

INFORME DE INTERVENCIÓN Nº 258/2018

ASUNTO: AVALIACIÓN DO CARÁCTER SUBSANABLE OU NON DA INSUFICIENCIA DA MEMORIA ECONÓMICA PRESENTADA POLA EMPRESA ESPROADE S.L. COMO LICITADORA DO PROCEDIMENTO ABIERTO PARA A CONTRATACIÓN DO "SERVIZO DE DIRECCIÓN PEDAGÓXICA, DOCENCIA E ORGANIZACIÓN DOS DIFERENTES PROGRAMAS EDUCATIVOS E DAS ACTIVIDADES DA ESCOLA MUNICIPAL DE MÚSICA DE SANTIAGO DE COMPOSTELA"

ANTECEDENTES

- Acordo de Xunta de Goberno Local de 2 de marzo de 2018, polo que se aproba o expediente con código CON/7/2018, de contratación do servizo arriba mencionado, así como o gasto correspondente e a apertura do procedemento de adxudicación mediante procedemento abierto.
- Acta da 1ª reunión da mesa de contratación, de 17 de abril de 2018, na que se recolle a existencia dunha única oferta, presentada pola empresa ESPROADE, S.L. Apertura pública do sobre que contén os criterios de adxudicación non availables mediante cifras ou porcentaxes.
- Informe técnico de valoración do sobre Nº 2 da proposta presentada, asinado pola técnica de Educación e Mocidade o 25 de abril de 2018.
- Acta da 2ª reunión da mesa de contratación, de 8 de maio de 2018, na que se procede ao exame do informe valorativo realizado, e se procede á apertura dos sobres que conteñen a documentación xustificativa dos criterios de adxudicación availables mediante cifras. Dáse traslado do estudio económico presentado á economista da Oficina de Emprego e Promoción Económica, aos efectos de que emita informe de análise do mesmo.
- Informe emitido pola técnica Economista da Oficina de Promoción Económica, de 14 de maio de 2018.
- Mesa de contratación celebrada o 16 de maio de 2018.

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régime Local.
- Real Decreto Lei 2/2004, de 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei Reguladora de Facendas Locais.
- Real Decreto 500/1990, polo que se desenvolve o Regulamento Orzamentario.
- Real Decreto lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

Enfitese o presente informe a solicitude de varios membros da Mesa de Contratación celebrada o 16 de maio de 2018 para o exame do informe valorativo final da licitación do Servizo de



dirección pedagóxica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela.

I.- Cuestiós suscitadas na Mesa celebrada o día 16 de maio de 2018, sobre as que versa o presente informe.

As dúbidas suscitadas na mesa celebrada o día 16 de maio de 2018 parten do tenor literal da conclusión acadada no informe emitido pola técnica economista da Oficina de Promoción Económica o 14 de maio de 2018, no que se sinala o seguinte:

"Polo que a criterio desta técnica, e sen entrar a valorar a viabilidade técnica, de operación e calidad, os datos económicos presentados pola empresa ESPROADE S.L. son no ámbito xeral coherentes coa Memoria económica encargada polo Concello de Santiago pero non cumplen o esixido prego no seu punto 12.4 ao non ser un estudo económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, posto que se trata dunha táboa simple sen xustificación algúns das cifras nela recollidas e sen unha análise dos costes salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación".

A cuestión suscitada pola Mesa sobre a que se solicita informes da Asesoría Xurídica e da Intervención municipal ante a discrepancia verbalmente formulada por ambos funcionarios, podería resumirse do seguinte xeito:

Si o omisión do detalle sobre os custos salariais individualizados "como esixe o prego administrativo no seu punto 12.4", que sinala o informe da técnica economista é causa automática de exclusión ou si, pola contra, é posible pedir á empresa unha aclaración da súa oferta.

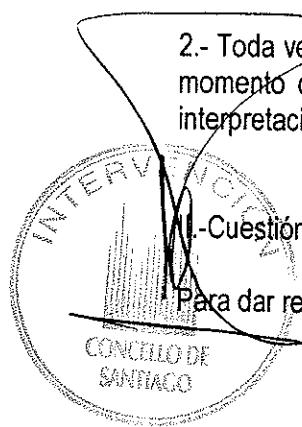
Faise constar expresamente pola abaixo asinante o seguinte:

1.- O presente informe versa exclusivamente sobre a cuestión suscitada na Mesa de Contratación de 16 de maio non estendéndose, por non ser o momento procedural e ter sido obxecto de fiscalización previa, a outros aspectos do expediente que, como consta nos antecedentes, foi aprobado polo órgano de contratación.

2.- Toda vez que, pola premura coa que foi solicitada a emisión de informe, non se dispón neste momento do texto da Acta da mesma, faise constar que o enfoque do mesmo baséase na interpretación que, das dúbidas suscitadas, efectúanse por quen subscribe.

-Cuestiós relevantes

Para dar resposta ás dúbidas plantexadas é obrigado facer referencia ás seguintes cuestiós:



- 1.- Cales son as esixencias que ao respecto plantexa o prego de cláusulas administrativas particulares e cal é a finalidade de ditas esixencias reflectida no propio prego.
- 2.- Cales son as deficiencias na documentación presentada polo licitador.
- 3.- Si as deficiencias plantexadas na documentación teñen un carácter formal ou impiden no caso concreto a finalidade perseguida co seu requerimento.
- 4.- Si a solicitude de aclaración da oferta presentada supón unha vulneración dos principios básicos da contratación administrativa.

II.I.- Esixencias do prego ao respecto da oferta económica

- Sinala a cláusula 9.3 do prego os criterios de adxudicación availables de forma automática e a súa puntuación. Son os seguintes:

A.1.- Proposición económica.

A oferta debe formularse en termos de prezo/hora. Especialmente relevante é o último parágrafo do apartado A.1, que sinala "*En todo caso e toda vez que a porcentaxe de baixa aplicarase aos prezos máximo/hora de licitación (IVE excluído), o importe total de adxudicación coincidirá co orzamento de licitación, revertindo dita baixa nun maior número de horas de prestación do servizo*".

Neste punto, estableciase na cláusula 6 un prezo/hora do servizo de 38,82 €.

A.2. Subrogación do persoal actualmente adscrito ó servizo recollido no anexo IV do prego

A.3. Incremento da porcentaxe de horas lectivas do persoal docente

A.4. Bolsa de matrículas gratuitas para nenos e nenas pertencentes a familias en risco de exclusión social

A.5. Cantidad económica por ano destinada á dotación de material complementario e equipamento musical, dotación bibliográfica e /ou videográfica inventariable que se incorporará ao inventario da EMM

A.6. Cantidad económica por ano destinada á realización, polo departamento municipal competente en materia de educación, de auditorías de natureza pedagógica en relación co servizo.

- Sinala a cláusula 12.4 ao respecto do sobre nº 3 subtitulado "Proposición económica e oferta relativa aos criterios de adxudicación availables mediante cifras ou porcentaxes (...)" os seguintes requisitos:

"O contido da oferta económica será redactado segundo o modelo anexo ao presente prego, sen errores ou tachaduras que dificulten coñecer claramente o que o órgano de contratación estime fundamental para considerar as ofertas, e que, de producirse, provocarán que a proposición sexa rechazada. Na proposición económica que non deberá superar o orzamento de licitación establecido na cláusula 6 do prego, deberá indicarse, como partida independente, o IVE.

Así mesmo, incluirase neste sobre a oferta de melloras (criterios A.2, A.3, A.4, A.5 e A.6), que axustarase, en calqueira caso e exclusivamente, as definidas e propostas neste prego, e un estudio económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, non



debendo ser éste un documento xenérico, se non unha precisa análise dos costes do contrato onde se recollan especialmente os costes salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación.

Será motivo de exclusión da licitación, o feito de que a documentación incluída neste sobre non este subscrita na súa totalidade polo licitador, ou non vaia acompañada dunha relación dos documentos que a integran asinada polo licitador, na que declare, baixo a súa responsabilidade ser certos os datos achegados. Esta deficiencia únicamente podrá ser subsanada coa presenza do apoderado da empresa no acto público de apertura deste sobre"

II.II. Deficiencias na documentación presentada polo licitador.

Como aspectos relevantes do informe da técnica economista, debemos sublinhar o seguinte:

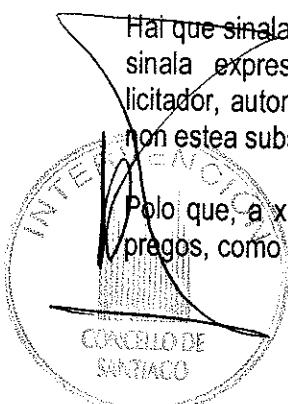
- Reflicte o informe da técnica economista que a memoria económica incorporada ao expediente de contratación calcula unha base de licitación por importe de 425.848,83 €, dos que 390.900,31 € corresponderían a custos de persoal.
- Sinala por outra banda que a empresa ESPROADE S.L. reflicte tanto nos custos de persoal como nos gastos correntes, un importe superior aos reflectidos na memoria económica que forma parte do expediente, sendo os primeiros por importe de 398.195,26 €.
- Con respecto aos gastos correntes sinálase tamén que todas as partidas teñen costes superiores aos calculados na Memoria Económica encargada polo Concello de Santiago.
- Manifesta finalmente que a oferta é coherente coa Memoria económica.

Finalmente, tal como se reflicte máis arriba, as deficiencias sinaladas no informe da técnica economista refírense á: **falta de detalle na memoria económica incorporada ao expediente de contratación**, nos termos nos que ven esixido pola cláusula 12.4 do prego de cláusulas. Sinalándose que esta falta de detalle impediría garantir a viabilidade económica da proposta.

II.III.- Verificación de si as esixencias teñen un carácter formal e en qué medida impiden no caso concreto a finalidade perseguida co seu requerimento

Hai que sinalar neste punto que a citada cláusula non establece un modelo concreto. Tampouco sinala expresamente que a ausencia de este documento implique a automática exclusión do licitador, automatismo que sí se prevé no apartado 12.4 "in fine" no caso que a documentación non estea subscrita na súa totalidade polo licitador.

Polo que, a xúizo de quen subscribe, deberá atenderse a unha interpretación teleolóxica dos pregos, como lei do contrato que son, e cabe deducir que o obxectivo perseguido pola memoria



económica esixida non é, efectivamente, meramente formal, senón que ten como finalidades esenciais:

- garantir a viabilidade económica da proposta.
- confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación

Non é obxectivo do presente informe o avaliar a proposta económica presentada, senón simplemente poñer de relieve os seguintes puntos:

1.- Forma parte do expediente de contratación aprobado pola Xunta de Goberno Local, unha memoria económica que sirve de base para a fixación do prezo de licitación, o cal queda fixado nun prezo unitario de 38,82 €/hora. A realización do número total de horas lectivas que poden chegar a ser impartidas, ascende (sempre segundo o citado informe) a 10.970,51 €. O custe máximo anual para o Concello sería de 425.848,83 €.

Os custos de persoal son estimados en 390.900,31 €, os gastos correntes en 11.900,00 €, e outros gastos en 2.700,00 €. Prevese un beneficio industrial dun 5%, sendo os gastos totais do servizo, incluído beneficio industrial, de 425.848,83,83 €/ano.N

Non se entra neste punto a avaliar a bondade dos datos e presupostos de partida da Memoria económica. Débese indicar que a Intervención municipal efectuou determinadas consideracións no informe 82/2018; pero o certo é que o expediente foi aprobado polo órgano de contratación, non sendo esta a fase procedural para volver a informar o contido do mesmo, sendo que a memoria económica é precisamente a parte que fundamenta as cifras reflectidas no expediente de contratación.

2.- O licitador oferta un prezo de 38,67 €/hora, tan só un 0,39% por debaixo do prezo unitario de licitación. No suposto teórico de horas máximas anuais de que parte a memoria económica, a diminución de ingresos que suporía a baixa da empresa sería de 1.645,58 € anuais.

3.- As outras melloras con repercusión económica ofertadas pola empresa teñen escasa relevancia, supoñendo só un incremento de 3.000,00 € por ano destinada á dotación de material complementario e equipamento musical, dotación bibliográfica e videográfica. Non se comprometen ás melloras contempladas nos apartados A.2, A.3, A.4 e A.6, polo que a oferta económica da empresa non implica maior custe nestes puntos que os previstos na propia Memoria Económica aprobada polo Concello.

4.- O informe da técnica economista cualifica os datos económicos como de coerentes no ámbito xeral coa Memoria Económica, sendo nos dous apartados más relevantes custes de persoal e gastos correntes superiores aos previstos na Memoria económica.

Vistas as cifras anteriores, tanto polo que se refire á minoración de ingresos que supón a baixa como polo que se refire ao incremento de gastos derivados das melloras ou estimación de custes, parece deducirse que non hai un afastamento relevante dos propios datos que reflicte a Memoria Económica do expediente, no que se prevé unha marxe de 20.278,52 € de beneficio industrial. Pola banda dos custes de persoal, o feito de que prevean un custe lixeiramente



superiores son indicarios (aínda que non concluíntes) de cumprimento do Convenio Colectivo nos termos que a ao mesmo se refire na Memoria Económica do expediente de contratación.

Non se pretende concluír co sinalado nin a viabilidade económica da oferta nin afirmar a pretensión da empresa de cumprimento do Convenio colectivo; ese punto corresponde aos técnicos que avaliaron as ofertas tanto técnica como económica. Só salientar a este respecto o punto da conclusión no que a técnica económica afirma que a oferta é "coherente coa Memoria Económica", e que é a mera ausencia de explicación detallada a que impide afirmar a viabilidade económica e o cumprimento do Convenio que, en último extremo, é a finalidade última da incorporación da Memoria económica á Oferta. Visto o anterior, esta Intervención considera que neste caso concreto non é unha cuestión que parece que vaia a poñer en risco de afectar ou modificar a oferta formulada, senón a dar unha explicación detallada das cifras que, a dicir da propia técnica económica (e a propia lóxica dos datos arriba sinalados), gardan coherencia co expediente de contratación.

II.IV.- Posibilidade de solicitar á empresa licitadora aclaración da súa oferta

O artigo 84 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, regula o rexeitamento das proposicións no seguinte senso:

"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 desecharada 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."

Si ben a posibilidade de subsanar deficiencias entendeuse sempre enfocada hacia as acreditacións da solvencia económica e técnica, a xurisprudencia ven admitindo nunha tendencia cada vez más antiformalista, a posibilidade de solicitar aclaracións nas propias ofertas, sempre dentro dos principios básicos da contratación pública e garantías da licitación. Así o admite a Resolución 898/2016 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais cando distingue o alcance de ámbolos dous tipos de subsanación, e cita á súa vez as Sentenzas do TS de 21 de setiembre de 2004 – Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002:

"Como dijimos en nuestra Resolución 217/2016, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 – Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley



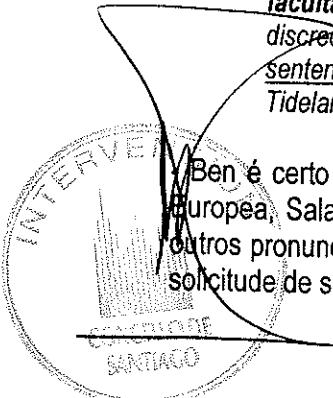
de Contratos de las Administraciones Pùblicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014–). Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expedte. TACRC – 730/2016 16 errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004– y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004–), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002–) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015–). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", **rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia** (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004– y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002–)."

Neste senso, hai que mencionar xurisprudencia do Tribunal Xeral da Unión Europea, na que si ben insiste no carácter restrictivo da subsanación ou aclaración dos termos da oferta, o ven admitindo nos termos seguintes:

- Especialmente importante, e reiteradamente referenciada é a sentenza de 10 de decembro de 2009 [TJCE 2009, 386]; As. T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56), no que califica como contrario ás esixencias dunha boa administración que un comité de avaliación desestime a oferta sen exercer a facultade de solicitar aclaracións:

"Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38)."

Ben é certo que esta facultade non é ilimitada. Así o sinala o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, Sala Quinta, en Sentenza de 4 maio de 2017, C-387/2014, no que fai referencia a outros pronunciamentos do mesmo tribunal, e concreta os parámetros nos que debe moverse a solicitude de subsanación ou aclaración de ofertas das empresas licitadoras:



- "38. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 (LA LEY 4245/2004) no se opone a que 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 (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 63 y jurisprudencia citada).

39. A tal efecto, corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 64 y jurisprudencia citada).

40. Asimismo, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone en lo que respecta a la facultad de solicitar a los licitadores que aclaren su oferta, el poder adjudicador está obligado a tratar a los licitadores 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 una solicitud de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al licitador o licitadores que la recibieron (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 65 y jurisprudencia citada).

Sobre as limitacións á subsanación ou aclaración das ofertas, tamén cabe mencionar os pronunciamentos de Juntas consultivas. Citamos como exemplo o Informe 7/2013, de 9 de decembro da Junta Consultiva de Contratación Administrativa das Illas Baleares, sobre a posibilidade de solicitar aclaracións das ofertas. Conclúe do seguinte xeito:

"1. La posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable no tan solo a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo, sino también al resto de procedimientos de contratación siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas -o una parte de las ofertas- en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que se 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, ya sea porque se modifica su sentido inicial o porque se incorporan a la misma otros términos no previstos inicialmente.

2. La solicitud de aclaraciones o de información complementaria debe efectuarse en todo caso antes de valorar las ofertas. En el caso de que posteriormente a la valoración de las ofertas se ponga de manifiesto una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación podrá desistir del procedimiento antes de la adjudicación, de acuerdo con el artículo 155 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público"

Diversos pronunciamentos de distintos tribunais de recursos contractuais conteñen o mesmo razonamento: Resolución nº 203/2016, Acordo do Tribunal Administrativo de contratación pública da Comunidade de Madrid, ACUERDO 17/2014, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,...Un caso similar ao que nos ocupa foi tratado na STSJ de



Castilla La Mancha, que ditou sentenza de 7 de novembro de 2016 (Nº recurso 442/2014), no que se sinala que *"la causa de exclusión se basa en la consideración de que resulta imposible garantizar que el licitador podrá cumplir con el contrato, precisamente por no justificar tales partidas. Ello sin embargo, según reiterada doctrina de este Tribunal en ningún caso puede suponer la exclusión del licitador"*

O Tribunal Supremo, en Sentenza de 25 de maio de 2015 (RJ/2015/2903), tamén contén unha posibilidade de subsanación de documentación incluída na oferta:

"Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó, tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia."

Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre *la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos.*

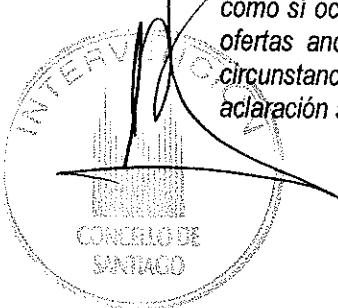
A doutrina do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais pódese resumir cos seguintes pronunciamentos:

- Resolución 295/2015, no que se sinala:

"... para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador."

- Resolución 399/2015, que conclúa considerando a exclusión incorrecta, ordeando a retroacción de actuacions para conceder subsanación. Os razonamentos son os seguintes:

En definitiva, es cierto que la entidad contratante no está en todos los casos obligada a requerir aclaración de las ofertas en esta fase del procedimiento cuando las mismas resulta defectuosas, como sí ocurre, por el contrario, en el caso de la documentación administrativa o en el caso de ofertas anormales o desproporcionadas, sino que habrá que ponderar si, a la vista de las circunstancias, era razonable al menos a priori suponer que el licitador podía ofrecer una aclaración sin variar su oferta, tal y como exige la doctrina antes señalada. Por el contrario, si la



oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente.

- Resolución 400/2015 do TACRC, que afirma a posibilidade de aclaracións ao contido da oferta económica que non supoña modificación da mesma.

"En lo que se refiere a la oferta, como se ha señalado, la regla general es que no procederá la subsanación de los defectos observados, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de solicitar a los licitadores las aclaraciones que considere pertinentes. No obstante, con carácter excepcional, se admite la posibilidad de subsanación de defectos meramente formales que no afecten al contenido de la oferta".

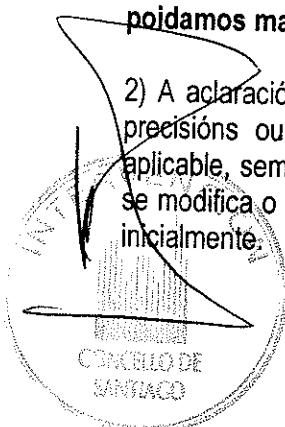
Aínda que non se trata dun suposto idéntico, podemos traer aquí a colación o principio de obrigatoriedade de solicitar xustificación á empresa incursa en presunción de temeridade por mor das súas baixas. Se trata, en suma, de *solicitar ao licitador que aporte as xustificacions necesarias para acreditar que a súa oferta é seria*. Así, a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea de 28 de xaneiro de 2016 (recurso T-570/13), recorda que:

"(...) al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, el poder adjudicador está obligado a solicitar al licitador que aporte las justificaciones necesarias para acreditar que su oferta es seria (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99 , Rec, EU:C:2001:640 , apartados 46 y 51; de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10 , Rec, EU:C:2012:191 , apartado 28, y Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra , EU:C:2014:2466 , apartado 47). La existencia de un debate contradictorio efectivo, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, entre el poder adjudicador y el licitador a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia fundamental en materia de adjudicación de contratos públicos, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias Lombardini y Mantovani, antes citada, EU:C:2001:640 , apartado 57; Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra , EU:C:2014:2466 , apartado 48, y de 21 de mayo de 2008, Belfast/Consejo, T-495/04 , Rec, EU:T:2008:160 , apartados 97 y 98)".

Aplicación da doutrina ao caso concreto:

1) Si a oferta é manifiestamente incongruente ou errónea, non resultaría procedente a aclaración. Tendo en conta o sinalado no apartado II do presente informe, e do tenor literal das conclusións do informe da técnica económica, na que se refire á coherencia das cifras, **non parece que podamos manifestar que a oferta é incongruente ou errónea.**

2) A aclaración formulada non poderá afectar ao contido da oferta. A posibilidade de solicitar precisions ou aclaracións sobre as ofertas presentadas ou información complementaria é aplicable, sempre que elo non supoña unha modificación dos termos da oferta, xa sexa porque se modifica o seu sentido inicial ou porque se incorporan á mesma outros termos non previstos inicialmente.



INFORME DE INTERVENCIÓN Nº 258/2018

ASUNTO: AVALIACIÓN DO CARÁCTER SUBSANABLE OU NON DA INSUFICIENCIA DA MEMORIA ECONÓMICA PRESENTADA POLA EMPRESA ESPROADE S.L. COMO LICITADORA DO PROCEDIMENTO ABIERTO PARA A CONTRATACIÓN DO "SERVIZO DE DIRECCIÓN PEDAGÓXICA, DOCENCIA E ORGANIZACIÓN DOS DIFERENTES PROGRAMAS EDUCATIVOS E DAS ACTIVIDADES DA ESCOLA MUNICIPAL DE MÚSICA DE SANTIAGO DE COMPOSTELA"

ANTECEDENTES

- Acordo de Xunta de Goberno Local de 2 de marzo de 2018, polo que se aproba o expediente con código CON/7/2018, de contratación do servizo arriba mencionado, así como o gasto correspondente e a apertura do procedimento de adxudicación mediante procedemento abierto.
- Acta da 1ª reunión da mesa de contratación, de 17 de abril de 2018, na que se recolle a existencia dunha única oferta, presentada pola empresa ESPROADE, S.L. Apertura pública do sobre que contén os criterios de adxudicación non availables mediante cifras ou porcentaxes.
- Informe técnico de valoración do sobre Nº 2 da proposta presentada, asinado pola técnica de Educación e Mocidade o 25 de abril de 2018.
- Acta da 2ª reunión da mesa de contratación, de 8 de maio de 2018, na que se procede ao exame do informe valorativo realizado, e se procede á apertura dos sobres que conteñen a documentación xustificativa dos criterios de adxudicación availables mediante cifras. Dáse traslado do estudio económico presentado á economista da Oficina de Emprego e Promoción Económica, aos efectos de que emita informe de análise do mesmo.
- Informe emitido pola técnica Economista da Oficina de Promoción Económica, de 14 de maio de 2018.
- Mesa de contratación celebrada o 16 de maio de 2018.

NORMATIVA DE APLICACIÓN

- Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régime Local.
- Real Decreto Lei 2/2004, de 5 de marzo, polo que se aproba o texto refundido da Lei Reguladora de Facendas Locais.
- Real Decreto 500/1990, polo que se desenvolve o Regulamento Orzamentario.
- Real Decreto lexislativo 3/2011, de 14 de novembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

Enfitese o presente informe a solicitude de varios membros da Mesa de Contratación celebrada o 16 de maio de 2018 para o exame do informe valorativo final da licitación do Servizo de



dirección pedagógica, docencia e organización dos diferentes programas educativos e das actividades da escola municipal de música de Santiago de Compostela.

I.- Cuestiós suscitadas na Mesa celebrada o día 16 de maio de 2018, sobre as que versa o presente informe.

As dúbidas suscitadas na mesa celebrada o día 16 de maio de 2018 parten do tenor literal da conclusión acadada no informe emitido pola técnica economista da Oficina de Promoción Económica o 14 de maio de 2018, no que se sinala o seguinte:

"Polo que a criterio desta técnica, e sen entrar a valorar a viabilidade técnica, de operación e calidad, os datos económicos presentados pola empresa ESPROADE S.L. son no ámbito xeral coherentes coa Memoria económica encargada polo Concello de Santiago pero non cumplen o esixido prego no seu punto 12.4 ao non ser un estudo económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, posto que se trata dunha táboa simple sen xustificación algúns das cifras nela recollidas e sen unha análise dos costes salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación".

A cuestión suscitada pola Mesa sobre a que se solicita informes da Asesoría Xurídica e da Intervención municipal ante a discrepancia verbalmente formulada por ambos funcionarios, podería resumirse do seguinte xeito:

Si o omisión do detalle sobre os custos salariais individualizados "como esixe o prego administrativo no seu punto 12.4", que sinala o informe da técnica economista é causa automática de exclusión ou si, pola contra, é posible pedir á empresa unha aclaración da súa oferta.

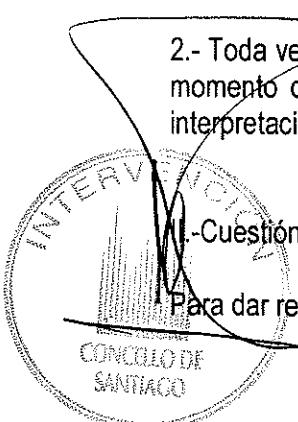
Faise constar expresamente pola abaixo asinante o seguinte:

1.- O presente informe versa exclusivamente sobre a cuestión suscitada na Mesa de Contratación de 16 de maio non estendéndose, por non ser o momento procedural e ter sido obxecto de fiscalización previa, a outros aspectos do expediente que, como consta nos antecedentes, foi aprobado polo órgano de contratación.

2.- Toda vez que, pola premura coa que foi solicitada a emisión de informe, non se dispón neste momento do texto da Acta da mesma, faise constar que o enfoque do mesmo baséase na interpretación que, das dúbidas suscitadas, efectúanse por quien subscribe.

II.-Cuestiós relevantes

Para dar resposta ás dúbidas planteadas é obrigado fazer referencia ás seguintes cuestiós:



- 1.- Cales son as esixencias que ao respecto plantexa o prego de cláusulas administrativas particulares e cal é a finalidade de ditas esixencias reflectida no propio prego.
- 2.- Cales son as deficiencias na documentación presentada polo licitador.
- 3.- Si as deficiencias plantexadas na documentación teñen un carácter formal ou impiden no caso concreto a finalidade perseguida co seu requerimento.
- 4.- Si a solicitude de aclaración da oferta presentada supón unha vulneración dos principios básicos da contratación administrativa.

II.I.- Esixencias do prego ao respecto da oferta económica

- Sinala a cláusula 9.3 do prego os criterios de adxudicación availables de forma automática e a súa puntuación. Son os seguintes:

A.1.- Proposición económica.

A oferta debe formularse en termos de prezo/hora. Especialmente relevante é o último parágrafo do apartado A.1, que sinala "*En todo caso e toda vez que a porcentaxe de baixa aplicarase aos prezos máximo/hora de licitación (IVE excluído), o importe total de adxudicación coincidirá co orzamento de licitación, revertindo dita baixa nun maior número de horas de prestación do servizo*".

Neste punto, establecíase na cláusula 6 un prezo/hora do servizo de 38,82 €.

A.2. Subrogación do persoal actualmente adscrito ó servizo recollido no anexo IV do prego

A.3. Incremento da porcentaxe de horas lectivas do persoal docente

A.4. Bolsa de matrículas gratuitas para nenos e nenas pertencentes a familias en risco de exclusión social

A.5. Cantidade económica por ano destinada á dotación de material complementario e equipamento musical, dotación bibliográfica e /ou videográfica inventariable que se incorporará ao inventario da EMM

A.6. Cantidade económica por ano destinada á realización, polo departamento municipal competente en materia de educación, de auditorías de natureza pedagóxica en relación co servizo.

- Sinala a cláusula 12.4 ao respecto do sobre nº 3 subtitulado "Proposición económica e oferta relativa aos criterios de adxudicación availables mediante cifras ou porcentaxes (...)" os seguintes requisitos:

"O contido da oferta económica será redactado segundo o modelo anexo ao presente prego, sen errores ou tachaduras que dificulten coñecer claramente o que o órgano de contratación estime fundamental para considerar as ofertas, e que, de producirse, provocarán que a proposición sexa rechazada. Na proposición económica que non deberá superar o orzamento de licitación establecido na cláusula 6 do prego, deberá indicarse, como partida independente, o IVE. Así mesmo, incluirase neste sobre a oferta de melloras (criterios A.2, A.3, A.4, A.5 e A.6), que axústase, en calqueira caso e exclusivamente, as definidas e propostas neste prego, e un estudio económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, non



debendo ser éste un documento xenérico, se non unha precisa análise dos costes do contrato onde se recollan especialmente os costes salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación.

Será motivo de exclusión da licitación, o feito de que a documentación incluída neste sobre non este subscrita na súa totalidade polo licitador, ou non vaia acompañada dunha relación dos documentos que a integran asinada polo licitador, na que declare, baixo a súa responsabilidade ser certos os datos achegados. Esta deficiencia únicamente podrá ser subsanada coa presenza do apoderado da empresa no acto público de apertura deste sobre"

II.II. Deficiencias na documentación presentada polo licitador.

Como aspectos relevantes do informe da técnica economista, debemos subliñar o seguinte:

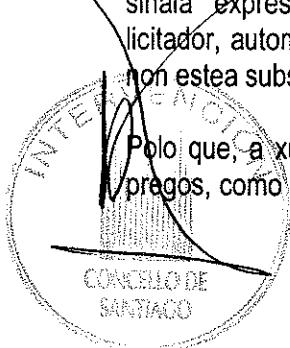
- Reflicte o informe da técnica economista que a memoria económica incorporada ao expediente de contratación calcula unha base de licitación por importe de 425.848,83 €, dos que 390.900,31 € corresponderían a custos de persoal.
- Sinala por outra banda que a empresa ESPROADE S.L. reflicte tanto nos custos de persoal como nos gastos correntes, un importe superior aos reflectidos na memoria económica que forma parte do expediente, sendo os primeiros por importe de 398.195,26 €.
- Con respecto aos gastos correntes sinálase tamén que todas as partidas teñen costes superiores aos calculados na Memoria Económica encargada polo Concello de Santiago.
- Manifesta finalmente que a oferta é coherente coa Memoria económica.

Finalmente, tal como se reflicte máis arriba, as deficiencias sinaladas no informe da técnica economista refirense á: **falta de detalle na memoria económica incorporada ao expediente de contratación**, nos termos nos que ven esixido pola cláusula 12.4 do prego de cláusulas. Sinalándose que esta falta de detalle impediría garantir a viabilidade económica da proposta.

II.III.- Verificación de si as esixencias teñen un carácter formal e en qué medida impiden no caso concreto a finalidade perseguida co seu requerimento

Hai que sinalar neste punto que a citada cláusula non establece un modelo concreto. Tampouco sinala expresamente que a ausencia de este documento implique a automática exclusión do licitador, automatismo que sí se prevé no apartado 12.4 "in fine" no caso que a documentación non estea subscrita na súa totalidade polo licitador.

Polo que, a xuízo de quen subscribe, deberá atenderse a unha interpretación teleolóxica dos pregos, como lei do contrato que son, e cabe deducir que o obxectivo perseguido pola memoria





económica esixida non é, efectivamente, meramente formal, senón que ten como finalidades esenciais:

- garantir a viabilidade económica da proposta.
- confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación

Non é obxectivo do presente informe o avaliar a proposta económica presentada, senón simplemente poñer de relieve os seguintes puntos:

1.- Forma parte do expediente de contratación aprobado pola Xunta de Goberno Local, unha memoria económica que sirve de base para a fixación do prezo de licitación, o cal queda fixado nun prezo unitario de 38,82 €/hora. A realización do número total de horas lectivas que poden chegar a ser impartidas, ascende (sempre segundo o citado informe) a 10.970,51 €. O custe máximo anual para o Concello sería de 425.848,83 €.

Os custos de persoal son estimados en 390.900,31 €, os gastos correntes en 11.900,00 €, e outros gastos en 2.700,00 €. Prevese un beneficio industrial dun 5%, sendo os gastos totais do servizo, incluído beneficio industrial, de 425.848,83,83 €/ano.N

Non se entra neste punto a avaliar a bondade dos datos e presupostos de partida da Memoria económica. Débese indicar que a Intervención municipal efectuou determinadas consideracións no informe 82/2018; pero o certo é que o expediente foi aprobado polo órgano de contratación, non sendo esta a fase procedural para volver a informar o contido do mesmo, sendo que a memoria económica é precisamente a parte que fundamenta as cifras reflectidas no expediente de contratación.

2.- O licitador oferta un prezo de 38,67 €/hora, tan só un 0,39% por debaixo do prezo unitario de licitación. No suposto teórico de horas máximas anuais de que parte a memoria económica, a diminución de ingresos que supón a baixa da empresa sería de 1.645,58 € anuais.

3.- As outras melloras con repercusión económica ofertadas pola empresa teñen escasa relevancia, supoñendo só un incremento de 3.000,00 € por ano destinada á dotación de material complementario e equipamento musical, dotación bibliográfica e videográfica. Non se comprometen ás melloras contempladas nos apartados A.2, A.3, A.4 e A.6, polo que a oferta económica da empresa non implica maior custe nestes puntos que os previstos na propia Memoria Económica aprobada polo Concello.

4.- O informe da técnica economista cualifica os datos económicos como de coherentes no ámbito xeral coa Memoria Económica, sendo nos dous apartados más relevantes custes de persoal e gastos correntes superiores aos previstos na Memoria económica.

Vistas as cifras anteriores, tanto polo que se refire á minoración de ingresos que supón a baixa como polo que se refire ao incremento de gastos derivados das melloras ou estimación de custes, parece deducirse que non hai un afastamiento relevante dos propios datos que reflicte a Memoria Económica do expediente, no que se prevé unha marxe de 20.278,52 € de beneficio industrial. Pola banda dos custes de persoal, o feito de que prevean un custe lixeiramente



superiores son indicarios (aínda que non concluíntes) de cumprimento do Convenio Colectivo nos termos que a ao mesmo se refire na Memoria Económica do expediente de contratación.

Non se pretende concluir co sinalado nin a viabilidade económica da oferta nin afirmar a pretensión da empresa de cumprimento do Convenio colectivo; ese punto corresponde aos técnicos que avaliaron as ofertas tanto técnica como económica. Só salientar a este respecto o punto da conclusión no que a técnica económica afirma que a oferta é "coherente coa Memoria Económica", e que é a mera ausencia de explicación detallada a que impide afirmar a viabilidade económica e o cumprimento do Convenio que, en último extremo, é a finalidade última da incorporación da Memoria económica á Oferta. Visto o anterior, esta Intervención considera que neste caso concreto non é unha cuestión que parece que vaia a poñer en risco de afectar ou modificar a oferta formulada, senón a dar unha explicación detallada das cifras que, a decir da propia técnica económica (e a propia lóxica dos datos arriba sinalados), gardan coherencia co expediente de contratación.

II.IV.- Posibilidade de solicitar á empresa licitadora aclaración da súa oferta

O artigo 84 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, regula o rexeitamento das proposicións no seguinte senso:

"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 desechara 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."

Si ben a posibilidade de subsanar deficiencias entendeuse sempre enfocada hacia as acreditacións da solvencia económica e técnica, a xurisprudencia ven admitindo nunha tendencia cada vez más antiformalista, a posibilidade de solicitar aclaracións nas propias ofertas, sempre dentro dos principios básicos da contratación pública e garantías da licitación. Así o admite a Resolución 898/2016 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais cando distingue o alcance de ámbolos dous tipos de subsanación, e cita á súa vez as Sentenzas do TS de 21 de setiembre de 2004 – Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002:

"Como dijimos en nuestra Resolución 217/2016, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 -Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley



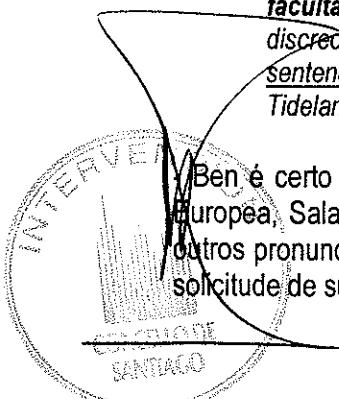
de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado "sensu contrario" vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-). Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES Expedt. TACRC – 730/2016 16 errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004- y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", **rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia** (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 – Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 – Roj STS 5093/2002-)."

Neste senso, hai que mencionar xurisprudencia do Tribunal Xeral da Unión Europea, na que si ben insiste no carácter restrictivo da subsanación ou aclaración dos termos da oferta, o ven admitindo nos termos seguintes:

- Especialmente importante, e reiteradamente referenciada é a sentenza de 10 de decembro de 2009 [TJCE 2009, 386]; As. T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, apartado 56), no que califica como contrario ás esixencias dunha boa administración que un comité de avaliación desestime a oferta sen exercer a facultade de solicitar aclaracións:

"*Ello sucede, en particular, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que un comité de evaluación desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones.* Reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38)."

Ben é certo que esta facultade non é ilimitada. Así o sinala o Tribunal de Xustiza da Unión Europea, Sala Quinta, en Sentenza de 4 maio de. 2017, C-387/2014, no que fai referencia a outros pronunciamentos do mesmo tribunal, e concreta os parámetros nos que debe moverse a solicitude de subsanación ou aclaración de ofertas das empresas licitadoras:



- "38. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha señalado que el artículo 2 de la Directiva 2004/18 (LA LEY 4245/2004) **no se opone a que 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 (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 63 y jurisprudencia citada).

39. A tal efecto, **corresponde al poder adjudicador garantizar, en particular, que la solicitud de aclaraciones de una oferta no tenga como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta** (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 64 y jurisprudencia citada).

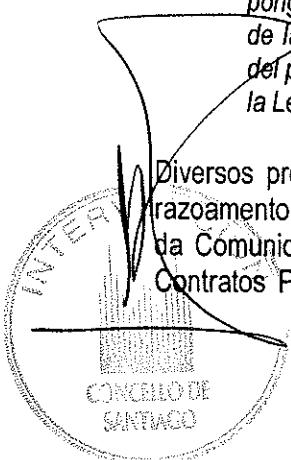
40. Asimismo, en el ejercicio del margen de apreciación de que dispone en lo que respecta a la facultad de solicitar a los licitadores que aclaren su oferta, **el poder adjudicador está obligado a tratar a los licitadores del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que una solicitud de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al licitador o licitadores que la recibieron** (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14 (LA LEY 19434/2016), EU:C:2016:214, apartado 65 y jurisprudencia citada).

Sobre as limitacións á subsanación ou aclaración das ofertas, tamén cabe mencionar os pronunciamentos de Juntas consultivas. Citamos como exemplo o Informe 7/2013, de 9 de decembro da **Junta Consultiva de Contratación Administrativa das Illas Baleares**, sobre a posibilidade de solicitar aclaracións das ofertas. Conclúe do seguinte xeito:

"1. **La posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable** no tan solo a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo, sino también al resto de procedimientos de contratación siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas -o una parte de las ofertas- en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que se 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, ya sea porque se modifica su sentido inicial o porque se incorporan a la misma otros términos no previstos inicialmente.

2. La solicitud de aclaraciones o de información complementaria debe efectuarse en todo caso antes de valorar las ofertas. En el caso de que posteriormente a la valoración de las ofertas se ponga de manifiesto una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación podrá desistir del procedimiento antes de la adjudicación, de acuerdo con el artículo 155 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público"

Diversos pronunciamentos de distintos tribunais de recursos contractuais conteñen o mesmo rrazoamento: Resolución nº 203/2016, Acordo do Tribunal Administrativo de contratación pública da Comunidade de Madrid, ACUERDO 17/2014, de 3 de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,...Un caso similar ao que nos ocupa foi tratado na STSJ de



Castilla La Mancha, que ditou sentenza de 7 de novembro de 2016 (Nº recurso 442/2014), no que se sinala que *"la causa de exclusión se basa en la consideración de que resulta imposible garantizar que el licitador podrá cumplir con el contrato, precisamente por no justificar tales partidas. Ello sin embargo, según reiterada doctrina de este Tribunal en ningún caso puede suponer la exclusión del licitador"*

O Tribunal Supremo, en Sentenza de 25 de maio de 2015 (RJ/2015/2903), tamén contén unha posibilidade de subsanación de documentación incluída na oferta:

"Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó, tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia."

Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos."

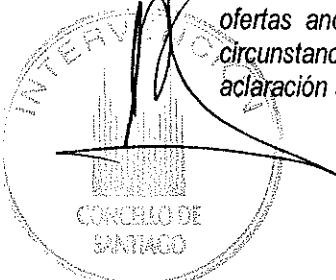
A doutrina do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais pódese resumir cos seguintes pronunciamentos:

- Resolución 295/2015, no que se sinala:

"... para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter puramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador."

- Resolución 399/2015, que conclúa considerando a exclusión incorrecta, ordeando a retroacción de actuacions para conceder subsanación. Os razonamentos son os seguintes:

En definitiva, es cierto que la entidad contratante no está en todos los casos obligada a requerir aclaración de las ofertas en esta fase del procedimiento cuando las mismas resulta defectuosas, como sí ocurre, por el contrario, en el caso de la documentación administrativa o en el caso de ofertas anormales o desproporcionadas, sino que habrá que ponderar si, a la vista de las circunstancias, era razonable al menos a priori suponer que el licitador podía ofrecer una aclaración sin variar su oferta, tal y como exige la doctrina antes señalada. Por el contrario, si la



oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente.

- Resolución 400/2015 do TACRC, que afirma a posibilidade de aclaracións ao contido da oferta económica que non supoña modificación da mesma.

"En lo que se refiere a la oferta, como se ha señalado, la regla general es que no procederá la subsanación de los defectos observados, sin perjuicio de la facultad del órgano de contratación de solicitar a los licitadores las aclaraciones que considere pertinentes. No obstante, con carácter excepcional, se admite la posibilidad de subsanación de defectos meramente formales que no afecten al contenido de la oferta".

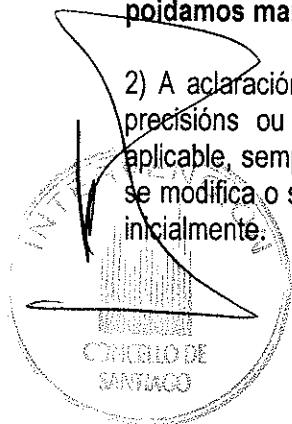
Aínda que non se trata dun suposto idéntico, podemos traer aquí a colación o principio de obrigatoriedade de solicitar xustificación á empresa incursa en presunción de temeridade por mor das súas baixas. Se trata, en suma, de solicitar ao licitador que aporte as xustificaciós necesarias para acreditar que a súa oferta é seria. Así, a Sentenza do Tribunal Xeral da Unión Europea de 28 de xaneiro de 2016 (recurso T-570/13), recorda que:

"(...) al examinar el carácter anormalmente bajo de una oferta, el poder adjudicador está obligado a solicitar al licitador que aporte las justificaciones necesarias para acreditar que su oferta es seria (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias de 27 de noviembre de 2001, Lombardini y Mantovani, C-285/99 y C-286/99 , Rec, EU:C:2001:640 , apartados 46 y 51; de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10 , Rec, EU:C:2012:191 , apartado 28, y Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra , EU:C:2014:2466 , apartado 47). La existencia de un debate contradictorio efectivo, en una fase adecuada del procedimiento de examen de las ofertas, entre el poder adjudicador y el licitador a fin de que éste pueda probar que su oferta es seria, constituye una exigencia fundamental en materia de adjudicación de contratos públicos, destinada a evitar la arbitrariedad del poder adjudicador y garantizar una sana competencia entre las empresas (véanse, en ese sentido y por analogía, las sentencias Lombardini y Mantovani, antes citada, EU:C:2001:640 , apartado 57; Data Medical Service, citada en el apartado 55 supra , EU:C:2014:2466 , apartado 48, y de 21 de mayo de 2008, Belfass/Consejo, T-495/04 , Rec,EU:T:2008:160 , apartados 97 y 98)".

Aplicación da doutrina ao caso concreto:

1) Si a oferta é manifiestamente incongruente ou errónea, non resultaría procedente a aclaración. Tendo en conta o sinalado no apartado II do presente informe, e do tenor literal das conclusións do informe da técnica económica, na que se refire á coherencia das cifras, **non parece que poidamos manifestar que a oferta é incongruente ou errónea.**

2) A aclaración formulada non poderá afectar ao contido da oferta. A posibilidade de solicitar precisóns ou aclaracións sobre as ofertas presentadas ou información complementaria é aplicable, sempre que elo non supoña unha modificación dos termos da oferta, xa sexa porque se modifica o seu sentido inicial ou porque se incorporan á mesma outros termos non previstos inicialmente.



Non podería admitirse en ningún caso variacións sobre a oferta inicial; non obstante, o elemento sobre o que versaría a petición de aclaración non sería a oferta económica en sí mesma, senón **unha explicación más detallada ou complementaria dos datos da Memoria económica a efectos de garantir a viabilidade económica e adecuación ao Convenio colectivo.**

3) Ao termo do procedemento de selección das ofertas e en vista dos resultados de este, non pode concluírse que unha solicitude de aclaracións beneficiou ou prexudicou indebidamente ao licitador ou licitadores que a recibiron.

Dado o contido da aclaración, e o feito de que non afecta á oferta económica en sí senón só á xustificación da mesma, non parece que con dita aclaración se vaia a xerar un beneficio al licitador.

CONCLUSIÓN

I.- A falta de detalle na memoria económica presentada polo licitador non é neste caso, a xuízo desta Intervención, causa suficiente para a súa exclusión automática, polos motivos sinalados no punto II do presente informe .

2.- Tendo en conta os pronunciamentos xurisprudenciais e doutrinais, e subliñando o carácter restrictivo da posibilidade de solicitar aclaracións na oferta económica, enténdese por esta Intervención que ditos límites non afectarían a este caso particular ao non existir risco de alteración da oferta, ao non existir indicios de que sexa incongruente ou errónea, e ao non supoñer a aclaración un eventual beneficio para o licitador por canto só implica unha explicación más detallada ou complementaria dos datos da Memoria económica aportada, pero non supón alteración do prezo unitario ofertado. Polo que procedería, a xuízo desta Intervención, solicitude á empresa de aclaración dos detalles da Memoria económica omitidos a que fai referencia o informe da técnica economista.

Este é o meu informe, o que se emite sen prexuízo de calqueroutro ditame mellor fundado en dereito, ~~someténdoo á~~ consideración da Mesa de Contratación que adoptará a oportuna decisión.

Santiago de Compostela, 18 de maio de 2018
A VICEINTERVENTORA

Concello de
Ana E. Gago Fernández