CONCELLO DE SANTIAGO

INFORME XURÍDICO

En cumprimento do que se acordou hoxe na mesa de contratación de licitación do contrato de servizos obxecto do expediente CON/7/2018, debullo e ratifico por escrito as razóns que, ao meu modesto xuízo, basean o rexeitamento da oferta presentada.

ANTECEDENTES

1. O Concello de Santiago de Compostela convocou licitación para adxudicar, por procedemento aberto, o contrato de servizo de dirección pedagóxica, docencia e organización das actividades da escola municipal de música. A única oferta que se presentou é da empresa Exproade SL.

2. O apartado 12 do prego de cláusulas administrativas particulares regula o contido das proposicións, que se compoñerán dun sobre nº 1 de documentación xeral (declaración responsable), un sobre nº 2 de documentación tocante aos criterios de adxudicación non avaliables matemáticamente (proxecto educativo/pedagóxico axustado ao prego de condicións técnicas) e un sobre nº 3 coa proposición económica, a oferta referente aos criterios avaliables matemáticamente (melloras) e

"… un estudo económico detallado que permita garantir a viabilidade económica da proposta, non debendo ser éste un documento xenérico senon unha precisa análise dos custos do contrato onde se recollan especialmente os custos salariais individualizados, coa finalidade de confirmar o cumprimento dos convenios colectivos de aplicación."

3. A empresa licitadora presentou un estudo económico que foi obxecto de informe da técnica economista municipal con data 14.5.2018 no que se le:

"A empresa Exproade SL inclúe no seu estudo económico custos de persoal por importe de 398.195,26 € crifra superior á calculada na memoria económica encargada polo Concello. A empresa licitante únicamente inclúe como estudo económico unha táboa simple no que non existe detalle ningún sobre os custos salariais individualizados como esixe o prego administrativo no seu punto 12.4, Non é posible realizar análise ningunha sobre o cumprimento do convenio colectivo de aplicación ao non aportarse ningún tipo de desglose pormenorizado de todos os custos da estrutura de persoal proposta nin existe ningún tipo de anotación sobre ela no estudo económico.

En relación aos gastos correntes todas as partidas teñen custos superiores aos calculados na mermoria económica encargada polo Concello.

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

4. Nas intervencións que se produciron na sesión de hoxe da mesa de contratación pareceume que había unanimidade con relación ao feito de que o estudo económico presentado por Exproade SL no sobre nº 3 da súa proposición non se axustaba ao esixido polo apartado 12.4 do prego de cláusulas administrativas particulares. Porén, xordeu debate en canto a se esa deficiencia podía ou non ser obxecto de subsanación e alí defendín que se trataba dunha irregularidade non subsanable que levaría ao rexeitamento da oferta. Reproduzo a seguir a argumentación xurídica na que baseo esa convición.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1. Partimos do presuposto de que a cláusula administrativas 12.4 do prego esixe un estudo económico detallado cunha precisa análise dos custos do servizo e proscribe expresamente calquera clase de documento xenérico. Pola contra, Exproade SL presenta, como di a economista municipal, "unha táboa simple". O incumprimento do prego –lex contractus ou norma que rexe a licitación- por parte da proposición da empresa parece, xa que logo, patente e manifesto sen necesidade de moitas elucubracións.

2. A cerna do debate está en se esa deficiencia da proposición da empresa pode ser ou non obxecto de solicitude de aclaración por parte da mesa e de subsanación pola empresa licitadora. Como adiantei, ao meu xuízo a contestación debe ser negativa porque unha reiterada doutrina xurisprudencial e administrativa precisa que

> "A posibilidade por parte dos licitadores de subsanar erros na documentación refírese exclusivamente aos que se produzan na denominada documentación xeral ou administrativa relacionada co artigo 146 do TRLCSP, destinada a xustificar as condicións de capacidade e solvencia dos licitadores."

Iso dedúcese en concreto do artigo 81.2 do Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas (Rd 1098/2001, do 12 de outubro) que di:

> "Se a mesa observase defectos ou omisións subsanables na documentación presentada, comunicarállelo verbalmente aos interesados. Sen prexuízo do anterior, as circunstancias reseñadas deberán facerse publicas a través de anuncios do órgano de contratación ou, no seu caso, do que se fixe no prego, concedéndolles un prazo non superior a tres días hábiles para que os licitadores os corrixan ou subsanen perante a propia mesa de contratación."

Téñase en conta que o lema do antedito artigo é "Calificación da documentación e defectos ou omisións subsanables" o que indica inequívocamente que a posibilidade de subsanación se refire á documentación da proposición que é obxecto de "calificación", isto é, a documentación xeral ou administrativa tocante á personalidade xurídica, capacidade de actuar e

solvencia dos licitadores. É certo que a doutrina tamén permite determinadas subsanacións na documentación técnica e económica das proposicións pero cun carácter tan excepcional que só se admiten cando se trate rigorosamente de erros materiais ou omisións de carácter puramente formal, circunstancias que non concorren neste caso.

Esta doutrina pódese consultar, entroutras innumerables sentenzas e resolucións, na Resolución do TACRC nº 90/2013, do 27 de febreiro, que resume cumpridamente o estado da cuestión:

"Quinto. Sobre la cuestión objeto de este recurso se ha pronunciado reiteradamente este Tribunal en diversas Resoluciones, entre las que podemos citar la 164/2011, referida a presuntos errores materiales en la garantía, la 137/2012, sobre errores en la oferta económica, o 147/2012 y 156/2012, sobre errores en la oferta técnica. Hemos dicho en tales Resoluciones que lo que se trata de dilucidar se si el incumplimiento de algunos de los requisitos en la oferta exigidos por el pliego, que la recurrente no cuestiona que existe en la documentación presentada por ella, puede ser achacado a un error tipográfico intrascendente y acceder a su subsanación o si, por el contrario, su revisión supone una alteración de la proposición inicial y no debe admitirse.

Para ello deberemos acudir al análisis de las previsiones legales respecto a la subsanación de defectos o deficiencias. Y en este sentido, el artículo 81 del RGLCAP, establece en su apartado segundo que "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".

Ahora bien, la posibilidad de corrección contemplada en el citado artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146 del TRLCSP, puesto que a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo se hace al artículo 79.2 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, generalmente actuando a través de la mesa de contratación, para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, **pero no en la que se contenga en los sobres relativos a las ofertas técnica o económica propiamente dichas**.

Aún en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, no debe perderse de vista que **ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material**. Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, esto es lógico, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas; y 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 trasparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

CONCELLO DE SANTIAGO

En este mismo sentido cabe citar la Sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de contratación pública y varias empresas excluidas de una licitación de servicio de cobro de peajes. Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que

"en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta…".

Y en otro apartado señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición porque 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 sujetas de igual manera que los demás candidatos".

Cierto es que en el recurso resuelto por Resolución 137/2012 admitimos la subsanación de un error tipográfico en la oferta económica. Dijimos entonces que "Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que en los procedimientos de adjudicación de los contratos debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos al efecto. De acuerdo con ella, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 23/08, sobre el rechazo de las proposiciones regulada en el artículo 84 del RGLCAP, considera que no es causa suficiente para tal acción "el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal de que lo uno o la otra no alteren su sentido".

Esta doutrina aparece reiterada nas últimas resolucións do TACRC, por exemplo a nº 357/2018, do 13.42018:

"Siguiendo lo declarado en la Resolución 876/2014, cabe señalar que: "Este Tribunal se ha ocupado en numerosas resoluciones sobre el particular; ante todo, se ha de recordar que, como regla general, nuestro Ordenamiento (artículo 81 RGLCAP) sólo concibe la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, no en la oferta técnica o en la económica (cfr. Resolución 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resoluciones 128/2011, 184/2011, 277/2012 y 74/2013, entre otras).

Respecto de la oferta técnica, hemos declarado, en cambio, que no existe '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' (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).

Lo que sí es posible es solicitar 'aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público' (Resolución 94/2013)". De acuerdo con estas consideraciones, 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, y 876/2014, entre otras).

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". Partiendo, pues, de la excepcionalidad de la solicitud de aclaraciones sobre las ofertas técnica y económica de los licitadores, en el supuesto que examinamos no existe, según se desprende del expediente, ninguna duda u oscuridad en la proposición de la entidad recurrente sobre la que se plantee la procedencia de solicitar aclaraciones por parte del órgano de contratación."

E na nº 38/2018, do 16.2.2018 que di:

"Quinto. En relación con la primera de las cuestiones, este Tribunal ha sentado una doctrina ya consolidada sobre los límites a las posibilidades de subsanación en relación con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el pliego de prescripciones técnicas, que recogíamos en la reciente Resolución 908/2017, de 5 de octubre, en la que señalábamos que: "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 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-). **Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales**

consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) **o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma** (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta 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 meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-)** así como en 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 T-195/08-)."

3. O prego de cláusulas administrativas que rexe esta licitación esixe no sobre nº 3 e xunto coa oferta económica, de xeito claro e inequívoco, un estudo económico preciso e detallado, non xenérico, cunha precisa análise dos custos do contrato. Fronte a iso a empresa presenta unha simple táboa "sen xustificación ningunha das cifras nela recollidas e sen unha análise dos custos salariais individualizados" que "non cumpren o esixido polo prego no seu punto 12.4".

A omisión do documento cos requisitos e as condicións esixidos polo prego de cláusulas administrativas é insubsanable porque a súa corrección significaría darlle a oportunidade ao licitador de construír unha análise e explicación económica ex novo. Pensemos que nun caso normal con concorrencia de varios licitadores, a subsanación sería impensable porque a empresa afectada coñecería a documentación técnica e económica, así como a oferta das outras, coa creba do principio de igualdade que iso significaría. Pois é obrigado chegar á mesma solución xurídica no noso caso porque a empresa xa sabe que non hai ningún outro licitador concorrente e o documento aportaríase nunha situación de avantaxe ou privilexio inadmisible consonte os principios que rexen a licitación pública.

O argumento de que o novo documento sanador que se lle requirise non podería modificar as cifras expresadas na taboa simple que presentou tampouco é viable porque, con independencia do carácter máis ou menos completo do ámbito material ao que se refiran aquelas cifras, estas poden ser susceptibles de múltiples explicacións ou manipulacións por parte da empresa nunha situación de privilexio porque sabe que non ten concorrentes. E non

CONCELLO DE SANTIAGO

esquezamos que, a deficiencia da que falamos é imputable únicamente á empresa.

CONCLUSIÓN

Polo exposto, ao meu xuízo, a conclusión non pode ser outra que a de propoñer que se rexeite a proposición da empresa Exproade SL por non se axustar ao prego de cláusulas administrativas que rexe a licitación.

Como sempre, aceptarei de bo grao calquera outra opinión xuridicamente mellor fundada e estou seguro de que a mesa, co seu superior criterio, decidirá o que xulgue máis oportuno para os intereses públicos.

SANTIAGO DE COMPOSTELA, 16 de maio de 2018.
O director da asesoría xurídica,

MONTEAGUDO ROMERO XOAQUIN ENRIQUE - 33216418W

Firmado digitalmente por MONTEAGUDO ROMERO XOAQUIN ENRIQUE - 33216418W
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES, serialNumber=IDCES-33216418W, givenName=XOAQUIN ENRIQUE, sn=MONTEAGUDO ROMERO, cn=MONTEAGUDO ROMERO XOAQUIN ENRIQUE - 33216418W
Fecha: 2018.05.18 09:46:29 +02'00'

Xoaquín E. Monteagudo Romero