



Recurso nº 1053/2015 C.A. Illes Balears
Resolución nº 1046/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. Luis Gordo Palacios, en nombre y representación de ACCIONA SERVICIOS URBANOS. S.L., contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y selectiva y para la limpieza viaria y de las playas del municipio de Eivissa (Exp. 2/2014), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, el Excmo. Ayuntamiento de Eivissa, se convocó, mediante anuncio publicado con fecha 12 de abril de 2014 en el Boletín Oficial de las Islas Baleares, licitación pública, por procedimiento abierto, para la contratación de la concesión de la gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y selectiva y para la limpieza viaria y de las playas del municipio de Eivissa, con un valor estimado de 93.920.139,82 euros.

Segundo. Tras la apertura del sobre C presentado por los licitadores, la Mesa de Contratación, en sesión celebrada en fecha 18 de septiembre de 2015, y de conformidad con el informe jurídico de la entidad local de 31 de agosto de 2015, adoptó, en relación a la proposición presentada por la entidad recurrente, el siguiente acuerdo:

“Rechazar la oferta presentada por la mercantil Acciona Servicios Urbanos, en base al siguiente motivo que consta descrito y analizado en los informes técnicos y jurídicos emitidos:

Incumplimiento de las cláusulas 14 apartado 8 y 31,4 del pliego de cláusulas administrativas, al atribuir una ponderación de 0,15 al coeficiente c de la fórmula de



revisión de precios, cuando la ponderación mínima era de 0,16 tal y como se establece en la citada cláusula 31,4."

El acuerdo de exclusión fue notificado a la entidad recurrente el 23 de septiembre de 2015 por correo postal.

Tercero. Con fecha 8 de octubre de 2015, la entidad recurrente presentó ante el órgano de contratación, sin que conste anuncio previo, recurso especial en materia de contratación contra el mencionado acuerdo. En su recurso, la entidad recurrente solicita que:

"Se declare la nulidad de la licitación por las irregularidades cometidas en el acto de apertura del sobre C, al tratarse defecto insubsanable y no siendo posible la retroacción de actuaciones, procediendo, previa subsanación de los defectos que adolece el Pliego, a una nueva convocatoria de la licitación.

Subsidiariamente, se acuerde la admisión de la oferta presentada por ACCIONA SERVICIOS URBANOS, SRL.

Subsidiariamente, se acuerde el rechazo de todas las ofertas, declarando desierta la licitación."

Cuarto. Con fecha 20 de octubre de 2015 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. En la misma fecha, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Han presentado alegaciones las entidades VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. y GBI SERVEIS, S.A.U.

La primera manifiesta su oposición al recurso interpuesto por la entidad recurrente. Pide que se determine, con carácter previo, la legitimación de la recurrente para plantear los diferentes motivos del recurso, pues éstos debieran referirse en exclusiva a la exclusión



de su oferta. Solicita, asimismo, que se inadmitan, por extemporáneos, una parte de los motivos del mismo.

Por su parte, la entidad GBI SERVEIS, S.A.U. solicita la estimación del recurso presentado, al haber sido excluida de la licitación por idénticos motivos que los que justificaron la exclusión de la entidad recurrente.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 22 de octubre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se concedía la medida provisional solicitada por el recurrente, consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Real Decreto Legislativo 3/2015 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración de 29 de noviembre de 2012, formalizado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, publicado en el BOE el día 19 de diciembre de 2012.

Segundo. La entidad ACCIONA SERVICIOS URBANOS. S.L. está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación.

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

En lo que se refiere a la falta de anuncio previo, este Tribunal, como ya ha señalado en resoluciones anteriores, considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere ésta, se va a interponer el pertinente recurso. Esta circunstancia podría considerarse necesaria cuando la interposición se realice directamente ante el registro de este Tribunal, pero no cuando la interposición se realice



ante el órgano de contratación pues, en este caso, es evidente que la propia interposición asegura el cumplimiento de la intención del legislador. Incluso en el supuesto de que el recurso se presente directamente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, la Ley de Contratos del Sector Público obliga a éste a notificarlo en el mismo día al órgano de contratación y, en consecuencia, el conocimiento por parte de éste es inmediato y anterior, en todo caso, al inicio del plazo de dos días para la emisión del correspondiente informe. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso del expediente en cuestión, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.

Cuarto. El recurso se interpone contra un acto de trámite cualificado cual es la exclusión de un licitador, adoptado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de gestión de servicios públicos. A este respecto, el artículo 40.1. TRLCSP dispone: *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: c) contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años”*. En el presente supuesto concurren los dos requisitos expresados para que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Los motivos del recurso son los siguientes: Irregularidades en el acto de apertura del sobre C; infracción de los principios de igualdad y concurrencia; solicitud de aclaraciones a los licitadores sobre su oferta que excede de lo legalmente permitido; e irrelevancia del motivo por el que fue excluida de la licitación la entidad recurrente.

Vamos a analizar, en primer lugar, las presuntas irregularidades producidas en el acto de apertura del sobre C. En el acto público de apertura del sobre C celebrado el 27 de abril de 2015, tras comunicar la valoración de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de



valor, se advirtió de la imposibilidad de dar a conocer todos los datos correspondientes a los criterios de valoración objetiva, procediendo a la lectura exclusivamente de los datos incluidos en el modelo anexo al PCAP. En ese mismo acto se hizo constar por varios representantes de los licitadores la insuficiencia de la información facilitada, solicitando el contenido restante de las ofertas presentadas, sin que la Mesa considerase factible facilitar la información solicitada.

A juicio de la recurrente, en el acto de apertura del sobre C debe darse lectura a la información correspondiente a los criterios de adjudicación, levantando acta de lo leído. Sin embargo, en el presente caso, no se procedió a la lectura íntegra de los criterios de adjudicación, ni a la entrega de los mismos a los licitadores con posterioridad al acto de apertura, siendo el primer comunicado la valoración realizada por la Mesa varios meses después. Tampoco se facilitó ni se ha hecho pública el acta correspondiente, ni en la misma se recogen las firmas de los asistentes, ni las observaciones realizadas. Estas irregularidades, entiende, invalidan el procedimiento al suponer menoscabo del principio de publicidad en el propio acto de la apertura y dejar al arbitrio de la Mesa la valoración de aspectos de las ofertas que han sido las causas alegadas para la exclusión de tres de las cinco ofertas presentadas.

Estima el órgano de contratación que el recurso especial interpuesto no puede ir dirigido contra actuaciones o actos distintos al acuerdo de la Mesa por el que se rechaza la oferta de la recurrente transcrito anteriormente, debiéndose centrar en la legalidad o no del acuerdo susceptible de recurso especial en materia de contratación, que en el caso que nos ocupa, no es otro que el rechazo de la oferta de ACCIONA por parte de la Mesa por incumplimiento de las cláusulas 14.8 y 31.4 del PCA. Resulta evidente, a su juicio, que las alegaciones vertidas por la recurrente relativas a supuestas irregularidades en el acto de apertura del sobre C, nada tienen que ver y en nada afectan a lo que es el acto impugnado.

Por otro lado, considera el órgano de contratación que la Mesa, en la sesión celebrada el 27 de abril de 2015, actuó con estricto cumplimiento de lo establecido en la cláusula 17 del PCAP y en el artículo 150.2 del TRLCSP. Alega que, en sesión pública y con asistencia de la totalidad de los licitadores, se procedió a dar cuenta de las valoraciones



relativas a los criterios técnicos no cuantificables mediante fórmula matemática (Sobre B), y, a continuación, se procedió a la apertura pública de los Sobres C (documentación técnica y económica relativa a criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas), con lo que no se ha dado ningún tipo de vulneración a los principios de publicidad y transparencia que deben regir los procedimientos de contratación pública. A su juicio, el hecho de que materialmente fuera imposible dar lectura íntegra de la totalidad del contenido de las ofertas, dado que se trataba de anteproyectos de obras y proyectos de explotación que suponen miles de folios, no puede entenderse como una vulneración del principio de publicidad.

Señala, asimismo, que la entidad recurrente no fue rechazada por una incumplimiento de algún elemento de su oferta que no fuera leído en público en la sesión de la Mesa, sino que el apartado de la oferta que ha supuesto el rechazo de la misma, al formar parte del modelo de proposición económica presentado por los licitadores, fue leído en público, por lo que nada tiene que ver que no se pudiera proceder a la lectura íntegra del contenido total de las ofertas con el rechazo de la de ACCIONA.

De acuerdo con estas consideraciones, el motivo de impugnación consiste en la realización por parte de la Mesa de Contratación, en su sesión de 27 de abril de 2015, de una lectura parcial o incompleta de la documentación técnica y económica relativa a criterios cuantificables mediante la aplicación de fórmulas contenida en las proposiciones de los licitadores, siendo necesario determinar, en primer lugar, si se trata de un acto recurrible.

Para ello, procede examinar la regulación del acto público de apertura de ofertas y la finalidad a la que dicho acto público responde. El artículo 160.1, in fine, del TRLCSP dispone, que *“en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo que se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”*.

Sobre el alcance de este precepto legal el Tribunal ha señalado, en la Resolución 67/2012, lo siguiente: *“... ante todo, que es una exigencia tradicional en nuestras leyes de contratos públicos la publicidad en la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores. Esta condición se encuentra establecida en el artículo 160.1, in fine, del Texto*



Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dispone: 'En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos', está desarrollada en los artículos 83 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se complementa con la disposición del artículo 145.2 del mismo texto legal de conformidad con la cual 'las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública'. De ello debe deducirse que rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario al mandato legal transcrito, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones antes de que se celebre el acto público para su apertura."

En la Resolución 59/2012, el Tribunal afirmó lo siguiente: "Lo único que cabría plantearse, en tales condiciones, sería la obligatoriedad de la mesa de haber leído en acto público todos y cada uno de los valores ofertados por los distintos licitadores. Respecto a este punto, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en Resoluciones anteriores, y concretamente en la 307/2011 afirmaba lo siguiente: 'El artículo 144. 1 de la LCSP dispone que: '(...). En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos. (...)'

La redacción dada a tal precepto es clara. La LCSP ordena que la apertura de la oferta económica sea en acto público, sin referirse a la necesidad de dar lectura las ofertas en ese acto. (...) Por otro lado, como también se señalaba en aquella resolución 307/2011, 'conviene recordar que, de acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, las normas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas. Así, la finalidad que se persigue por el artículo 144.1 de la LCSP es que la apertura de la oferta económica se realice en acto público al objeto de que los licitadores puedan verificar la integridad de las proposiciones y en definitiva se preserve el secreto de la oferta 'hasta el momento de la licitación pública', de acuerdo con el artículo 129.2 de la LCSP, y garantizar así el tratamiento igualitario y no discriminatorio de los licitadores y el principio de transparencia. Esta finalidad se cumple siempre que se celebre el citado acto público con motivo de la apertura de las ofertas económicas. El hecho de que se dé lectura o no a las ofertas, si bien entiende el Tribunal que es una buena práctica, no supone ninguna



infracción, ni siquiera una mera irregularidad respecto a lo dispuesto en el mencionado artículo 144.1 de la LCSP, ya que, como decimos, la mera celebración del acto público – el cual reconoce la propia UTE recurrente en su escrito- supone dar cumplimiento, tanto al tenor literal del citado precepto, como a la finalidad que se persigue por el mismo”.

En la reciente Resolución 234/2015, este Tribunal se ha referido a la interpretación que debe darse al artículo 22.1.c) del Real Decreto 817/2009, cuando indica que la Mesa de Contratación “abrirá las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 182.4 de la Ley de Contratos del Sector Público”. Según dicha Resolución: *El precepto regula la apertura y publicidad de las ofertas, pero no exige al efecto una lectura de las proposiciones en el mismo acto público de apertura de los sobres. El citado precepto reglamentario no establece ni puede establecer exigencias distintas de las previstas en el propio texto legal (artículo 160.1 del TRLCSP), ni es dable entender que el legislador reglamentario tenga intención de establecer una norma que, en ciertos supuestos, resulte impracticable o inoperante en función del volumen y/o estructura de las propias ofertas económicas. Lo deseable (y lo posible, en la gran mayoría de los casos) es que la lectura de las ofertas económicas se efectúe por la Mesa en el mismo acto público de apertura de los sobres de las ofertas económicas. Pero cuando las circunstancias fácticas lo impidan, es perfectamente lícito y admisible articular mecanismos alternativos para dar a conocer públicamente, en un momento posterior, el contenido de las proposiciones.”*

En el presente supuesto, consta en el Acta de la reunión de la Mesa de Contratación de 27 de abril de 2015 que se comunicó a los asistentes que se iba a proceder a la apertura de los sobres C. Sin embargo, dado el volumen y extensión documental de las ofertas, se procedió únicamente a la lectura de las proposiciones económicas presentadas según el modelo de anexo previsto en el PCAP y a dar cuenta de la documentación aportada por los licitadores relativa a los restantes criterios de adjudicación, citando la extensión de las mismas. Como señala el órgano de contratación en su informe, fue imposible dar lectura íntegra de la totalidad del contenido de las ofertas, dado que se trataba de anteproyectos de obras y proyectos de explotación que suponen miles de folios.



Así las cosas, cabe recordar, como ya se ha indicado, que el artículo 160.1 del TRLCSP no impone la lectura de las proposiciones en el mismo acto público de apertura de los sobres, y el conocimiento por los licitadores del contenido de las mismas queda plenamente garantizado con su acceso a dicha documentación una vez celebrado el referido acto de apertura. Por consiguiente, el motivo debe ser desestimado, no sin antes expresar que el recurso interpuesto no puede ir dirigido contra actuaciones o actos distintos del acuerdo de la Mesa de Contratación por el que se rechazó la oferta de la entidad recurrente que es el objeto del mismo.

Sexto. Se analizan a continuación conjuntamente, por su íntima relación, los motivos del recurso consistentes en la infracción de los principios de igualdad y concurrencia y la supuesta irregularidad de la solicitud de aclaraciones a los licitadores sobre su oferta que, según la recurrente, excedería de lo legalmente permitido.

Estima esta entidad que la conducta de la Mesa de Contratación, al considerar en unos casos que los errores u omisiones de las proposiciones debían llevar al rechazo de las mismas, mientras que en otros (proposiciones de VALORIZA y la UTE CESP-HERBUS-HERBUS-FCC) acordó conceder a las empresas afectadas un plazo de 5 días para formular aclaraciones a sus ofertas incurre en desviación de poder al infringir de forma flagrante los principios de igualdad y concurrencia.

A su juicio, a la vista del extenso listado de errores y omisiones y de su trascendencia, sobre los que se acuerda pedir aclaración a los licitadores cuyas ofertas no se han rechazado, resulta evidente que la petición de aclaraciones abre en realidad la posibilidad a la modificación de la oferta, completándola en aspectos trascendentes y ello una vez que los licitadores conocen ya el contenido de las ofertas de los otros candidatos.

El órgano de contratación pone de manifiesto el hecho de que una supuesta ilegalidad en el acuerdo de la Mesa mediante el cuál se piden aclaraciones a las mercantiles VALORIZA y a la UTE CESP-HERBUS-HERBUS-FCC, nada tiene que ver con el objeto del presente recurso especial que es el rechazo de la oferta de la recurrente por incumplimiento del pliego.



Señala, asimismo, que la procedencia de solicitar aclaraciones a las entidades mencionadas fue pormenorizadamente examinada, punto por punto, por los servicios jurídicos del Ayuntamiento, siendo ajustada derecho al cumplirse los requisitos para ello, y no viéndose modificados los términos de las ofertas presentadas por éstas licitadoras.

Así las cosas, cabe recordar que, según ha expuesto este Tribunal en anteriores resoluciones, el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que los actos de trámite no son susceptibles de recurso, sin perjuicio de que la oposición a dichos actos de trámite pueda alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, al igual que hacerse valer en el recurso contra la resolución. Con carácter excepcional el artículo 107.1 de la citada norma permite recurrir los denominados actos de trámite cualificados, que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Este criterio es el reproducido por el artículo 40 del TRLCSP, en sus apartados 2.b) y 3, al disponer que podrán ser objeto del recurso *"los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán acto de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores"* y que *"los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación."*

Es necesario determinar si la conducta de la Mesa de Contratación consistente en solicitar a unos licitadores aclaraciones sobre su oferta, sin ofrecer a otros, entre ellos a la recurrente, esa posibilidad, es susceptible de recurso. En este sentido, en la Resolución



875/2014 hemos señalado que: *“El requerimiento de subsanación impugnado es claramente un acto de trámite que no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión o perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos del recurrente, por cuanto los defectos jurídicos en que hubiera podido incurrir pueden hacerse valer en el recurso contra el acto definitivo, la adjudicación del contrato... Por otro lado, es evidente que si finalmente se produce ese efecto desfavorable para los intereses del licitador, su incorrección jurídica podría ser planteada ante este Tribunal mediante un recurso contra la adjudicación del contrato o contra la declaración del mismo como desierto, acto este último que este Tribunal ha declarado susceptible de recurso por concurrir en él los requisitos para considerarlo un acto de trámite cualificado.”*

Así las cosas, la conducta de la Mesa de Contratación, consistente en la solicitud de aclaraciones sobre su oferta a unos licitadores y no a otros, entre ellos la recurrente, no decide directa ni indirectamente la adjudicación del contrato (que tendrá lugar en un momento procedimental posterior), no impide la continuación del procedimiento, ni produce indefensión ni perjuicio irreparable de derechos o intereses legítimos de la entidad recurrente pues ésta puede impugnar el rechazo de su proposición, como así ha ocurrido, o impugnar la adjudicación cuando se produzca. Por consiguiente, los motivos del recurso examinados deben ser inadmitidos.

Séptimo. Analizaremos a continuación el motivo por el que se acuerda rechazar la oferta de la entidad recurrente consistente en el *“Incumplimiento de las cláusulas 14 apartado 8 y 31,4 del pliego de cláusulas administrativas, al atribuir una ponderación de 0,15 al coeficiente c de la fórmula de revisión de precios, cuando la ponderación mínima era de 0,16 tal y como se establece en la citada cláusula 31,4.”*

Según señala la recurrente, es evidente que su voluntad era otorgar al coeficiente "c" la mínima ponderación posible. Reconoce que se ha cometido un error en la interpretación del símbolo matemático, ya que $X > 0,15$ significa mayor de 0,15 (al menos 0,16). Pero la voluntad y el sentido de la oferta, según señala, no deja lugar a dudas: el valor que se atribuye al coeficiente "c" es el menor posible. Por lo tanto, el error padecido es, según su criterio, claramente un error de hecho, se trata de un error perfectamente salvable, no



afecta de ningún modo a la viabilidad de la oferta, y tiene una incidencia mínima en su contenido económico.

A su juicio la Mesa pudo perfectamente integrar dicho error a la vista del contenido de la oferta, del mismo modo que hizo con otros errores padecidos por otros licitadores. Al comparar la decisión adoptada por la Mesa respecto a omisiones de las ofertas de otros licitadores, aquella resulta discriminatoria.

Así mismo razona, que en caso de entender que dicho error no era subsanable la Mesa no debió valorar el criterio en el que se produjo ya que no afecta al resto de la oferta. Esta solución, señala, es mucho más acorde al principio inspirador de la contratación pública de favorecer al máximo la concurrencia, es la que, en último extremo debería haberse adoptado con la oferta de mi representada, en lugar de acordar su rechazo.

Señala el órgano de contratación que el error de la recurrente ha consistido en atribuir una ponderación de 0,15 al coeficiente c de la fórmula de revisión de precios cuando la ponderación mínima era de 0,16. La oferta al no ponderar correctamente los coeficientes, otorgando una ponderación de 0,15, no solo ha otorgado un porcentaje por debajo del permitido a alguno de los factores, sino que, al errar en la ponderación mínima posible, han incurrido en un error que determina la imposibilidad del órgano de contratación de interpretar cuál es su oferta, ya que el factor C_t de la fórmula se obtendría incumpliendo las prescripciones del PCAP respecto a la ponderación de los coeficientes de la fórmula de revisión de precios. Y la revisión del citado error, indica, supondría la posibilidad de reformular la misma.

A su juicio, en los casos, en los que no es posible saber qué es lo que realmente quiso ofertar el empresario, es improcedente conceder un trámite de aclaración porque ello sería tanto como permitir al licitador rehacer su oferta a la vista de las de los demás concurrentes. En este caso, se descarta que se trate de un error tipográfico, al ser coeficientes para la ponderación de cada factor y determinar su peso en la revisión del precio que deben sumar 1. En la oferta en que erróneamente se ha asignado 0,15 se ha distribuido el resto para que la suma dé 1, por lo que queda claro que no se trata de un error tipográfico y que existe un error en la interpretación del símbolo matemático (



reconocido por la propia empresa en el recurso interpuesto) que afecta al proceso de asignación de coeficientes, que no ha respetado el límite que impone el PCAP (los coeficientes a, b, y c debían ser mayores de 0,15 y no iguales, ya que el símbolo matemático $>0,15$ significa mayor de 0,15). Esta hipótesis contravendría, según el órgano de contratación, no sólo el tenor del artículo 145.3 TRLCSP (que prohíbe presentar más de una oferta), sino también el principio de igualdad entre los licitadores.

Indica el órgano de contratación la cláusula 14 del PCAP, en el apartado C) que regula la documentación de carácter económico a presentar, establece: "*La Mesa de contratación rechazará cualquier proposición económica que no incluya alguna de las variables que constan en el presente apartado*". Por lo tanto, habiéndose presentado unos coeficientes para la fórmula de revisión de precios que incumplen el PCAP, la consecuencia no puede ser otra que el rechazo de la oferta y no la valoración con 0 puntos en dicho criterio, pues esta interpretación no está prevista en el PCAP y supondría aceptar una oferta con una fórmula de revisión de precios no ajustada al pliego. La revisión de precios ofertada debe quedar claramente definida en el contrato, no siendo posible aceptar una oferta con una fórmula de revisión que incumpla el pliego.

Expuestas las alegaciones de la entidad recurrente y del órgano de contratación, procede examinar a continuación la cláusula 34.1 del PCAP que establece lo siguiente:

"31.4 Revisión de los precios unitarios en función de costes de explotación

Para la gestión del servicio público, el licitador propondrá unos coeficientes para la revisión de los costes unitarios ofertados sobre la base de los siguientes criterios.

1. Coste unitario ofertado para cada tipo de residuo y para el coste unitario €/m² de superficie objeto de limpieza viaria y de playas

El coste unitario ofertado para cada tipo de residuo ofertado se entiende que corresponde a las condiciones económicas existentes en la fecha de presentación de ofertas, estando sujeto a revisión todos los años, mediante la aplicación de una fórmula que proporcione la variación de los costes unitarios en función de variables de incidencia relevante en el desarrollo del servicio.



Del coste unitario ofertado para cada tipo de residuos no será objeto de revisión la amortización de la inversión al ser constante, por lo que a los solos efectos de la revisión de precios se considerará el coste unitario ofertado sin amortización, sin embargo a los efectos de la retribución se abonará el coste unitario revisado conforme al procedimiento aquí descrito más la amortización constante para cada anualidad según oferta a licitación.

El coste unitario ofertado €/m² de superficie objeto de limpieza viaria se revisará íntegramente con arreglo al procedimiento descrito en este pliego.

Para la explotación, el licitador propondrá una fórmula para la revisión de los costes unitarios ofertados para cada tipo de residuo, debiendo basarse en la siguiente:

$$Ct = a \frac{Et}{Eo} + b \frac{Mt}{Mo} + c \frac{IPct}{IPCo}$$

Et = Factor del precio medio del litro de gasoil en el momento de la revisión según índice de precios industriales

Mt = Salario mínimo interprofesional en el momento de la revisión

IPct = Índices de Precios al Consumo de la Comunidad de Baleares en el momento de la revisión

Eo = Factor del precio medio del litro de gasoil vigente en el momento de adjudicación del contrato según índice de precios Industriales

Mo = Salario mínimo interprofesional en el momento de adjudicación del contrato

IPCo = índice de Precios al Consumo de la Comunidad de Baleares en el momento de adjudicación del contrato.

a = coeficiente de ponderación del carburante

b = coeficiente de ponderación de mano de obra

c = coeficiente de ponderación del Índice General de Precios al Consumo de la Comunidad de Baleares.

Los coeficientes a, b, y c serán los ofertados por los licitadores de tal forma que:



$a, b, y c > 0,15$ y a su vez $a, b, y c \leq 0,60$ y $a+b+c=1$

En la expresión polinómica Kt , los valores reales de los coeficientes de ponderación serán ofertados por los licitadores.

A los efectos de valorar los coeficientes ofertados por cada licitador, se tendrá en cuenta que el subíndice (o) indica que se trata de valores base, esto es, de valores de los parámetros que sirven de base a la revisión, tratándose de valores vigentes al momento de la adjudicación del contrato. El subíndice (t) indica que se trata de valores finales, es decir, de los valores correspondientes al momento considerado o momento de la revisión.

Los valores asignados en este pliego, que deberán considerar los licitadores serán los siguientes a efectos exclusivos de la ponderación asignada por la fórmula de revisión de costes de explotación, y a los meros efectos de valorar la oferta de la fórmula de revisión:

$E_t/E_o=1,03$

$M_t/M_o=1,02$

$IP_Ct/IP_Co=1,05$

En el presente supuesto, la entidad recurrente atribuyó una ponderación de 0,15 al coeficiente c previsto en la cláusula citada del PCAP, error que, a juicio del órgano de contratación, no es susceptible de aclaración por el licitador, pues ello supondría de facto, la reformulación de su oferta.

Para resolver las cuestión planteada debe recordarse, en primer lugar, la doctrina emanada de este Tribunal respecto a la consideración del pliego como ley del contrato, al que ha de sujetarse tanto la Administración como los licitadores a la hora de presentar sus proposiciones, aceptando de forma incondicional y expresa su contenido en su totalidad, sin salvedad ni reserva alguna.

Así, el artículo 145.1 del TRLCSP señala que *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*. A este



respecto, en nuestra Resolución 253/2011 señalábamos que: *“A los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo “pacta sunt servanda” con los corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”.*

Así mismo, tenemos que referirnos al error en las proposiciones contemplado por el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en los términos siguientes: *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en*



resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”

Como se observa, el “error manifiesto” y el error reconocido por el licitador (siempre que, en este último caso, haga inviable la oferta) son causa de exclusión de la oferta formulada, no admitiéndose, en principio, que puedan ser subsanados aquéllos, a diferencia de lo que sucede con la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia, donde la regla es, justamente, la posibilidad de subsanación (artículo 81.2 RGLCAP). Ello es consecuencia obligada del principio de igualdad entre los licitadores (artículos 1, 133, 139 y concordantes del TRLCSP), que debe evitar conceder cualquier ventaja a alguno de ellos en detrimento de los demás.

Con carácter general la JCCA viene entendiendo (informe 18/10, de 24 de noviembre, con cita de los informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 36/04, de 7 de junio de 2004, 27/04, de 7 de junio de 2004, 6/00, de 11 de abril de 2000, 48/02, de 28 de febrero de 2003, o 47/09, de 1 de febrero de 2010) que *“se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable. Esta interpretación está en línea con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a que un excesivo rigor al aplicar las normas de procedimiento puede conducir a una infracción del principio básico de contratación administrativa de la libre concurrencia a través del rechazo de los licitadores por defectos formales. Así, la interpretación que da esta Junta Consultiva ofrece un compromiso entre los principios de no discriminación e igualdad de trato, antes citados, y el principio de libre concurrencia.”*

Por su parte, este Tribunal ha aplicado el criterio de la JCCA, entre otra muchas, en las Resoluciones 128/2011, 184/2011, 225/2013, y 92/2014, donde hemos configurado una doctrina favorable a la subsanación de los defectos formales en la documentación



acreditativa del cumplimiento de los requisitos de los licitadores, pero no de la existencia del requisito en el momento en que sea exigible. De acuerdo con este criterio, viene admitiendo este Tribunal (por todas, Resolución 463/2014) la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica: *“Pues bien, como ya hemos indicado en Resoluciones anteriores (como referencia en la nº 614/2013, de 13 de diciembre), la subsanación de errores u omisiones en la documentación relativa a la oferta, sólo es posible cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada. En la citada Resolución, se hacía referencia a la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, entre otras cuestiones, admitía 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’.*

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, ó 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".

Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, *"Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o 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 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995."*



En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal, que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012).

En el presente supuesto, la cláusula 34.1 del PCAP señala que el licitador propondrá una fórmula para la revisión de los costes unitarios ofertados para cada tipo de residuo. En esa fórmula los coeficientes a, b y c deben tener una ponderación superior a 0,15, condición que no cumple la proposición de la entidad recurrente que asigna al coeficiente c una ponderación de 0,15.

Esta circunstancia implica una contravención de lo dispuesto en el PCAP, por consiguiente, resulta contraria al sometimiento de las proposiciones a los pliegos que exige el artículo 145.1 del TRLCSP. Partiendo, conforme a lo indicado, de la excepcionalidad de la solicitud de aclaraciones en las ofertas técnica y económica de los licitadores, en el supuesto que examinamos no existe ninguna duda u oscuridad en la proposición de la entidad recurrente sobre la que se plantee la procedencia de solicitar o no aclaraciones.

En efecto, la oferta económica de la entidad recurrente incluye un coeficiente para la fórmula de revisión de precios que incumple, de manera clara e indubitada el PCAP, circunstancia que no es susceptible de aclaración alguna, en la medida en que cualquier eventual aclaración implicaría una modificación de la oferta. Para evitar la exclusión de la licitación sólo cabría entender que el referido coeficiente es superior a 0,15, es decir, la exclusión sólo podría evitarse si la empresa recurrente se desdijese de las condiciones recogidas en su oferta en el trámite de solicitud de aclaraciones, lo que indudablemente



supone una modificación de su oferta que, de acuerdo con la doctrina expuesta, no resulta admisible.

Como ha señalado este Tribunal en la Resolución 428/2015, *“El trámite excepcional de solicitud de aclaraciones no puede concebirse ni emplearse como cauce para dejar sin efecto declaraciones libre y conscientemente recogidas por los licitadores en sus ofertas, que al redactarlas se encuentran vinculados por el contenido de los Pliegos, y a quienes incumbe emplear, a tal efecto, toda la diligencia necesaria, asumiendo las consecuencias (la exclusión de la licitación) que de sus propias decisiones, contrarias a lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, se desprendan.*

Y el órgano de contratación no puede dispensar en un trámite de solicitud de aclaraciones del cumplimiento de un precepto legal como es el artículo 145.1 del TRLCSP, pues ello sería contrario a Derecho y a los principios de igualdad y no discriminación aplicables a la contratación pública.”

Por otro lado, la oferta presentada por la entidad recurrente no puede ser obviada en este apartado y ser valorada con 0 puntos sin que ello determine la exclusión, pues la cláusula 14 del PCAP, en el apartado C) que regula la documentación de carácter económico a presentar, establece que la Mesa de contratación rechazará cualquier proposición económica que no incluya alguna de la variables que constan en el presente apartado, entre las cuales figuran los coeficientes de la fórmula de revisión de precios de conformidad con el artículo 31.4 de este pliego, a dos decimales como máximo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Inadmitir los motivos del recurso interpuesto por D. Luis Gordo Palacios, en nombre y representación de ACCIONA SERVICIOS URBANOS. S.L., contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento para la adjudicación del contrato de concesión del servicio público de recogida de residuos sólidos urbanos y selectiva y para la limpieza



viaria y de las playas del municipio de Eivissa, referidos a la infracción de los principios de igualdad y concurrencia y a la irregularidad de la solicitud de aclaraciones a los licitadores sobre su oferta.

Segundo. Desestimar en lo demás el recurso interpuesto.

Tercero. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

Cuarto. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

