte 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 conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)”, así como la Sentencia del Tribunal General de la UE de 1 de febrero de 2018, asunto T-477/15, en la que se afirma que: “(…) el principio de igualdad de trato implica, en particular, que los criterios de adjudicación deben formularse en los documentos contractuales o en el anuncio de licitación para que todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan*

interpretarlos de la misma manera y que, durante una evaluación de las ofertas, estos criterios deben aplicarse de manera objetiva y uniforme para todos los licitadores”.

Con relación a la alegación de incongruencia y arbitrariedad, defiende el órgano de contratación que “Tal como se desprende del Acta de la Mesa de Contratación de fecha 14 de diciembre de 2023, la empresa finalmente adjudicataria obtiene 0 puntos en la valoración del criterio 2 en el que selecciona ambas opciones y no sólo una de las posibles tal como se ha expuesto en el Fundamento de Derecho III. De la misma manera, la recurrente es puntuada en este criterio con 0 puntos por el mismo motivo.

Sin embargo, la empresa adjudicataria sí selecciona una de las dos opciones posibles en el criterio 3, en concreto aquella que se puntúa con 31 puntos. Mientras tanto, la recurrente selecciona las dos alternativas que se ofrecen en el criterio 3, por lo que de seguir su teoría, en aras de conseguir la máxima puntuación en la licitación, habría de valorársele este criterio con 46 puntos, esto es, 15 puntos por el incremento en la experiencia mínima requerida en el desarrollo de sus funciones de al menos uno de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo y otros 31 por el incremento en la experiencia mínima requerida en el desarrollo de sus funciones de los dos Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo, rebasando con ello la puntuación máxima prevista en los pliegos para este criterio (31 puntos).

La puntuación de los criterios de adjudicación tal como propone la recurrente resulta incongruente con las reglas establecidas para ello en el PCAP y su Anexo. Si se valorasen los criterios 2 y 3 siguiendo lo expuesto en su argumentación, el órgano de contratación no tendría posibilidad de exigirle el cumplimiento de las prestaciones a las que éstos hacen referencia, dado que al haber señalado las dos opciones que se ofrecen, no habría claridad sobre si la mejora de su oferta corresponde a una reducción en una hora o en dos del tiempo de respuesta ante incidencias (criterio 2) o si la mejora en la experiencia del personal adscrito al contrato se refiere a la de uno de los técnicos o a los dos que deben prestar sus servicios.

Esta circunstancia impide que se le otorgue una puntuación distinta de la que finalmente se le adjudicó por la Mesa de contratación, y por ende, supone que aunque haya obtenido la mejor puntuación en el criterio 1 (al presentar un porcentaje de baja de 16.32%), contrariamente a lo que expone en su recurso, no habría podido resultar adjudicataria de este contrato, dado que la puntuación de los otros dos criterios no podría haber sido distinta de 0.

Es más, aún admitiendo la alegación de la recurrente en lo que respecta al error observado en la redacción del criterio 2, y otorgándose la máxima puntuación por dicho criterio (de 20 puntos), el resultado del orden de clasificación no situaría a WWB como propuesta adjudicataria, sino que la mantendría en el quinto lugar con una suma de 50,61 puntos.

A lo que hay que añadir que, si llegase a admitirse dicha pretensión y al retrotraerse el procedimiento se valorara de nuevo el criterio 2, en cumplimiento del principio de igualdad de trato habría que valorar igualmente a la entidad OVEJERO SEQUEIRO SL, otorgándole en dicho caso a la misma 20 puntos, lo que supondría que alcanzaría un total de 79,13 puntos, lo que la situaría igualmente en una posición superior en el orden de clasificación que a la recurrente. Por lo que, debe tenerse presente que las alegaciones formuladas por la recurrente no son congruentes con la aplicación de los criterios que viene a exigir al órgano de contratación.

De esta forma, en base a los argumentos expuestos no puede entenderse procedente las alegaciones formuladas en este punto por la interesada.

Por lo tanto, a la vista de lo expuesto, considerándose que no se ha incurrido por el órgano de contratación en un supuesto de arbitrariedad, tal y como se alega por la recurrente,

encontrándose motivado el desarrollo del procedimiento en las motivaciones expuestas, teniendo en cuenta igualmente que el trato del órgano de contratación hacia las entidades concurrentes ha sido en todo momento coincidente, se entiende procedente la desestimación de las alegaciones formuladas en el recurso interpuesto.”

QUINTO.-Expuestas las alegaciones de las partes, ha de comenzar nuestro análisis por las previsiones contenidas en la Ley y en los Pliegos reguladores de la contratación.

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 dispone en su artículo 139, titulado “*Proposiciones de los interesados*”, lo siguiente:

“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, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea.

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación.

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.”

Tales previsiones, se contienen, asimismo en los PCAP.

Los CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN se establecen en el apartado 8 del Anexo I del PCAP, en el cual se describen éstos y las reglas para su valoración.

Por lo que respecta a los criterios números 2 y 3, que son los que ahora interesan, el Anexo se pronuncia en los siguientes términos:

2	<p>Descripción del criterio: Reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios. (puntuación máxima 20 puntos)</p> <p>Se ofertará una reducción del tiempo máximo de respuesta de 3 horas previsto en el apartado 5 PPT ante los avisos para cubrir cualquier contratiempo que pueda producirse en los equipos técnicos del Teatro Alameda, con objeto de poder garantizar la realización de las funciones de los espectáculos programados y evitar la suspensión de los mismos con las correspondientes consecuencias de dicha suspensión, asignándose los puntos que se indican:</p> <p>1.- Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 2h..... 8 puntos 2.- Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h.....12 puntos</p> <p>Documentación a aportar: Anexo III cumplimentado y firmado.</p>	20 puntos
3	<p>Descripción del criterio: Incremento de la experiencia mínima requerida al personal que se pretenda adscribir a la ejecución del contrato.(Máximo 31 puntos)</p> <p>Se otorgarán: 15 puntos por el incremento en la experiencia mínima requerida en el desarrollo de sus funciones de al menos uno de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT, hasta 18 meses en los últimos 5 años.</p> <p>Se otorgarán: 31 puntos por el incremento en la experiencia mínima requerida en el desarrollo de sus funciones de los dos Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT, hasta 18 meses en los últimos 5 años.</p> <p>Documentación a aportar: Anexo III cumplimentado y firmado. La documentación acreditativa del incremento de la experiencia mínima se deberá presentar por la entidad que resulte propuesta adjudicataria en los términos del art. 150.2 LCSP, a requerimiento de la unidad tramitadora.</p>	31 puntos

Por su parte, el MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA, así como del resto de criterios automáticos, se contiene en el ANEXO III, al que se remite el Anexo I transcrito, conforme al cual:

<p>CRITERIO 1 OFERTA ECONÓMICA: Se oferta como baja que se aplicará sobre el precio/hora de 27,78€ de los Pliegos de Prescripciones Técnicas, siendo el presupuesto de adjudicación igual al importe de licitación, el siguiente porcentaje:</p> <p>Porcentaje de baja sobre precios unitarios que se oferta:%</p>
<p>CRITERIO 2: REDUCCIÓN DEL PLAZO DE RESPUESTA ANTE LOS AVISOS ORDINARIOS DE 3 HORAS ESTABLECIDO EN EL APARTADO 5 PPT</p> <p>SI...../NO..... Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 2h <i>(seleccionar la opción que corresponda)</i></p> <p>SI...../NO..... Compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1h <i>(seleccionar la opción que corresponda)</i></p>
<p>CRITERIO 3 INCREMENTO DE LA EXPERIENCIA MÍNIMA EN LA ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS</p> <p>SI...../NO..... 18 meses en los últimos 5 años para al menos uno de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT</p> <p>SI...../NO..... 18 meses en los últimos 5 años para dos de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT</p>

El Pliego establece y describe los criterios de adjudicación, determinando cuáles son estos (Reducción del plazo de respuesta ante los avisos ordinarios (Criterio 2) e Incremento de la experiencia mínima requerida al personal que se pretenda adscribir a la ejecución del contrato(Criterio 3)), establece cómo ha de realizarse la oferta (Se ofertará una reducción del tiempo máximo de respuesta de 3 horas previsto en el apartado 5 PPT (2) y un incremento de la experiencia mínima requerida para uno o los dos técnicos (3)) y determina la puntuación máxima y cómo se asignarán los puntos, disponiendo, en el caso del criterio nº 2, que se obtendrán 8 puntos si se oferta un tiempo de respuesta máxima de 2 horas, y 12 puntos si se oferta un tiempo de respuesta máxima de 1 hora.

En el caso del criterionº 3, determina el Anexo que se otorgarán 15 puntos por el incremento en la experiencia mínima requerida de al menos uno de los Técnicos Responsables de Sonido y Vídeo exigidos en el apartado 4 PPT, hasta 18 meses en los últimos 5 años, y 31 puntos por el incremento de esa experiencia mínima de los dos Técnicos Responsables.

En ambos casos, y como de la literalidad del Pliego se deriva, el ofertante habrá de seleccionar la opción correspondiente a su oferta, pues en ambos criterios, se prevén dos posibles opciones, teniendo cada una de ellas asignada la puntuación correspondiente y, en consonancia con tales previsiones, el modelo de oferta permite optar, en cada criterio, por la opciones a ofertar por el licitador.

Considera este Tribunal que los Pliegos son claros en este sentido, aún cuando ciertamente, tal y como está configurado y descrito el criterio nº 2, no es posible obtener la máxima puntuación (20 puntos) prevista. En cualquier caso, los Pliegos no fueron impugnados en su día, ni tal previsión, que ha de aplicarse por igual a todos los licitadores, vulnera el principio de igualdad, sin que sea posible en este momento la impugnación indirecta de éstos ni la alegación de oscuridad o confusión, por cuanto

que las previsiones están claramente establecidas y son comprensibles para los licitadores, de hecho no consta alegación, duda o pregunta alguna al respecto.

Hemos de tener en cuenta que lo que se discute en el caso que nos ocupa es la valoración efectuada en relación con criterios automáticos, evaluables mediante la aplicación de fórmulas. Siendo esto así, ha de afirmarse que en la valoración de tales criterios no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos establecidos en los Pliegos,

sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

Como ya se ha señalado por este Tribunal, una vez abiertos los sobres correspondientes a los criterios evaluables mediante fórmula, el resultado de la licitación ya es conocido y en esas condiciones no es posible reconocer discrecionalidad alguna a la mesa de contratación a la hora de aplicar la valoración, pues de otro modo no sería posible garantizar la imparcialidad y objetividad de la misma.

Tal y como señaló el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 14 de febrero de 2011 (recurso 4034/08), la discrecionalidad de la Administración en relación con los criterios automáticos se agota en la redacción del pliego, pues una vez publicado éste carece de discrecionalidad alguna para su aplicación:

“Lo acabado de exponer evidencia que si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurran al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de junio de 2.004, recurso de casación 7106/00 , y de 24 de enero de 2.006, recurso de casación 7645/00).”

Así se ha venido estableciendo igualmente por los órganos encargados de la Resolución de recursos defendiendo que una vez abiertos los sobres que contienen los criterios de valoración automáticos o evaluables con arreglo a fórmulas matemáticas, no puede el órgano de contratación valorar técnicamente la adecuación o coherencia de las ofertas, salvo que dicha valoración se refiera a criterios también objetivos y que consten claramente en el pliego.

En el caso que nos ocupa, a la vista del Pliego y de las ofertas presentadas, la Mesa de Contratación decide que a las ofertas que seleccionan de forma conjunta las dos opciones que ofrece el modelo de Anexo III se le otorgarán 0 puntos, por considerar “la imposibilidad de su valoración, dado que supondría una interpretación de la voluntad de las entidades licitadoras, que no han seguido el modelo de oferta contemplado en los pliegos, produciéndose en caso de que la Mesa optara por la interpretación o en su caso aclaración, la infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores, ya que podría darse en ese caso la posibilidad de modificación de la oferta formulada inicialmente”

Por tal motivo a las mercantiles WWB y OVEJERO SEQUEIRO, se les asignan 0 puntos en el criterio nº 2, por cuanto que ambas, según consta en Acta, han seleccionado las dos opciones.

En el caso del criterio nº 3, sin embargo, sólo la recurrente selecciona las dos opciones, de ahí que sólo a su oferta en este criterio se le asignen 0 puntos, no existiendo, en consecuencia, la arbitrariedad alegada por la recurrente en cuanto al trato distinto frente a situaciones iguales, pues en este aspecto, la adjudicataria planteó su oferta conforme a lo establecido en Pliegos, esto es: seleccionando una opción, no ambas.

De la clasificación que se incluye en el Acta de la Mesa del día 30 de noviembre, se deriva, sin embargo que los puntos atribuidos en el criterio nº 2 (12 u 8 según Pliegos), son 20, 10 y 0, no constando explicación al efecto en el Acta, si bien en el informe remitido al tribunal, con ocasión del recurso se habla de error aritmético “ en el apartado 8 Anexo I PCAP, por cuanto que en la redacción del compromiso de tiempo de respuesta máxima para los avisos ordinarios de 1 hora la puntuación máxima debería ser de 20 puntos”

Según manifiesta el Acta de la Mesa de 30 de noviembre de 2023, los licitadores concurrentes rellenaron el modelo de oferta, optando, en cada criterio por la opción ofertada, salvo en el Criterio nº 2, en el que la adjudicataria y la recurrente marcaron ambas opciones, y en el Criterio 3, en el que la recurrente marcó, igualmente, las dos opciones.

Conforme a lo dispuesto en Pliegos, lex inter partes, la licitadora ha de efectuar una oferta para cada criterio, no dos, y recibirá la puntuación prevista en aquéllos. Nos encontramos, como ya anticipábamos, ante criterios de carácter automático, los cuales han de valorarse conforme a lo previsto en los pliegos, sin que quepa en este momento interpretación alguna al respecto, por cuanto que ello conllevaría una vulneración de las reglas establecidas y conocidas por todas la partes desde el inicio, con la consiguiente vulneración de los esenciales principios de la contratación pública.

De lo expuesto se deduce que en el caso que nos ocupa, si bien se considera ajustada a derecho la atribución de 0 puntos en los criterios en los que la oferta no se ha ajustado a lo establecido en Pliegos, pues, como decíamos, no cabe una doble oferta, ni una interpretación al respecto, menos aún cuando ya se han abierto los sobres y las ofertas son públicas, hemos de concluir, sin embargo, que la asignación de la puntuación correspondiente al criterio nº 2 no se ha efectuado conforme a lo establecido en Pliegos, habiéndose alterado la puntuación a otorgar, interpretándose la existencia de un “error aritmético”, que no puede entenderse como tal, pues el Pliego establece claramente los puntos a asignar, tratándose más bien de un error de transcripción que debió ser corregido en su momento, sin que a posteriori, en el momento de la valoración, pueda el órgano de contratación interpretar o modificar las reglas establecidas, considerándose que la Administración se ha extralimitado en su facultad de valoración, alterando las reglas de asignación de puntuación establecidas por ella misma en los Pliegos.

En el caso objeto de análisis, hemos de partir del hecho de que la situación, que de los propios Pliegos deriva, es distinta para los criterios en liza; la redacción del Criterio nº 2, es clara: ha de ofertarse una opción, si bien ciertamente no puede alcanzarse la

máxima puntuación establecida de 20 puntos seleccionando una de las opciones previstas. No obstante, la atribución a las ofertas presentadas de la puntuación establecida en el Criterio nº 2 (12, 8 y 0 puntos según la oferta realizada y no 20, 10 y 0), no determinaría, ciñéndonos a las tres clasificadas, una alteración en el orden clasificatorio, incluso si, aceptando la interpretación de atribuir los 12 puntos previstos en Pliegos a las ofertas del criterio nº 2 que, por error debido a la imposibilidad de alcanzar los 20 puntos máximos previstos, optaron por señalar las dos opciones, tampoco se modificaría la clasificación, pues tal puntuación también habría de atribuírsele a la adjudicataria. Ni siquiera en el caso de aceptar la interpretación de atribuir los 20 puntos a las que señalaron tanto la opción de 1 hora como las dos opciones, cambiaría la adjudicación.

En el caso del Criterio nº 3, los Pliegos son igualmente claros: hay que elegir una opción, pero es que, además, no puede alegarse esa “posible oscuridad”, por cuanto que sí se alcanza la máxima puntuación ofertando la mejor opción, de hecho todos los licitadores ofertan una sola opción, salvo la recurrente, y ofertar las dos implicaría rebasar la puntuación máxima establecida para ese criterio en cuestión.

En cuanto a la posibilidad de subsanación/aclaración de la oferta procede citar el artículo 176 de la LCSP relativo a la presentación, examen de las ofertas y adjudicación, señala que *“La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”*. Por otra parte, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, al regular el rechazo de proposiciones expresamente dispone que *“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”*.

Sobre la subsanación/aclaración de ofertas, hemos venido manteniendo (véanse Resoluciones 42/2019, 2/2021, 7/2021, 14/2021, 18/2021, 19/2021, 20/2021 y 37/2021, 1/2022, 9/2022, 20/2022) que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos

La norma y la doctrina distinguen entre las subsanaciones en la documentación administrativa y la subsanación de la oferta técnica o económica, concebida la primera con la mayor amplitud, y siendo excepcional la segunda, distinguiéndose entre simples defectos formales que son subsanables y sustanciales que no pueden ser objeto de dicha subsanación. La razón de que estos defectos sustantivos no sean subsanables

reside en que nos hallamos en estos casos de contratos administrativos en procedimientos de concurrencia competitiva, en los que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos materiales para participar, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen. Avala la tesis anterior la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la subsanación de defectos u omisiones en las proposiciones de los licitadores en un contrato administrativo, que la admite exclusivamente respecto de defectos u omisiones formales, nunca en relación al cumplimiento de requisitos o condiciones de carácter material o sustantivo.

Es posible, pues, solicitar aclaraciones por la mesa o, en su caso, por el órgano de contratación, siempre y cuando en modo alguno supongan alteración de la oferta técnica y/o económica, pero no la adición de otros elementos, pues ello podría suponer dar la opción a la entidad licitadora afectada de modificar su oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación.

La doctrina expuesta, en consecuencia, viene a ponderar el necesario equilibrio entre los principios de concurrencia y antiformalista, con los de igualdad, *lex contractus* y transparencia en un procedimiento de concurrencia competitiva, como es el procedimiento de contratación, en el que hay que salvaguardar los intereses de todos los participantes, que se verían perjudicados si cumpliendo algunos de ellos escrupulosamente los requisitos establecidos, se otorgase a aquellos que no los cumplen una oportunidad de subsanar los defectos o incumplimientos en los requisitos sustantivos en los que incurriesen.

El Tribunal de Justicia ha venido declarando que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Sentencia de 4 mayo de 2017 (asunto C-387/14), Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas, estableciendo un límite claro a esta iniciativa del poder adjudicador cual es la imposibilidad de que se pueda modificar la proposición inicial.

Como señalaba el TACR en la Resolución 651/2018, *“este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta”*

En el caso que nos ocupa, la recurrente presentó una oferta seleccionando las dos opciones ofrecidas, tanto para el criterio 2, como para el 3, lo que implica una doble

oferta para un mismo criterio, apreciándose en el recurrente una falta de diligencia, al manifestar que marcó las dos opciones tanto en el criterio 2 como en el 3, cuando sólo se debía marcar una de ellas como efectivamente hizo el resto de licitadores, salvo el adjudicatario en el criterio 2, por lo que, en contradicción con lo determinado en los pliegos, y con el artículo 139.3 de la Ley 9/2017, se presentan dos ofertas distintas. La labor de interpretación que exige el recurso a la Mesa de Contratación excede del error inequívoco al ser susceptible de interpretaciones diversas lo que hace inviable la oferta presentada y desembocaría, además, en un trato de favor al recurrente en contradicción con el principio de igualdad.

En este sentido la Resolución 137/2016 del Órgano Administrativo de recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi se pronunció así en un caso similar: *"... una alteración de la extensión, forma, etc., podría producir desigualdades entre los licitadores, pues al aceptar ofertas que no son conformes al formato de seguido se otorgaría a ésta una proposición de ventaja respecto quienes sí han cumplido los requisitos exigidos; conforme esta doctrina, dar por buena la argumentación de los alegantes podría vaciar de contenido ... y alterar el principio de igualdad y favorecer a quién no ha respetado las reglas previstas en los pliegos que los licitadores con la presentación de sus propuestas han aceptado de forma incondicional y sin salvedad alguna. Este principio impide igualmente que se acuda al trámite de subsanación que implicaría una ventaja para quien no se ha ceñido a las reglas establecidas."* Así también la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Recurso nº 747/2018 de la C.A. Valenciana 181/2018 Resolución nº 926/2018: *"Séptimo. Señalábamos en nuestras Resoluciones nº 362/2016 y 1097/2015 los límites del trámite de aclaración o subsanación de proposiciones evaluables mediante fórmula advirtiendo que no puede ser empleado de forma generalizada por el órgano de contratación. En ellas se podía leer que "entiende este Tribunal que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, "debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos" (Resoluciones 64/2012, 35/2014, ò 876/2014, entre otras). Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido 16 de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo "cuando no alteren su sentido".*

En efecto, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda

posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-). Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004- y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello 20 contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-). Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

En definitiva, sobre la procedencia de solicitar aclaración, supuesto en el cual, tal aclaración procedería igualmente para la adjudicataria, que seleccionó también las dos opciones en el criterio nº 2, este Tribunal, de acuerdo con la doctrina dictada, considera que la mesa de contratación actuó correctamente, pues la concesión de un trámite de subsanación llevaría indefectiblemente a una modificación de la oferta una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas y abiertos los sobres que contienen la proposición económica y demás criterios cuantificables automáticamente de los licitadores, lo que vulneraría los principios de igualdad de trato y no discriminación. La subsanación/aclaración de la oferta no se considera en este caso procedente, de conformidad con el principio de igualdad de trato, ya que, como señaló la anteriormanete mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Slovensko y otros), en el caso de una oferta imprecisa o no ajustada a las especificaciones de los pliegos, *“...no se deduce... 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....."

En conclusion, y conforme a lo hasta aquí analizado, procede la desestimación de las alegaciones de la recurrente, considerándose que la Mesa actuó conforme a derecho tanto en lo relativo a la no puntuación de las ofertas que marcaron las dos opciones, debiendo marcar sólo una, como en lo que respecta a la consideración de la improcedencia de aclaración, no apreciándose la arbitrariedad alegada en relación con la valoración de las ofertas de la adjudicataria y la recurrente en el criterio nº 3, pues solo la recurrente ofertó las dos opciones previstas.

Se aprecia, no obstante, que la Mesa no aplicó debidamente la puntuación en la forma prevista en Pliegos para el criterio nº 2, cual se establece en 12 y 8 puntos, según la oferta realizada, si bien, dado que ello no supone alteración del orden clasificatorio de las tres licitadoras que finalmente se clasifican, en aras a los principios de economía procesal, conservación de actos, eficacia, eficiencia y rápida satisfacción del interés público que con la contratación se persigue, reconociendo la improcedencia de dilatar el procedimiento para culminar en el mismo resultado de clasificación y adjudicación, teniendo en cuenta que la retroacción de las actuaciones en ningún caso alteraría el sentido que la adjudicación tiene para la recurrente, pues no podría optar a alzarse con el contrato, ni, por tanto, se traduciría en la obtención de un beneficio o ventaja para ella, ya que el resultado de la licitación seguiría sin serle propicio, concluyéndose que aunque el órgano de contratación rectificase los errores en la asignación de puntuaciones, e incluso en el supuesto de que se estimase la alegación de la recurrente relativa a las puntuaciones conferidas en el criterio nº 2, en el que se da el caso de no poder obtener la máxima puntuación marcando una sola opción, lo cierto es que ésta no accedería a la adjudicación del contrato, ya que no rebasaría la puntuación de la oferta de la adjudicataria, por lo que procede, de conformidad con el principio de economía procesal invocado, desestimar el recurso, levantar la suspensión y continuar el procedimiento, ello sin perjuicio de la advertencia y recordatorio al órgano de contratación del esencial principio *lex contractus*, y las reglas de aplicación de los criterios automáticos previstos en los Pliegos, las cuales han de respetarse en todo momento vinculando tanto a los licitadores como a la propia Administración.

A la vista de lo expuesto, conforme a los preceptos legales de aplicación, y teniendo en cuenta cuanto antecede, este Tribunal

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar el recurso presentado por la mercantil **WWB, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA** contra la Resolución dictada la Vicepresidencia del ICAS de 11 de marzo de 2024, por la que se adjudica el contrato de **"Servicio técnico de atención y organización del Equipamiento de Audiovisuales propio del Teatro Municipal Alameda, para poder dar la correcta cobertura a las diferentes actividades**

programadas y a cada uno de los espectáculos ya sean teatrales, conciertos, proyección de películas, actos protocolarios, jornadas y presentaciones que se tengan previsto realizar dentro de la Programación oficial del ICAS”, Expediente 734/23, tramitado por el Instituto de la Cultura y las Artes del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES