

INFORME JURÍDICO

En virtud de las competencias y funciones asignadas al Área de Asesoría Jurídica, Personal y Contratación de Promotur Turismo Canarias S.A, en relación con la petición de informe formulada por la Mesa de Contratación en el marco de la tramitación del expediente de contratación eAJ0020/2022, se evacúa el presente Informe, resultando que de la documentación remitida por la Mesa de Contratación pueden extraerse las siguientes circunstancias fácticas de relevancia para la emisión del mismo:

ANTECEDENTES

I.- El día 04 de noviembre de 2022 tiene lugar, de forma presencial y empleando medios electrónicos, la reunión de la Mesa de Contratación designada para la licitación con núm. de expte. eAJ0020/2022 relativo al Servicio de desarrollos de proyectos tecnológicos: mantenimiento de la infraestructura tecnológica, desarrollo de software, consultoría tecnológica, integración de soluciones de terceros, configuración de oficinas técnicas de gestión, data center e infraestructuras hardware, atención al cliente y seguridad gestionada, cibervigilancia y ciberdefensa, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con el Fondo REACT-EU o Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (Fondos "Next Generation EU"), al objeto de la apertura y valoración del Sobre-Archivo electrónico nº3 que contiene las proposiciones económicas y documentación de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas en el marco del Lote 1 en el que se fracciona esta licitación y que corresponde al "Servicio de consultoría, desarrollo e integración de proyectos tecnológicos".

II.- Durante el examen de las ofertas presentadas por los licitadores concurrentes a este lote, se comprueba por los miembros que integran la Mesa de Contratación que en la propuesta económica para el perfil del equipo técnico adscrito al servicio licitado aportado por la empresa licitadora "ATOS CONSULTING CANARIAS, S.A.U", que concurre en forma de Unión Temporal de Empresarios/as (UTE) con la mercantil "BINTER SISTEMAS, S.L", no se ha incluido el precio unitario por hora del servicio para el perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud, conforme a la Cláusula núm. 12.1.1 letra a) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares (PCAP).



III.- Ante esta coyuntura, por la Mesa de Contratación se plantea si la omisión del precio unitario por hora de servicio para el mentado perfil constituye un error que se considera subsanable; o, en cambio, se trata de un error que no resulta objeto de subsanación y cuáles serían los efectos que debieran aplicarse en un caso u otro a fin de que este órgano de asistencia pueda acordar las actuaciones que procedan conforme a lo previsto en los pliegos.

IV.- En virtud de la consulta efectuada por la Mesa de Contratación designado para este procedimiento con núm. eAJ0020/2022, y según consta en Acta Quinta evacuada por este órgano, se solicita Informe al Área de Asesoría Jurídica, Personal y Contratación, con competencias y atribuciones suficientes en esta materia, para que analice la calificación que merece el defecto del que adolece la propuesta económica de esta licitador y, así, las consecuencias que prevén los Pliegos reguladores de esta licitación derivado de este hecho, y, en su caso, los pronunciamientos de la doctrina y tribunales administrativos en esta materia que permitan a dicha Mesa de Contratación contar con los fundamentos o elementos de juicio necesarios para decidir sobre las actuaciones a acometer.

NORMATIVA APLICABLE

Para la resolución de la cuestión jurídica planteada resultará de aplicación:

Normativa

- 1.- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en lo sucesivo, LCSP/2017).
- 2.- 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 tanto continúe vigente y resulte de aplicación (en adelante, RGLCAP).
- 3.- Real Decreto 773/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican determinados preceptos del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.



Resoluciones y sentencias

- 1.- Resolución n.º 535/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 2.- Resolución n.º 64/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 7 de marzo.
- 3.- Resolución n.º 420/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 30 de mayo.
- 4.- Resolución n.º 296/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 27 de febrero, rec. 1643/2019.
- 5.- Resolución n.º 864/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 3 de octubre, rec. 784/2017.
- 6.- Resolución n.º 1069/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 7.- Sentencias del Tribunal Supremo n.º 4839/2004, de fecha 21 de septiembre de 2004; de 9 de julio de 2002; y de 25 de mayo de 2015.
- 8.- Resoluciones n.º 64/2012, 35/2014 y 876/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 9.- Resolución n.º 137/2017, de fecha 3 de febrero, rec. 9/2017.
- 10.- Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)
- 11.- STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009, asunto AntwerpeBouwwerken NV contra Comisión Europea (T195/08).
- 12.- Sentencia del TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 (asunto C-336/12).
- 13.- Sentencia del TJUE, 6 de noviembre de 2014 (asunto C-42/13).
- 14.- Resolución n.º 546/2021 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 15.- Resolución n.º 1091/2016 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 16.- Resolución n.º 137/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 17.- Resolución n.º 535/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por la referida Resolución n.º 137/2017.
- 18.- Resolución n.º 719/2022 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
- 19.- Resolución n.º 1310/2019 el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 18 de noviembre, rec. 1154/2019.



- 20.- Resolución n.º 1068/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 11 de julio, rec. 538/2019, 546/2019 y 110/2019.
- 21.- Resolución n.º 1091/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 22 de diciembre, rec. 1107/2016.
- 22.- Resolución n.º 978/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 2 de septiembre, rec. 768/2022.
- 23.- Resolución n.º 863/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 31 de julio.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - SOBRE EL MARCO JURÍDICO APLICABLE A LAS SOCIEDADES MERCANTILES PÚBLICAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

La Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias (LPAP 6/2006), siguiendo la normativa básica estatal constituida por la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP 33/2003) - que resulta de aplicación supletoria- regula con carácter general el patrimonio empresarial de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Canarias determinando los diferentes tipos de entidades a los que resulta de aplicación esta normativa, y entre ellas, se encuentra las denominadas sociedades mercantiles públicas, cuyo artículo 117.1 las define como aquellas *“en las que la Comunidad Autónoma participe en más del 50% de su capital social, directa o indirectamente, a través de otras sociedades mercantiles, públicas o participadas. [A tales efectos] Se consideran sociedades mercantiles participadas las sociedades mercantiles en las que dicha participación, directa o indirecta, no supere el 50% de su capital social. En cualquier caso, dicha participación no podrá ser inferior al 10%, salvo que se trate de sociedades cuyo capital social sea superior a 3.000.000 de euros”*.

Así, el criterio determinante para la inclusión en esta categoría reside en el capital social de las sociedades mercantiles creadas que, para tener el carácter de público, dicho capital debe estar participado, mayoritariamente, bien de forma directa por la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias o bien, de manera indirecta, por medio de otras sociedades mercantiles de capital social público o sociedades mercantiles cuyo capital social, siendo inferior al límite fijado, sea público en un número superior al diez por ciento. Ante la ausencia en la normativa autonómica de parámetros que permitan delimitar el porcentaje mínimo del 50%, resulta obligado acudir a la legislación estatal en esta



materia que establece como criterio el cómputo de las participaciones correspondientes a la Administración General del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas, que se pueden aplicar a la suma de las participaciones de sus homólogos para determinar el porcentaje de participación en el capital social de aquellas sociedades mercantiles públicas autonómicas.

En atención a esta definición y a los criterios expuestos, Promotur Turismo Canarias S.A se considera una sociedad mercantil pública al estar constituido directa e íntegramente su capital por participaciones de la (entonces) Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, según consta en Escritura de Constitución de esta sociedad otorgada ante el Notario Ilustre del Colegio de Las Palmas, D^o Juan Alfonso Cabello Cascajo, el día 11 de marzo de 2005, bajo el número 1111 de su protocolo; previo cumplimiento de los trámites establecidos en la normativa de referencia para la creación y disolución de sociedades mercantiles públicas (art. 118 LPAP 6/2006).

Así, como sociedad mercantil pública, Promotur Turismo Canarias S.A, forma parte del sector público autonómico a los efectos de la regulación de su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero y de contratación, según se interpreta del tenor literal de los apartados 2^o y 3^o del mentado artículo 117 al disponer, reproduciendo el contenido del artículo 166.2 de la LPAP 33/2003, que *“las sociedades mercantiles públicas se registrarán por el presente título y sus normas de desarrollo [en referencia a la normativa relativa al patrimonio de las administraciones públicas], y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación (...)”*. En los mismos términos se expresa la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 113, que adiciona igualmente la aplicación de los efectos de esta norma legal siempre que, conforme a la letra b) del art. 2, las normas se refieran específicamente a estas entidades, estando particularmente a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

Por tanto, el régimen jurídico de las sociedades mercantiles públicas viene determinado *prima facie* por un sistema híbrido en el que siendo aplicable en términos generales el derecho privado, se considera adecuado que para determinadas materias rija el derecho público (administrativo) y ello encuentra su justificación precisamente en dos razones: de un lado, en el hecho de que uno de los socios de la sociedad mercantil pública sea una Administración pública que, además de ostentar su control –bien por ser el accionista único o mayoritario de la misma o bien por ejercer una influencia determinante en el funcionamiento de los órganos societarios– debe servir con su actuación al interés general, tal y como dispone el art. 103 de la Constitución; y de otro lado, en la existencia



de una serie de normas imperativas de Derecho público que se aplican, en diferente medida, a todos los entes vinculados al sector público, lo que determina que se produzcan modulaciones en el régimen general de estas sociedades (CAMPOS ACUÑA, C.: “*De las sociedades mercantiles estatales*” vid. en “*Comentarios a la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público*”, edición nº 1, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 6).

En consecuencia, las sociedades mercantiles públicas se someterán a lo dispuesto en sendas Leyes de Patrimonio de la Administración Pública y la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, en lo que específicamente se refieran a ellas y cuando ejerzan potestades administrativas; remitiéndose en lo no previsto en dichas normas, al ordenamiento jurídico privado, con la salvedad de aquellas materias específicas en que les resulte de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación, de modo que, así entendido, la remisión genérica del derecho privado cede en preferencia al derecho administrativo cuando se abarcan asuntos relativos a tales materias, lo que supone acudir a la legislación específica a que corresponda, que, en materia de **contratación**, viene constituida por la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector público (LCSP/2017)**, a los efectos prevenidos en el artículo 3.1 letra h) y 3.3. letra d) de dicho texto legal (CHINCHILLA MARÍN, C.: “*Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada: ¿realidad o ficción?*”. Revista de Administración Pública, 203, 17-56. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.203.01>).

SEGUNDO. - SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS ERRORES EN LA OFERTA

La Ley de Contratos del Sector Público adolece de una regulación concisa y uniforme en cuanto a las condiciones materiales y formales a que han de atender los candidatos en orden a la redacción de su oferta y los efectos en caso de no cumplir con las prescripciones establecidas, más allá de lo que ofrece el artículo 139.1 al indicar de manera preceptiva que las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación.

El silencio del citado texto legal no resulta novedoso en términos comparativos con la pretérita normativa española en materia de contratación pública, que aboga por desplazar la regulación de algunas de estas materias -como la presente- a las normas que se dicten en desarrollo de la legislación contractual, y que en la LCSP/2017 encuentra su amparo en la Disposición final octava (“*El Gobierno, en el ámbito de sus competencias, podrá*



dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y aplicación de lo establecido en esta Ley”)

En el ámbito de la actual normativa, el legislador no ha incorporado al corpus legal una regulación *ad hoc* que complemente la establecida en la legislación básica. Cabe tener en consideración, no obstante, que la disposición derogatoria de la LCSP/2017 solo deroga expresamente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y aquellas disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la misma, con lo que, de una interpretación *a sensu contrario*, siguen en vigor el resto de las disposiciones de igual o inferior rango que no resulten contrarias a dicha Ley y, así, siguen vigentes -salvo que se opongan a la misma- el 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 o 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.

Así las cosas, 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) recoge expresamente que “[s]i 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”.

Inspirado en dicho precepto, la Cláusula núm. 17.6 letra b) del PCAP que rige esta licitación dispone que “[l]a mesa de contratación acordará el rechazo de aquellas ofertas por las siguientes causas (...) b) Presenten contradicciones, omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer con total certeza su contenido (...)”.

Dicha previsión está conectada con lo prevenido en la Cláusula núm. 15.4 que, con relación a los requisitos materiales que han de contener las proposiciones económicas que se incluyen en el Sobre-Archivo Electrónico nº 3, determina que “(...) [s]i el licitador no aporta la documentación relativa a alguno de los criterios a que se refiere estos apartados o la misma no contiene todos los requisitos exigidos, la proposición de dicha licitadora no será valorada respecto del criterio de que se trate (...)”, y en los mismo términos, el apartado 1º de la Cláusula núm. 12 que determina que “[e]n todo caso, la no presentación, la presentación incompleta, inexacta, insuficiente- cuando no se hubiera

subsanado- o falseada de la documentación y/o información solicitada para la evaluación de un criterio de adjudicación por parte del licitador será motivo para que su propuesta, en el criterio correspondiente, no sea tomada en cuenta a los efectos de valoración".

Al alud de lo expuesto, conviene también señalar que, de conformidad con la Cláusula núm. 17.2 párrafo IV del mismo PCAP "[l]os licitadores podrán subsanar, en el momento procedimental oportuno, los defectos u errores en la oferta económica y demás documentación relativa a los criterios de adjudicación previstos en el presente Pliego, siempre y cuando no se modifique su contenido y elementos esenciales ni suponga la presentación una nueva proposición, pudiendo solicitarse por el órgano de contratación documentación complementaria o aclaraciones que resulten pertinentes para conocer la voluntad del licitador sobre aquellos aspectos oscuros o incongruentes.".

Nótese, empero, que el trámite de subsanación se constituye como una obligación para el órgano de contratación únicamente con respecto a aquellos documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos previos para contratar, es decir, de la documentación de carácter administrativo a que refiere el artículo 140 de la LCSP/2017, pero no así de las proposiciones técnicas o económicas considerando los principios de invariabilidad de la oferta y de igualdad de trato entre los licitadores, habilitándose en sede doctrinal y por vía de los pliegos esta subsanación cuando nos hallamos ante defectos que resulten fácilmente corregibles que no impliquen un cambio sustancial en la oferta primigenia aportada.

Según los preceptos y previsiones citadas, y vista la discrepancia que existe en cuanto a los efectos que proceden en función de la identidad del error en el marco de esta licitación, se procederá a examinar cómo resuelven los distintos Tribunales Administrativos el supuesto que ahora nos ocupa en el que **la propuesta económica de la UTE licitadora "ATOS CONSULTING S.A y BINTER SISTEMAS S.L", presentada al Lote 1 del procedimiento arriba referenciado adolece de error al haber omitido uno de los precios unitarios de los perfiles que se exigen de conformidad con la Cláusula núm. 12.1.2 letra a), este es, el del Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud.**

La Resolución nº 535/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que es doctrina consolidada (por todas, Resoluciones nº 64/2012, de 7 de marzo, o nº 420/2014, de 30 de mayo) la que sostiene que **dos son los requisitos a los que debe ajustarse la oferta económica de los contratos:**

i. el requisito material, que exige que no se supere el límite establecido en el pliego de cláusulas de que se trate; y

ii. el requisito formal, que exige que la oferta económica se adecúe a las exigencias formales establecidas en el pliego, pero siempre siendo este aspecto formal de la oferta económica más flexible en su consideración, *por mor* de la doctrina antiformalista que inspira la interpretación del artículo 84 del RGLCAP.

Pues bien, partiendo de esta doctrina antiformalista que inspira la interpretación del precitado artículo 84 del RGLCAP, flexible con los aspectos formales exigidos por los pliegos, es igualmente reiterada la doctrina que aboga por la **subsanción o aclaración de la oferta económica** en los casos en que concurra, a su vez, **dos límites** bien definidos:

i. Su objeto: la misma debe referirse inexcusablemente a **defectos puramente formales, aritméticos o materiales fácilmente subsanables**, como los errores de transcripción (entre otras, la Resolución n.º 296/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 27 de febrero, rec. 1643/2019), incluyéndose también dentro de este concepto los errores que consistan en *“un error material de cálculo al determinar el importe total de la oferta que deba ser consecuencia de los importes ofertados para cada unidad”* (Resolución n.º 864/2017, de fecha 3 de octubre, rec. 784/2017), así como, a modo ilustrativo, la firma de la proposición económica, la representación de quien suscribió la oferta, o la acreditación documental de un elemento expresamente invocado en la proposición, aunque no justificado suficientemente, y contemplado en los pliegos como criterio de adjudicación (Resolución n.º 1069/2019, con cita en jurisprudencia del Tribunal Supremo: Sentencias n.º 4839/2004, de fecha 21 de septiembre de 2004; de 9 de julio de 2002; y de 25 de mayo de 2015).

En este contexto, el principio de preclusión de aportación documental, matizado por la referida doctrina antiformalista en *pro* del principio de libre concurrencia, tiene por finalidad evitar sorpresas o *“estratagemas poco limpias”*, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en sus sentencias de 21 de septiembre de 2004 y 9 de julio de 2002, debiendo conjugarse, por consiguiente, los principios de maximizar la participación de los licitadores y de libre concurrencia con los de buena fe y proporcionalidad.

ii. La misma *“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 n.º 64/2012, 35/2014 y 876/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras, citadas por la Resolución n.º 137/2017, de fecha 3 de febrero, rec. 9/2017).

A ello se refiere precisamente, en sede jurisdiccional europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) aludiendo concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente

porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, **a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta**, señalando que *“en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (...) Esa petición de aclaraciones debe formularse de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado (...) la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición”*.

Asimismo, recuerda que, según su sentencia de 10 de diciembre de 2009 (Asunto T-195/08 Antwerpe Bouwwerken NV contra Comisión Europea) **“cuando la formulación de una 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”**. Insiste, además, que *“este trámite de aclaraciones no resulta en ningún caso equivalente al de subsanación que consagra en el ámbito de la contratación, y para la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia del licitador»”*.

La postura adoptada por la jurisprudencia europea, por lo tanto, se acerca a una doble tendencia en la que, por un lado, se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 -asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) y los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 -asunto T195/08).

Con todo, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales ha sido claro al indicar que en cualquier caso **es deber de la licitadora la correcta cumplimentación del modelo de oferta económica y, por lo tanto, debe extremar su diligencia en la**

confección de la proposición (Resolución n.º 546/2021). En caso que la oferta fuere imprecisa o no se ajustara a las especificaciones de los pliegos, como se remarca en su Resolución n.º 1091/2016, **el poder adjudicador no estaría obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados ni éstos podrían quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma**, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos.

Ello viene ligado al principio de inmutabilidad de la oferta económica, siendo consecuencia de tal principio, y como indica la precitada Resolución n.º 137/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que **“cualquier interpretación del órgano de contratación que suponga aceptar el cambio de la oferta del licitador debe ser rechazada”**, resultando inaceptable o, en palabras de la citada Resolución n.º 246/2011, **“implanteable, que se pueda aceptar modificación alguna en la oferta del licitador”** una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores, así como que únicamente es viable jurídicamente la aceptación de las ofertas que contengan error **“cuando sea posible su cumplimiento en las condiciones en que se realizó, sin alterar su cuantía o sus condiciones esenciales, sin perjuicio de la alteración que proceda respetado este límite infranqueable”** (Resolución n.º 535/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citada por la referida Resolución n.º 137/2017).

Dicho de otro modo, y como pone de manifiesto el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su reciente Resolución n.º 719/2022 en un supuesto de hecho referido a errores detectados sobre una propuesta fijada en precios unitarios, **en el caso de discordancia en la oferta económica o de que la misma tenga varias lecturas posibles, no es susceptible de subsanación ni aclaración, ya que una hipotética subsanación podría suponer la modificación de la combinación de precios unitarios**, aunque mantuviese la suma total inalterada, tras la apertura de las ofertas de los competidores, lo que supone **una ventaja para el licitador recurrente, contraria al principio de igualdad de trato en particular**.

Este veto a la modificación sustancial de las proposiciones presentadas incluye una vertiente implícita, al limitar, como ya se ha referido anteriormente, la posibilidad de subsanación y/o aclaración a aquellos errores o defectos fácticos o meramente formales de fácil explicación, tal y como reconoce la Resolución n.º 137/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En supuestos de hecho similares al planteado, en los que la oferta económica carece de la indicación de un precio unitario, el Tribunal Administrativo Central de Recursos



Contractuales ha declarado que estatal omisión constituye un error **“fruto de una negligencia inexcusable, por lo que es insalvable y por ello insubsanable”** (Resolución n.º 1310/2019, de fecha 18 de noviembre, rec. 1154/2019) e **“impide a la mesa conocer claramente el contenido de la oferta presentada”** (Resolución n.º 1068/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 11 de julio, rec. 538/2019, 546/2019 y 110/2019), de tal forma que **“hace imposible determinar de forma indubitada el importe de los precios unitarios ofertados con los que se ha de facturar la prestación del servicio”, siendo correcta la exclusión** de la entidad licitadora (Resolución n.º 1091/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de fecha 22 de diciembre, rec. 1107/2016). En este mismo sentido se pronuncia el mismo, en su reciente Resolución n.º 978/2022, de fecha 2 de septiembre, rec. 768/2022, en la que no es subsanable ni susceptible de aclaración un error en la oferta económica consistente en la cumplimentación incorrecta del Anexo requerido, puesto que **“se desconoce cómo se ha obtenido el importe resultante”** y, por lo tanto, su funcionalidad, calificándose a tal error como sustancial, y **no procediendo la aceptación de la proposición “por contener errores u omisiones tales que impidieron conocer claramente un elemento esenciales estimado fundamental para conocer la oferta teórica válida”**.

Idéntica interpretación adopta el Tribunal General de la Unión Europea en la citada sentencia de su Sala Quinta, de fecha 10 de diciembre de 2009, recaída en el asunto Antwerpse Bouwwerken NV c. Comisión Europea (T-195/08), cuyo apartados 42 y 43 califican expresamente de modificación de la oferta el caso de una aclaración que **“no versa sobre un elemento ya presente en su oferta, sino que pretende completar dicha oferta mediante la inserción de un precio que no figuraba en ella”**, no pudiendo calificarse esta ausencia de error material, **“aun cuando el precio omitido pueda deducirse del precio ofrecido por otra partida del mismo presupuesto”**. En tal caso, y como así se pronuncia el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en Resolución n.º 137/2017 **“la admisión del licitador que ha cometido el error debe quedar condicionada por la inmutabilidad de su oferta, de modo que cualquier interpretación del órgano de contratación que suponga aceptar el cambio de la oferta del licitador debe ser rechazada.”**,

A mayor abundamiento, la precitada Resolución n.º 1310/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales especifica como **“lo esencial de la oferta económica (...)” es “la identificación del producto al que se aplica el precio unitario y la oferta de éste”**, es decir el concepto y el importe del precio unitario, de lo que se deduce que, en el supuesto de hecho objeto del presente Informe, no se ha cumplimentado uno de los dos elementos esenciales de la oferta económica.

En este mismo sentido se pronuncia, *mutatis mutandis*, la Resolución n.º 863/2020 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 31 de julio, con cita en

abundante doctrina (Resoluciones n.º 747/2017, 136/2011, 164/2011, 219/2011, 244/2011, 151/2012, 242/2012, y 82/2013), que concluye que la presentación de una oferta en soporte informático que no contiene información (es decir, que estaba vacío) equivale a la no presentación de la oferta cuya **consecuencia es la exclusión del licitador**, precisamente porque, una vez formulada la oferta, no cabe la posibilidad de su modificación.

A modo de conclusión, la doctrina sentada por la jurisprudencia europea y la seguida por los tribunales administrativos españoles viene a determinar que, ante un error detectado en la oferta económica que se presenta a un proceso licitatorio, se debe identificar si la identidad del error permite calificarlo como un defecto puramente formal del que puede deducirse la voluntad real del licitador en orden a su oferta, en cuyo caso el órgano de contratación podrá rectificarlo de oficio o bien solicitar aclaración a su proponente, por lo que hace que en el supuesto de que se aprecie que no nos hallamos ante ninguno de dichas circunstancias, ello implique que la oferta sea automáticamente excluida y, con ello, al licitador proponente.

En el presente caso, y a la luz de los pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos reproducidos, el error incurrido por el licitador a causa de **la omisión del precio unitario que oferta con respecto al perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud a que alude la Cláusula núm. 12.1.2 letra a), a juicio de quien evacúa este Informe, representa un defecto que, dada su entidad, en cuanto afecta a un elemento sustancial y de relevancia de la oferta -como lo es el precio unitario al que propone el perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud que este órgano de contratación exige con arreglo a la Cláusula núm. 12.1.2 letra a) del PCAP-, y del que la Mesa de Contratación no puede interpretar de oficio por cuanto dicha actuación contravendría los principios básicos y elementales que rige toda contratación en el marco de la LCSP/2017, no es susceptible de subsanación, concurriendo, pues, en los presupuestos del citado artículo 84 RGLCAP que conllevarían la exclusión del mencionado licitador** en este proceso licitatorio.

Debe tenerse en cuenta que la Cláusula núm. 12.1.2 letra a) del PCAP indica, sin ulteriores interpretaciones, que *“el licitador deberá presentar su propuesta de oferta económica de precio/hora del Equipo Técnico de manera desglosada por perfil, conforme al Anexo I.a: Modelo relativo a los Criterios de Adjudicación Evaluables Automáticamente para el Lote 1 del pliego de cláusulas administrativas”* adicionando a continuación la tabla de cada uno de los perfiles del equipo exigidos en orden a la ejecución de este servicio y que mismamente se reproduce en el Modelo de Oferta económica dispuesto por el órgano de contratación; **de modo que la oferta que ha de ajustarse taxativamente a este contenido**, lo que **no se desprende de la oferta presentada por la UTE licitadora “ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U” y “BINTER SISTEMAS, S.L” al perfil**

de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud que engloba este criterio fijado para el Lote 1.

A tal efecto, la solicitud de aclaración alteraría la proposición inicialmente formulada ofreciendo la oportunidad al licitador de desvelar un dato de la oferta del que la Mesa de Contratación no ha obtenido una información anterior que le coadyuve a determinar de forma comparativa que, en efecto, por dicha aclaración hay una variación sustancial de la propuesta económica que ha podido favorecer a esa empresa, pues no estaríamos ante la simple confirmación de lo que se desprendía de la misma.

En mérito de lo expuesto, se emite la siguiente

CONCLUSIÓN

Primera. - La proposición económica presentada por la UTE licitadora “ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U” y “BINTER SISTEMAS, S.L” con respecto a criterio “Oferta económica por perfil del equipo” establecido para el Lote 1 del procedimiento relativo a un Servicio de desarrollos de proyectos tecnológicos: mantenimiento de la infraestructura tecnológica, desarrollo de software, consultoría tecnológica, integración de soluciones de terceros, configuración de oficinas técnicas de gestión, data center e infraestructuras hardware, atención al cliente y seguridad gestionada, cibervigilancia y ciberdefensa, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con el Fondo REACT-EU o Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia (Fondos "Next Generation EU"), **debe ser rechazada de conformidad con el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el apartado 6º de la Cláusula núm. 17 del PCAP, sin posibilidad de subsanación, considerando que la omisión de la oferta del precio unitario del perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud afecta a un elemento esencial de la oferta económica que, en caso de su aclaración, conculcaría el principio de igualdad de trato y concurrencia con los restantes licitadores.**

Segunda. - Este Informe, en todo caso, tiene **carácter facultativo y no vinculante**. Se evacúa considerando que, sin perjuicio del auxilio en la deliberación y adopción de la decisión que se acuerde, es competencia de la Mesa de contratación concretar si, efectivamente, el defecto del que trae causa el meritado Informe se halla dentro de los conceptos de “oscuridad o inconcreción” y si su aclaración implicaría la modificación de la oferta del licitador, atentando contra el principio de igualdad de trato



y concurrencia (por todas, Resoluciones del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 33/2014, de 25 de marzo y 39/2015, de 28 de mayo).

Este informe se somete, no obstante, a mejor criterio fundado en Derecho.

En Las Palmas de Gran Canaria, en la fecha que consta en la firma electrónica

D^a Catalina Suárez Romero

**Responsable del Área de Asesoría Jurídica, Personal y Contratación
Promotur Turismo Canarias S.A**



Financiado por la Unión Europea
NextGeneraciónEU



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE INDUSTRIA, COMERCIO
Y TURISMO



**Plan de Recuperación,
Transformación
y Resiliencia**