



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 9 de diciembre de 2013

Informe 7/2013, de 9 de diciembre. Posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas. La experiencia como criterio de solvencia

Antecedentes

1. El alcalde del Ayuntamiento de Sant Lluís ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Mediante el presente, y de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, así como al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 15 del Acuerdo de 10 de octubre de 1997 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, le remitimos la solicitud de informe en relación con el expediente de contratación 12/2013 “licencia de transporte público de viajeros en automóvil ligero con conductor (taxi) mediante vehículo adaptado para uso por personas con movilidad reducida”.

Los antecedentes se determinan detalladamente en el informe jurídico que acompaña al presente escrito como Anexo 1, si bien de forma resumida puede establecerse que, abiertas las ofertas contenidas en el sobre B (propuesta económica y documentación de valoración de los criterios de adjudicación), el informe técnico emitido al respecto señala que a determinados licitadores se les valora con 0 puntos los criterios 3 y/o 4 contenidos en la cláusula sexta del pliego dado que de la documentación aportada por los mismos no queda acreditada suficientemente su inscripción y cotización como conductores autónomos o asalariados que exige el pliego. La Mesa de Contratación asumió el informe, efectuó propuesta de adjudicación y el clasificado en primer lugar ha presentado la documentación exigida en el plazo establecido al efecto.

Mediante el presente se solicita a la Junta Consultiva la emisión de un informe en relación:

- Si es correcta la actuación efectuada por el Ayuntamiento entendiendo que las precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o



información complementaria solo es aplicable a las licitaciones mediante diálogo competitivo según lo previsto en el artículo 183.1 del TRLCSP.

— Si la actuación no es la correcta, ¿puede la Mesa de Contratación solicitar la información y ampliación necesaria y efectuar una nueva valoración y propuesta de adjudicación? ¿o procede el desistimiento previsto en el artículo 155 del TRLCSP?

2. El alcalde del Ayuntamiento de Sant Lluís está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y con el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea dos cuestiones relacionadas con la actuación del Ayuntamiento en un caso concreto, que pueden reformularse, para una mejor comprensión, de la forma que se indica a continuación.

La primera cuestión hace referencia a si, de acuerdo con lo previsto en el artículo 183.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria debe entenderse referida únicamente a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo.

En el caso de que se considere que esta posibilidad es aplicable también a otros procedimientos, se plantea una segunda cuestión sobre las consecuencias de esto en un procedimiento de contratación en el que ya se hayan valorado las ofertas y se haya efectuado la propuesta de adjudicación. En concreto se consulta si en este momento procedimental es posible solicitar aclaraciones o información complementaria a los licitadores, volver a valorar las ofertas y efectuar una nueva propuesta de adjudicación del contrato, o si debe desistirse del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 del TRLCSP si resulta que sí es posible solicitar estas aclaraciones o la información complementaria.

Con carácter previo, debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva no



pueden sustituir, en ningún caso, a los informes preceptivos de los servicios jurídicos correspondientes, ni pueden pronunciarse, con carácter general, para resolver cuestiones concretas de un expediente, sino que han de interpretar la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción, y siempre desde la perspectiva de que estas interpretaciones puedan ser de interés general.

En consecuencia, las consideraciones que se realizan en este Informe son de carácter general, sin entrar a analizar detalladamente el expediente de contratación concreto a que se refiere esta consulta, si bien pueden servir para resolver las dudas que han surgido en el procedimiento. Aún así, debe tenerse en cuenta que se trata de un procedimiento de concesión de licencias de autotaxi que está regulado en su normativa específica, la cual prevé la aplicación al desarrollo de los concursos de la normativa en materia de contratación.

2. La primera cuestión que se plantea hace referencia a si la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria debe entenderse referida únicamente a la licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo.

El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público admite de manera expresa la posibilidad de que los órganos o las mesas de contratación soliciten aclaraciones sobre las ofertas que se hayan presentado en el marco del procedimiento de diálogo competitivo. En este sentido, el apartado 1 del artículo 183 dispone que:

Las ofertas deben incluir todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto. El órgano de contratación, podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de sus elementos fundamentales que implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio.

Esta regulación trae causa del artículo 29 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, el cual circunscribe la utilización del procedimiento de diálogo competitivo a los casos de contratos particularmente complejos. El apartado 6 de este artículo establece lo siguiente:



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 relación con el resto de procedimientos de adjudicación, el TRLCSP no contiene ninguna previsión análoga, pero sí prevé la posibilidad de solicitar aclaraciones en relación con la oferta económica en los casos en que incluya valores anormales o desproporcionados. Así, el apartado 3 del artículo 152 dispone que cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma.

El Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece, en el artículo 81, la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones de la documentación que hayan presentado los licitadores, pero esta posibilidad se prevé solo en relación con la documentación a la que se refiere el artículo 146 del TRLCSP. Se trata de una potestad otorgada a los órganos de contratación, que generalmente actúan por medio de la Mesa de Contratación, con la finalidad de requerir a las personas interesadas para que subsanen los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que contengan los sobres relativos a las ofertas técnicas o económicas de los licitadores.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se pronunció en la Resolución 90/2013, de 27 de febrero, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de aplicar por analogía este precepto respecto de las ofertas técnicas o económicas en los siguientes términos:

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 el ámbito comunitario, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal General se han pronunciado sobre cómo debe actuarse ante una oferta ambigua que requiera aclaraciones o en la que hayan de corregirse errores materiales o de redacción.

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 disiparse fácilmente. Además, efectuó algunas consideraciones en relación con el principio de proporcionalidad. En concreto, el Tribunal General indicó lo siguiente:

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).

Por tanto, debe considerarse que no se vulnera el principio de igualdad de los licitadores por 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, que son aplicables a todos los procedimientos de contratación. 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. El Texto refundido incorpora este límite en el artículo 183.1 en cuanto a los procedimientos de diálogo competitivo.

En consecuencia, a pesar de que el TRLCSP no lo prevé expresamente, debe entenderse que la posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable no tan solo a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo, sino también al resto de procedimientos de contratación siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas —o una parte de las ofertas— en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que están formuladas o del hecho de que la oferta contiene errores u omisiones de carácter puramente formal o material, y siempre que ello no suponga una modificación de los términos de la oferta.

3. La segunda cuestión que plantea el escrito de consulta, una vez considerado que es posible solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria, con limitaciones, en cualquier procedimiento de contratación, se refiere a las consecuencias de esto en un procedimiento de contratación en el que ya se hayan valorado las ofertas y se haya efectuado la propuesta de adjudicación. En concreto se consulta si en este momento procedimental es posible solicitar aclaraciones o información complementaria a los licitadores, volver a valorar las ofertas y efectuar una nueva propuesta de adjudicación del contrato, o si debe desistirse del procedimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 del TRLCSP, si resulta que sí es posible solicitar estas aclaraciones o la información complementaria.



En cuanto a la posibilidad de solicitar aclaraciones o información complementaria después de que se hayan valorado las ofertas, la respuesta ha de ser negativa, dado que es precisamente la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas —o una parte de las ofertas— en los términos en que se han presentado inicialmente la que permite al órgano de contratación, con sujeción a los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad y con las limitaciones a las que se ha hecho referencia anteriormente, hacer uso de la facultad de solicitar aclaraciones con el objetivo de resolver las ambigüedades que haya detectado y asegurarse con precisión de su contenido y, en particular, de que son conformes con los requisitos que en cada caso establezcan los pliegos que hayan de regir el contrato.

En cuanto al desistimiento del procedimiento, el artículo 155 del TRLCSP establece en los apartados 2 y 4 que el órgano de contratación solo podrá acordarlo antes de la adjudicación y que deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Por tanto, el órgano de contratación solo podrá desistir del procedimiento cuando se produzca alguna de estas circunstancias, hecho que deberá justificarse en el expediente.

4. Finalmente, debe señalarse que, a pesar de que no se plantea en la consulta expresamente, de los términos en los que está redactada y del informe jurídico que la acompaña se observa que en el procedimiento de contratación en el marco del cual se formula la consulta se ha producido una confusión entre los criterios de selección y los criterios de adjudicación que figuran en el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato, en concreto respecto de la valoración de la experiencia de la empresa.

En cuanto a la valoración de la experiencia previa como criterio de adjudicación, la Ley es clara y la doctrina en esta materia es reiterada y contundente.

De acuerdo con el artículo 150.1 del TRLCSP, para valorar las proposiciones y determinar la oferta económicamente más ventajosa debe atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, y menciona, entre otros, a título indicativo, la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, o el coste de utilización.

Por tanto, los criterios de valoración de las ofertas no pueden hacer referencia a las características subjetivas de las empresas, ya que lo que debe evaluarse son



las ofertas, y, evidentemente, deben tener una relación directa con el objeto del contrato.

En cuanto a la valoración de la experiencia de la empresa, debe decirse que tanto la jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 20 de septiembre de 1988, dictada en el asunto C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV / Países Bajos*), como la doctrina emanada de las juntas consultivas de contratación, como por ejemplo los informes 36/01, de 9 de enero de 2002, y 51/05, de 19 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, se pronuncian en el sentido de que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deben distinguirse fases distintas, con requisitos también distintos —la de selección de los contratistas y la de adjudicación del contrato—, sin que los criterios de selección, entre los que se incluye el de la experiencia, puedan ser utilizados como criterios de adjudicación. La Junta Consultiva manifiesta en el Informe 36/2001, que hace referencia al Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, lo siguiente:

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 Supremo también se ha pronunciado sobre la valoración de la experiencia en numerosas sentencias. Así, en la Sentencia de 16 de febrero de 2010 manifestó que “la valoración de la experiencia supone desde luego la contravención en algún modo del principio de libre competencia en la contratación administrativa”, y en la Sentencia de 27 de 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, debe distinguirse entre los criterios de solvencia que han de cumplir los licitadores y los criterios de adjudicación del contrato, que, como hemos



visto, no pueden hacer referencia a las características subjetivas de las empresas, como por ejemplo la experiencia, ya que esta no tiene relación con la prestación que se quiere contratar.

Conclusiones

1. La posibilidad de solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas o información complementaria es aplicable no tan solo a las licitaciones que se tramiten por el procedimiento de diálogo competitivo, sino también al resto de procedimientos de contratación siempre que la dificultad o la imposibilidad de valorar las ofertas —o una parte de las ofertas— en los términos en que se han presentado inicialmente derive de la ambigüedad de los términos en que están formuladas o del hecho de que la oferta contiene errores u omisiones de carácter puramente formal o material, y siempre que ello no suponga una modificación de los términos de la oferta, ya sea porque se modifica su sentido inicial o porque se incorporan a la misma otros términos no previstos inicialmente.
2. La solicitud de aclaraciones o de información complementaria debe efectuarse en todo caso antes de valorar las ofertas. En el caso de que posteriormente a la valoración de las ofertas se ponga de manifiesto una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, el órgano de contratación podrá desistir del procedimiento antes de la adjudicación, de acuerdo con el artículo 155 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.