



Informe 14/13, de 25 de julio de 2014, “Resolución de empate entre dos ofertas. Defectos en la presentación de sobres con ofertas. Exclusión de un licitador por no ajustarse al pliego de prescripciones técnicas o al pliego de cláusulas administrativas.”

Clasificación de informes: 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 11.3. Pliego de prescripciones técnicas. 15. Oferta económicamente más ventajosa. 15.1. Precio más bajo. 15.2. Diversidad de criterios. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.2. Subsanación de defectos o errores. 16.5. Mesa de contratación. 19. Recursos.

ANTECEDENTES

El Alcalde Ayuntamiento de Pals, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa con el siguiente texto de consulta:

“Por la presente les formulamos las siguientes tres consultas de carácter general:

1) Resolución de un empate entre dos proposiciones.

En relación con una licitación, por procedimiento abierto (oferta económicamente más ventajosa, varios criterios de adjudicación), de una concesión demanial para construir un bar en una zona de dominio público, se produce un empate entre los dos mejores licitadores. Así, valoradas las ofertas tras el estudio de los criterios que dependen de un juicio de valor (sobre B), los dos licitadores obtienen, cada uno, 23 de los 25 puntos posibles. Valorada la documentación de las ofertas contenidas en el sobre C (fórmulas automáticas), ambos licitadores empatan a 50 puntos, por lo cual ambos obtienen 73 puntos.

Cabe destacar que fórmula para la puntuación de la oferta económica era la siguiente:

“Para mejoras sobre el tipo de licitación se otorgará la siguiente puntuación:

	Puntos
<i>Tipo de licitación:.....</i>	<i>0</i>
<i>Mejora hasta el 9,99%.....</i>	<i>2</i>
<i>Mejora entre el 10 y el 19,99%.....</i>	<i>4</i>
<i>Mejora entre el 20 y el 29,99%.....</i>	<i>6</i>
<i>Mejora entre el 30 y el 39,99%.....</i>	<i>8</i>
<i>Mejora entre el 40 y el 49,99%.....</i>	<i>10</i>
<i>Mejora entre el 50 y el 59,99%.....</i>	<i>12</i>
<i>Mejora entre el 60 y el 69,99%.....</i>	<i>14</i>
<i>Mejora entre el 70 y el 79,99%.....</i>	<i>16</i>
<i>Mejora entre el 80 y el 89,99%.....</i>	<i>18</i>
<i>Mejora del 90% o más.....</i>	<i>20”</i>

Con un precio de salida de 5.000 €/anuales, quien ofrecía un incremento del 90% (4.500.00 €/anuales), o más, obtenía los 20 puntos máximos.

Cabe recordar que, pese al empate de puntos por aplicación de la referida fórmula, la oferta económica presentada por el licitador A es de 5.500,00 €/anuales, mientras que la presentada por el licitador B es de 4.500,00 €/anuales, hecho que supone una diferencia a favor del licitador A de 1.000,00 €/anuales y de 10.000,00 € para los 10 años de concesión. Pese al empate a puntos, entendemos que la oferta económicamente más ventajosa para el Ayuntamiento sería la presentada por el Licitador A.

En el Pliego de cláusulas administrativas particulares de la licitación no consta ninguna cláusula que determine el procedimiento de resolución de esta situación de empate. Así las cosas, la disposición adicional 4a del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP) establece, como medios de



resolución de empates: tener en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2% y las proposiciones presentadas por las empresas de inserción reguladas en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción. Ninguno de estos supuestos es aplicable a la licitación, dado que los licitadores son personas físicas.

Entendemos que, por consiguiente, y para resolver el empate, se hace necesario dirigirse a algunos de los preceptos del Real decreto legislativo 3/2011 para poder resolver esta disyuntiva. Así, el artículo 1 del TRLCSP determina que “la presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, con objeto de garantizar (...) la selección de la oferta más ventajosa”, mientras que el artículo 151.1 del TRLCSP considera que “el órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa (...)”, no el licitador que haya obtenido la mayor puntuación. Además, el ayuntamiento no puede dejar de resolver el expediente porque el artículo 151.3 del TRLCSP prevé que no se pueda declarar desierta una licitación cuando alguna oferta sea admisible de acuerdo con los criterios del Pliego.

Por lo tanto, a la vista de estos antecedentes, se considera que el empate entre ambos licitadores debe resolverse seleccionando la oferta económicamente más ventajosa para el Ayuntamiento, en este caso el licitador A.

Petición:

A la vista de los datos referenciados, les presentamos la siguiente consulta de carácter general: en caso de empate a puntos entre los dos mejores licitadores, y no constando en el Pliego ninguna cláusula que determine el procedimiento de resolución de esta situación de empate, y dando por entendido que la única diferencia entre ambos es que uno ha presentado una oferta económica más elevada, ¿debería adjudicarse el contrato a este licitador en base a las referidas fundamentaciones jurídicas?

II) Inclusión incorrecta de los documentos en otro sobre de la oferta.

A menudo los licitadores, en el momento de presentar sus ofertas, incorporan erróneamente documentos en los sobres A (documentación administrativa), B (documentación relativa a la valoración de los criterios que dependen de juicio de valor) y C (documentación relativa a la valoración de criterios que dependen de fórmulas automáticas). Las diversas situaciones y las consecuencias que comportarían son las que se plantean acto seguido:

a) Inclusión de documentación correspondiente al sobre A dentro del sobre B: se trataría de un defecto subsanable (informe JCCA-Estado núm. 47/09), con lo cual se reclamaría la documentación al licitador tras la apertura del sobre A. Por lo tanto, simplemente se dejaría constancia en el expediente de la relación de documentación del sobre A presentada por el licitador en el sobre B, posteriormente a la apertura de este sobre.

b) Inclusión de documentación correspondiente a sobre A dentro del sobre C: se trataría de un defecto subsanable (informe JCCA-Estado núm. 47/09), con lo cual se reclamaría la documentación al licitador tras la apertura del sobre A. Por lo tanto, simplemente se dejaría constancia en el expediente de la relación de documentación del sobre A presentada por el licitador en el sobre C, posteriormente a la apertura de este sobre.

c) Inclusión de documentación correspondiente al sobre B dentro del sobre C: se trataría de un defecto NO subsanable (informe JCCA-Estado, núm. 20/07) hecho que comportaría la exclusión del licitador.

d) Inclusión de documentación correspondiente al sobre B dentro del sobre C: la documentación del sobre B incluida en el sobre C no sería valorada. Los artículos 26 del Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina que: “La documentación relativa a los criterios la ponderación de los cuales dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”. De esta manera, si se valorara esta documentación de criterios de juicio de valor (sobre, B) del licitador que la ha incluido en el sobre C, se estaría valorando documentación de juicio de valor conociendo la oferta económica del resto de licitadores, contraviniendo el referido artículo 26 del Real decreto 817/2009 y los principios de transparencia, igualdad y no discriminación entre licitadores en la actuación de la Administración pública, como detalla el artículo 139 del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público. Por lo tanto, se dejaría constancia en el expediente de la relación de documentación del sobre B presentada por el



licitador en el sobre C, pero no sería valorada. Sólo sería valorada la documentación presentada en el propio sobre B, no la documentación del sobre B incluida en el sobre C.

e) Inclusión de documentación correspondiente al sobre C dentro del sobre A: se trataría de un defecto NO subsanable (informe JCCA-Estado núm. 43/02), hecho que comportaría la exclusión del licitador, dado que se conocería la oferta económica antes de la apertura del sobre C.

f) Inclusión de documentación correspondiente al sobre C dentro del sobre B: se trataría de un defecto NO subsanable (informe JCCA-Madrid 8/09), hecho que comportaría la exclusión del licitador, dado que se conocería la oferta económica antes de la apertura del sobre C.

Petición:

A la vista de los hechos expuestos solicitarnos a la Junta Consultiva que indique si las consecuencias de las 6 situaciones planteadas, con carácter general, son las correctas.

III) Exclusión de un licitador por no ajustarse al Pliego de prescripciones técnicas o al Pliego de cláusulas administrativas

Los artículos 22.1.b) del Real decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (RPLCSP), determina, entre las diversas funciones de la Mesa de contratación, la de determinar los licitadores que hayan de ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de cláusulas administrativas particulares. Cabe entender, pues, que la Mesa puede emitir una resolución de exclusión, la cual deberá ser notificada al licitador excluido. En relación con el pie de recursos, y como cuestión de entrada, ¿cabe considerar que serían el recurso de alzada y el recurso contencioso administrativo?

Ahora bien, cuando la Mesa, después de analizar la documentación contenida en el sobre B (criterios de juicio de valor), detecta que la oferta de un licitador incumple el Pliego de prescripciones técnicas, ¿cómo debe actuar? No pudiendo declarar excluido el licitador que no acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Pliego de prescripciones técnicas porque no es una atribución que se encuentre recogida en el artículo 22.1 del RPLCSP, ¿debe formular una propuesta de exclusión al órgano de contratación para que sea este quien lo excluya?

Finalmente comentaremos que, de acuerdo con la resolución núm. 172/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en consonancia con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, como la sentencia de 29 de septiembre de 2009 (recurso núm. 5947/2007, se determina que los Pliegos son ley del contrato (los Pliegos son la legislación del contrato para el contratista y para a Administración contratante, teniendo, consecuentemente, fuerza de ley entre las partes, dado que, a la vez, se establecen los derechos y las obligaciones de las partes), por lo cual no ajustarse a las determinaciones del contenido del Pliego de prescripciones técnicas (donde se define la prestación contractual en sus aspectos técnicos) es motivo de exclusión de la oferta presentada, hecho que también se produce con los Pliegos de cláusulas administrativas. Además la participación en la licitación por parte de un licitador comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los Pliegos que, como ley primordial del contrato, constituyen la fuente dónde se debe acudir para resolver todas las cuestiones que produzcan en relación con el cumplimiento, interpretación y efectos de contrato en cuestión, como bien determina la citada sentencia del Tribunal Supremo. Al margen de estas, ¿qué otras fundamentaciones jurídicas considera esta Junta Consultiva para justificar la exclusión de un licitador que, con su oferta, incumple el Pliego de prescripciones técnicas o el Pliego de cláusulas administrativas?

Petición:

A la vista de los hechos expuestos, solicitamos a la Junta Consultiva que proceda a dar respuesta a las cuestiones de carácter general planteadas.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Ayuntamiento de Pals plantea tres cuestiones distintas dentro del mismo escrito de consulta, referidas a la forma de decidir sobre un empate entre dos ofertas que obtienen la misma puntuación en una licitación para una



concesión demanial, la primera de ellas; a la forma de proceder ante la comisión de un error a la hora de presentar los sobres con las ofertas, la segunda; y finalmente, a la posible exclusión de un licitador por parte de la Mesa de Contratación por no ajustarse su oferta al pliego de prescripciones técnicas o al pliego de cláusulas administrativas, en la tercera cuestión.

2. En relación con la primera pregunta es necesario indicar que dado que en esta Junta Consultiva se desconocen los detalles sobre la construcción del bar en una zona de dominio público, se pueden plantear tres posibilidades distintas en cuanto a la calificación jurídica de dicho de contrato.

Así, en primer lugar, contemplamos la posibilidad de que se trate de un contrato de obra recogido en el artículo 6 del TRLCSP:

“1. Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.”

En segundo lugar puede tratarse de una concesión de obra pública conforme al artículo 7, apartado 1, del TRLCSP:

“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

Finalmente, la tercera posibilidad es que se trate de un contrato especial con prestaciones de varios tipos de contratos.

4. Una vez consideradas las distintas calificaciones jurídicas que puede tener el contrato referido, procedemos a analizar la primera cuestión que se nos plantea en el texto de la consulta, es decir, la resolución de un empate entre dos licitadores que han obtenido la misma puntuación en la fase de valoración de ofertas y en cuyos pliegos no se prevé ninguna fórmula para la resolución de este tipo de situaciones.

Para resolver esta cuestión es necesario tener en cuenta que, como indica la consulta, el empate se produce en el cálculo de los puntos que obtienen ambos licitadores, si bien la oferta de uno de ellos se encuentra 1000 euros anuales por debajo de la del otro.

Para la resolución de empates el Ayuntamiento de Pals se remite a los criterios sociales contenidos en la Disposición Adicional Cuarta del TRLCSP.

Estas previsiones, sin embargo, carecen de aplicabilidad al supuesto que nos ocupa, en primer lugar, porque implican necesariamente el haber incluido previamente los criterios diferenciadores dentro de los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Requisito que no se cumple respecto al procedimiento de licitación en cuestión.

El propio Ayuntamiento de Pals argumenta que tampoco sería aplicable porque, se predicen de personas jurídicas y no de personas físicas. Sin embargo, las previsiones de la Disposición Adicional Cuarta sí son predicables de personas físicas.

Descartada la aplicabilidad de la Disposición Adicional Cuarta, en el texto de la consulta y, a falta de previsiones en los pliegos sobre criterios para resolver un posible empate, el Ayuntamiento sugiere seguir la regulación general contenida en el TRLCSP donde se indica en su artículo 1:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los



candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”

Igualmente, hace referencia al artículo 151.1 del TRLCSP que determina que:

“...Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.”

Sin embargo, en el supuesto objeto de análisis, al haberse establecido en los pliegos un baremo para otorgar puntuación a los licitadores, queda claro que el criterio del precio no es el único que se tiene en cuenta. Precisamente esta cuestión es la que nos indica que no existe una identidad entre el concepto de oferta económicamente más ventajosa y oferta más barata, puesto que existen otras circunstancias a tener en cuenta además del precio.

Es conveniente mencionar en esta argumentación la Resolución 159/2001 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que considera que la mejor forma de resolver el empate entre las puntuaciones de las dos ofertas sin que haya previsiones al respecto en los pliegos, es el sorteo. Así, determina que:

“...Con el procedimiento que establece la actual Ley de Contratos, una vez evaluados y puntuados los criterios de valoración sujetos a juicios de valor es cuando se procede a abrir los sobres y a evaluar los criterios de puntuación automática (precio y otros criterios evaluables por parámetros de aplicación automática). No es imposible, como se ha visto en el supuesto que nos ocupa, que tras la valoración de todos los factores se produzca un empate entre dos proposiciones que, como se ha dicho, es necesario resolver. Acudir a los criterios previstos en la disposición adicional sexta de la Ley 30/2007 sería una opción, como podría haber otras que la propia recurrente se encarga de apuntar, pero exigen que el órgano de contratación lo haya previsto en los pliegos. Por otra parte, conviene señalar que no hay ninguna norma que obligue a la Administración a incluir en los pliegos de contratación el sistema contemplado en la citada disposición adicional sexta. Los pliegos son ley del contrato y obligan a las partes en todos sus términos. Pero acudir a aquellas fórmulas sin que se hallen recogidas en los pliegos sí que supondría una actuación arbitraria, injusta y discriminatoria por parte de la Administración. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, este Tribunal entiende que no existe impedimento legal alguno sino más bien al contrario, para aplicar el sorteo como forma de resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación.”

No obstante, el razonamiento de esta Resolución fue objeto de recurso Contencioso-Administrativo y dio lugar a Sentencia de la Audiencia Nacional, SAN 978/2013, de 7 de marzo de 2013.

Conforme a esta Sentencia, el sorteo no resulta aplicable como método para resolver el empate. Así establece que:

“En efecto, como bien se dice por la parte actora, en este caso la utilización del sorteo como método de resolución del empate fue incorrecta. Una vez producido el empate en la puntuación global obtenida por Interlang y Thámesis, se resolvió en la cuarta mesa de contratación -celebrada el 15 de febrero de 2011, mediante el "lanzamiento al aire de una moneda". Tal procedimiento aleatorio, si bien en sí mismo no es contrario al ordenamiento jurídico no pudo ni debió ser elegido por el órgano de contratación cuando, como en este caso acontece, el órgano de contratación no lo previó en los Pliegos. Es la propia Administración la que resuelve incoherentemente no obstante reconocer que los Pliegos son ley del contrato "y obligan a las partes en todos sus términos".

Por lo tanto, y frente a lo que se resuelve, no es lícito acudir a aquellas fórmulas, como la del sorteo en este caso, sin que se hallan recogidas en los pliegos porque ello ciertamente supone una actuación arbitraria, injusta y discriminatoria por parte de la Administración.

Por lo tanto, en este caso el sorteo no es forma idónea para resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación, pues con independencia de la falta de conformidad con la valoración de las puntuaciones efectuada por la mesa de contratación, un concurso público de tal entidad y cuantía económica no permite dicha aleatoriedad so pena de incurrir en arbitrariedad.

No cabe invocar, como se hace por la Administración, la aplicación analógica del artículo 87 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”



No obstante, desde esta Junta Consultiva debemos dar un paso más en este razonamiento estando en cualquier caso de acuerdo con la orientación de la sentencia de la Audiencia Nacional en el sentido de que el sorteo únicamente resulta aplicable cuando el criterio para valorar sea exclusivamente el económico.

Teniendo en cuenta tanto el TRLCSP así como los principios inspiradores del mismo y, especialmente, los de igualdad de acceso a la contratación pública y transparencia, parece claro que no es posible introducir “*a posteriori*” ningún criterio de desempate sin vulnerar los derechos de los licitadores e incurrir en arbitrariedad.

Hemos de tener en cuenta que, como ha reiterado consolidada jurisprudencia, los pliegos del contrato son ley para las partes y constituyen las reglas del juego por las que los licitadores y la propia Administración contratante se han comprometido a actuar. Cualquier modificación de esas reglas supone romper la confianza depositada por los actores y un menoscabo de sus derechos.

En el supuesto concreto nos enfrentamos a una planificación defectuosa de los baremos de puntuación conforme a la cual, las ofertas que superen una determinada cantidad obtienen la máxima puntuación independientemente de en qué cuantía la superen.

Ésa es la regla que han seguido, a sabiendas, todos los licitadores y es la causa de que unos hayan ofrecido más y otros menos sabiendo que, en cualquier caso, obtendrían la máxima puntuación.

Por lo tanto, obtenido un empate a puntos entre dos ofertas ya no es imposible introducir criterios de desempate “*a posteriori*” puesto que se incurriría en arbitrariedad.

Ante la imposibilidad de resolver, el Ayuntamiento de Pals no tendría más remedio que retrotraer actuaciones y e iniciar un nuevo procedimiento de contratación con nuevos pliegos incluyendo baremos de puntuación eficaces y criterios de desempate.

5. En relación con la segunda cuestión planteada en la consulta, es decir, la inclusión incorrecta de los documentos en otro sobre de la oferta, el texto de la consulta plantea las diversas posibilidades de error al introducir la documentación en los diferentes sobres y además explica las soluciones que se han dado a estas situaciones teniendo en cuenta el TRLCSP, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y diversos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

No podemos sino coincidir con el análisis realizado teniendo en cuenta que la mayoría de los Dictámenes que se citan tienen su origen en esta misma Junta Consultiva.

No obstante, resulta necesario indicar que en el texto de la consulta, al analizar las distintas posibilidades de errores que se pueden cometer a la hora de introducir la documentación en los sobres, las opciones c) y d) describen el mismo supuesto, es decir, la inclusión de documentación correspondiente al sobre B en el sobre C, si bien llegan a conclusiones distintas.

En el primer supuesto se indica que la consecuencia de la comisión de este error es la exclusión del licitador, mientras que en el segundo se indica que la consecuencia es la no valoración de la oferta, sin mencionar de la exclusión del licitador.

Para que esta Junta Consultiva pudiera pronunciarse al respecto, sería necesario aclarar las razones por las que se llega a dos conclusiones distintas respecto a supuestos iguales.

6. Finalmente, la tercera cuestión se refiere a la posible exclusión de un licitador por no ajustarse al pliego de prescripciones técnicas o al Pliego de cláusulas administrativas. No obstante, bajo esta cuestión general se plantean tres dudas distintas que es necesario analizar por separado.



En primer lugar, plantea el Ayuntamiento de Pals si en la resolución por la que la mesa excluye a un licitador por no ajustarse al pliego de cláusulas administrativas particulares se debe indicar como recursos pertinentes el de alzada y el contencioso administrativo.

Sin embargo, para dar una respuesta apropiada a esta pregunta es necesario responder primero a la segunda cuestión planteada en este apartado, relativa a la posibilidad de excluir a un licitador por no ajustar su oferta al pliego de prescripciones técnicas. De manera que por respetar el orden lógico de razonamiento, analizaremos en primer lugar esta cuestión.

Así, como la propia consulta pone de manifiesto, la regulación sobre las funciones de las mesas de contratación se encuentran recogidas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El apartado segundo de este artículo se refiere a la determinación de la exclusión de licitadores pero únicamente basada en la no acreditación de los requisitos recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin mencionar nada respecto a los requisitos de prescripciones técnicas.

No obstante, en el supuesto que estamos analizando, el incumplimiento de las prescripciones técnicas no daría lugar a la exclusión del licitador sino al rechazo de la oferta. Es decir, la causa que impide la participación en el procedimiento no se predica del licitador como tal, sino de la oferta que éste ha presentado por lo que sería ésta la que resultaría inadmisibile.

De esta forma, habiendo aclarado que la consecuencia del incumplimiento de las prescripciones técnicas tiene consecuencias sobre la oferta, debemos pues responder a la primera pregunta indicando que el rechazo de la oferta sería una decisión adoptada por el órgano de contratación a propuesta de la mesa de contratación y, como tal decisión del órgano, no sería de aplicación el recurso de alzada sino que correspondería interponer recurso potestativo de reposición.

Por otro lado, el rechazo de la oferta se considera como un acto de trámite cualificado, es decir, un acto que no pone fin al procedimiento pero que impide la continuación del mismo para el sujeto implicado.

En relación con los actos de trámite cualificados, tenemos que mencionar necesariamente el recurso especial en materia contractual regulado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP. La posibilidad de utilización de este recurso dependerá en primer lugar de la cuantía y el objeto del contrato, como pone de manifiesto el apartado 1 del mismo. Por razón del objeto, su aplicación queda justificada por el apartado segundo letra b, que establece:

“2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

*b) 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 actos 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.”***

De esta forma, corresponderá la interposición de este recurso especial en materia de contratación a los contratos de obras y de concesión de obras públicas cuando estén sujetos a regulación armonizada.

En todo caso, este recurso sería previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo y así deberá indicarse en el pie de recurso.

Por otro lado, cuando por razón de la cuantía no sea de aplicación el recurso especial en materia de contratación, el recurso potestativo de reposición y el recurso contencioso-administrativo serán los que deban incluirse en la resolución por la que se declare la exclusión de un licitador.

En segundo lugar, la tercera cuestión dentro de la posible exclusión de un licitador por el no cumplimiento de las prescripciones técnicas se refiere a la legitimidad de esta causa.



Como la propia consulta pone de manifiesto, la regulación sobre las funciones de las mesas de contratación se encuentran recogidas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. El apartado segundo de este artículo se refiere a la determinación de la exclusión de licitadores pero únicamente basada en la no acreditación de los requisitos recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin mencionar nada respecto a los requisitos de prescripciones técnicas.

El texto de la consulta aporta como argumentaciones jurídicas a favor de esta tesis tanto a una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (núm. 172/2011), como reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de septiembre de 2009, recurso núm. 5947/2007) por la que se indica que los pliegos son ley para las partes del contrato y el incumplimiento de las prescripciones técnicas como parte de los pliegos comporta la no aceptación de los mismos y la exclusión del licitador.

Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, el incumplimiento de las prescripciones técnicas no da lugar a la exclusión del licitador, sino al rechazo de la oferta, por lo que no resulta necesario analizar el fondo de esta cuestión.

Finalmente, como último inciso de la tercera pregunta, se plantea la misma duda pero desde el punto de vista de la competencia de la mesa. Es decir, determinar si la mesa de contratación es competente para excluir a un licitador, aunque basándose en el incumplimiento de las prescripciones técnicas, o si bien debe dar traslado al órgano de contratación para que sea él el que excluya.

Sin embargo, teniendo en cuenta la respuesta a las preguntas anteriores, debemos recordar que la actuación procedente no sería la exclusión del licitador sino el rechazo de la oferta. En cuanto a la competencia para realizarlo, sería del órgano de contratación a propuesta de la mesa de contratación.

Debemos recordar el contenido del artículo 21 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el cual se desarrolla parcialmente la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

“Los órganos de contratación de las administraciones públicas estarán asistidos en los procedimientos de adjudicación abierto, restringido y negociado con publicidad por una mesa de contratación que será competente para la valoración de las ofertas.”

Así, la valoración de la oferta es de conjunto y tiene en cuenta el sometimiento a los pliegos en los que se encuentran incluidas las prescripciones técnicas por lo que el no cumplimiento de las mismas implica el no sometimiento a los pliegos y por tanto implica necesariamente el rechazo de la oferta.

CONCLUSIONES

En el supuesto planteado en la primera cuestión, la legislación en vigor no contempla soluciones para dirimir el empate entre las dos ofertas cuando no hay previsiones al respecto en los pliegos. La adopción de cualquier criterio de desempate no previsto previamente en los documentos del contrato supone incurrir en arbitrariedad y vulnerar los derechos de cualquier licitador cuya oferta hubiera sido distinta de conocer la posible aplicación de dicho criterio por lo que no es posible resolver el empate y resulta imprescindible retrotraer actuaciones y publicar unos pliegos con unos baremos de puntuación eficaces y que prevean mecanismos de resolución de empates.

Desde esta Junta Consultiva coincidimos con los planteamientos de la consulta relativos a la resolución de los errores en la inclusión de ofertas en los sobres por parte del licitador. Se señalan incoherencias en el planteamiento de la pregunta.



Finalmente, la exclusión de un licitador por incumplimiento de prescripciones técnicas no resulta posible. En su lugar es necesario referirse a rechazo de la oferta y no a exclusión del licitador, que sería propuesto por la Mesa de contratación al órgano de contratación, por incumplimiento de las prescripciones técnicas.

La decisión del órgano de contratación de rechazar la oferta sería recurrible a través de recurso potestativo de reposición, recurso Contencioso-Administrativo y, en su caso, recurso especial en materia de contratación pública ante el Tribunal de Recursos Contractuales correspondiente.