

INFORME JURÍDICO

Recibida solicitud de emisión de Informe Jurídico por parte de la Mesa de Contratación de la licitación con número de expediente eAJ-0020/2022, relativa al “Servicio de desarrollo de proyectos tecnológicos, gestión integral de los mismos y otros servicios conexos en el marco del ecosistema digital de Promotur Turismo Canarias S.A, cofinanciado con el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y/o con Fondos "Next Generation EU" (el Fondo REACT-EU y/o Fondos provenientes del Mecanismo para la Recuperación y la Resiliencia). Procedimiento Abierto sujeto a regulación armonizada y Tramitación Ordinaria.”, y en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En fecha 18 de agosto de 2022 se procede a la publicación del anuncio de licitación del expediente de referencia en el perfil del contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, procediéndose a la rectificación del mismo en fechas 19 y 25 de agosto y 14 de septiembre del mismo año.

SEGUNDO. La contratación que se deriva del presente expediente se encuentra dividida en cuatro lotes, siendo que en acto de apertura del sobre-archivo número uno, que contiene la documentación administrativa de los licitadores que presentan oferta a los distintos lotes, celebrada en fecha 27 de septiembre de 2022, se comprueba que concurren tres licitadoras que presentan ofertas para la adjudicación del lote número uno (Servicio de consultoría, desarrollo e integración de proyectos tecnológicos). En sesión de la Mesa de Contratación celebrada en fecha 18 de octubre de 2022 se acuerda la admisión de las tres licitadoras.

TERCERO. Tras la apertura, examen y valoración por parte de la Mesa de Contratación, en sesiones celebradas en fecha 18 de octubre de 2022 y 26 y 27 de octubre de 2022 respectivamente, de la documentación contenida en el sobre-archivo número dos, que reúne la parte de las propuestas de las licitadoras que documentan los criterios evaluables mediante juicio de valor, se procede a fijar fecha para la apertura del sobre-archivo número 3, que contiene la parte de las propuestas de las licitadoras evaluables de forma automática o por la mera aplicación de fórmulas.

CUARTO. En fecha 4 de noviembre de 2022 se celebra sesión de la Mesa de Contratación para la apertura, examen y valoración de la parte de las propuestas de las licitadoras referida a los criterios cuantificables de forma automática o por la aplicación de fórmulas. En la citada sesión, tras el examen de la documentación referente al criterio de adjudicación número ocho del lote número uno (Oferta económica por perfil del equipo técnico), la Mesa de Contratación constata el hecho de que una de las licitadoras, la UTE ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U. Y BINTER SISTEMAS, S. L, formula incorrectamente la propuesta económica, advirtiendo la Mesa que “no se cumplimenta adecuadamente el Modelo, toda vez que, de entre los perfiles que se relacionan en dicho documento, se omite indicar el precio unitario por hora del servicio del perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud, tal y como taxativamente previene la Cláusula 12.1.2 del PCAP”.

QUINTO. La Mesa de Contratación adoptó la decisión de suspender la sesión para someter a deliberación el error en el que incurre la referida licitadora y las consecuencias jurídicas que de aquello se derivan, solicitando la emisión del presente informe jurídico que se pronuncie sobre el asunto y sirva de soporte para la decisión a adoptar por la Mesa, ante la duda de si tal defecto puede ser calificado como subsanable, o si, por el contrario, se trata de un defecto que no puede ser objeto de subsanación y/o aclaración.

OBJETO DEL PRESENTE INFORME

- El presente informe jurídico debe pronunciarse sobre la adecuación y ajuste legal de proceder al requerimiento del licitador para que subsane o aclare la propuesta económica presentada por la licitadora UTE ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U. Y BINTER SISTEMAS, S. L para el lote número uno (Servicio de consultoría, desarrollo e integración de proyectos tecnológicos), en vistas del error en el que incurre en la misma, o si, por otro lado, corresponde rechazar la propuesta presentada por la licitadora.

- Asimismo, es objeto del presente informe jurídico pronunciarse sobre las consecuencias jurídicas que se derivan del supuesto de que se rechace la propuesta presentada por la licitadora en base a la no procedencia del trámite de subsanación/aclaración de la oferta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La cuestión principal sobre la que este informe jurídico debe pronunciarse requiere considerar la naturaleza del error en el que incurre la propuesta económica presentada por la licitadora.

De la literalidad 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 (en adelante, el “RGLCAP”), se desprende:

“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”.

Del citado artículo se infiere la voluntad del legislador de establecer la posibilidad de otorgar un trámite de subsanación o aclaración de las propuestas a los licitadores en los casos en que aquellas incurrieran en defectos puramente formales, respetando en todo caso el principio de inmutabilidad de la propuesta.

A pesar de que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, la “LCSP”), no lo prevé expresamente (únicamente aparece previsto en el artículo 176 de para los procedimientos de diálogo competitivo) debe entenderse que la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable a todos los procedimientos de contratación *“siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas -o una parte de las oferta- en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que están formuladas o del hecho de que la oferta contiene errores u omisiones de carácter puramente formal o material, y siempre que ello no suponga una modificación de los términos de la oferta”* (Informe de la Junta Consultiva de Baleares 7/2013, de 9 de diciembre).

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, el “TACRC”) ha indicado que *“lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que*

diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo ‘cuando no alteren su sentido’” (Resolución nº 1097/2015).

SEGUNDO. Para la consideración de la índole del específico error en el que incurre la licitadora en la propuesta económica presentada para el lote número uno del presente expediente, es necesario tener en cuenta la propia naturaleza de la oferta económica presentada, en tanto aquella se configura como los términos en que la licitadora propone la prestación del servicio licitado de acuerdo con las disposiciones de los Pliegos que rigen la contratación.

En el Modelo relativo a los Criterios de Adjudicación Evaluables Automáticamente para el Lote 1, adjunto como Anexo 1.a) al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la contratación, se relacionan una serie de criterios cuya cuantificación se realiza de manera automática o por la aplicación de fórmulas entre los que se encuentra el criterio referido a la oferta económica por perfil del equipo técnico. La oferta a presentar por cada licitador en referencia a este específico criterio requería la concreción de un precio por hora de trabajo por cada perfil del equipo técnico (quince perfiles de trabajo), de manera que el órgano de contratación pudiera conocer con certeza los importes que la licitadora, en caso de que resultara adjudicataria, facturaría a la entidad contratante en concepto de prestación de los servicios a prestar por cada perfil del equipo técnico.

Como se expuso en el antecedente de hecho cuarto de este informe, la licitadora omitió indicar su oferta económica el precio unitario por hora del servicio del perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud, de modo que resulta imposible para el órgano de contratación conocer, o si quiera inferir, el precio unitario por hora al que la licitadora se compromete a prestar el citado servicio.

Nos encontramos, por tanto, ante un error u omisión que excede de lo puramente formal o material, siendo que resulta imposible conocer la oferta económica de la licitadora sin que la Mesa de Contratación requiera a la licitadora que subsane o aclare su propuesta.

En adición, y al objeto de desechar la posibilidad de que la omisión del precio por hora del servicio del perfil de Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud en la oferta denote la voluntad del licitador de ofertar la ejecución de tales servicios a un coste nulo, conviene traer a colación lo establecido en la Cláusula 12.5 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en la que se lee:

“Del mismo modo, con la finalidad de asegurar el principio de onerosidad del contrato, la correcta ejecución del servicio y no desvirtuar la aplicación de la fórmula de valoración, no se admitirán propuestas de Precio, Precio Unitario y/o Comisión a 0 euros o 0% ni inferiores a 0,01 euros o 0,01 %.”

TERCERO. La procedencia de otorgar a la licitadora un trámite de subsanación o aclaración de su oferta económica exige considerar la posibilidad de que aquella modifique o incluya aspectos no previstos inicialmente en su propuesta, de modo que no será admisible el requerimiento de subsanación o aclaración cuando conculque los principios de igualdad de trato entre los licitadores, no discriminación y transparencia, propios de un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva.

En este sentido, existe una sentada y reiterada doctrina jurisprudencial del TACRC que señala los límites del ejercicio de solicitud de aclaraciones en las ofertas técnicas o económicas.

El citado tribunal establecía lo siguiente en su Resolución 926/2018:

“Señalábamos en nuestras Resoluciones nº 362/2016 y 1097/2015 los límites del trámite de aclaración o subsanación de proposiciones evaluables mediante fórmula advirtiendo que no puede ser empleado de forma generalizada por el órgano de contratación. En ellas se podía leer que “entiende este Tribunal que siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, “debe considerarse que ese ejercicio de solicitud de aclaraciones tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos” (Resoluciones 64/2012, 35/2014, ò 876/2014, entre otras).”

De igual modo, el referido tribunal, en su Resolución 1244/2019, establecía:

“Este Tribunal ha admitido la subsanación de la oferta económica en aquellos supuestos en los que se han apreciado errores de carácter puramente formal o material. Así, en nuestra Resolución 164/2011 señalamos lo siguiente:

“No debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe

frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”.

En adición, también ha sido señalado por el TJUE, Sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus sp. z o.o., Asunto C-131/16:

“Una petición de aclaraciones no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que la entidad adjudicadora debe cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido [...] El requerimiento dirigido por la entidad adjudicadora a otro licitador para que aporte los documentos y declaraciones exigidos no puede tener otro objeto, en principio que la aclaración de la oferta de ese licitador o la subsanación de un error manifiesto del que adolezca dicha oferta. Por tanto, no puede permitir con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas.”

Si bien el respeto al principio de igualdad de trato se erige como requisito imprescindible en el marco de la contratación pública, no puede despreciarse a la hora de abordar las cuestiones controversiales como la aquí presente el principio de concurrencia, que aboga por favorecer la admisión de licitadores cuyas propuestas técnicas o económicas contengan errores u omisiones fácilmente subsanables.

Lo anterior ha sido señalado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2004, en la que afirmaba:

“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estrategias poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.”

Es evidente que la posibilidad otorgar trámite de subsanación o aclaración de la oferta económica requiere de un análisis de los concretos casos y errores en que incurran los licitadores en sus propuestas, al objeto de determinar si aquellos pueden entenderse como errores puramente formales o si, por el contrario, ostentan un carácter esencial en la oferta.

CUARTO. Para el análisis del presente caso concreto, resulta necesario partir de la base de lo señalado por el TACRC en su Resolución 1203/2017:

“Como regla general, nuestro ordenamiento jurídico (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) [...] 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.”

La falta de inclusión en la oferta económica primigenia presentada por la licitadora del precio por hora de un servicio a prestar por el equipo técnico exigiría en todo caso la solicitud de aportación de una información adicional por parte de la licitadora, de modo que ésta aclarara el precio a facturar por hora de servicio del Arquitecto/Ingeniero Infraestructura Cloud, lo que no resulta admisible en ningún caso en atención a la doctrina jurisprudencial ampliamente citada a lo largo del presente informe jurídico.

La infracción de los principios de igualdad de trato y de no discriminación resulta más patente si cabe cuando se atiende al hecho de que una vez abiertos los sobres-archivos que contienen las propuestas económicas de los restantes licitadores es posible conocer los importes ofertados por aquellos, lo que otorgaría una ventaja inadmisibles a la licitadora con motivo de un error imputable a su falta de diligencia en la confección de la propuesta económica.

Así lo indicaba el TACRC en su Resolución 246/2011:

“Lo que resulta absolutamente claro es que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, es del todo implanteable que se pueda aceptar modificación alguna en la oferta del licitador.”

QUINTO. Una vez abordada la improcedencia del trámite de subsanación o aclaración de la oferta económica en el concreto caso analizado, corresponde ahora examinar las consecuencias jurídicas que se derivan del error en el que incurre la licitadora en su propuesta.

Es doctrina reiterada del TACRC y de los tribunales europeos la que considera que se ha de partir del valor vinculante de los pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para el órgano de contratación sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, y, particularmente, para las empresas licitadoras.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige la presente contratación establecía en su Cláusula 12.1 que

“En 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”.

Del mismo modo, la Cláusula 15.4 del citado pliego indicaba

“La proposición económica deberá estar debidamente firmada y sellada por el licitador o representante legal y redactada según los modelos correspondientes a cada lote relativos a los criterios de adjudicación evaluables automáticamente (Anexos I.a, I.b, I.c. y I.d), sin errores o tachaduras, que dificulten conocer claramente lo que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas, y que, de producirse, provocarán que la proposición sea rechazada”.

Del contenido de los propios pliegos que rigen la contratación, de la normativa en materia de contratación pública y de los propios pronunciamientos del TACRC se desprende el uso indistinto de la expresión “rechazar”, “desechar” y “excluir” cuando aquella está referida a las propuestas de los licitadores.

De este modo, y concurriendo el hecho de que el error en el que incurre la licitadora en la propuesta económica presentada escapa de lo puramente formal y resulta insalvable mediante aclaración sin que se aporte información adicional que modifique la propuesta inicial, la única decisión que puede ser adoptada por la Mesa de Contratación es la exclusión de la licitadora respecto del lote número uno.

Por todo lo anteriormente expuesto, el que suscribe

INFORMA

PRIMERO. Que el error en el que incurre la licitadora UTE ATOS CONSULTING CANARIAS S.A.U. Y BINTER SISTEMAS, S. L en su propuesta económica para el lote número uno no es susceptible de subsanación o aclaración sin que la nueva información aportada represente una modificación de aspectos esenciales y no formales de la oferta presentada, por lo que no procede otorgar trámite de subsanación o aclaración a la licitadora afectada.

SEGUNDO. Que la advertencia por parte de la Mesa de Contratación de un error insubsanable en la propuesta económica de una licitadora sólo puede derivar en el acuerdo de exclusión de la licitadora.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 14 de noviembre de 2022.



Ramón Olarte - Abogado

Cuanto antecede, salvo error u omisión involuntarios, constituye nuestra opinión sobre el tema informado, con arreglo a nuestro leal saber y entender, que gustosamente sometemos a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho y subordinamos a los criterios que la jurisprudencia pudiese establecer en el futuro. En la medida en que sólo corresponde a los Jueces y Tribunales la decisión sobre las pretensiones de las partes y la valoración de los hechos y pruebas presentados, no deberá considerarse el presente documento como una valoración de las posibilidades de éxito de una demanda judicial, la cual deberá ser considerada en el momento oportuno a la luz de los hechos y circunstancias relativas al caso concreto.

Finalmente, se hace constar que el presente documento contiene información jurídica de carácter confidencial, representando el fruto del estudio y experiencia de este Despacho sobre las cuestiones que se analizan. En consecuencia, la información y conclusiones que en el mismo se detallan, deberán ser empleadas, con carácter exclusivo, por la persona o personas en cuyo interés se ha emitido la presente opinión, sin que la misma, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, pueda ser objeto de aplicación a otros supuestos ni de difusión a terceros sin la previa autorización de este Despacho. Todo ello a efectos de evitar la incorrecta o desleal utilización de la información, cuestiones y conclusiones en ella contenidas