



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 9 de desembre de 2013

Informe 7/2013, de 9 de desembre. Possibilitat de sol·licitar aclariments de les ofertes. L'experiència com a criteri de solvència

Antecedents

1. El batle de l'Ajuntament de Sant Lluís ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

Mitjançant el present, i de conformitat al previst a l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de Contractes i el Registre de Contractistes, així com al paràgraf segon de l'apartat 1 de l'article 15 de l'acord de 10 d'octubre de 1997 pel qual s'aprova el Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, us remetem la sol·licitud d'informe en relació amb l'expedient de contractació 12/2013 "llicència de transport públic de viatgers en automòbil lleuger amb conductor (taxi) mitjançant vehicle adaptat per a ús per persones amb mobilitat reduïda".

Els antecedents es determinen detalladament en l'informe jurídic que acompanya al present escrit com a Annex 1, si bé de forma resumida pot establir-se que, obertes les ofertes contingudes al sobre B (proposta econòmica i documentació de valoració dels criteris d'adjudicació), l'informe tècnic emès al respecte assenyalava que a determinats licitadors se'ls valora amb 0 punts els criteris 3 i/o 4 continguts a la clàusula sisena del plec atès que de la documentació aportada pels mateixos no queda acreditada suficientment la seva inscripció i cotització com a conductors autònoms o assalariats que exigeix el plec. La Mesa de Contractació va assumir l'informe, efectuà proposta d'adjudicació i el classificat en primer lloc ha presentat la documentació exigida dins el termini establert a l'efecte.

Mitjançant el present es sol·licita a la Junta Consultiva l'emissió d'informe en relació:

- Si és correcta l'actuació efectuada per l'Ajuntament entenent que les precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació



complementària només és aplicable a les licitacions mitjançant diàleg competitiu segons el previst a l'article 183.1 del TRLCSP.

— Si l'actuació no és la correcta, pot la Mesa de Contractació demanar la informació i ampliació necessària i efectuar una nova valoració i proposta d'adjudicació? o procedeix el desistiment previst a l'article 155 del TRLCSP?

2. El batle de l'Ajuntament de Sant Lluís està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja dues qüestions relacionades amb l'actuació de l'Ajuntament en un cas concret, que es poden reformular, per a una millor comprensió, de la manera que s'indica a continuació.

La primera qüestió fa referència a si, d'acord amb el que preveu l'article 183.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), la possibilitat de demanar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació complementària s'ha d'entendre referida únicament a les licitacions que es tramitin pel procediment de diàleg competitiu.

En el cas que es consideri que aquesta possibilitat és aplicable també a altres procediments, es planteja una segona qüestió sobre les conseqüències d'això en un procediment de contractació en què ja s'hagin valorat les ofertes i s'hagi efectuat la proposta d'adjudicació. Concretament es consulta si en aquest moment procedimental és possible demanar aclariments o informació complementària als licitadors, tornar a valorar les ofertes i efectuar una nova proposta d'adjudicació del contracte, o si s'ha de desistir del procediment d'acord amb el que preveu l'article 155 del TRLCSP si resulta que sí és possible demanar aquests aclariments o la informació complementària.

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics corresponents, ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre



qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, sense entrar a analitzar detalladament l'expedient de contractació concret a què es refereix aquesta consulta, tot i que poden servir per resoldre els dubtes que han sorgit en el procediment. Tot i això, s'ha de tenir en compte que es tracta d'un procediment de concessió de llicències d'autotaxi que està regulat en la normativa específica, la qual preveu l'aplicació al desenvolupament dels concursos de la normativa en matèria de contractació.

2. La primera qüestió que es planteja fa referència a si la possibilitat de demanar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació complementària s'ha d'entendre referida únicament a les licitacions que es tramitin pel procediment de diàleg competitiu.

El Text refós de la Llei de contractes del sector públic admet de manera expressa la possibilitat que els òrgans o les meses de contractació sol·licitin aclariments sobre les ofertes que s'hagin presentat en el marc del procediment de diàleg competitiu. En aquest sentit, l'apartat 1 de l'article 183 disposa que:

Les ofertes han d'incloure tots els elements requerits i necessaris per a la realització del projecte. L'òrgan de contractació pot sol·licitar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades, ajustos en aquestes o informació complementària relativa a elles, sempre que això no suposi una modificació dels seus elements fonamentals que impliqui una variació que pugui falsejar la competència o tenir un efecte discriminatori.

Aquesta regulació porta causa de l'article 29 de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis, el qual circumscriu la utilització del procediment de diàleg competitiu als casos de contractes particularment complexos. L'apartat 6 d'aquest article estableix el següent:

Tras haber declarado cerrado el diálogo y haber informado de ello a todos los participantes, los poderes adjudicadores les invitarán a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo. Dichas ofertas deberán incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del



proyecto.

A petición del poder adjudicador, dichas ofertas podrán aclararse, precisarse y ajustarse. No obstante, estas precisiones, aclaraciones, ajustes o información complementaria no podrán modificar los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación, cuya variación pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

En relació amb la resta de procediments d'adjudicació, el TRLCSP no conté cap previsió anàloga, però sí preveu la possibilitat de demanar aclariments en relació amb l'oferta econòmica en els casos en què inclogui valors anormals o desproporcionats. Així, l'apartat 3 de l'article 152 disposa que quan s'identifiqui una proposició que pugui ser considerada desproporcionada o anormal, s'ha de donar audiència al licitador que l'hagi presentat perquè justifiqui la valoració de l'oferta i en precisi les condicions.

El Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, estableix, en l'article 81, la possibilitat d'esmenar els defectes o les omissions de la documentació que hagin presentat els licitadors, però aquesta possibilitat es preveu només en relació amb la documentació a què fa referència l'article 146 del TRLCSP. Es tracta d'una potestat atorgada als òrgans de contractació, que generalment actuen per mitjà de la Mesa de Contractació, amb la finalitat de requerir a les persones interessades que esmenin els errors o les omissions que s'apreciïn en aquesta documentació, però no en la que contenguin els sobres relatius a les ofertes tècniques o econòmiques dels licitadors.

El Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals es va pronunciar en la Resolució 90/2013, de 27 de febrer, entre d'altres, sobre la possibilitat d'aplicar per analogia aquest precepte respecte de les ofertes tècniques o econòmiques en els termes següents:

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



íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

En l'àmbit comunitari, tant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea com el Tribunal General s'han pronunciat sobre la manera com s'ha d'actuar davant d'una oferta ambigua que requereixi aclariments o en la qual s'hagin de corregir errors materials o de redacció.

El Tribunal General, en la Sentència de 10 de desembre de 2009, dictada en l'assumpte T-195/08, *Antwerpse Bouwwerken NV/Comissió*, va considerar contrari a les exigències d'una bona administració desestimar una oferta sense sol·licitar-ne aclariments quan l'ambigüitat pugui explicar-se de forma simple i dissipar-se fàcilment. A més, va fer algunes consideracions en relació amb el principi de proporcionalitat. En concret, el Tribunal General va indicar el següent:

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).



Per tant, s'ha de considerar que no es vulnera el principi d'igualtat dels licitadors pel fet que l'òrgan de contractació els sol·liciti aclariments sobre el contingut de les ofertes que han presentat, atès que aquesta actuació és una exigència que deriva dels principis de bona administració i de proporcionalitat, que són aplicables a tots els procediments de contractació. No obstant això, aquesta possibilitat té un límit que no es pot ultrapassar: l'aclariment no pot suposar una modificació dels termes de l'oferta, sia perquè en modifiqui el sentit inicial o perquè incorpori altres termes no previstos inicialment. El Text refós incorpora aquest límit en l'article 183.1 pel que fa als procediments de diàleg competitiu.

En conseqüència, tot i que el TRLCSP no ho preveu expressament, s'ha d'entendre que la possibilitat de demanar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació complementària és aplicable no tan sols a les licitacions que es tramitin pel procediment de diàleg competitiu, sinó també a la resta de procediments de contractació, sempre que la dificultat o la impossibilitat de valorar les ofertes —o una part de les ofertes— en els termes en què s'han presentat inicialment derivi de l'ambigüitat dels termes en què estan formulades o del fet que l'oferta conté errors o omissions de caràcter purament formal o material, i sempre que això no suposi una modificació dels termes de l'oferta.

3. La segona qüestió que planteja l'escrit de consulta, una vegada s'ha considerat que és possible sol·licitar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació complementària, amb limitacions, en qualsevol procediment de contractació, fa referència a les conseqüències d'això en un procediment de contractació en què ja s'hagin valorat les ofertes i s'hagi efectuat la proposta d'adjudicació. Concretament es consulta si en aquest moment procedimental és possible demanar aclariments o informació complementària als licitadors, tornar a valorar les ofertes i efectuar una nova proposta d'adjudicació del contracte, o si s'ha de desistir del procediment d'acord amb el que preveu l'article 155 del TRLCSP, si resulta que sí és possible demanar aquests aclariments o la informació complementària.

Quant a la possibilitat de sol·licitar aclariments o informació complementària després que s'hagin valorat les ofertes, la resposta ha de ser negativa, atès que és precisament la dificultat o la impossibilitat de valorar les ofertes —o una part de les ofertes— en els termes en què s'han presentat inicialment la que permet a l'òrgan de contractació, amb subjecció als principis d'igualtat de tracte i de proporcionalitat i amb les limitacions a què s'ha fet referència abans, fer ús de la facultat de sol·licitar aclariments amb l'objectiu de resoldre les ambigüitats que



hagi detectat i assegurar-se amb precisió del contingut i, en particular, que són conformes amb els requisits que en cada cas estableixin els plecs que hagin de regir el contracte.

Pel que fa al desistiment del procediment, l'article 155 del TRLCSP estableix en els apartats 2 i 4 que l'òrgan de contractació només el pot acordar abans de l'adjudicació i que ha d'estar fundat en una infracció no reparable de les normes de preparació del contracte o de les reguladores del procediment d'adjudicació. Per tant, l'òrgan de contractació només pot desistir del procediment quan es produeixi alguna d'aquestes circumstàncies, fet que s'ha de justificar en l'expedient.

4. Finalment, cal assenyalar que, tot i que no es planteja en la consulta expressament, dels termes en què està redactada i de l'informe jurídic que l'acompanya s'observa que en el procediment de contractació en el marc del qual es formula la consulta s'ha produït una confusió entre els criteris de selecció i els criteris d'adjudicació que figuren en el Plec de clàusules administratives particulars que regeixen el contracte, concretament respecte de la valoració de l'experiència de l'empresa.

Pel que fa a la valoració de l'experiència prèvia com a criteri d'adjudicació, la Llei és clara i la doctrina en aquesta matèria és reiterada i contundent.

D'acord amb l'article 150.1 del TRLCSP, per valorar les proposicions i determinar l'oferta econòmicament més avantatjosa s'han d'atendre criteris directament vinculats a l'objecte del contracte, i esmenta, entre d'altres, a títol indicatiu, la qualitat, el preu, la fórmula utilitzable per revisar les retribucions lligades a la utilització de l'obra o a la prestació del servei, el termini d'execució o lliurament de la prestació, o el cost d'utilització.

Per tant, els criteris de valoració de les ofertes no poden fer referència a les característiques subjectives de les empreses, atès que el que s'ha d'avaluar són les ofertes, i, evidentment, han de tenir una relació directa amb l'objecte del contracte.

Quant a la valoració de l'experiència de l'empresa, s'ha de dir que tant la jurisprudència comunitària (Sentència de 20 de setembre de 1988, dictada en l'assumpte C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV / Països Baixos*), com la doctrina emanada de les juntes consultives de contractació, com ara els informes 36/01, de 9 de gener de 2002, i 51/05, de 19 de desembre, de la Junta Consultiva de



Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, es pronuncien en el sentit que en els procediments d'adjudicació dels contractes s'han de distingir fases distintes, amb requisits també distintos —la de selecció dels contractistes i la d'adjudicació del contracte—, sense que els criteris de selecció, entre els quals s'inclou el de l'experiència, puguin ser utilitzats com a criteris d'adjudicació. La Junta Consultiva manifesta en l'Informe 36/2001, que fa referència al Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, el següent:

En definitiva y simplificando y resumiendo la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en este extremo debe concluirse que en los procedimientos abiertos, en la fase de selección de contratistas deberán utilizarse los medios acreditativos de la capacidad y solvencia de las empresas para la ejecución directa del contrato, en definitiva características de la propia empresa, enumerados en los artículos 15 a 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en la fase de adjudicación los criterios objetivos enumerados en el artículo 86, que no pueden identificarse con los primeros que fundamentalmente aluden a las características de la proposición [...].

El Tribunal Suprem també s'ha pronunciat sobre la valoració de l'experiència en nombroses sentències. Així, en la Sentència de 16 de febrer de 2010 va manifestar que “la valoración de la experiencia supone desde luego la contravención en algún modo del principio de libre competencia en la contratación administrativa”, i en la Sentència de 27 d'octubre de 2004 afirma que “es obvio que si el criterio de la experiencia está en contradicción con las directrices de la normativa de la Comunidad Económica Europea resulta indiscutible que no podrá ser consignado en los Pliegos de Condiciones Particulares”.

En definitiva, s'ha de distingir entre els criteris de solvència que han de complir els licitadors i els criteris d'adjudicació del contracte, els quals, com hem vist, no poden fer referència a les característiques subjectives de les empreses, com ara l'experiència, atès que aquesta no té relació amb la prestació que es vol contractar.

Conclusions

1. La possibilitat de demanar precisions o aclariments sobre les ofertes presentades o informació complementària és aplicable no tan sols a les licitacions que es tramitin pel procediment de diàleg competitiu, sinó també a la resta de procediments de contractació, sempre que la dificultat o la impossibilitat de



valorar les ofertes –o una part de les ofertes– en els termes en què s’han presentat inicialment derivi de l’ambigüitat dels termes en què estan formulades o del fet que l’oferta conté errors o omissions de caràcter purament formal o material, i sempre que això no suposi una modificació dels termes de l’oferta, sia perquè se’n modifica el sentit inicial o perquè s’hi incorporen altres termes no prevists inicialment.

2. La sol·licitud d’aclariments o d’informació complementària s’ha d’efectuar en tot cas abans de valorar les ofertes. En el cas que posteriorment a la valoració de les ofertes es posi de manifest una infracció no reparable de les normes de preparació del contracte o de les reguladores del procediment d’adjudicació, l’òrgan de contractació pot desistir del procediment abans de l’adjudicació, d’acord amb l’article 155 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic.