

**Expediente: Expte. 2021/51406 (Plataforma HELP)**

**Resolución: 9/2021**

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL  
EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MARBELLA**

Marbella, a 2 de septiembre de 2021

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto con fecha 27 de julio de 2021 (Nº Reg. O00017839e2100058924) por D. J.A.R.P., actuando en nombre y representación de la mercantil **THE LAB MEDIA AND ADVERTISING S.L.**, contra el Acta de la mesa de contratación de 16 julio 2021 y el Decreto nº 2021/10809 de 25 de julio por el que se acuerda la exclusión de la mercantil THE LAB MEDIA AND ADVERTISING S.L. del *“Servicio de agencia de medios de comunicación para la planificación, mediación, inserción y seguimiento de la difusión de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Marbella y la Tenencia de Alcaldía de San Pedro Alcántara para 2020 y 2021”* (SE 226/20), este Tribunal en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** -El 28 de octubre de 2020 se publicó en el Diario de la Unión Europea y el 3 de noviembre de 2020 en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante PCSP), sendos anuncios de licitación del contrato relativo al *“Servicio de agencia de medios de comunicación para la planificación, mediación, inserción y seguimiento de la difusión de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Marbella y la Tenencia de Alcaldía de San Pedro Alcántara para 2020 y 2021”*, mediante procedimiento abierto, trámite ordinario y regulación armonizada (SE 226/20). El valor estimado del referido contrato según el anuncio de licitación publicado en la PCSP es de 479.338,84.- euros, finalizando el plazo de presentación de oferta el día 2 de diciembre de 2020 a las 23:59 horas.

A dicha licitación concurrieron los siguientes licitadores:

1. M&C SAATCHI MADRID, S.L. (CIF: B84428754).
2. THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. (CIF: B86269925).
3. PROXIMIA HAVAS, S.L. (CIF: B63968267).
4. NEWFOCO, S.L. (CIF: B91346890).
5. HASHTAG MEDIA GROUP (CIF: B86899630).

**SEGUNDO.** – Con fecha 21 de diciembre de 2020 se reunió la Mesa de Contratación para la apertura y calificación del sobre número 1, documentación administrativa, admitiendo las proposiciones presentadas por los licitadores **HASHTAG MEDIA GROUP (CIF: B86899630)**, **NEWFOCO, S.L. (CIF: B91346890)** y **THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. (CIF: B86269925)**, y acordando requerir a la licitadora **PROXIMIA HAVAS, S.L. (CIF: B63968267)**, para que en el plazo establecido al efecto, subsane las deficiencias detectadas.

Asimismo en dicha sesión la Mesa de Contratación acordó *“NO ADMITIR al presente procedimiento a la entidad M&C SAATCHI MADRID, S.L. (CIF: B84428754), por presentarse a la licitación con huella digital y no transmitir la documentación en el plazo de 24 horas posteriores a la huella electrónica”*.

En sesión celebrada con fecha 13 de enero de 2021, la Mesa de Contratación acordó, a la vista del oficio remitido el 22 de diciembre de 2020 vía PCSP por **PROXIMIA HAVAS, S.L.**, admitir las proposiciones presentadas por dicho licitador.

Con fecha 13 de enero de 2021, la Mesa de Contratación procede a la apertura del sobre número 2, documentación relativa a criterios basados en juicios de valor, presentados por las licitadoras **HASHTAG MEDIA GROUP (CIF: B86899630)**, **NEWFOCO, S.L. (CIF: B91346890)**, **PROXIMIA HAVAS, S.L. (CIF: B63968267)** y **THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. (CIF: B86269925)**, acordando remitir dichas propuestas a los Servicios Técnicos de la Delegación de Comunicación para que emitan el correspondiente informe técnico de valoración.

Con fecha 19 de abril de 2021, la Mesa de Contratación da cuenta de los informes técnicos de valoración emitidos con fechas 5 y 6 de abril de 2021 con ocasión del análisis de las ofertas de criterios basados en juicios de valor, en los que se concluye que *“El resultado de las valoraciones técnicas efectuadas sobre las propuestas de proyecto anteriormente evaluadas, queda recogido en el siguiente cuadro:*

#### **LICITADORES**

<b>1 HASHTAG MEDIA GROUP (CIF: B86899630)</b>	<b>18,30 puntos</b>
<b>2 THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. (CIF: B86269925)</b>	<b>17,00 puntos</b>
<b>3 NEWFOCO, S.L. (CIF: B91346890)</b>	<b>16,50 puntos</b>

*En vista de lo anterior, y de acuerdo a los resultados de la valoración prevista en los términos establecidos en la Memoria Descriptiva, con relación a los criterios no ponderables mediante fórmula, la mejor oferta en este apartado corresponde con la presentada por la comercial **HASHTAG MEDIA GROUP SLU**, con CIF B86899630, y con un total de **18,30 puntos** sobre los 22 posibles.”.*

En sesión celebrada el 28 de abril de 2021 la Mesa de Contratación se reúne al objeto de aperturar las proposiciones correspondientes a criterios evaluables automáticamente, acordando que “*se remitan las propuestas presentadas por los licitadores a los Servicios Técnicos de la Delegación de Comunicación, para que emitan el correspondiente Informe Técnico de Valoración, sobre la mayor o menor ventaja de las ofertas presentadas y sobre la valoración de las proposiciones a que hace alusión el Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares.*”.

En sesión celebrada el 16 de junio de 2021 (Mesa nº 6) y a la vista de los informes técnicos de valoración emitidos con fecha 21 de mayo de 2021 respecto a los criterios evaluables automáticamente Lote 2, la Mesa de Contratación acuerda lo siguiente:

*“A la vista de los Informes anteriormente transcritos, la Mesa de Contratación, por unanimidad, acuerda **EXCLUIR** del **SERVICIO DE AGENCIA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LA PLANIFICACIÓN, MEDIACIÓN, INSERCIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA DIFUSIÓN DE LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DEL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA Y TENENCIA SAN PEDRO ALCÁNTARA. LOTE 2: PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DE LA TENENCIA DE ALCALDÍA DE SAN PEDRO ALCÁNTARA** por no poderse determinar de forma indubitada el importe de los descuentos ofrecidos por los medios de comunicación, de acuerdo a los Informes Técnicos de Valoración de los Servicios Técnicos del Área Jurídico Administrativa del Distrito de San Pedro de Alcántara, a los licitadores:*

***HASHTAG MEDIA GROUP SLU (CIF: B86899630)** al no presentar relación de las tarifas oficiales ni presentar las propuestas de descuento de los diferentes medios.  
**THE LAB MEDIA AND ADVERTISING S.L (CIF: B86269925),** al presentar relación de las tarifas oficiales, pero por no presentar las propuestas de descuento de los diferentes medios.”.*

Asimismo, en sesión celebrada el 16 de junio de 2021, (Mesa nº 7, Lote 2) la Mesa de Contratación resuelve “*Proponer la adjudicación del contrato de **SERVICIO DE AGENCIA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LA PLANIFICACIÓN, MEDIACIÓN, INSERCIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA DIFUSIÓN DE LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DEL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA Y TENENCIA SAN PEDRO ALCÁNTARA. LOTE 2: PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DE LA TENENCIA DE ALCALDÍA DE SAN PEDRO DE ALCÁNTARA**, al siguiente licitador: (....) **NEWFOCO, S.L. (CIF: B91346890)**”.*

Finalmente, mediante Decreto nº 2021/10809 de fecha 25 de julio de 2021 el órgano de contratación resolvió, en síntesis y por lo que aquí interesa, “***EXCLUIR las proposiciones presentadas para el LOTE 2- LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DE LA TENENCIA DE ALCALDÍA DE SAN PEDRO ALCÁNTARA para el procedimiento para la adjudicación del contrato de SERVICIO DE AGENCIA DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA LA PLANIFICACIÓN, MEDIACIÓN, INSERCIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA DIFUSIÓN DE LA PUBLICIDAD INSTITUCIONAL DEL AYUNTAMIENTO DE MARBELLA Y LA TENENCIA DE ALCALDÍA DE SAN PEDRO ALCÁNTARA PARA 2020 Y 2021, por no poderse determinar de forma indubitada el importe de los descuentos ofrecidos por los medios de comunicación, de acuerdo a los Informes Técnicos de Valoración de los Servicios Técnicos del Área Jurídico Administrativa del Distrito de San Pedro de Alcántara, a los licitadores:***

***HASHTAG MEDIA GROUP SLU (CIF: B86899630)** al no presentar relación de las tarifas oficiales ni presentar las propuestas de descuento de los diferentes medios.  
**THE LAB MEDIA AND ADVERTISING S.L (CIF: B86269925),** al presentar relación de las tarifas oficiales pero por no presentar las propuestas de descuento de los diferentes medios.”.*

**TERCERO.-** El día 27 de julio de 2021, en el registro electrónico de este Tribunal la entidad recurrente, a través de representante, interpuso recurso especial en materia de contratación contra el Acta de la mesa de contratación de 16 julio 2021 y el Decreto nº 2021/10809 de 25 de julio por el que se acuerda su exclusión en relación al contrato que figura en el encabezamiento de la presente resolución, solicitando a su vez medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación conforme a lo dispuesto por el artículo 49 de la LCSP.

**CUARTO.** - Con fecha 28 de julio de 2021 este Tribunal acordó en relación al recurso especial interpuesto por la mercantil THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L., admitir a trámite dicho escrito requiriendo al servicio de contratación la remisión del expediente junto con el informe del órgano de contratación, así como pronunciamiento sobre la medida cautelar interesada por la recurrente.

Con fecha 28 de julio de 2021 se recibe a través de la plataforma HELP el expediente de contratación junto con el informe del órgano de contratación tanto en relación a la medida cautelar interesada como en cuanto al fondo de lo solicitando por la asociación recurrente.

**QUINTO.-** Con fecha 29 de julio de 2021, a la vista de las pretensiones de la recurrente respecto a la medida cautelar interesada, se acordó, por este Tribunal, la suspensión cautelar de la tramitación del expediente de contratación, así como la notificación de dicha medida cautelar al órgano de contratación y a la recurrente, practicadas ambas, por la Secretaría del Tribunal, el día 29 de julio de 2021.

**SEXTO.-** En base a la relación de interesados remitida por el órgano de contratación, por parte de la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado el día 30 de julio de 2021 del recurso especial en materia de contratación interpuesto por THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L., a los interesados en dicho procedimiento de licitación, concediéndoles, en cumplimiento de lo establecido en el art. 56.3 LCSP, un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

Se ha recabado certificado del registro en relación al resultado de dicho trámite de alegaciones, emitido con fecha de 2 de septiembre de 2021, en el cual se indica que, dentro del plazo legalmente conferido, no se ha presentado escrito de alegaciones por ninguno de los restantes licitadores.

**SÉPTIMO.-** En la resolución del presente recurso resulta de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), y en lo que no se oponga a la misma por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) aprobados por Decreto nº 2020/16737 del órgano de contratación de fecha 18 de diciembre de 2020, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como el Reglamento Orgánico del

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108, de 6 de junio de 2018).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el apartado 4 del art. 46 LCSP, en el artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, así como en el Reglamento Orgánico del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella (BOPMA nº 108 de 6 de junio de 2018).

**SEGUNDO.** - En cuanto a la legitimación activa para la interposición del recurso, según establece el artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En el caso que nos ocupa, la recurrente es licitadora en el procedimiento de contratación en el que se ha dictado el Acta de la Mesa de Contratación y el Acuerdo recurridos, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostentaría un interés concreto y preciso, pues en caso de admitirse su pretensión se anularía el acto recurrido y los posteriores que traigan causa del vicio, por lo que obtendría el beneficio real y efectivo de poder ser adjudicataria del contrato, pudiendo por ello aseverar que la recurrente tiene legitimación para la interposición del recurso.

**TERCERO.-** Por lo que atañe a la viabilidad de impugnación de los actos recurridos, indicar que en el presente caso se interpone recurso especial contra el referido acta y el acuerdo de exclusión de la recurrente, en el procedimiento de licitación que figura en el encabezamiento de la presente resolución, actos recurribles de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 letra b) de la LCSP, donde se dice que podrán ser objeto de recurso especial las siguientes actuaciones:

*“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.”.*



Asimismo, se trata de un contrato cuyo valor estimado es de 479.338,84 euros, IVA excluido y, por consiguiente, superior a los 100.000 euros que se exigen en el art. 44 LCSP para la admisibilidad del recurso especial en relación con los contratos de servicios, por lo que el recurso resulta admisible.

**CUARTO.** - El escrito de interposición del recurso se ha presentado dentro del plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a la notificación del Decreto de exclusión, el cual tuvo lugar el día 26 de julio de 2021 a través de la Plataforma de Contratos del Sector Público, por lo que atendiendo a las especialidades de la notificación en relación al recurso especial en materia de contratación contempladas en la Disposición Adicional Decimoquinta LCSP, y teniendo en cuenta que el recurso ha tenido acceso a nuestro registro con fecha 28 de julio de 2021, no ha transcurrido el plazo de 15 días hábiles en los términos previstos en el art. 50.1.d) LCSP.

**QUINTO.** – Entrando a analizar el fondo del asunto, tenemos que comenzar señalando que la recurrente sustenta su recurso, de forma sintetizada y conforme a las consideraciones que seguidamente se expondrán, en que la exclusión no es acorde a derecho, concurriendo la posibilidad de subsanación de la oferta; error en la redacción de los Pliegos y existencia de nulidad en las actuaciones; solicitando finalmente la anulación de los actos impugnados, la retroacción al momento de la valoración de su oferta y la suspensión del procedimiento hasta tanto se resuelva su recurso.

Así, en el escrito de interposición del recurso especial presentado, en síntesis, se alega lo siguiente:

- Que “no ha incumplido sus obligaciones con respecto al pliego pues el mismo no menciona en el apartado de documentación que debe contener el sobre de oferta económica, por otro lado, debemos traer a relación que de la información disponible en las actas mi mandante es con seguridad el licitador mejor valorado, por ende futurible adjudicatario del Lote 2, lo que conlleva la necesidad de que en aras de obtener un mejor servicio, y precios evidentemente mejores, pues los descuentos de mi mandante son muy superiores a los ofrecidos por el adjudicatario, además de una comisión de agencia de 0%, lleva a la inevitable conclusión de que aras a atender al interés general deba revocarse la exclusión y permitir a mi mandante permanecer el procedimiento, debiendo ser valorada su oferta debidamente.”.
- Que entiende “que, si el órgano hubiese querido disponer la necesidad de documentación alguna distinta a la relación de tarifas y descuentos aportada por mi mandante, hubiese configurado la redacción del pliego de forma distinta, siendo que a modo ejemplificativo disponemos la redacción de otros pliegos respecto de los documentos que han de aportarse” y que “la adjudicación se ha realizado perjudicando de forma injustificada, indebida, y sometiendo a indefensión a mi patrocinado, quien se ha visto excluido por completo del procedimiento, siendo que tal exclusión ha provocado la vulneración absoluta de la adjudicación basada en el principio de la mejor relación calidad precio, pues, con identidad en los servicios

*ofrecidos, mi mandante ofrecía descuentos evidentemente superiores, así como una comisión del 0%, que es nada más y nada menos 5 veces menor que la ofrecida por el licitador NEWFOCO.”*

- Que considera “*que existe una nulidad de las actuaciones en relación al quebranto de lo dispuesto en los artículos 47.1.a) y 47.2 de la Ley 39/2015 y de lo dispuesto en el art. 39 de la Ley de Contratos del Sector Público, en concreto las razones de la nulidad consideradas son la siguientes:*

*- Existe una Flagrante vulneración de la legislación de Contratación Pública, en tanto y cuanto se procede a excluir injustamente a la oferta económicamente más ventajosa.*

*- Se ha dictado prescindiendo del procedimiento, en virtud de las normas especiales para la redacción de la resolución vulnera el contenido de los pliegos, dejando en una absoluta indefensión a mi patrocinado.*

*- Vulnera la redacción actual de los pliegos administrativos y técnicos lo determinado por la Constitución, por la Ley de Contratos del Sector Público y otras normas europeas mencionadas en apartados anteriores, en tanto y cuanto solicitan documentación que no figura como “documentación a entregar en los sobres del contrato”, y más aún si su ausencia determina la exclusión del licitador.”*

- Que “*debemos concluir a la luz de lo expuesto que NO procede la exclusión de mi mandante, que mi mandante aportó la documentación que se requiere a efectos de proceder a valorar debidamente la oferta aportada conforme a los criterios valorables mediante fórmulas, en tal sentido es menester anular ambas resoluciones, retrotrayendo las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a la resolución impugnada, procediendo nuevamente a la valoración de las ofertas.”.*

**SEXTO.** – Por su parte, frente a las alegaciones aducidas por la recurrente, el Órgano de Contratación se muestra disconforme, considerando que ha de desestimarse el recurso especial interpuesto por los motivos que, sucintamente, se exponen a continuación:

- Que existe un error en el informe de valoración de fecha 21 de mayo de 2020, y que analizado el mismo el órgano de contratación en su informe entiende que:

*“Analizada las ofertas de los licitadores y en concreto la de la recurrente, tal y como se observa en el expediente, The lab Media & Advertising SL, **SÍ** presenta los descuentos oficiales pero lo que **NO presenta es la relación de tarifas oficiales**, aun cuando dice que las incorpora, con lo cual el resultado es el mismo, dicha omisión de lo exigido en los Pliegos reguladores, impide proceder a llevar la valoración de las ofertas, porque es imposible valorar los porcentajes ofrecidos si no se saben los importes sobre los que aplicarlos. El resultado es el mismo, constituye un incumplimiento de la condición excluyente establecida y no impugnada.”*



*“Este error en la redacción del informe de valoración de 21 de mayo, por el que excluye a la mercantil por no presentar uno de los requisitos de la condición excluyente a saber, los porcentajes de descuento, puede ser corregido en cualquier momento en virtud de la posibilidad de rectificación de la Administración de los errores materiales.”*

*“Por tanto, entendemos que concurren los supuestos establecidos por el T.S. para definir el presente acaecido como un error en la redacción del informe que no conlleva una operación de valoración jurídica, puesto que no cambia ni lo que se pretende valorar ni el resultado final del mismo, puesto que la no presentación de las tarifas oficiales constituye igualmente incumplimiento de la condición excluyente.”*

*“El error se desprende de la documentación obrante en el expediente, es un error evidente, fácilmente rectificable, sin que quepan interpretaciones o juicios de valor, porque en ese caso estaremos mucho más allá de una rectificaciones de errores, y es que **la rectificación de errores**, como bien se indica en las sentencias reseñadas **no puede llevar a la anulación del acto, dictándose otro sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para la persona afectada, por lo que siempre debe aplicarse con criterio restrictivo.**”*

- Que en cuanto a las alegaciones e impugnaciones al Pliego de Cláusulas Económico Administrativas el informe señala que *“debemos manifestar respecto a la regulación de los Pliegos, que **la petición de las tarifas oficiales así como de los descuentos a ofrecer, sí se recogían en el PCAP**, en su **cláusula 35**, al contrario de lo que defiende la recurrente, prueba de ello es que la misma cita literalmente dicha cláusula en el ANEXO a la OFERTA ECONÓMICA del LOTE 2.”* y que *“dicha condición excluyente fue conocida por la licitadora ahora recurrente en todo momento, en ningún caso se impugnó o alegó nada al respecto, por lo que se atentaría contra la doctrina de los actos propios, con fundamento en la protección de la confianza y la regla de la buena fe.*

*Igualmente, dicha condición excluyente en la presentación de la oferta, venía recogida en el informe de criterios de valoración publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, **no constando alegación o impugnación a los Pliegos reguladores del contrato**, siendo claro que dicha condición fue conocida por la licitadora ahora recurrente, al presentar parte de la misma, es decir, los porcentajes de descuento, pero no las tarifas oficiales sobre las que aplicar las mismas, aun cuando dice incorporarlas.”.*

- Que por lo que respecta a la exclusión no acorde a derecho y la posibilidad de subsanación alegada por la recurrente, en el referido informe se indica que:

*“Tal y como consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se presentaron los porcentajes de descuento sobre las tarifas oficiales de los medios de comunicación pero **NO dichas Tarifas oficiales**, por lo que se mantiene lo defendido en el informe de valoración de 21 de mayo 2021, siendo evidente la*

*imposibilidad por los Servicios Técnicos Municipales de valorar su proposición con independencia del incumplimiento de la condición impuesta en los Pliegos reguladores del contrato. No es necesario demostrar nada, puesto que la propia Plataforma ofrece cifrado y sellado de tiempo de la documentación presentada por todos los licitadores, **por lo que lo no presentado no puede subsanarse.***

*“Dicha exclusión es conforme a los Pliegos reguladores del Contrato, puesto que la misma obedece a la **condición excluyente** de presentar obligatoriamente junto a la oferta económica tanto las tarifas oficiales como los descuentos sobre las mismas, siendo dicha condición configurada por escrito en el PCAP, publicada, y no recurrida en plazo por ninguno de los licitadores.” y que “dicha omisión en la incorporación de las tarifas responde a un olvido, pero no se puede defender que esta omisión responda a un error causado por la redacción de los Pliegos y demás documentación, puesto que de los **dos requisitos de la condición excluyente, la recurrente cumple con uno de ellos y consta su conocimiento respecto al segundo.**”.*

*“Es imposible que podamos compartir lo expuesto por la recurrente sobre la subsanación de la oferta en los términos expresados por la misma y ello porque: **1. Confunde en primer lugar, lo regulado por los artículos 140 y 141 LCSP, respecto a la subsanación de la documentación relativa a los requisitos previos, con la oferta económica. 2. NO es posible subsanar en ningún sentido la oferta económica mediante la aportación de documentación no presentada en el plazo habilitado para ello.**”, a cuyos efectos dicho informe se remite a la doctrina reflejada en la Resolución nº 443/2019 de 25 de abril del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del Ministerio de hacienda.*

- Que en cuanto a la alegación del error en la redacción de los Pliegos, el órgano de contratación entiende que *“Ni los Pliegos fueron recurridos en plazo ni se advierte incomprensión de los mismos puesto que si bien es cierto que la condición excluyente de presentar tanto las tarifas oficiales de los medios de comunicación como el porcentaje de descuento ofrecido sobre estas últimas, no se recoge en el modelo de proposición económica, sí se regula tanto en la cláusula 35 del mismo Pliego de Cláusulas como en el Informe de Criterios de valoración publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.”* y que *“Prueba de que lo recogido en los Pliegos es entendido por la licitadora ahora recurrente, es **que de los dos condicionantes, (tarifas oficiales y porcentajes), la mercantil ofrece anexo a su modelo de proposición económica los porcentajes de descuento a aplicar sobre unas tarifas que dice incorporar a dicho anexo, claramente olvidadas por error, como se comprueba de la documentación obrante en el expediente, siendo dicha omisión, como hemos visto, insubsanable.**”*

- Que en cuanto a lo alegado por la recurrente respecto a la nulidad conforme a los artículos 47.1 y 2 LPAC y de lo dispuesto en el artículo 39 LCSP, se señala que *“- No existe causa alguna de nulidad de pleno derecho. No defiende la recurrente por qué el informe de valoración de 21 de mayo 2021 se dicta prescindiendo total y*

*absolutamente del procedimiento legalmente establecido, cuáles son los actos administrativos ignorados para su adopción.*

*- Tampoco se infringe norma alguna de contratación pública, puesto que la exclusión de la proposición no es injusta ni contraria a lo establecido en los Pliegos.”.*

- Por lo que respecta a la posibilidad de retroacción del procedimiento a la apertura de la proposición pretendida por la recurrente, en el informe del órgano de contratación se indica que *“Por tanto, defendiendo que es imposible la subsanación de la oferta económica en el sentido que pretende la recurrente, puesto que la aportación de las Tarifas oficiales una vez conocidas todas las ofertas de los licitadores, sí supondría una vulneración de los Principios de Igualdad, no discriminación y Transparencia, entendemos que la retroacción del procedimiento a la apertura de la oferta económica, conllevaría al mismo resultado, puesto que la recurrente incumple con la condición impuesta en la lex contractus de cualquiera de las maneras, debiendo ser excluida su proposición a nuestro entender, por incumplimiento de lo previsto en los Pliegos reguladores del contrato, no siendo subsanable su error en ninguno de los casos.”.*

- Por último, en el reiterado informe del órgano de contratación se concluye que **“NO EXISTE ERROR EN LOS PLIEGOS Y POR TANTO LA EXCLUSIÓN ES AJUSTADA A DERECHO”**, y que **“NO ES POSIBLE LA SUBSANACIÓN DE LA OFERTA.”**, por lo que entiende que procedería desestimar el recurso especial presentado por la recurrente y, respecto a la solicitud de medida de suspensión cautelar, se informa favorablemente.

**SÉPTIMO.** – Expuestas las posiciones de las partes, procede analizar el fondo la cuestión principal que se suscita ante este Tribunal, que no es otra que la conformidad a derecho o no del acuerdo del Órgano de Contratación de excluir a la licitadora ahora recurrente.

A tal efecto debemos comenzar recordando que, conforme establece el artículo 139.1 de la LCSP *“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 (...)”.*

Por tanto, hemos de partir del carácter vinculante y preceptivo de las cláusulas fijadas en los pliegos por el órgano de contratación con el fin de determinar si estas son claras o por contra, han inducido a error, tanto a la recurrente como a otras licitadoras, en cuanto a la documentación que había de presentarse en el sobre 2 correspondiente a los criterios evaluables automáticamente.

Con carácter previo y con objeto de centrar los términos del debate, procede traer a colación, en lo que aquí interesa, tanto el contenido de los Pliegos que rigen la presente licitación como las determinaciones contenidas en la Memoria Justificativa o lo señalado

en el informe técnico de 21 de mayo de 2021 y en el acta de la Mesa de Contratación que a la postre motivo la exclusión de la entidad ahora recurrente.

Así, en la cláusula 35 “**valoración de las proposiciones**” que contiene el Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares (PCAP), se establece, en síntesis y por lo que aquí interesa, lo siguiente:

*“Para la valoración de las proposiciones y la adjudicación en base a la mejor relación calidad-precio se establecerán criterios en todo caso vinculados al objeto del contrato de conformidad con el art. 145 de la LCSP.*

*Los criterios de valoración son los descritos en la cláusula 7 de la Memoria Justificativa emitida por el Técnico de la Delegación de Comunicación, del siguiente tenor literal:*

*1. Los criterios de valoración que servirán de base para la adjudicación del presente contrato se aplicarán sobre un máximo de 100 puntos, atendiendo a la siguiente distribución:*

- A. Criterios evaluables mediante aplicación de fórmula.....78 puntos.
- B. Criterios subjetivos.....22 puntos.

*La empresa adjudicataria será aquella que obtenga una mayor puntuación que resulte de la suma de los criterios A y B.*

- A. Criterios evaluables mediante aplicación de fórmula:  
*(...)Las propuestas de descuentos de medios de comunicación que las empresas licitadoras deben presentar incluirán, con carácter excluyente, las tarifas oficiales de 2020 de cada uno de los medios, así como la propuesta de descuentos que el medio presente a la empresa licitadora.”.*

Igualmente, en el apartado 7 “**Criterios de Valoración**” que contiene la Memoria Justificativa que obra en el expediente que nos ha sido facilitado, se vuelve a reincidir en que “(…)Las propuestas de descuentos de medios de comunicación que las empresas licitadoras **deben presentar incluirán, con carácter excluyente, las tarifas oficiales de 2020 de cada uno de los medios, así como la propuesta de descuentos que el medio presente a la empresa licitadora.**”

En lo que atañe a la vinculación de las proposiciones presentadas por las licitadoras, en la cláusula 27.1 “**Presentación de las proposiciones. Artículo 139 LCSP**”, expresamente se advierte que “La presentación de proposiciones **vincula al licitador con la Administración** y presume por parte de dicho licitador la **aceptación incondicional, sin salvedad ni reserva alguna, de las cláusulas y condiciones de los Pliegos** y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para contratar con la Administración. Una vez presentada una proposición no podrá ser retirada bajo ningún pretexto.”.

De los documentos aportados por las licitadoras a fin de que fuesen sometidos a la valoración de los criterios evaluables automáticamente (sobre 2), se constata que para participar en el Lote 2 “*Publicidad Institucional de la Tenencia de Alcaldía de San Pedro Alcántara*” la sociedad ahora recurrente, THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L., formuló la siguiente propuesta:

<b>THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. (CIF: B86269925)</b>	
Precio de licitación	<b>99.173,55</b>
21% IVA	<b>20.826,45</b>
Total	<b>120.000,00</b>
<p>- Ofrece los siguientes porcentajes de descuento sobre las tarifas oficiales de los medios de comunicación social:</p> <p>- Prensa escrita diaria: <u>                    </u> <b>64,17%</b></p> <p>- Prensa digital <u>                    </u> <b>92,33%</b></p> <p>- Radio <u>                    </u> <b>69,33%</b></p> <p>- Televisión <u>                    </u> <b>41,25%</b></p> <p>- Ofrece un <b>0 %</b> de comisión de agencia sobre el volumen total de la licitación.</p> <p>- Se compromete a que uno de los trabajadores que va a efectuar el contrato, sea contratado de forma indefinida: <b>SÍ</b></p> <p>- Se compromete a reducir los plazos de presentación de informes de evaluación de una campaña publicitaria a 5 días: <b>SÍ</b></p> <p>- Se compromete a efectuar el pago a los medios de comunicación en: <b>un plazo no superior a 5 días.</b></p>	

En el acta de la Mesa de Contratación celebrada el 28 de abril de 2021 (Mesa 5), en la que se procedió a la apertura del Sobre 2 correspondiente a los referidos criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas o criterios objetivos, se puede constatar cómo aquella acuerda que se remitan las referidas propuestas presentadas por los licitadores a fin de que se emita el correspondiente informe técnico de valoración de las ofertas presentadas en consonancia con las determinaciones contenidas en el Pliego de Condiciones Económico Administrativas Particulares.

En el informe técnico que se emite con fecha 21 de mayo de 2021 con ocasión de la valoración de las ofertas presentadas atendiendo a los criterios objetivos, el técnico informante señala, en síntesis y por lo que a la exclusión de la recurrente afecta, que: “(...)Resulta obligatorio en este punto incidir en lo expuesto en la Memoria Justificativa relativo a la obligatoriedad de presentar junto a la oferta económica, **CON CARÁCTER EXCLUYENTE**, “*las tarifas oficiales de 2020 de cada uno de los medios, así como la propuesta de descuentos que el medio presente a la empresa licitadora*”. A este respecto resultan los siguientes datos:



- *HASHTAG MEDIA GROUP SLU, **no presenta** relación de las tarifas oficiales y **no presenta** las propuestas de descuento de los diferentes medios.*
- *THE LAB MEDIA AND ADVERTISING SL, presenta relación de las tarifas oficiales, pero **no presenta** las propuestas de descuento de los diferentes medios.*
- *NEW FOCO SL, presenta relación de las tarifas oficiales y presenta las propuestas de descuento de los diferentes medios*

*Por consiguiente, se debe tener al contenido del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, relativo al rechazo de proposiciones, y el cual indica que: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida [...], será desechada por la mesa, en resolución motivada”. En este caso, se debe rechazar las propuestas de las comerciales HASHTAG MEDIA GROUP SLU y THE LAB MEDIA AND ADVERTISING SL, sin trámite de subsanación. Esto es así, dado que se hace imposible su valoración por no poderse determinar de forma indubitada el importe de los descuentos ofrecidos por los medios de comunicación, y la posible subsanación supondría una ventaja contraria al principio de igualdad de trato en la contratación pública, dadas las posibles alteraciones en las ofertas subsanadas.(..)”.*

Pues bien, siendo cierto que el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001 establece que “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida [...], será desechada por la mesa, en resolución motivada” y que de la propuesta presentada por la recurrente no se puede determinar algunas de las determinaciones establecidas en los pliegos o que en ese estadio ya no resulta posible darle trámite para la subsanación de la referida deficiencia, no es menos cierto que el técnico yerra al afirmar en su informe que la licitadora THE LAB MEDIA AND ADVERTISING, S.L. presenta la relación de las tarifas oficiales pero no las propuestas de descuentos de los medios, pues del cuadro anteriormente reflejado, se deduce claramente que lo que acontece es precisamente lo contrario, es decir, que lo que realmente presenta es **la propuesta de descuentos de los medios de comunicación social** (Prensa escrita diaria, Prensa digital, Radio y Televisión) pero **no la relación de las tarifas oficiales de cada uno de los medios**, deficiencia que habría de conllevar, conforme a lo establecido en las condiciones impuestas en la Memoria Justificativa, en el PCAP y por mor de lo preceptuado en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la exclusión de la licitadora, y ello, sin perjuicio de lo que ahora se dirá respecto al error padecido en el referido informe técnico.

Por otra parte y por lo que atañe a la alegación de la recurrente en la que se pone en entredicho el contenido o redacción de los pliegos y de su exigencia respecto a la presentación de determinados documentos —*vaya por delante y por lo que ahora se dirá no le asiste la razón a la recurrente*—, tenemos que comenzar recordando la cualidad de *lex contractus* que alcanzan los Pliegos que rigen la contratación, una vez que estos hayan adquirido firmeza, por haberse consolidado los plazos para poder impugnarlos y, por consiguiente, por haberse consentido su contenido por todos los participantes del procedimiento de licitación.



A estos efectos, resulta oportuno traer a colación lo señalado, entre otras, en la Sentencia de 19 de marzo de 2001 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en la que señala que *«(..)esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía».*

En análogo sentido se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su reciente Resolución 283/2021, de 26 de marzo de 2021, en cuyo Fundamento de Derecho Séptimo se dice que *«(..)tiene declarado este Tribunal que el Pliego de Cláusulas Administrativas constituye la ley de contrato a la que deben sujetarse los licitadores, así como el propio órgano de contratación. Al efecto, hemos de partir del valor vinculante del Pliego aprobado por el órgano de contratación. El Pliego constituye “auténtica lex contractus, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación”. Como se señala en la Resolución 410/2014, de 23 de mayo «siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos de recordar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012). En efecto, abundando en dicha afirmación hemos de traer a colación la resolución 253/2011 “a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato”. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia*

*contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquellos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas.».*

Asimismo y por lo que respecta a la posibilidad de modificar la oferta presentada, tal como propone en su alegación la recurrente, mediante la subsanación de lo que ésta entiende por defectos subsanables y sin salirnos del contenido ilustrativo de los fundamentos de la resolución nº 283/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Fundamento de Derecho Octavo se precisa lo siguiente: *«Pues bien, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, las ofertas no pueden modificarse una vez presentadas por los licitadores. La Resolución 1203/2017, 22 de diciembre, dictada en el recurso 1097/2017, señala que “como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr.: Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras). Respecto a la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, 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” (Resolución 016/2013), 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 C599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado 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” (Resolución 94/2013). En definitiva, 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, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras). Así, “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador, ni del candidato” toda vez que, “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”. Por otra parte, y aun cuando se pudiera considerar que existe un error en la oferta técnica, dicho error no es subsanable. Este Tribunal ha dictado numerosas Resoluciones (por todas, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 156/2012, 242/2012, 82/2013) que, salvo en supuestos en que se hubiera*

*cometido un flagrante error material en que la voluntad del licitador pudiera ser fácilmente integrada, presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta resulta posible solicitar aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación”. En esta misma línea, el órgano de contratación invoca las resoluciones 402/2016 y 876/2014.».*

Pues bien, en el supuesto aquí analizado, no consta que la recurrente haya solicitado aclaraciones con carácter previo a la presentación de su oferta, ni tampoco que haya manifestado su disconformidad con el contenido de los pliegos o haya procedido a la impugnación de los mismos, constando, por el contrario, de los antecedentes que obran en el expediente que nos ha sido facilitado, que al igual que las restantes licitadoras, aquella no tuvo dudas respecto a qué documentos y qué información debía contener su propuesta para poder participar en la licitación cuyo acto de exclusión ahora se recurre, debiendo concluir que la subsanación pretendida a estas alturas del procedimiento en el que el contenido y la valoración de las proposiciones del sobre 2 ya han sido desvelados, comportaría, simple y lisamente, permitirle que adicione otros elementos de los que su propuesta carece, cuales son la relación de las tarifas oficiales de cada uno de los medios, vulnerándose con ello el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación.

Finalmente, resta por analizar el hecho puesto de manifiesto en el informe del órgano de contratación evacuado con fecha 28 de julio de 2021, en el que se viene a reconocer —*como ya hemos tenido oportunidad de analizar más arriba*— que en el informe técnico emitido el 21 de mayo de 2021 con ocasión del análisis de los criterios evaluables mediante aplicación de fórmulas que finalmente supuso la exclusión de la recurrente, se incurrió en un error consistente en que, en vez de indicar que **“no presenta la relación de tarifas oficiales, pero presenta las propuestas de descuento de los diferentes medios”** se indicó que **“presenta relación de las tarifas oficiales, pero no presenta las propuestas de descuento de los diferentes medios”**, concluyendo el órgano de contratación en su informe que **“Este error en la redacción del informe de valoración de 21 de mayo, por el que excluye a la mercantil por no presentar uno de los requisitos de la condición excluyente a saber, los porcentajes de descuento, puede ser corregido en cualquier momento en virtud de la posibilidad de rectificación de la Administración de los errores materiales.”** y que entiende **“que concurren los supuestos establecidos por el T.S. para definir el presente acaecido como un error en la redacción del informe que no conlleva una operación de valoración, puesto que no cambia ni lo que se pretende valorar ni el resultado final del mismo, puesto que la no presentación de las tarifas oficiales constituye igualmente incumplimiento de la condición excluyente.”**

A éste respecto y a fin de resolver la cuestión planteada, se hace necesario examinar cuales son los requisitos establecidos por la doctrina y la jurisprudencia para poder afirmar que nos hallamos ante un error material o de hecho, a cuyos efectos de las múltiples resoluciones emanadas del Tribunal Administrativo Central de Recurso

Contractuales traemos a colación lo señalado en la Resolución nº 212/2020 (Recurso nº 177/2020) en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto, trayendo a colación la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en múltiples Sentencias, se dice lo siguiente:

*«De forma resumida, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1991 dice que:*

*“La facultad que la Administración atribuye al art. 111 de la LPA, de rectificar los errores materiales o de hecho y los aritméticos, sin limitación temporal, ha sido cuidadosamente matizada por una abundante doctrina jurisprudencial de este Tribunal, que ciñe el ejercicio de dicha facultad a los supuestos en que el propio acto administrativo revele una equivocación evidente de aquella índole, en cuyo caso cabe la eliminación del error, siempre que el acto una vez rectificado siga subsistiendo con idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio, pues no puede la Administración so pretexto de su potestad rectificatoria encubrir una auténtica potestad revocadora, eludiendo los trámites formales de nulidad o anulación previstos en los artículos 109 y 110 de la propia Ley. De ahí que dicha doctrina se haya cuidado de advertir la necesidad de diferenciar entre error de derecho y el mero error matemático o, de hecho, negando la existencia de éste siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica, o cuando la rectificación aparente represente realmente una alteración fundamental del contenido del acto.”*

*De manera más extensa y detallada y recogiendo la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, que ha sido proclamada en numerosas ocasiones, la sentencia de 27 de septiembre de 2012, establece los requisitos del error de hecho para que pueda ser objeto de rectificación:*

*“Según explica la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 2001 (casación 2947/1993 ) - con cita de sentencias de 18 de mayo de 1967, 15 de octubre de 1984, 31 de octubre de 1984, 16 de noviembre de 1984, 30 de mayo de 1985, 18 de septiembre de 1985, 31 de enero de 1989, 13 de marzo de 1989, 29 de marzo de 1989, 9 de octubre de 1989, 26 de octubre de 1989, 20 de diciembre de 1989, 27 de febrero de 1990, 23 de diciembre de 1991, 16 de noviembre de 1998 - para que sea posible esa rectificación de errores: “... es menester considerar que el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:*

*1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;*

*2) Que el error se aprecie teniendo que 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.”*

*En resumen, solo se hará un uso adecuado de la rectificación de errores cuando, sin alterar el sentido ni el contenido del acto administrativo, se eliminen los errores evidentes y palmarios presentes en el acto administrativo que resultan ajenos a cualquier valoración, opinión, o criterio de aplicación. Y en ningún caso estarán incluidos los errores de derecho, los que requieren de interpretación jurídica, por muy evidentes o elementales que resulten.»*

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa y la vista de la jurisprudencia establecida en las múltiples sentencias del Alto Tribunal, entendemos que el mecanismo procedimental que permite la rectificación de errores materiales o de hecho —*sin perjuicio que lo procedente habría sido exigir tal rectificación con carácter previo a la propuesta de la Mesa de Contratación y la consiguiente adopción de la resolución ahora recurrida*—, sería perfectamente aplicable a lo acontecido en el momento de redactar el informe de 21 de mayo de 2021 relativo a la valoración de la propuesta presentada por la recurrente —*que no a la resolución recurrida*—, pues se trataría de un error ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse por su sola contemplación.

En este sentido, cabe recordar que el principio de economía procesal, cuyo ámbito de aplicación se extiende a los procedimientos de toda índole, impone la conservación de los actos o trámites cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones, dilatándose con ello la tramitación en contra del principio de celeridad y eficacia que han de regir todos los procedimientos, para finalmente llegar a idénticos resultados, es decir, si, racionalmente, puede preverse que se reproducirán los mismos actos, lo lógico es su mantenimiento, y esto es precisamente lo que acontecería en el supuesto aquí analizado, pues con la rectificación del error contenido en el informe técnico de 21 de mayo de 2021, el resultado de la valoración de la propuesta aportada por la recurrente en el sobre 2 no se

alteraría, continuando adoleciendo dicha documentación de la misma deficiencia, a la postre, insubsanable y motivadora de su exclusión de la licitación.

Así, como ha establecido el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 14 de junio de 1993, *«Es doctrina jurisprudencial la que, basándose en el principio de economía procesal, advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal haya de ser idéntico en sentido material al anterior -SS. 11-5-1983, 13-2-1985, 28-7-1986, 5 de abril y 10 de mayo de 1989- pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y mesura.»*.

Finalmente y por lo que concierne al referido principio de economía procesal, en el Fundamento de Derecho Séptimo de la Resolución nº 1229/2017 (Recurso nº 1105/2017) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, remitiéndose a su vez a lo indicado por el Alto Tribunal en sus Sentencias 1137/2012 y 2883/1999, señala que *“Así las cosas, la exclusión de la recurrente es consecuencia obligada del incumplimiento del requisito exigido por el Pliego de Prescripciones Técnicas (..). Añádase a ello el que una eventual decisión estimatoria en razón de ese aparente déficit en la motivación resultaría contrario al principio de economía procesal, el cual, como es sabido, pugna contra cualquier retroacción de actuaciones de las que no se derivaría alteración del sentido del acto impugnado (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 23 de febrero de 2012 -Roj STS 1137/2012- y 28 de abril de 1999 -Roj STS 2883/1999-). Y a idéntico resultado llegaríamos si obligáramos a dictar una nueva resolución que recogiera con más exactitud la razón determinante de la exclusión, pues, como se ha señalado, la falta cometida por la recurrente no admite subsanación, con lo que, a la postre, quedaría expulsada en todo caso del procedimiento de licitación.”*

Por todo ello, con base en lo señalado en las anteriores consideraciones y en aras a la aplicación de los principios de eficacia, celeridad y economía procesal que rigen los procedimientos de revisión de las decisiones en materia contractual y garantizan el llamado efecto útil de los mismos, éste Tribunal considera que no resulta conveniente en este caso anular el acuerdo de exclusión y ordenar una retroacción de actuaciones que no es susceptible de surtir modificación alguna en el resultado de la licitación, en tanto que con la rectificación del error de hecho padecido en el reiterado informe de valoración de 21 de mayo de 2021, el resultado final de la valoración sería idéntico, pues la proposición de la recurrente continuaría sin contemplar la relación de las tarifas oficiales exigida en los pliegos y demás documentos de la licitación, constituyendo dicha deficiencia, irremisiblemente y por mor de lo preceptuado en dichos documentos, la exclusión de la licitadora, correspondiendo, en consecuencia y por las razones expuestas, la desestimación del recurso presentado.

Por todo ello, de conformidad con las consideraciones y fundamentos expuestos y vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha,

**ACUERDA**



**PRIMERO.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A.R.P., actuando en nombre y representación de la mercantil **THE LAB MEDIA AND ADVERTISING S.L.**, contra el Acta de la mesa de contratación de 16 julio 2021 y el Decreto nº 2021/10809 de 25 de julio por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “*Servicio de agencia de medios de comunicación para la planificación, mediación, inserción y seguimiento de la difusión de la publicidad institucional del Ayuntamiento de Marbella y la Tenencia de Alcaldía de San Pedro Alcántara para 2020 y 2021*” (EXPTE. SE 226/20).

**SEGUNDO.-** Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la LCSP.

**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 58.2 de la LCSP.

**CUARTO.-** Notificar la presente resolución a todas las partes interesadas en el procedimiento.

La presente resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabe 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.