



Expte.: R-72/2017

ACUERDO 7/2018, de 1 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.A.L., en representación de “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y de “Lakita, S.A.”, frente al Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017, por el que se adjudica el contrato de ejecución de las obras de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de junio de 2017 se publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato para la ejecución de las obras contenidas en el proyecto de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz, del Plan Municipal de Pamplona, redactado por la ingeniería “URGEIN, S.L.”

SEGUNDO.- Mediante Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017, se adjudica el contrato a la mercantil “Obras especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.U.” (OBENASA).

En el apartado 2 de la parte expositiva de dicho Acuerdo se indica lo siguiente:

“A pesar de que la máxima puntuación, tras la suma de las puntuaciones de la oferta económica, correspondía a la mercantil ERRI-BERRI, S.L., la Mesa de Contratación ha propuesto la adjudicación del contrato a la oferta presentada por la mercantil “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.U.” (OBENASA), al considerar que es la oferta más ventajosa de las que cumplen con las exigencias del

Pliego de Condiciones ya que, considera que la proposición presentada por Erri-Berri, S.L., no cumple con las exigencias establecidas en el punto 8 del Pliego de Condiciones Administrativas que establecía (sobre 3) la forma y condiciones en que debían presentarse las proposiciones económicas, haciendo referencia expresa a la obligación de “detallar el precio de cada una de las unidades de obra que compone el presupuesto”. Además, el Pliego de Condiciones establecía la exigencia de que las ofertas se deban presentar, también, en sistema informático en CD-DVD, en lenguaje Word y Excel, precisando que “no se aceptarán aquellas (propuestas) que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas”.

TERCERO.- Con fecha 24 de noviembre de 2017, don F.A.L., en representación de la entidad mercantil “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y de “Lakita, S.A.”, tras haber recibido la notificación del Acuerdo que se impugna el día 15 de noviembre de 2017, interpone reclamación en materia de contratación pública frente al citado Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017.

A juicio de las reclamantes, el Acuerdo de adjudicación del contrato resulta contrario a los principios que rigen la contratación pública, al considerar que se ha dictado con *“infracción del principio de concurrencia (así como de publicidad) y de los criterios de adjudicación por exclusión disconforme a derecho de esta mercantil recurrente y adjudicación a oferta que no es la más ventajosa.”*

Según las reclamantes de dicho Acuerdo se infiere que el único motivo para su inadmisión es la falta de detallar el precio de cada una de las unidades de obra que componen el presupuesto, tal y como exige el punto 8 del Pliego al regular el contenido del sobre nº 3 “Oferta Económica”, lo cual considera infringe el ordenamiento jurídico, vulnerando el principio de concurrencia en la contratación, así como los criterios de adjudicación porque, en primer lugar, contraviene el Pliego porque este dato no es fundamental a la luz de los criterios de adjudicación ya que únicamente se tiene en cuenta, a efectos de adjudicación, la oferta total y, en segundo lugar, considera que

contraviene tanto la normativa de aplicación, en concreto el artículo 52.4 LFCP que habilita en estos casos las aclaraciones, como la jurisprudencia, que también las habilita en estos casos y, por último, el principio de proporcionalidad, por imponer una medida, la exclusión, siendo posible la aclaración en este caso.

Además, afirman que la adjudicación a la oferta que no es la más ventajosa supone una vulneración de los criterios de adjudicación.

Por todo ello solicitan que se estime su reclamación y se proceda a anular el Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de 2017, anulando su exclusión y resultando ellas las adjudicatarias por haber presentado la oferta más ventajosa.

CUARTO.- Con fecha 28 de noviembre de 2017, completándose el día 1 de diciembre de 2017, se remite el expediente así como escrito de alegaciones por parte de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz.

La misma se opone a la reclamación presentada, oposición fundamentada en las siguientes alegaciones:

En primer lugar considera la entidad que el Pliego de Condiciones, en su punto 8, establecía las condiciones en las que debía presentar la oferta económica de forma clara y, a pesar de tal claridad, la reclamante no solo no presentó su oferta en formato informático, sino que no presentó su propuesta acompañada del precio unitario de las diferentes unidades que componen el Proyecto. Este incumplimiento es sustancial, afirma, en la medida en que impide a la Junta de Compensación conocer claramente todo aquello que el *“órgano de contratación estima fundamental para considerar las ofertas”*.

En segundo lugar, la Junta considera correcta la inadmisión de la propuesta presentada, entendiendo que la falta de diligencia en la presentación de las condiciones de la oferta económica no puede ser suplida por la Mesa de Contratación, dándole la

oportunidad de presentar unos precios descompuestos por unidades de obra ya que ello atentaría contra el principio de transparencia e igualdad de los contratistas.

Finalmente, tampoco comparte la entidad la afirmación del reclamante del carácter meramente accesorio o no sustancial de la fijación de los precios unitarios, junto con la oferta económica referida por un porcentaje de baja con respecto al precio de licitación, pues como entidad adjudicataria lo que desea es que la oferta económica final sea el resultado de un preciso y minucioso estudio por los licitadores del proyecto y la ausencia de tal estudio supone un incumplimiento de las obligaciones del contratista y acredita su negligencia a la hora de formular su oferta, negligencia que no puede pretender ahora ser subsanada pues podría conllevar una violación del principio de igualdad y transparencia.

Por todo ello, solicita a este Tribunal la desestimación de la reclamación, confirmando la adecuación a derecho del acuerdo de adjudicación cuestionado.

QUINTO.- El día 1 de diciembre de 2017, dentro del plazo establecido para ello, se dio trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento.

Fuera del plazo concedido al efecto, concretamente el día 11 de diciembre de 2017, la empresa "OBENASA" ha procedido a presentar escrito de alegaciones.

En sus alegaciones, tras manifestar su "sorpresa" ya que en la reclamación la propia reclamante reconoce claramente haber incumplido el pliego de condiciones a la hora de presentar su proposición, que es el motivo de su exclusión, apoya lo manifestado por la entidad contratante, añadiendo que la posibilidad de solicitar aclaraciones del artículo 52.4 de la LFCP entiende que es "*una facultad ejercitable o no por el órgano adjudicador y no un derecho del licitador*" que, además "*no puede ejercerse respecto del precio que es precisamente de lo que aquí se trata. No habría nada que aclarar porque no habría oferta económica siendo jurídicamente inadmisibile que la reclamante exija un trámite de alegaciones cuando la supuesta oscuridad la ha creado ella misma al incumplir su deber de diligencia en la redacción de su oferta,*

deber al que estaba sujeta de igual manera que el resto de los licitadores. En ningún caso esa facultad de aclaraciones puede amparar un fraude de ley como pretende el reclamante. La aclaración ha de referirse a un documento presentado. En este caso, se trata de un documento que la reclamante no presentó, con lo cual no había aclaración posible....no sería más que un intento de presentación de documentos extemporáneos que supone el incumplimiento de un requisito material.”

Por todo ello, se opone a la reclamación presentada, solicitando se declare la adecuación a derecho del Acuerdo de adjudicación impugnado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La adjudicación de contratos de obras por la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz está sometida a la Ley Foral 6/2016, de 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP), conforme a lo dispuesto en el artículo 3. letra d) de dicha norma, al tratarse de contratos de obras de los agentes urbanizadores que no están comprendidos en el artículo 2.1. letra e) y, en consecuencia, las decisiones que adopte el citado ente en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos de obras, pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 210.1 de la LFCP.

SEGUNDO.- Al tratarse de un licitador que impugna la adjudicación del contrato licitado, se encuentra legitimado, conforme a lo dispuesto en el artículo 210 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en uno de los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de concurrencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La reclamación fue presentada el día 24 de noviembre de 2017, es decir, dentro del plazo de diez días naturales establecido por el 210.2.b de la LFCP.

QUINTO.- La cuestión de fondo fundamental a dilucidar en esta reclamación es la adecuación a Derecho de la tácita exclusión de la oferta de las reclamantes del procedimiento de adjudicación del contrato.

Decimos tácita exclusión dado que el Acuerdo de adjudicación del contrato de las obras de urbanización de la ARS-5-Etxabakoitz en Pamplona-Iruña, adoptado con fecha 14 de noviembre de 2017 por la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, tras exponer que la máxima puntuación tras la suma de las puntuaciones de la oferta económica correspondía a la mercantil “ERRI-BERRI, S.L.” y que la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del contrato a la oferta presentada por la mercantil “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.U.” (OBENASA), al considerar que era la oferta más ventajosa de las que cumplían con las exigencias del Pliego de Condiciones, se reduce a adjudicar el contrato a “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.U.” (OBENASA) y significar el momento en el que la adjudicación adquiere plena eficacia y los recursos procedentes contra la misma. Nada se manifiesta en el Acuerdo sobre la decisión de la Junta de inadmitir o no la oferta de las reclamantes.

Tampoco consta en el expediente remitido por la entidad reclamada acta alguna que refleje el acuerdo de la Mesa de Contratación de excluir la oferta de las reclamantes y lo cierto es que no consta siquiera un acta de la Mesa en la que se documente el acto público de apertura de las ofertas económicas presentadas, se valoren estas y se realice la propuesta de adjudicación a la Asamblea de la Junta de Compensación, propuesta a la que se alude en el Acuerdo de adjudicación que esta adoptó el 14 de noviembre. Tampoco consta en el expediente informe técnico alguno referido a esa cuestión.

Al respecto se debe indicar que el Pliego de Condiciones que rige la licitación, publicado junto con el anuncio de licitación, establece en su condición 10ª que la Mesa de Contratación estará formada por el Presidente de la Junta de Compensación, otro vocal designado por la Junta de Compensación, el redactor del proyecto de urbanización, actuando como Secretario de la Mesa el Secretario de la Junta de Compensación.

No se explicitan en el Pliego las funciones de la Mesa de Contratación, salvo en la condición 8ª donde, en relación con la documentación acreditativa de la solvencia económica y técnica que debe aportar el futuro adjudicatario, se atribuye a la Mesa la función de requerírsela y, en cuanto a la adjudicación del contrato, en la condición 11ª del Pliego se establece lo siguiente:

“La Propiedad, previos los informes técnicos correspondientes, adjudicará el contrato a la proposición que contenga la oferta más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios establecidos en el presente documento y el resultado, se comunicará a todos los licitadores por correo electrónico.”

No obstante, la admisión de la oferta técnica de las reclamantes a la licitación consta en el acta de la Mesa de Contratación correspondiente a la reunión celebrada con fecha 19 de octubre de 2017, junto con la valoración de las ofertas técnicas presentadas en la misma por los licitadores admitidos. El acta aparece firmada por el Presidente de la Mesa, los dos Vocales y el Secretario de la misma.

Igualmente consta en el expediente el documento firmado por el secretario de la Mesa de Contratación, el día 24 de octubre de 2017, en el que certifica que en la reunión de la Mesa de Contratación, celebrada el mismo día, se reitera la relación de licitadores admitidos, entre los que están las reclamantes, y las puntuaciones otorgadas por la Mesa a las ofertas técnicas admitidas y se fija el día 30 de octubre de 2017 para la apertura pública de las ofertas económicas.

Pero, como se ha dicho, ninguna otro acta relativa a reuniones de la Mesa de Contratación o certificación del Secretario relativa a las mismas figura en el expediente remitido por la entidad reclamada. Tampoco se aprecia la existencia de informe técnico adicional alguno.

En consecuencia, no habiéndose acordado formalmente la exclusión de la oferta de las hoy reclamantes, y siendo que esta, según se afirma en el propio Acuerdo

impugnado, había obtenido la máxima puntuación tras la suma de las puntuaciones de la oferta económica, es claro que el contrato no se ha adjudicado con las formalidades debidas ni a la proposición más ventajosa, pues aunque se diga en la parte expositiva del Acuerdo de adjudicación que la Mesa de Contratación propuso la adjudicación del contrato a la oferta presentada por la mercantil “Obras Especiales Edificación e Infraestructuras, S.A.U.” (OBENASA), al considerar que era la oferta más ventajosa de las que cumplían con las exigencias del Pliego de Condiciones, lo cierto es que en el expediente no consta ni propuesta ni decisión alguna de la Mesa de Contratación relativa a la exclusión de la oferta de las reclamantes, ni informe técnico alguno relativo al asunto, y lo mismo sucede en el Acuerdo de adjudicación.

En reiteradas ocasiones hemos señalado que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (que en el caso que nos ocupa se sustituyen por el denominado “Pliego de Condiciones”) conforman la ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación, aceptando su contenido, como a las entidades contratantes. Reiterada jurisprudencia reafirma este principio (por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero y 9 de marzo de 2001) y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra lo pone de relieve en su Sentencia de 4 de mayo de 2017, al afirmar: *“En definitiva el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se califica por la jurisprudencia como "auténtica ley del contrato" al recoger los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes en sus aspectos jurídicos, económicos y administrativos. La relevancia del Pliego es debida a que para resolver las cuestiones relativas al cumplimiento inteligencia y efectos de los contratos administrativos, es norma básica lo establecido en ellos.”*

La propia LFCP en su artículo 185, incardinado en el Libro Segundo, que regula los contratos públicos de los sujetos y entidades que no son una Administración Pública (como la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz), atribuye expresamente esta cualidad al condicionado al disponer que, con carácter previo a la adjudicación del contrato, *“las entidades contratantes fijarán las condiciones básicas de carácter jurídico, económico y técnico que constituirán la ley del contrato”*.

Si bien en la adjudicación de contratos públicos por entidades que no son una Administración Pública no es preceptiva la intervención de una Mesa de Contratación, en el procedimiento de adjudicación que nos ocupa la propia entidad adjudicadora la ha previsto en el Pliego de Condiciones, pero luego este órgano no ha actuado más que de forma parcial en el procedimiento, según se desprende del expediente remitido a este Tribunal.

Tal proceder supone una clara infracción de la doctrina de los actos propios que, como significa el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 13 de febrero de 2007, con cita de las de 16 de febrero de 1998 y de 9 de julio de 1999, *"proclama el principio general de derecho sobre la inadmisibilidad de venir contra sus propios actos y constituye un límite al ejercicio del derecho subjetivo o de una facultad, siempre que concurren los requisitos o presupuestos que la doctrina exige, actos propios inequívocos que definan una determinada conducta y cuando entre la conducta anterior y la pretensión actual exista incompatibilidad o contradicción"*. Tal doctrina, íntimamente ligada al principio de la buena fe (Sentencia de 14 de noviembre de 2000), *"es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún otro derecho, definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir igualmente un efecto jurídico"* (Sentencias de 2 de octubre de 2000 y de 11 de diciembre de 2001) y significa *"la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno"*.

Así mismo, ha señalado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de mayo de 2005 que *"es la finalidad del acto, su eficacia y validez jurídica las que determinan la vinculación de su autor a las consecuencias derivadas del mismo y generan la confianza ajena, pues, como señala la sentencia de 1 de febrero de 1999 tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Alto Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede*

haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión de la confianza legítima de las partes venire contra factum proprium".

No obstante lo dicho, la cuestión medular que se plantea en este procedimiento de reclamación no es esta sino la que a continuación se expone y resuelve.

SEXTO.- La condición 8ª del Pliego de Condiciones que rige la licitación, en lo relativo al Sobre nº 3, “Oferta Económica”, dispone lo siguiente:

“Contendrá la proposición económica en la que se detallará el precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulada en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el presupuesto, y que vendrá debidamente firmada y fechada. El licitador estará obligado a mantener la oferta, en orden a la tramitación del concurso hasta su adjudicación, y como mínimo por un plazo de seis meses desde su presentación.

Además se indicará en cada caso, el beneficio industrial y cuantos impuestos y gastos correspondan. El IVA, en caso de que sea aplicable a la obra objeto del presente documento, se calculará a tenor del tipo vigente en cada certificación de obra e incrementará en consecuencia, el valor de la obra certificada.

Las proposiciones se presentarán mediante una copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, perfectamente legibles, y no se aceptarán aquellas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente todo aquello que el órgano de contratación estime fundamental para considerar las ofertas.”

En cuanto a los criterios de adjudicación, en la condición 9ª se establecen tres apartados:

- a) Valoración de la oferta técnica: máximo 30 puntos.
- b) Valoración de la oferta económica: 60 puntos.
- c) Valoración de mejoras: máximo 10 puntos.

A su vez, en el citado apartado b), “Valoración de la oferta económica: 60 puntos”, se indica:

“Se otorgarán 2 puntos por cada punto porcentual de baja con respecto al precio de licitación, considerándose baja temeraria aquellas proposiciones económicas que superen una baja porcentual de 30 puntos”.

Revisado el expediente se comprueba que la proposición económica de las reclamantes tiene exclusivamente este contenido:

PRESUPUESTO DE EJECUCIÓN MATERIAL	2.363.760,44
GASTOS GENERALES Y BENEFICIO INDUSTRIAL	354.564,06
SUBTOTAL	2.718.324,50
21 % IVA	570.848,14
IMPORTE TOTAL	3.289.172,64

En ella no se incluyó el detalle del precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulada en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el presupuesto, ni tampoco la copia en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, como exigía el Pliego. Por ello la oferta no fue considerada por la entidad adjudicadora, pese a ser la más ventajosa, y se adjudicó el contrato a la siguiente mejor puntuada.

Frente a esta exclusión tácita, como hemos dicho, las reclamantes muestran su oposición al entender que resulta contraria a los principios que rigen la contratación pública, al considerar que se ha dictado con *“infracción del principio de concurrencia (así como de publicidad) y de los criterios de adjudicación por exclusión disconforme a*

derecho de esta mercantil recurrente y adjudicación a oferta que no es la más ventajosa” por el único motivo de la falta de detallar el precio de cada una de las unidades de obra que componen el presupuesto.

Entiende el reclamante que “excluir la oferta de esta mercantil por la falta de detalle de precios unitarios, tal y como se argumenta, vulnera el principio de concurrencia en la contratación, así como los criterios de adjudicación porque, en primer lugar contraviene el Pliego porque este dato no es fundamental a la luz de los criterios de adjudicación ya que únicamente tiene en cuenta, a efectos de adjudicación, la oferta total.”

En segundo lugar, en este caso entiende que procedería solicitar aclaraciones, pero no la exclusión de la oferta, amparándose en la doctrina sentada por este Tribunal en su Acuerdo 64/2017, de 18 de octubre.

Finalmente añade que la adjudicación a la oferta que no es, según el reclamante, la más ventajosa supone una vulneración de los criterios de adjudicación.

De contrario, la entidad contratante significa que la reclamante no solo no presentó su oferta en formato informático (lo que a su juicio *“hubiera sido un defecto formal susceptible de subsanación”*), sino que no presentó su propuesta acompañada del precio unitario de las diferentes unidades que componen el Proyecto, tal y como con claridad estaba exigido y así hicieron el resto de proposiciones, siendo este incumplimiento sustancial en la medida en que impide a la Junta de Compensación conocer claramente todo aquello que el *“órgano de contratación estima fundamental para considerar las ofertas”*.

En segundo lugar, la entidad considera correcta la inadmisión entendiendo que la falta de diligencia en la presentación de las condiciones de la oferta económica no puede ser suplida por la Mesa de Contratación, dándole la oportunidad de presentar unos precios descompuestos por unidades de obra ya que ello atentaría contra el principio de transparencia e igualdad de los contratistas.

Finalmente, tampoco comparte la entidad la afirmación del reclamante del carácter meramente accesorio o no sustancial de la fijación de los precios unitarios, junto con la oferta económica referida por un porcentaje de baja con respecto al precio de licitación pues una cosa es, señala, que la oferta económica objeto de valoración venga referida al porcentaje final de baja y, otra muy diferente, que *“la oferta sea el resultado aleatorio o injustificado de un porcentaje de baja. La junta de Compensación, como entidad adjudicataria, lo que desea es que la oferta económica final sea el resultado de un preciso y minucioso estudio por los licitadores del proyecto, es decir que la oferta final sea el resultado de la suma de cada uno de los precios unitarios ofrecidos por el licitador para cada una de las unidades de obra que contiene el proyecto sometido a contratación y ello en modo alguno es accesorio, sino sustancial.....Precios unitarios que serán determinantes a la hora de realizar certificaciones sobre mediciones concretas; precios unitarios ofertados por el contratista que serán los que habrá que tener en consideración a la hora de certificar las unidades de obra en las que puedan resultar excesos o defectos sobre lo establecido en el proyecto. La ausencia de tal estudio supone un incumplimiento de las obligaciones del contratista y acredita su negligencia a la hora de formular su oferta, negligencia que no puede pretenderse ahora ser subsanada.....”*

Por su parte, la adjudicataria del contrato entiende que la facultad de aclaración de la oferta es *“una facultad ejercitable o no por el órgano adjudicador y no un derecho del licitador. Además esa facultad no puede ejercerse respecto del precio que es precisamente de lo que aquí se trata. No habría nada que aclarar porque no habría oferta económica siendo jurídicamente inadmisibles que la reclamante exija un trámite de alegaciones cuando la supuesta oscuridad la ha creado ella misma al incumplir su deber de diligencia en la redacción de su oferta, deber al que estaba sujeta de igual manera que el resto de los licitadores. En ningún caso esa facultad de aclaraciones puede amparar un fraude de ley como pretende el reclamante. La aclaración ha de referirse a un documento presentado. En este caso, se trata de un documento que la reclamante no presentó, con lo cual no había aclaración posible....no sería más que un*

intento de presentación de documentos extemporáneos que supone el incumplimiento de un requisitos material.”

El artículo 195 de la LFCP regula la subsanación de la documentación y la aclaración de ofertas en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tramitados por entidades que no son Administraciones Públicas. Dicho artículo, en su apartado 2, dispone:

“2. En los procedimientos cuyo criterio de adjudicación sea el de la oferta más ventajosa, cuando se considere que la oferta presentada adolece de oscuridad o de la concreción suficiente, se podrán solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de los licitadores. Las aclaraciones complementarias no podrán modificar la oferta presentada. El plazo para formular aclaraciones complementarias no podrá ser inferior a cinco días.

Las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.”

En nuestro Acuerdo 40/2015 ya dijimos que una correcta interpretación del precepto (disposición similar a la que se recoge en el artículo 52.4 de la misma norma para el caso de que el adjudicador sea una Administración Pública) exige, conforme al último inciso del apartado 1 del artículo 21 de la LFCP, tener en cuenta los pronunciamientos de la Jurisprudencia comunitaria en relación con la actuación a seguir ante una oferta ambigua que requiera aclaraciones o en la que hayan de corregirse errores materiales o de redacción y ello debido a que es en esta doctrina en la que la regulación foral sobre extremo encuentra su fundamento.

Así, el Tribunal General, en la Sentencia de 10 de diciembre de 2009, dictada en el asunto T-195/08, Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión, consideró contrario a las exigencias de una buena administración desestimar una oferta sin solicitar aclaraciones de la misma cuando la ambigüedad pueda explicarse de forma simple y disparse

fácilmente, razonando que “(...) 56 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 la Comisión 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, *Tideland Signal/Comisión*, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartados 37 y 38). 57 Además, el principio de proporcionalidad exige que los actos de las instituciones no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, *National Farmers’ Union y otros*, C-157/96, Rec. p. I-2211, apartado 60). Este principio obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de dicha oferta podría garantizar la seguridad jurídica del mismo modo que una desestimación inmediata de la oferta de que se trate, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta de éste (véase, en este sentido, la sentencia *Tideland Signal/Comisión*, citada en el apartado 56 supra, apartado 43)”.

Como ya dijimos en el precitado Acuerdo, de la doctrina citada podemos extraer ya la primera conclusión en relación con el objeto de la reclamación interpuesta, que no es otra que en los supuestos en que la oscuridad y ambigüedad de la oferta pueda disiparse fácilmente, resulta obligado sustanciar el trámite de aclaración de la misma por parte del licitador, y en ello a los efectos de salvaguardar el principio de concurrencia; así lo pone de relieve el Tribunal Administrativo de Contratos de Aragón en su Acuerdo 43/2013, de 7 de agosto cuando dice que “(...) es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, y de los órganos encargados de la resolución de recurso especiales en materia de contratación, considerar que en los procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de

septiembre de 2004), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGCAP determina las causas por las que la Mesa podrá desechar tales ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta (...)”.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 237/2012, de 31 de octubre, pone de relieve que se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras, ya que, cómo manifiesta el mismo Tribunal en la Resolución 64/2012, de 7 de mayo, *"un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública" como "la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos", siempre que con la decisión de no exclusión quede garantizado el respeto "a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento"*.

Por ello, señalamos, debe considerarse que no vulnera el principio de igualdad de trato a los licitadores el hecho de que el órgano de contratación les solicite aclaraciones sobre el contenido de las ofertas presentadas, dado que esta actuación es una exigencia que deriva de los principios de buena administración y de proporcionalidad. No obstante, esta posibilidad tiene un límite que no puede sobrepasarse: la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque modifique su sentido inicial o porque incorpore otros términos no previstos inicialmente. Así pues, en relación con los errores en las proposiciones económicas, debe prevalecer la admisión de las proposiciones, previa aclaración de las mismas, siempre que el error sea de tipo formal o material, con el límite de que no cambie el sentido de la oferta una vez aclarado o enmendado, y no se vulnere el principio de igualdad de trato; de manera que estos errores pueden dar lugar a una simple aclaración o a una enmienda, y ello siempre que no se altere el importe del

precio ofrecido. Éste, y no otro, es el sentido de los artículos 52.4 y 195.2 de la LFCP, de ahí la salvedad que en los mismos se recoge en el sentido de posibilitar el ejercicio de las facultades de aclaración sobre el precio ofertado, siempre que el mismo venga referido a una fórmula, ecuación o similar, en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en los informes 6/2009, de 6 de noviembre, y 4/2007, de 31 de mayo, afirma que *"si el error producido en la proposición económica no implica la imposibilidad de determinar cuál es el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no puede ser rechazada, si no se altera el sentido de la oferta"*.

En relación con los errores cometidos a la hora de presentar la oferta económica, en nuestro Acuerdo 64/2017 ya dijimos que, tal y como pone de relieve la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 9/2017, de 3 de febrero, podemos sentar dos premisas, la primera es que no todo error supone ipso iure la exclusión del licitador que lo ha cometido y, la segunda, que la admisión del licitador que ha cometido el error debe quedar condicionada por la inmutabilidad de su oferta, de modo que cualquier interpretación del órgano de contratación que suponga aceptar el cambio de la oferta del licitador debe ser rechazada.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2009, con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de 21 de septiembre de 2004, expone *"que 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 1965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas 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 1972, 27 de noviembre de 1984 y 19 de enero de 1995". Es claro que la jurisprudencia distingue entre simples defectos formales, que son sanables, y defectos sustanciales, que no pueden ser objeto de dicha sanación.

Como dijimos en el citado Acuerdo 64/2017 se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones; de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras, ya que un excesivo formalismo sería contrario a los principios que deben regir la contratación pública como la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos; ello siempre que con la decisión de no exclusión quede garantizado el respeto a los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

En similares términos se pronuncia la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 9/2017, de 3 de febrero, cuyo fundamento de derecho noveno dice: *“Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella, de modo que el órgano de contratación pueda realmente ejecutar el contrato conforme a lo establecido en los pliegos. La cuestión que lógicamente sigue a esta posibilidad es si es posible modificar la lectura que pueda hacer el órgano de contratación de alguno de los parámetros literales de la oferta sin que ello afecte al resto de los licitadores. Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010 (LA LEY 27790/2012)) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Señala el Tribunal Comunitario que "en el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no*

pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron. (...) Esa petición de aclaraciones debe formularse de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular, cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones. Además, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición."

SÉPTIMO.- En el caso que nos ocupa el Pliego de Condiciones determina (condición 8ª) que en el sobre 3 se incluirá la proposición económica, en la que se detallará el precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulada en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el mismo, y que estas proposiciones se presentarán mediante una copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel. Por su parte, la condición 9ª del Pliego determina que para la valoración de la oferta económica se otorgarán 2 puntos por cada punto porcentual de baja con respecto al precio de licitación.

Así, conforme al Pliego, es claro que la proposición económica que se debe tener en consideración a la hora de valorar las proposiciones es la cifra total que oferta cada licitador para ejecutar la totalidad de las partidas que contiene el proyecto (en concreto, el porcentaje de baja sobre el importe máximo de licitación), sin realizarse valoración adicional alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, de las cantidades que supongan cada una de las unidades de obra, consideradas una a una o por apartados concretos del Presupuesto.

Al respecto la entidad reclamada, tras reconocer que el objeto de valoración es el porcentaje final de baja, sustenta la exclusión en que desea que la oferta final sea el resultado de la suma de cada uno de los precios unitarios ofrecidos por el licitador para cada una de las unidades de obra que contiene, de forma que sea el resultado de un

preciso y minucioso estudio por los licitadores del proyecto y no el resultado aleatorio o injustificado de un porcentaje de baja, afirmando implícitamente y sin prueba alguna que la oferta presentada por la reclamante, al no incluir cada uno de los precios unitarios, no es el resultado de ese deseado detallado y minucioso estudio.

A juicio de este Tribunal de lo dispuesto en el Pliego (ley del contrato) se desprende la necesidad de que los licitadores aporten los precios unitarios reclamados para cada unidad de obra. Esta necesidad está perfectamente justificada por la entidad reclamada por su utilidad a la hora de realizar certificaciones sobre mediciones de unidades concretas durante la ejecución del contrato, aunque si el Pliego no hubiera previsto esta forma de presentar la oferta tampoco hubiera sido imposible determinar los precios de estas mediciones concretas, simplemente aplicando al Proyecto y precios licitados el porcentaje de baja ofertado.

No obstante, como ya hemos señalado, se debe aplicar un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones de manera que, con carácter general, cuando los errores o defectos en las proposiciones sean únicamente de carácter formal se debe evitar excluir a las empresas licitadoras y, en este caso, así como la entidad adjudicadora reconoce la posibilidad de subsanar el defecto de no haber incluido en la proposición económica presentada la copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, lo mismo sucede con la falta del detalle de los precios de cada una de las unidades de obra que, realmente, no son la oferta económica valorable, sino los factores que la integran. Dicha subsanación en ningún caso podrá suponer una modificación de la oferta económica valorable ya presentada.

Esta posibilidad de subsanación se ajusta a lo previsto en el artículo 195.2 de la LFCP en relación con las aclaraciones complementarias cuando señala que las facultades de aclaración no podrán ejercitarse respecto del precio ofertado, salvo en aquellos casos en que éste venga referido a una fórmula, ecuación o similar en cuyo caso podrá solicitarse aclaración sobre los factores que la integran.

El ejercicio de esta facultad no es “*una facultad ejercitable o no por el órgano adjudicador y no un derecho del licitador*”, como afirma la adjudicataria, sino una obligación de la entidad adjudicadora que, conforme al artículo 21 de la LFCP, está obligada a respetar el principio de concurrencia y más en este caso, en el que el error cometido por el licitador es perfectamente vencible sin producir alteración alguna en la oferta económica presentada.

Por lo antedicho, procede estimar parcialmente la reclamación formulada, anulando el Acuerdo de adjudicación del contrato de forma que, retrotrayendo las actuaciones a la fase inmediatamente posterior a la apertura de las ofertas económicas, la Mesa de Contratación que debe intervenir en el procedimiento proceda a requerir a “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.” que completen su oferta, aportando el detalle del precio de cada una de las unidades de obra que componen el Presupuesto, formulado en el mismo modelo y sistema en que está confeccionado el presupuesto, así como copia en papel mecanografiada y otra en sistema informático en CD-DVD, en lenguajes Word y Excel, perfectamente legibles.

La estimación de la reclamación es parcial debido a que este Tribunal, dada su función revisora, no puede atender la solicitud de que el contrato se adjudique a las reclamantes, potestad que corresponde en exclusiva a la entidad adjudicadora del contrato.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por don F.A.L., en representación de “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y de “Lakita, S.A.”, frente al Acuerdo de la Asamblea de la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, de 14 de noviembre de

2017, por el que se adjudica el contrato de ejecución de las obras de urbanización de la ARS-5 de Etxabakoitz, anulando dicho Acuerdo.

2º. Notificar este Acuerdo a “Construcciones y Excavaciones Erri-Berri, S.L.” y “Lakita, S.A.”, a la Junta de Compensación del Área de Reparto ARS-5 de Etxabakoitz, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 1 de febrero de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.