



Informe 30/13, de 6 de noviembre de 2017. Posibilidad de exclusión de licitadores en el momento de la adjudicación del contrato por causa de defectos que no se apreciaron en el momento de apertura de los sobres.(Ayuntamiento de Orozko.)

Clasificación del Informe. 1. Ámbito de aplicación subjetiva. 1.1. Entidades sometidas al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3, 2011, de 14 de noviembre. 1.3. Entidades excluidas de la legislación de contratos del sector público y de los sectores especiales. 4. Órganos de contratación. 4.1. Cuestiones generales. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.1. Documentación a incorporar a la proposición. 16.2. Subsanación de defectos o errores. 16.5. Mesa de contratación. 16.7. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Orozko dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“Que de la documentación (actas, escritos, comunicaciones e informes) que obra en los archivos tanto municipales como de la sociedad, en relación a la licitación del contrato del servicio de gerencia ZUBLAUR ERAIKUNTZAK S.A, resulta lo siguiente:

I.- Que con fecha de Junio de 2012, el Consejo de Administración ZUBLAUR ERAIKUNTZAK acuerda aprobar los pliegos para el concurso del servicio de gerencia de la Sociedad, y dada la cuantía de 199.000.00€ de dicho contrato, el mismo no está sujeto a regulación armonizada.

II.- Que el Consejo de Administración aprobó el 22 de Diciembre de 2008 las Instrucciones Internas de Contratación (IIC) en cuyo artículo 9 establecen lo siguiente:

«En procedimiento General toda empresa y/o empresario interesado podrá presentar una proposición.

Será aplicable este procedimiento para la adjudicación de todos los contratos de obras, servicios y suministros que celebre Zubiaru Eraikuntzak, S.A. no sujetos a regulación armonizada, siempre y cuando no proceda la aplicación de otro procedimiento (simplificado o abreviado) en los supuestos que se establecen en las presentes instrucciones.»

III.- Que el 19 de octubre en el Ayuntamiento de Orozko, dando a dicho acto carácter de reunión de la mesa de contratación, de conformidad con lo establecido en las IIC. «Artículo 13.- Mesa de contratación.

El órgano de contratación de Zubiaru Eraikuntzak, S.A. estará asistido por una Mesa de contratación excepto en el Procedimiento Abreviado.

La Mesa será competente para la valoración de las ofertas y estará formada por los siguientes miembros:

- Presidencia.- El/la Presidente/a del Consejo de Administración*
- Secretaría.- El Secretario del Consejo*
- Vocal.- El Asesor financiero de la Sociedad*



Para la válida constitución de la Mesa deberán acudir sus tres miembros.

La Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato.»

Componen la mesa de contratación:

Presidente. -D.L. del C.R.

Secretario.- D.J.U.A.

Vocal.- Dña. N.U.G., Secretario Accidental del Ayuntamiento de Orozko.

Asisten a dicho acto los vocales del Consejo de Administración Sres. E y G, así como de los Concejales del Ayuntamiento Sres. I, y M, el Sr. Alcalde de Orozko D. J S P y del asesor municipal D. M B.

Se procede a la apertura del sobre A (documentación general), acordando por unanimidad de los miembros de la mesa de contratación y sin manifestar objeción alguna por parte de los restantes asistentes a dicho acto, que los tres licitadores que han presentado ofertas cumplen con los requisitos necesarios para optar al concurso.

En la indicada sesión, asimismo, se acuerda por unanimidad de los miembros de la Mesa de Contratación y sin objetar nada en contra por parte del resto de asistentes a dicho acto a la apertura del sobre C (oferta técnica).

Las tres ofertas presentadas y admitidas son las siguientes:

1.- La UTE formada por SANTIAGO MURUA ETXEBERRIA y EKAIN, S.A., GESPUBLIC, S.L. y SABAI ARKITEKTOAK, S.L.P.

2.- BILBAINA DE PROYECTOS S.L.P.

3.- EIBEX CONSULTORES ASESORES S.L.P.

IV.- Que el 12 de Noviembre de 2012 a las 14.30h en el Salón de Plenos del Ayuntamiento se procede a la apertura del Sobre B (oferta económica), en un acto público.

V.- Que los servicios técnicos municipales valoraron las tres ofertas presentadas, y las mismas quedaron con la siguiente puntuación:

1. UTE SANTIAGO MURUA ETXEBERRIA y EKAIN SA, GESPUBLIC SL y SABAI ARKITEKTOAK SLP: 88,80 puntos

2. BILBAINA DE PROYECTOS, S.L.P. 79,64 puntos

3. EIBEX Asesores Consultores, S.L.P 65,95 puntos

En consecuencia, la Mesa de Contratación elevó al órgano de Contratación la propuesta de adjudicación de la oferta más ventajosa, la UTE formada por SANTIAGO MURUA ETXEBERRIA y EKAIN, S.A., GESPUBLIC, S.L. y SABAI ARKITEKTO S.L.P.

VI.- Que se convocó consejo de administración de la sociedad para el 26 de Noviembre de 2012, cuyo único punto del orden del día era adjudicar el contrato para el servicio de gerencia de la sociedad. Según las Instrucciones Internas de Contratación de la sociedad, el Consejo de Administración es el órgano de Contratación.

«Artículo 14.- Órgano de Contratación.

En el Procedimiento general, la adjudicación será realizada por el Consejo de Administración.»



En dicha sesión se sometió a votación la propuesta de la mesa de contratación, de adjudicar el contrato a la oferta más ventajosa presentada por la UTE formada por SANTIAGO MURUA ETXEBERRIA y EKAIN, S.A., GESPUBLIC, S.L. y SABAI ARKITEKTOAK, S.L.P. y la misma fue rechazada por mayoría.

Los Consejeros que votaron en contra de la adjudicación aportaron un escrito al acta de dicha sesión en el que se hacía constar que la UTE formada por SANTIAGO MURUA ETXEBERRIA y EKAIN, S.A., GESPUBLIC, S.L. y SABAI ARKITEKTOAK, S.L.P así como la oferta por BILBAINA DE PROYECTOS SLP habían incurrido en una serie de defectos, en virtud de los cuales debían ser excluidas del concurso:

SANTIAGO MURUA -EKAIN- GESPUBLIC- SABAI ARQUITECTOS.

- No acreditan ser un grupo empresarial ni aportan compromiso de Unión Temporal de Empresas.
- Ni Ekain, ni Gespublic, ni Sabai aportan curriculums de su plantilla (Exigido en el apartado 10.a. del Pliego "sobre A").
- Sabai aporta póliza de seguro por importe inferior a 1.000.000 € (El apartado 6 del Pliego exige Póliza de 1.000.000 €) y Ekain aporta póliza de seguro de 2 de sus empleados, pero no de la empresa.
- No cumplen el requisito de experiencia de 2 años prestando servicios a sociedades urbanísticas:
 - *Ekain aporta un solo certificado que no acredita el tiempo que han estado prestando los servicios; el resto de documentos aportados, son contratos de servicios (no certificados) que en ningún caso acreditan el tiempo que han estado prestando los servicios.
 - *Sabai aporta un documento de su Colegio (COAVN) que no es un certificado emitido por entidad pública en la que haya prestado servicios, y además no acredita el tiempo de prestación de los servicios.
- La formación extra-académica tiene que documentarse en el sobre C (apartado 14 "Sobre C" del Pliego), pero Santiago la ha incluido en el sobre A, lo que impide que esa documentación sea valorada.

BILBAINA DE EDIFICACIONES (BdeP)

- No hay ningún documento que acredite que J.M.S.B, Í.S.A. y N.S.A. forman parte del equipo de BdeP: En los currículos de J.M.S.B, Í.S.A. y N.S.A no se recoge que presten sus servicios en BdeP.
- Al no pertenecer a la empresa y no haber documento acreditativo de UTE no cumplirían los requisitos del pliego.
- Baja desproporcionada: En virtud del artículo 85 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública (a que se refiere el apartado 15.a. del Pliego) su oferta esta 25 unidades porcentuales por debajo del presupuesto de licitación.

Presupuesto = 199.000 €

-25% = 149.250 €

BdeP oferta 129.000 €

Todos ellos (excepto la baja desproporcionada) son requisitos que deberían haberse cumplido para ser admitidos en el procedimiento de licitación. (es decir, en el sobre a).

El incumplimiento de los requisitos de solvencia técnica y profesional, supone la inadmisión a participar en el procedimiento. No pudiéndose abrir los sobres b y c de aquellos licitadores que fueron inadmitidos.

VII.- Que los servicios técnicos municipales así como le Mesa de Contratación respondieron, en relación a los defectos argüidos, que en el momento de la apertura de los sobres relativos a la documentación general y de oferta técnica, reseñado en el Exponendo III anterior, se



dio por buena la documentación presentada por los indicados licitadores y por lo tanto los motivos esgrimidos no eran causa de exclusión de los mismos.

*VIII.- Que expuesto cuanto antecede, los que suscriben **CONSULTAN a la Junta Consultiva:***

¿Puede el Órgano de Contratación excluir a un licitador en el momento de adjudicar el concurso con todos los sobres abiertos y sin que se hubiesen advertido defectos por parte de la Mesa de Contratación en el momento de la apertura de los sobres de documentación general (Sobre A) y oferta técnica (Sobre C), habida cuenta de que en el acto de apertura de los sobres de documentación general estaban presentes los miembros del Órgano de Contratación que tienen que decidir sobre la adjudicación?

¿Los defectos argüidos por los vocales del consejo, reseñados en Exponendo VI son causa suficiente para excluir a los licitadores de la Contratación?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Orozko se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa planteando una consulta relativa a un supuesto en el que un órgano de contratación de una empresa pública declara la exclusión de las proposiciones de dos licitadores en una licitación en que previamente la Mesa de contratación no había declarado la inadmisibilidad de aquellas. En concreto, la consulta se dirige a esclarecer si es posible que el órgano de contratación tome una decisión contraria a la tomada por la Mesa de contratación en una fase anterior y si los argumentos utilizados para ello son válidos o no.

2. Como primera consideración, resulta necesario advertir que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa solo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 324 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en cuya virtud los informes de ésta solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, o sobre cláusulas concretas a incluir en pliegos determinados, para lo cual los distintos órganos de contratación disponen del correspondiente servicio jurídico.

A este respecto, cabe recordar los criterios sentados, por ejemplo, en el informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos. Por esta razón es preciso señalar que en lo que hace a la valoración de los específicos aspectos que puedan dar lugar a la exclusión de los licitadores, la consulta que se plantea desde el Ayuntamiento de Orozko responde a un procedimiento de contratación concreto, a unos documentos



específicos (que además no se nos han proporcionado), y no reviste carácter general en modo alguno, de modo que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no debe pronunciarse por razón de sus competencias.

Por el contrario, el aspecto relativo a la actuación del órgano de contratación acordando la exclusión de las ofertas sí que es una cuestión de carácter general, habida cuenta de la relevancia que la cuestión suscitada puede tener para el conjunto de la contratación pública en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual sí procede abordar esta cuestión desde una perspectiva general.

3. Para resolver la consulta planteada es conveniente referirse primeramente al régimen jurídico que debemos aplicar al supuesto planteado, para destacar que el texto de la consulta no indica el objeto social de la empresa ni el fin determinante de su creación, por lo que no es posible decidir si procede calificarla como poder adjudicador. De esta forma, y tratándose de un contrato no sujeto a regulación armonizada (dato que sí aporta el solicitante) debemos contemplar las dos posibilidades en cuanto a su régimen jurídico, aunque lo cierto es que, conforme a los artículos 191 y 192 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en ambos casos la licitación quedará sujeta al respeto de los principios publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y a la aprobación de unas instrucciones internas que garanticen el respeto a esos principios. Por tanto, en ambos casos rigen los principios expuestos.

Uno de esos principios y, desde luego, no menor, es el de concurrencia, por cuyo mérito debería promoverse la mayor participación posible en la licitación y debería permitirse con carácter general la subsanación de los defectos u omisiones que sean subsanables que se aprecien en la documentación relativa a la acreditación de los requisitos generales para contratar y de los requisitos específicos exigidos en los pliegos de cláusulas. A este respecto ya se ha pronunciado numerosas veces esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa aludiendo al carácter antiformalista del procedimiento de licitación e indicando, como consecuencia de lo anterior y del respeto del principio de concurrencia que, si bien no es posible establecer una lista exhaustiva de defectos subsanables, ha de considerarse que sólo reúnen tal carácter aquéllos defectos que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, aunque no a su cumplimiento. Es decir, el requisito debe existir con anterioridad a la fecha en que expire el plazo de presentación de proposiciones, pues su existencia no es subsanable, siéndolo solamente su acreditación. En tal sentido esta Junta Consultiva en su informe 47/09, de 1 de febrero de 2010, indicó que *“el criterio mantenido por la Junta Consultiva puede concretarse en 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 (por ejemplo, en la Sentencia de 21 septiembre de 2004) 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. Por tanto, como criterio general la decisión de la Administración acordando la exclusión de un licitador es una solución que sólo debe adoptarse, en los supuestos en que quepa la subsanación, previo ofrecimiento de la posibilidad de subsanación en los términos legales, posibilidad que no consta que en este caso se haya ofrecido.

Nótese, como ejemplo de lo anterior, que el artículo 146.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público permite sustituir la documentación exigible por una simple declaración formal. Si bien esta norma no estaba vigente en el momento temporal en el que se formula la consulta, sí resulta ilustrativa de la progresiva intención del legislador (manifestada también en la normativa comunitaria) de favorecer la máxima participación en los procedimientos de licitación con un marcado carácter antiformalista y reduciendo las cargas para los licitadores.

4. Partiendo de lo anteriormente expuesto y argumentando en relación con el objeto de la cuestión que se nos plantea, observamos que ésta a su vez se divide en dos cuestiones diferenciadas, esto es:

* Si el órgano de contratación tiene capacidad para excluir a los licitadores en el

momento de la adjudicación;

* Si puede hacerlo en contra de la admisión inicial de la mesa en el momento de apertura de los sobres.

Respecto de la primera de estas cuestiones, relativa a la capacidad para excluir a los licitadores, es necesario indicar que el órgano de contratación, en efecto, ostenta *ex lege* dicha capacidad por aplicación, entre otros, de los artículos 51, 146, 151, 152 y 160 de la Ley. De dichos preceptos se deduce que el órgano de contratación es el que asume las competencias en materia de contratación pública con carácter general, incluyendo desde luego, la de excluir a los licitadores que incurran en causa de exclusión.

Por supuesto, tal como antes expusimos, esta decisión nunca es automática ni en su forma ni en su fondo. Formalmente ha de revestirse de un procedimiento dotado de garantías en el que el órgano de contratación solicite al licitador o licitadores que justifiquen un posible defecto u omisión en la presentación de su documentación, les



otorgue un plazo para subsanar en caso de que efectivamente exista algún error y éste sea subsanable y motive su decisión a la vista de lo que el licitador aporte. Materialmente, la exclusión no puede ser arbitraria, sino que debe responder a un supuesto de defecto insubsanable o no subsanado.

Especialmente relevante, en este sentido, resulta el hecho de que conforme a la Ley el órgano de contratación no está obligado a seguir la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación sino que, siempre de forma motivada, puede apartarse de la misma. Así, conforme al artículo 160.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público *“La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión.”* Resulta obvio que si el órgano de contratación puede no seguir el criterio de la Mesa en cuanto a la adjudicación, también podrá hacerlo en cuanto a una posible exclusión de un licitador antes de la finalización del procedimiento. Es más, si el órgano de contratación no sigue el criterio de la Mesa respecto de la adjudicación puede ser precisamente por razón del hecho de que el licitador propuesto por esta debió ser excluido por no cumplir alguna de las condiciones necesarias para ejecutar el contrato. Por tanto, si el órgano de contratación puede excluir en este caso, es obvio que puede hacerlo con carácter general.

A idéntica conclusión llegamos por aplicación del artículo 146 de la ley que, como indicamos anteriormente, declara de forma cristalina que en todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá exigir en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato. Por una cuestión de simple lógica, si el órgano de contratación puede recabar tales informes es porque cabe la posibilidad de excluir a licitadores que están participando en el procedimiento, posibilidad que se puede convertir en certeza si el licitador no aporta la documentación correctamente requerida.

Por otro lado, no cabe duda de que aunque la Mesa no haya observado alguna causa de exclusión, esto no quiere decir que el órgano de contratación no pueda conocerla con posterioridad, siendo claro que los licitadores no adquieren ningún derecho subjetivo derivado de una previa comprobación de la Mesa de contratación, comprobación que puede ser errónea o no disponer de toda la información sobre otros aspectos que justificarían una exclusión posterior.

5. Respecto la segunda cuestión, esto es, si el órgano de contratación puede excluir a un licitador en contra de la previa decisión de la Mesa, es necesario señalar que el órgano de contratación sí puede acordar la exclusión siempre que el licitador no cumpla con los requisitos que se exigen en la Ley y en el pliego. Esta afirmación, que debemos ahora corroborar, es congruente con lo que hemos venido manteniendo en informes precedentes (por ejemplo, en nuestro informe 21/2016) en el sentido de que si el órgano de contratación conoce la falta de alguno de los requisitos fundamentales para contratar con el sector público la entidad contratante no sólo puede, sino que está



obligada a no permitir que el contrato sea ejecutado por quien carece de tal condición. En el mismo sentido, el incumplimiento de alguna de las condiciones técnicas esenciales definidas en el pliego de prescripciones técnicas conlleva idéntico efecto.

Nótese que la Mesa de contratación es según el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público un órgano de asistencia a los órganos de contratación, respecto del cual se predica que es el órgano competente para la valoración de las ofertas. Es cierto que, en determinados supuestos, como el previsto en la valoración de la documentación acreditativa de los requisitos para contratar, la Mesa puede acordar la exclusión de un licitador por incumplimiento de tales condiciones, pero tal potestad no excluye la del órgano de contratación de hacerlo posteriormente si alcanza el conocimiento de la concurrencia de una causa de exclusión. Lo contrario supondría una suerte de atribución de estado a la decisión inicial de la Mesa, efecto que en modo alguno se deriva de la normativa contractual pública.

Por otro lado, el hecho de que en el acto de apertura de los sobres estuvieran presentes los miembros del Órgano de Contratación resulta irrelevante a estos efectos. La decisión de la Mesa se toma por sus miembros y tiene los limitados efectos que acabamos de mencionar.

6. En relación con la última cuestión que plantea el texto de la consulta, si los defectos argumentados por los vocales del órgano de contratación son suficientes para excluirles del procedimiento, debemos insistir en que, en consonancia con lo que hemos expuesto en la segunda consideración jurídica de este informe, no procede que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa haga una reflexión individualizada sobre cada uno de los defectos, omisiones o insuficiencias que se ponen de manifiesto en el texto de la consulta, toda vez que responden a las peculiares condiciones y características que concurren en este caso.

De cualquier manera, lo que sí cabe señalar en este momento es que la posible concurrencia de defectos insubsanables debe analizarse con extrema cautela si tenemos en cuenta el obligado respeto al principio de concurrencia y el carácter antiformalista de la ley en este punto y que, en cualquier caso, para poder analizar la posible existencia de defectos motivadores de la exclusión de un licitador estos deberían ser acreditados previamente y, como antes señalamos, no pueden suponer el rechazo de la propuesta de adjudicación de manera automática y sin motivación suficiente. La mera alegación de los defectos no puede dar lugar a la exclusión del licitador sin más, sino que resulta necesario que previamente se confirme el defecto u omisión documental, es decir, su existencia real, que se requiera de subsanación al licitador propuesto como adjudicatario y que, en función del resultado de ese trámite, se resuelva en consecuencia.



A todo lo anterior se añade en el supuesto estudiado el hecho de que la propia consulta se torne ciertamente insuficiente en cuanto a la documentación acompañada y a la fundamentación de los hechos que contiene o que se refiera a ciertas conclusiones particulares que carecen de soporte jurídico, como sería, por ejemplo, la relativa al caso de la oferta anormalmente baja, respecto de la cual, por un lado, no resulta de aplicación el porcentaje mencionado en la consulta (puesto que aquel sería únicamente aplicable cuando sólo se aplica el criterio del precio) y, por otro, la existencia de presunción de anormalidad no supondría la exclusión de la oferta de modo automático. Del mismo modo, podríamos señalar que el hecho de que los profesionales integrantes del equipo no figuren en la plantilla en el momento de la oferta no constituye un defecto propiamente dicho, puesto que bastaría que el licitador acreditase que se va a disponer efectivamente de ellos en el momento de celebrarse el contrato.

A la vista de las anteriores consideraciones jurídicas procede alcanzar las siguientes

CONCLUSIONES

- 1.- El respeto al principio de concurrencia exige que el órgano de contratación conceda la posibilidad de subsanar la acreditación de aquellos defectos que por su naturaleza sean susceptibles de ello.

- 2.- El órgano de contratación es competente para acordar la exclusión del procedimiento de los licitadores que no cumplan las condiciones requeridas para contratar. Es este un acto que deberá ser motivado y que puede apartarse del criterio anterior de la Mesa de contratación, pues este acto no crea derecho alguno a favor del licitador inicialmente admitido al procedimiento.

- 3.- Tal exclusión puede hacerse antes de la finalización del procedimiento de contratación y, particularmente, es admisible de forma simultánea a la adjudicación.

- 4.- No procede que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie sobre los distintos supuestos particulares de defectos insubsanables alegados por el órgano de contratación.