



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 001/2013

Acuerdo 6/2013, de 30 de enero de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. frente a su exclusión en el procedimiento denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», promovido por la Comarca de Cinco Villas (Zaragoza), y la simultánea adjudicación del mismo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de septiembre de 2012 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», convocado por la Comarca de Cinco Villas (en adelante la Comarca); contrato de gestión de servicio público tramitado por procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, con varios criterios de adjudicación, con un presupuesto de licitación para los diez años de vigencia del contrato de 7 761 726,81 euros, IVA no incluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el día 19 de octubre de 2012.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

SEGUNDO.- En el procedimiento convocado presentaron propuestas varios licitadores, entre ellos URBASER, S.A, que resultaría adjudicataria, y la recurrente. La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 31 de octubre de 2012, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre A), presentada por los licitadores, declarando a todos ellos admitidos. A continuación, en acto público, se procedió a la apertura del Sobre B, relativo a los criterios de adjudicación no sujetos a valoración automática. Estas circunstancias se acreditan en el acta de la Mesa de contratación.

TERCERO.- Con fecha 13 de noviembre de 2012 se emite el informe de valoración de las ofertas técnicas. El 20 de noviembre de 2012 vuelve a reunirse la Mesa de contratación para dar a conocer, en acto público, el resultado de la evaluación del contenido del Sobre B y para la apertura de las proposiciones económicas.

En este momento, se identificó por la Mesa de contratación como «*anormal o desproporcionada*» la propuesta de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. (en adelante FCC), por lo que se acordó —de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 TRLCSP y en la cláusula décima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP)— requerir a la empresa justificación documental de la baja ofertada, en la que se asegure su normal cumplimiento, concediéndose al efecto un plazo de tres días naturales.

Se acuerda asimismo proponer la adjudicación del contrato a FCC, y en caso de que a juicio del órgano de contratación no presente la justificación solicitada, o del análisis de la misma se estime que la oferta no pueda ser cumplida, se propone excluirla de la clasificación y acordar la adjudicación del contrato a favor de URBASER, S.A.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Todos estos hechos, quedan igualmente acreditados en el acta de la sesión de la Mesa.

CUARTO.- Según consta en el expediente, con fecha 22 de noviembre de 2012, D. Manuel Liébana Andrés, en representación de FCC, presenta en el Registro de la Comarca un escrito en el que manifiesta que su oferta no ha incurrido en «*baja temeraria*». Señala que la cláusula 1-7 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), al referirse al presupuesto de licitación, lo hace a un año. Aclara que la oferta de FCC (664 598,5 euros) es «*anual*» y que el precio del contrato se calcula con una simple operación aritmética, multiplicando por diez la cifra anual, lo que da un precio global para los diez años de vigencia del contrato de 6 645 984,5 euros. Solicita que se considere ésta la cuantía de su oferta y, en consecuencia, no se entienda la misma como anormal o desproporcionada.

Consta asimismo en el expediente que, con fecha 21 de noviembre de 2012, D. Jesús Rodríguez Morilla, en representación de URBASER, S.A, presenta un escrito en el que solicita de la Comarca vista del expediente y la remisión del Acta de la Mesa de contratación en la que se procedió a la apertura del Sobre B y su valoración.

QUINTO.- El 26 de noviembre de 2012, el Secretario de la Comarca emite un informe en el que, en síntesis, propone la exclusión de la oferta de FCC, por comportar error manifiesto en el importe de la proposición, existiendo reconocimiento por el licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hacen inviable; clasifica las proposiciones y propone requerir a URBASER, S.A. para que presente la documentación precisa para la adjudicación.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por Acuerdo del Consejo Comarcal, de 27 de noviembre de 2012, a la vista de la propuesta de la Mesa de contratación y del Informe del Secretario de la Comarca, se procedió a requerir a URBASER, S.A. la documentación precisa para adjudicar el contrato a su favor. Presentada la misma, por Acuerdo del Consejo Comarcal de 17 de diciembre de 2012, se procedió a la adjudicación. Esta se notificó a los licitadores el día 18 de diciembre de 2012, advirtiéndoles de la posibilidad de plantear frente a la misma recurso especial en materia de contratación.

SÉXTO.- El 4 de enero de 2013, ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, D. Manuel Liébana Andres, en nombre y representación de FCC, interpone recurso especial en materia de contratación pública, contra la exclusión notificada en el Acuerdo de 17 de diciembre de 2012, por el que se adjudica el contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización».

El licitador recurrente, anunció el 28 de diciembre de 2012, al órgano de contratación, la interposición de dicho recurso, conforme a lo preceptuado en el artículo 44.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

SÉPTIMO.- El recurso alega y fundamenta, en resumen, lo siguiente:

- 1) Tras relatar los hechos relativos a la solicitud de justificación de la viabilidad de su oferta y a la respuesta dada por la misma —que se recogen en los antecedentes TERCERO y CUARTO del presente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Acuerdo—, señalan que han podido consultar el expediente de contratación y comprobar que todas las empresas realizan la misma operación aritmética, es decir, calculan un presupuesto anual del servicio y lo multiplican por 10. Consideran que FCC, con su aclaración, en ningún momento modifica o cambia la oferta presentada, limitándose a aclarar una omisión evidente por lo inverosímil de la oferta. Entienden que lo que procedía en este caso, como recomienda el TSJUE, en lugar de calificar la oferta como «baja temeraria» era solicitar una aclaración.

- 2) El Acuerdo adoptado el 17 de diciembre de 2013 por el órgano de contratación se basa en un falso presupuesto, ya que FCC en ningún momento, ni tácita, ni de otra forma, manifiesta error en el importe de su proposición, siendo dicha expresión un juicio de valor en el informe del Secretario de la Comarca. Lo único que manifestó FCC fue la omisión de la palabra «anual» y la explicación del cálculo y su origen en el PPT.
- 3) Argumentan falta de motivación de la notificación de exclusión a FCC (exigida por el artículo 151.4 TRLCSP) y falta de fundamentación de la no admisión de la aclaración efectuada.
- 4) Mantienen la nulidad de la exclusión por baja temeraria no justificada, remitiéndose tanto al modelo de oferta económica contenido en el PCAP como a las referencias del PPT, sobre los que la mercantil optó por hacer una interpretación conjunta y compatible, con la simple omisión de una palabra. A su juicio, considerar que el precio ofertado es anual y que el precio global de la oferta es el mismo multiplicado por 10 no supone ni modificación ni alteración de su oferta, ni dicha resolución afecta a los principios de igualdad y competitividad. En apoyo de su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

argumentación, citan y reproducen doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y de este Tribunal, y jurisprudencia del TS.

- 5) Entienden que el recurso procedente es el especial, pero subsidiariamente solicitan se tenga por presentado como de reposición, solicitando la suspensión de la ejecutoriedad del acuerdo, de conformidad con el artículo 111 LRJPAC.

Por todo lo alegado, solicita se dicte resolución que anule y deje sin efecto su exclusión en la licitación referenciada, se acuerde retrotraer las actuaciones al momento de la admisión de propuestas económicas y valoración de las mismas, incluyendo a FCC y admitiendo la aclaración efectuada por ésta.

OCTAVO.- El 8 de enero de 2013, el Tribunal solicita de la Comarca, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, la remisión, en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, acompañado de un informe del órgano gestor del mismo. El 10 de enero de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó con fecha 11 de enero de 2013, la interposición del recurso al resto de licitadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP

NOVENO.- El 17 de enero de 2013, D. Gerardo Adrados Sánchez, en representación de URBASER, S.A. presenta ante este Tribunal, escrito en el que alega que debe inadmitirse el recurso especial al haberse interpuesto respecto de un contrato no sometido al mismo. En concreto, señalan y argumentan que de los dos requisitos exigidos en el artículo 40.1 c) TRLCSP —presupuesto de gastos de primer establecimiento,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, superior a 500 000 euros y plazo de duración superior a cinco años— en el presente caso no se cumple el primero de ellos.

Sin perjuicio de la inadmisión, consideran totalmente injustificada la pretensión de la recurrente, manifestando que todo el procedimiento se ha realizado en términos ajustados a las exigencias legales. Entienden que la interpretación integral de los Pliegos determina claramente la obligación de los licitadores de realizar sus propuestas economizas referidas a la totalidad del contrato, por lo que la oferta de FCC fue temeraria, y ajustada a derecho su exclusión, ante la no justificación de la misma.

Consideran, en definitiva, que lo que subyace es un error manifiesto en la propuesta económica de la recurrente, que determina el rechazo de su proposición, de conformidad con lo previsto en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP). Lo que ahora plantea FCC es una modificación sustancial que traslada a la Mesa de contratación la obligación de tener que «deducir» cual era su oferta económica «real» y que supone, frente al resto de licitadores, una vulneración del principio de igualdad de trato, máxime cuando la misma se produce después de conocer el resto de proposiciones económicas.

A la vista de lo alegado, solicitan la inadmisión del recurso, subsidiariamente su desestimación, y la continuación del trámite de formalización del contrato, al no proceder la suspensión automática prevista en el artículo 45 TRLCSP, por recurrirse un acto de trámite.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

En cuanto al sometimiento del contrato al recurso especial, en principio debe ponerse de manifiesto que el contrato de gestión de servicio público no es un contrato sujeto a regulación armonizada. Los contratos de gestión de servicios públicos son susceptibles de recurso especial, previo a la interposición del contencioso administrativo, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500 000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, no porque sean contratos sujetos a regulación armonizada, sino porque el legislador español los ha incluido en el ámbito del recurso.

En el escrito de interposición del recurso, se plantea la hipótesis de que el recurso que proceda interponer no sea el recurso especial, sin que se hagan mayores precisiones al respecto. Y en el escrito de alegaciones que presenta la mercantil URBASER, S.A, se afirma que no cabe el recurso especial puesto que el presupuesto de gastos de primer establecimiento no alcanza la cifra señalada. El Presidente de la Comarca de Cinco Villas, en su informe de 9 de enero de 2013, no se pronuncia sobre el carácter del recurso, ni alude ni dice nada sobre esta cuestión, aunque tramita el recurso, y adecua todas sus actuaciones, al trámite y procedimiento del recurso especial que se regula en el TRLCSP. De manera que, entiende el órgano de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contratación, que procede el recurso especial en materia de contratación contra la exclusión de la recurrente, llevada a cabo por acuerdo del Consejo Comarcal de Cinco Villas, de 18 de diciembre de 2012, como así se comprueba en el pie de recurso de la notificación del acto de adjudicación y exclusión.

Hay que recordar, a este respecto, cuanto se afirmó en el Acuerdo de este Tribunal 44/2012. Se señaló entonces, que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública ninguna referencia específica a la regulación de qué debe entenderse por presupuesto de gastos de primer establecimiento. Esta ausencia o carencia normativa, motiva la necesidad de realizar una labor interpretativa para averiguar la voluntad de legislador al hacer depender, de la cuantificación de dicho presupuesto, notables consecuencias jurídicas.

Se alega, por la mercantil URBASER, S.A, que debe acudir a la normativa contable para determinar cuales son los gastos de primer establecimiento. Y para apoyar tal afirmación, se aporta y cita el Informe de la Junta Consultiva de Contratación de Galicia de 11 de junio de 2008. Y se parte de la equiparación de presupuesto de gastos de primer establecimiento a los gastos que resultan indispensables para crear una empresa.

Este Tribunal considera, y tiene sentado desde su Acuerdo 44/2012, que no puede equipararse el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, con el concepto contable que se contenía en la normativa contable anterior (actualmente derogada), por las razones que en dicho acuerdo se manifestaron:

«En primer lugar porque la normativa contable actual (vigente) no regula los gastos de primer establecimiento. De manera que no puede integrarse el concepto de presupuesto de gastos de primer



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

establecimiento de la normativa contractual, apelando a una normativa contable derogada. Para atender al criterio contable deberíamos acudir a la normativa precedente, pues el actual Plan General de Contabilidad (PGC/2007), aprobado mediante Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, al ordenar que la contabilización de los gastos de establecimiento se realice con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias como gastos del ejercicio en el que se incurran, elimina la especificidad prevista en los dos planes anteriores hoy derogados (1973 y 1990) para los gastos de primer establecimiento, y con ello toda referencia a su tratamiento particular.

En segundo lugar, porque si hubiese de acudirse a la normativa del Plan General de Contabilidad de 1990 (aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, hoy derogado), como mantiene URBASER, únicamente se considerarían gastos de primer establecimiento los gastos necesarios hasta que la empresa inicie su actividad productiva, al establecerse aquélla o con motivo de ampliaciones de su capacidad: honorarios, gastos de viaje y otros para estudios previos de naturaleza técnica y económica; publicidad de lanzamiento, captación, adiestramiento y distribución de personal, etc., ocasionados con motivo del establecimiento. Tales gastos de establecimiento, que debían amortizarse sistemáticamente en un plazo no superior a cinco años (todo ello de acuerdo con la definición de la cuenta 201, en relación con la norma de valoración 6ª), eran gastos intangibles, como se señala tanto en la legislación contable precedente y en la Norma Internacional de Contabilidad número 38 (NIC 38). En consecuencia, no se trataba, en ningún caso de gastos imprescindibles y absolutamente necesarios para iniciar una empresa: edificios, obras, maquinaria, etc. (que formarían parte del activo material). Por este motivo, estos gastos, tomados desde la perspectiva estrictamente contable, carecen de relevancia. De manera que, de aplicar tal concepto contable, nunca o casi nunca, se alcanzarían las cuantías a las que se refiere el TRLCSP, de donde resultaría que a los contratos de gestión de servicios públicos les estaría vedado el recurso especial (y, a contrario sensu, se podrían adjudicar prácticamente todos los contratos de gestión de servicios públicos por el procedimiento negociado, pues casi nunca alcanzarían esa cifra de 500 000 euros), y no parece que esa sea la voluntad del legislador.

En tercer lugar, porque no es posible afirmar que el legislador de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, atendiese al



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

concepto de gastos de primer establecimiento del Real Decreto 1643/1990, de 29 de diciembre, de manera que tal concepto se asentase sobre el concepto contable de gastos de primer establecimiento. Entre otras razones, porque el concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento aparece, al menos ya, en el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que establecía en su artículo 69, que los contratos de gestión de servicios se adjudicarían ordinariamente mediante concurso, pudiendo, no obstante, adjudicarse directamente cuando su presupuesto de gastos de primer establecimiento no se previera superior a 1.500.000 pesetas ni su plazo de duración fuera superior a dos años. De manera que puede afirmarse que el concepto legal, de presupuesto de gastos de primer establecimiento, nace bastante antes de que se hubiese dictado la primera disposición legal normalizadora de la contabilidad.

En cuarto lugar, y finalmente, porque si se admitiese que el TRLCSP alude al concepto contable de gastos de primer establecimiento tendríamos que concluir que el órgano de contratación no podría establecer, ni conocer su cuantía y alcance, pues dichos gastos son diferentes para cada licitador, en función de las circunstancias de cada empresa, de donde vendría a resultar que la posibilidad de recurso especial en los contratos de gestión de servicios públicos, la posibilidad de su adjudicación mediante procedimiento negociado, e incluso la publicidad de su formalización, dependería de un dato incierto, aleatorio y ambiguo. Y, no es posible entender que el legislador anude consecuencias jurídicas de tanta relevancia a un concepto tan impreciso».

A juicio de este Tribunal, el origen del concepto de presupuesto de gastos de primer establecimiento se encuentra en el artículo 126.2 y 129.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Ambos preceptos han sido recogidos, casi con idéntica trascripción literal, en los artículos 274.2 b) y 280.3 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO). En particular el artículo 274.2 b) RBASO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

prevé que la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, de acuerdo con las bases tenidas en cuenta para su otorgamiento, deben mantenerse en todo caso, en función de la necesaria amortización, durante el plazo de aquélla, del «coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho», de los gastos de explotación y del beneficio industrial normal.

Y el artículo 280.3 RBASO se refiere al «coste del establecimiento del servicio», a la hora del cálculo de la retribución prevista para el concesionario. De donde cabe deducir, que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, a que se refiere el TRLCSP, está formado por todos aquellos necesarios para poner en funcionamiento el servicio público, que deben diferenciarse de los gastos de explotación. Sin ánimo de una lista exhaustiva, pueden citarse como conceptos a incluir los siguientes: gastos en obra de inversión que corran a cargo del contratista, gastos en instalaciones nuevas o de reposición existentes, inversión en maquinaria de todo tipo, etc. Es decir, se incluyen las inversiones precisas para poner en funcionamiento el servicio público, excluyendo los gastos de explotación futuros y las inversiones futuras. Y, es oportuno añadir, que, a los efectos del recurso especial, es indiferente que los gastos de primer establecimiento corran a cargo del contratista o sean aportados por el órgano de contratación, a través de su puesta a disposición.

En consecuencia, y a la vista del valor estimado del contrato, de la calificación que da al recurso el órgano de contratación, al ofrecer el pie del recurso, hay que concluir que el contrato es susceptible de recurso especial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 40.1 c) TRLCSP.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Respecto al objeto de recurso, éste se interpone frente a un acto de trámite, la exclusión, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo y, simultáneamente, frente a la adjudicación del contrato, acordada y notificada en el mismo acto. Ambos actos son recurribles de acuerdo con el artículo 40.2 TRLCSP, y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo planteada en el recurso admitido es determinar la adecuación de la exclusión de la empresa FCC del procedimiento de licitación, y si el error padecido en la formulación de su oferta económica es susceptible de aclaración.

La razón *decidendi* de excluir la proposición del recurrente, se motiva por la Mesa de contratación, en el error en que, a su juicio, incurrió FCC al formular precio ofertado en la proposición (que lo hacía con carácter anual y no por el total de anualidades del contrato). Y se fundamenta, tal exclusión, en el tenor literal del artículo 84 RGLCAP.

El artículo 84 RGLCAP, que regula el rechazo de las proposiciones, establece 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».*

De los supuestos que motivan el rechazo de las proposiciones, ex artículo 84 RGLCAP, el órgano de contratación aduce en su



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

argumentación el *«error manifiesto en el importe de la proposición»*. Error del que se afirma, en el informe del órgano de contratación, *«existe reconocimiento tácito de que adolece de error o inconsistencia que la hagan (a la oferta) inviable»*, aunque de las actuaciones del recurrente se desprende, inequívocamente, la inexistencia del tal reconocimiento tácito.

Es necesario, en consecuencia, analizar si en nuestro ordenamiento jurídico la oferta presentada por FCC, debe ser calificada como *«error manifiesto»*, y lleva anudada la exclusión o rechazo de la proposición.

Este Tribunal, considera, y así se puso de manifiesto en su Acuerdo 49/2012, que:

«el error consiste en una equivocada o inexacta creencia que sirve de presupuesto para la realización de un acto jurídico (en este caso la fijación del importe de la proposición). No todos los errores comportan, en nuestro Derecho, las mismas consecuencias ni tienen el mismo tratamiento jurídico. En la teoría general de los contratos se distingue entre errores relevantes, que permiten a quien los ha sufrido desligarse del cumplimiento del contrato, y errores irrelevantes que quien los sufre o padece tiene que pechar con ellos. Nuestro Código Civil, en el artículo 1266, viene a recoger esta distinción al establecer diferente régimen jurídico para los errores que invalidan el consentimiento (error sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato y error sobre la persona) y los errores que no invalidan el consentimiento, sino que dan lugar a una corrección o rectificación (error sobre la cantidad y sobre el valor, y el error de cálculo o de cuenta).

En nuestro Derecho, la calificación de una actuación jurídica como manifiesta alude a la evidencia y claridad de la misma, a su carácter terminante. En este sentido, se manifestaba el Consejo de Estado, en su interpretación del concepto de infracción manifiesta, del artículo 110 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, interpretando que por tal infracción manifiesta debía entenderse la infracción terminante y clara, apreciable inmediatamente al comparar el contenido y alcance del acto administrativo con la norma contenida en la Ley. Dicho



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de otro modo, o la gravedad de una infracción era relevante, seria y evidente y, por lo tanto manifiesta, o no era ciertamente tan grave.

Pues bien, consideraciones similares cabe realizar respecto de cuando un error es manifiesto desde el punto de vista jurídico. De manera que debe tratarse de un error grave, relevante, serio y evidente. Es decir, el error manifiesto es aquel error insalvable, que no puede ni debe ser corregido por el operador jurídico.

De manera que una interpretación adecuada del artículo 84 RGLCAP, a la vista de cuanto se ha expuesto y de las reglas generales de nuestro Derecho de la Contratación, obliga a considerar que no cualquier tipo de error, sino únicamente aquel que merezca la calificación de manifiesto, puede dar lugar al rechazo sin más de una proposición. Sobre todo si, y además, se atiende a dos de los principales principios que inspiran toda licitación pública: el principio de concurrencia y el de selección de la oferta económicamente más ventajosa; que han generado una consolidada jurisprudencia acerca del carácter antiformalista de la contratación pública.

Además, no debe olvidarse, que existe un interés legalmente protegido, incluso un derecho de los ciudadanos y sus empresas, a ser adjudicatarios de los contratos —en virtud del principio de igualdad, y de las diferentes exigencias del principio de legalidad— si reúnen las condiciones y ofrecen cumplirlos del modo que sea más ventajoso para los fines públicos. Por su parte, la Administración cuando contrata se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto y al mismo principio de igualdad de trato a los ciudadanos; pues la contratación no es sino otra forma de distribución de los recursos públicos (entre los que se encuentran los de los propios ciudadanos licitadores) para el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas en orden a la satisfacción de las necesidades y fines públicos».

Pues bien, no parece razonable, ni racionalmente fundado, calificar de anormal o desproporcionada la proposición del recurrente, en base a interpretar que la proposición económica del mismo (664 598,45 euros) se refería a las diez anualidades de prestación del servicio; cuando en el propio presupuesto del órgano de contratación, se consignaba una



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

cantidad de 804 600 euros para la prestación del servicio durante la anualidad de 2012. Y cuando el presupuesto de licitación, en su importe neto, se estableció en 7 761 762,81 euros. Y mucho menos aún cuando, en la cláusula I.7 del PPT, se indicaba que el presupuesto de licitación, para el primer año de gestión del servicio, ascendía a 705 144,24 euros. De manera que cabía deducir, conforme a las reglas de una buena administración, que la oferta económica estaba referida exclusivamente a la anualidad presupuestaría.

Y, en este sentido, conviene recordar que el artículo 84 RGLCAP, ya transcrito, establece que *«el cambio u omisión de algunas palabras del modelo (de proposición), con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición»*, como, justamente, recuerda el recurrente.

Además, y para finalizar el iter argumentativo, si a la Mesa de contratación, o al órgano de contratación, le cabía alguna duda, debió solicitar las aclaraciones oportunas. Pues, la solicitud y admisión de una aclaración de la oferta económica no supone una quiebra del principio de igualdad de trato a los licitadores del procedimiento. El artículo 9 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, establece textualmente:

«Artículo 9.— Aclaración de ofertas.

1. Únicamente podrá requerirse información a los candidatos o los licitadores tras la apertura de las ofertas, en el supuesto de que se solicite aclaración sobre una oferta o si hubiere que corregir manifiestos errores materiales en la redacción de la misma y siempre que se respete el principio de igualdad de trato.

2. En estos supuestos la Mesa de contratación o el órgano de contratación podrá tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador, sin que tal contacto pueda entrañar, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta. En todo caso deberá dejarse constancia documental de estas actuaciones».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Como viene señalando este Tribunal desde su Acuerdo 4/2011, de 14 de abril, este precepto ha incorporado la doctrina sentada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08), en el sentido de considerar que, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, la desestimación pura y simple de dicha oferta es contraria a las exigencias de una buena administración.

Del análisis del expediente remitido se constata que concurría en el presente caso una de las circunstancias que permiten acudir a la solicitud de aclaración —existencia de un error material en la redacción de la oferta, al omitir el término «anual»—, pues como señala el recurrente en su escrito de interposición, el PPT, al establecer que el presupuesto de licitación, para el primer año de gestión del servicio, ascendía a 705 144,24 euros, pudo inducir a confusión en la presentación de proposiciones. De manera que un error material, como el que sufrió el recurrente, podía y debía aclararse en los términos previstos en el artículo 9 de la Ley 3/2011 sin alterar la oferta, sino únicamente subsanado un error motivado por la inicial confusión que pudo provocar la redacción del PPT. Sin que la aclaración supusiera, en ningún caso, una modificación de los términos de la oferta, ni la quiebra del principio de igualdad de trato entre los licitadores.

Procede, en consecuencia, la admisión del motivo de recurso y la estimación del mismo.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, presentado por D. Manuel Liébana Andres, en nombre y representación de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A, contra el Acuerdo del Consejo Comarcal de 17 de diciembre de 2012, por el que se excluye a la mercantil de la licitación del contrato denominado «Gestión del servicio público de recogida de determinados residuos domésticos y comerciales en los municipios de la Comarca de Cinco Villas y transporte a vertedero autorizado o lugar de valorización», promovida por la Comarca de Cinco Villas.

SEGUNDO.- Considerar que el precio ofertado para las diez anualidades del contrato por FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A. es el señalado en su escrito de aclaración de 22 de noviembre de 2012, es decir, 6 645 984,5 euros, IVA no incluido, y, en su consecuencia, disponer su admisión al procedimiento de licitación.

TERCERO.- Anular la adjudicación del contrato y ordenar que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la adjudicación del mismo.

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

QUINTO.- La Comarca de Cinco Villas deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

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