

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 12 de agosto de 2021, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Grupo Empresarial Lafayette SL, contra el acuerdo de la mesa de contratación de propuesta de nuevo adjudicatario y la Resolución de adjudicación del “contrato de suministro de: mascarillas de protección respiratoria (FFP2 y FFP3) y mascarillas quirúrgicas (IIR)” para el Hospital Clínico San Carlos, Expediente: PA 2020-0-332, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 17 de diciembre de 2020 en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid y el 9 de diciembre en el DOUE, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en 5 lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 2.994.145,00 euros.

Existen 80 licitadores.

Segundo.- El 13 de julio de 2021, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, contra la rectificación de la adjudicación del contrato , solicitando:

La nulidad de la nueva adjudicación, por contrario al principio que impide ir contra los propios actos.

Una indemnización por importe de 50.000 euros, en compensación del contrato que formalizó tras la adjudicación a su favor para suministrar las mascarillas, contrato que tiene una cláusula de penalización.

Tercero.- El 19 de julio se recibe el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 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 adelante, LCSP).

Cuarto.- No se han recibido las alegaciones del adjudicatario .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora, “cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, tras la publicación de la nueva adjudicación el 8 de julio , habiéndose interpuesto el recurso en 13 de julio dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- El primer motivo del recurso impugna la nueva adjudicación del contrato , por revisar un acto firme e ir contra el principio general de derecho que impide ir contra los propios actos.

El órgano de contratación expresa que no concurre ningún motivo de nulidad y que la revisión del adjudicatario se basa en la existencia de un error material o de hecho, fundándose en el artículo 109. 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el cual establece que: “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

Describe la existencia de un error material en la transcripción de una oferta económica a un documento de Excel, y un error aritmético al multiplicar este precio unitario sobre el número de suministros, y finalmente en la puntuación del criterio económico. En vez del precio unitario ofertado por MBA INCORPORADO de 0,60 euros se transcribió 1,90 euros.

La existencia del error material no es cuestionada por la recurrente, solo su revisión.

Comprobados los hechos por este Tribunal, los descritos son los siguientes:

En el Acta nº 5/2021 de fecha 2 de febrero de 2021, de la mesa de contratación, se procede a la apertura electrónica del sobre nº 3 “Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas” dándose lectura de las proposiciones económicas de los licitadores. Los que aquí interesan (sobre 24) realizan las siguientes ofertas:

MBA INCORPORADO (MBA) realiza la mejor oferta, teniendo en cuenta que las unidades requeridas en los Pliegos eran 90.000.

El error se comete al transcribir a un Excel la oferta de MBA, poniendo 1,90 en vez de 0,60.

En acta posterior de fecha 10 de marzo figuran las puntuaciones de los tres licitadores considerados, trasladando el precio erróneo de MBA.

En la puntuación económica:

MBA: 23,95

Dismarcks: 66,91

Lafayette: 70

De considerarse la oferta correcta, 0,60/unidad de MBA, las puntuaciones serían:

MBA: 70

Dismarcks: 64,62

Lafayette 61,76

Notificada la adjudicación a Dismarcks no presenta las aclaraciones pedidas sobre el número de unidades a suministrar, decayendo en su derecho y adjudicándose a Lafayette.

Comunicada esta adjudicación a todos los licitadores el 18 de junio, MBA pone de manifiesto el error a través del portal Vortal, procediendo el órgano de contratación a dejar en suspenso la adjudicación con retroacción de actuaciones y la mesa de contratación a proponer nuevo adjudicatario en sesión de 23 de junio:

“En primer lugar, la Mesa da cuenta del error advertido en los cálculos de las puntuaciones realizadas en el Lote 5, sobre las cuales se había ratificado la propuesta de adjudicación en sesión del pasado 2 de junio de 2021 a favor de la empresa GRUPO EMPRESARIAL LAFAYETTE S.L, CIF: B66830191; posteriormente la propuesta se elevó al Órgano de Contratación y se procedió a adjudicar el lote 5 conjuntamente con los lotes 1, 2 y 3, haciéndolo público el 17 de junio de 2021 a través del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. Este error tipográfico a la hora de trasladar el precio unitario del licitador MBA INCORPORADO S.L., CIF: B33680547, ocasionó que el resultado de las puntuaciones fuese incorrecto, por tanto, el del licitador mejor puntuado. En consecuencia, la Mesa decide retrotraer las actuaciones hasta el momento de la valoración de las ofertas y la realización de los cálculos de las puntuaciones totales del lote 5.

Una vez realizadas las correcciones oportunas proceden las siguientes puntuaciones:

A la vista de esta clasificación se propone a MBA como adjudicatario.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2012 (RJ 2012/9491) establece los requisitos doctrinales del error material

- “1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;
- 2) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;
- 3) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;
- 4) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;
- 5) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);
- 6) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión; y
- 7) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo”.

A juicio de este Tribunal existe un mero error material, un error de transcripción en la oferta por unidad y posteriormente un error aritmético al multiplicar por el número de unidades. Así resulta del propio expediente, no existiendo valoración jurídica alguna. Por otra parte, la adjudicación no perfecciona el contrato poniendo fin al procedimiento, sino la formalización del contrato: artículo 36 LCSP.

Tampoco es un acto consentido: MBA comunica el error cuando se le notifica la adjudicación.

Ni genera indefensión: Lafayette ha tenido conocimiento por la notificación de la adjudicación y la publicación de las actas de todas las incidencias descritas, pudiendo recurrir ante este Tribunal, pues tras la adjudicación no se puede formalizar el contrato hasta transcurridos quince días con la finalidad explícita de que pueda acudir a esta vía.

No existe vulneración del principio general de derecho “venire contra proprium actum non valet”. Este principio atiende a la protección de la buena fe y expectativas de quienes han confiado en el contenido de una declaración de voluntad. El recurrente conoce por las actuaciones publicadas el error cometido. De hecho, no impugna la existencia del error, sino su rectificación.

La Resolución 88/2012 de 27 de septiembre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, admite la revisión del error material o de hecho en un supuesto similar de modificación del adjudicatario, con cita de la Sentencia de Tribunal Constitucional 19/95 de 28 de febrero, la cual admite la modificación del sentido del fallo de una sentencia cuando se constate la existencia de error material e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica:

“No obstante, no es ocioso recordar que la protección constitucional de la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales definitivas y firmes no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para garantizar la efectividad del Derecho a la tutela judicial, de cuyo contenido no forma parte el beneficiarse de simples errores materiales o de evidentes omisiones en la redacción o transcripción del fallo, que puedan deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial (SSTC 118/1988; 16/1991; 101/1992; 304/1993). En este sentido, en relación con la

posibilidad de que mediante la rectificación de errores materiales manifiestos se pueda alterar el fallo de las resoluciones judiciales, este Tribunal tiene declarado que aunque en principio, dado que no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la resolución judicial aclarada, ni para corregir errores iniciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias, habría que deducir que la vía de la aclaración o de la rectificación es inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario, sin embargo cabe admitir excepcionalmente la operatividad de este remedio procesal cuando el error material consiste en un mero desajuste o contradicción patente, e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (STC 23/1994, fundamento jurídico 1). No puede descartarse, pues, en tales supuestos la operatividad de este remedio procesal, "aunque comporte revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo" (ibidem).

La cuestión se circunscribe a determinar si existe una infracción legal en la primera adjudicación que solo pueda modificarse mediante la vía de revisión de oficio de los actos nulos o anulables, con sujeción a sus procedimientos, o existe un mero error material, de hecho o aritmético susceptible de rectificación, o, por último, solo procede el desistimiento del procedimiento, en perjuicio del licitador que ha hecho la mejor propuesta por un error imputable a la Administración .

Entiende este Tribunal que en el caso queda acreditada la existencia de un mero error material, de hecho y aritmético, siendo de aplicación el artículo 109.2 de la LPACAP.

En el caso de la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación hemos señalado reiteradamente que no es recurrible. En cuanto a la resolución de adjudicación, procede desestimar el motivo de recurso.

En segundo lugar, se solicita una indemnización de 50.000 euros, por el perjuicio ocasionado por la penalización por incumplimiento del contrato suscrito con otra mercantil para proporcionar las mascarillas.

Se basa en el artículo 152.2 de la LCSP sobre compensación de los costes de licitación a los candidatos o licitadores en caso de desistimiento o decisión de no formalizar el contrato.

En el caso no es el supuesto de hecho de desistimiento o renuncia, ni se reclaman estos gastos de licitación.

Por otro lado, como dice el órgano de contratación el contrato se formaliza con posterioridad a notificar la suspensión de la primera adjudicación.

No puede considerarse un daño imputable a la Administración, pues este contrato con terceros es una decisión propia tomada antes de formalizar el contrato y sin dejar transcurrir el plazo de recurso, no existiendo infracción legal en la modificación del adjudicatario, siendo improcedente la aplicación del artículo 58.1 de la LCSP: “1. El órgano competente para la resolución del recurso, a solicitud del interesado, podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, de los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación. La cuantía de la indemnización se fijará atendiendo en lo posible a los criterios establecidos en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público “.

Esta remisión normativa es a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que exige la concurrencia de unos requisitos: un daño efectivo, evaluable y singularizado; la existencia de una Administración Pública: la

imputabilidad del daño a la misma; la relación de causalidad entre el daño y la actuación administrativa; que el daño sea antijurídico, es decir, que el sujeto no tenga obligación de soportarlo.

En el caso, el daño, cuya realidad no se ha valorado, no es debido a la actuación administrativa alguna, sino a la precipitación del recurrente.

Procede desestimar este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de Contratación. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Grupo Empresarial Lafayette SL, contra la Resolución de adjudicación del “contrato de suministro de: mascarillas de protección respiratoria (FFP2 y FFP3) y mascarillas quirúrgicas (IIR)” para el Hospital Clínico San Carlos, Expediente: PA 2020-0-332.

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.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento ex artículo 53 de la LCSP..

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

Madrid, 17 de Agosto de 2021
LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

