Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfno. 848 42 19 64-848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarra.es

Expediente: 26/2020

ACUERDO 36/2020, de 10 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don F. I. de M. y don J. S. A., en nombre y representación respectivamente de CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L. y CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A., frente a la adjudicación del contrato de obras de "*construcción de 103 VPO Parcela CS1A Sarriguren- Valle de Egüés*" por parte de NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de octubre de 2019, NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (en adelante NASUVINSA) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de construcción de 103 viviendas protegidas en régimen de alquiler en la parcela denominada como CS1 en el PSIS de la Ecociudad de Sarriguren, perteneciente al término municipal de Valle de Egüés.

A dicha licitación concurrieron cuatro entidades: LUIS MARTÍNEZ BENITO, S.A.; ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.; CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A.; y UTE SARRIGUREN, formada por CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGEL IBÁÑEZ, S.L. y CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A.

SEGUNDO.- Tras la apertura de la Documentación General presentada por los licitadores (Sobre A), y la apertura y valoración de sus ofertas relativas a los criterios de adjudicación cualitativos (Sobre B), con fecha 4 de febrero de 2020 se procedió a la apertura del Sobre C, relativo a las ofertas formuladas en relación con los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.

Respecto al criterio de adjudicación de carácter social, consistente en el porcentaje del presupuesto subcontratado con Centros Especiales de Empleo sin ánimo

de lucro o de iniciativa social o Empresas de Inserción, se formularon las siguientes ofertas:

- LUIS MARTÍNEZ BENITO, S.A: 1%
- ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.: 4%
- CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A.: 7,8%
- UTE SARRIGUREN: 6,43%

En dicho acto se acordó solicitar aclaraciones a los licitadores ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. y CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A., respecto a sus ofertas en el criterio de adjudicación de carácter social.

Con fecha 19 de febrero de 2020 se examinó la documentación presentada por ambas empresas, acordándose que CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A. había aclarado correctamente su oferta. Sin embargo, se consideró que la aclaración realizada por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. suponía una modificación de su oferta, por lo que no podía ser aceptada.

Se atribuyeron, por ello, las siguientes puntuaciones en el citado criterio de adjudicación:

- LUIS MARTÍNEZ BENITO, S.A: 1,28
- ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.: 0
- CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A.: 10
- UTE SARRIGUREN: 8,24

El orden de prelación de los licitadores y su puntuación total tras la suma de la obtenida en cada uno de los criterios de adjudicación, fueron los siguientes:

1. ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A.: 58,12
2. UTE SARRIGUREN: 57,37
3. CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, S.A.: 54
4. LUIS MARTÍNEZ BENITO, S.A: 40,38

TERCERO.- Con fecha 6 de marzo de 2020 se adjudicó el contrato a ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., comunicándose en la misma fecha dicha decisión a los licitadores por correo electrónico.

CUARTO.- Con fecha 13 de mayo de 2020, don F. I. de M. y don J. S. A. interpusieron, en nombre y representación respectivamente de CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L. y CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A., una reclamación especial en materia de contratación pública frente a la citada adjudicación.

Con fecha 14 de mayo de 2020 se requirió la subsanación de la reclamación, a fin de que los reclamantes acreditaran su representación, conforme a lo dispuesto en el artículo 126, apartados 2.b) y 3, de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), lo cual hicieron en la misma fecha.

En la reclamación se formulan las siguientes alegaciones:

1º. Que tal y como consta en el acta de calificación del Sobre C, que se adjunta, CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK aportó un certificado indicando la subcontratación de un 7,8% con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción, pero no hizo referencia expresa a las unidades de obra, ni aportó el documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con aquellos, lo cual resulta exigible con arreglo a las condiciones particulares del contrato.

2º. Que la cláusula 14ª del pliego de condiciones reguladoras, “Admisión y calificación de las ofertas”, no hace referencia a la posibilidad de solicitar aclaraciones complementarias en los criterios cuantitativos por fórmula (Sobre C), por lo que la puntuación obtenida por la citada mercantil en el criterio de carácter social es de 0 puntos.

3º. Que, en tal caso, y conforme a la fórmula prevista para la atribución de la puntuación en dicho criterio, la puntuación en el mismo de la UTE SARRIGUREN es de 10 puntos, y su puntuación total de 59,13 puntos, debiendo ser propuestos como adjudicatarios de la obra.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la anulación de la adjudicación y que se ordene la retroacción del procedimiento para que las proposiciones sean clasificadas con arreglo a la valoración de las ofertas relativas a los criterios cuantificables por fórmula.

Asimismo, en el otrosí primero se señala que procede la suspensión automática y sin más trámite del expediente de contratación, solicitándose asimismo que se mantenga la suspensión de la licitación hasta que se resuelva la reclamación interpuesta.

QUINTO.- Con fecha 14 de mayo de 2020, este Tribunal cursó un oficio tanto al reclamante como al órgano de contratación, en el que se alude a la suspensión automática del acto impugnado conforme a lo dispuesto en el artículo 124.4 de la LFCP, así como al mantenimiento de aquella en los términos del artículo 127.1.

SEXTO.- Con fecha 22 de mayo de 2020, NASUVINSA aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP, en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que los reclamantes se limitan a sostener que el apartado 14 del pliego de bases reguladoras de la licitación no contempla la posibilidad de aclarar o subsanar la oferta recogida en el Sobre C, lo que les lleva a concluir directamente y sin mayor razonamiento que los adjudicatarios deben ser ellos, toda vez que la puntuación de CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK en el criterio social debió ser 0 puntos.

2º. Que, por el contrario, las decisiones de la mesa de contratación fueron tomadas con la ponderación y valoración oportuna de todos los principios vertebradores de la contratación pública, esto es, los principios de igualdad de trato entre licitadores, no discriminación, transparencia, competencia, proporcionalidad, eficacia en el uso de los recursos públicos y buena administración, velando en todo caso por la máxima competencia y por la inmutabilidad de la oferta presentada por los licitadores. Prueba de ello es que la puntuación de ACCIONA en lo que al criterio social se refiere fue de 0 puntos porque su aclaración, sencillamente, suponía la modificación de su oferta.

3º. Que el hecho de que las bases reguladoras no contemplen expresamente un trámite de aclaración o subsanación en el Sobre C no implica en absoluto que no sea posible o que esté prohibido, debiendo estarse a lo dispuesto tanto en el artículo 97 de la LFCP, como en el artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que prevé la subsanabilidad con el único límite del respeto a los principios comunitarios de

igualdad de trato y transparencia. Asimismo, el artículo 2 de la LFCP señala que las entidades sometidas a la misma deben respetar los principios de igualdad de trato, proporcionalidad, transparencia, etc., "*interpretados a la luz de las Directivas y la jurisprudencia europea*".

4º. Que la mesa de contratación tuvo en cuenta las fundadas sentencias y pronunciamientos administrativos que ampararon su decisión y justifican la inexistencia de infracción alguna a los principios de subsanabilidad de las ofertas y de igualdad de trato.

Realiza el órgano de contratación, en defensa de su afirmación, una prolija enumeración de sentencias y resoluciones de órganos administrativos especializados en la resolución de reclamaciones en materia de contratación pública, transcribiendo parcialmente las mismas.

5º. Que procedía solicitar la aclaración, dado el carácter accesorio de la información requerida, que en ningún caso es de naturaleza material o esencial, dado que lo que se valoraba en el criterio de adjudicación social no era otra cosa que el porcentaje de obra que sería subcontratado a un centro especial de empleo.

"*Es decir, la oferta de esta licitadora ya recogía los datos nucleares y esenciales del criterio, esto es, el compromiso de subcontratar a un centro especial de empleo y su porcentaje (un 7,8%), pero faltaba la información complementaria acerca de qué concretas unidades de obra serían subcontratadas y el compromiso con el centro que lo ejecutaría*. (…).

Dicho de otra forma, esta información no definía materialmente la oferta en sí misma (la puntuación dependía únicamente del compromiso de subcontratar a un centro especial de empleo y definir el porcentaje), sino que permitía únicamente conocer de antemano la solvencia y características del Centro Especial de Empleo y de las concretas unidades de obra que ejecutaría, del mismo modo que en el Sobre A ha de hacerse constar, de conformidad con el artículo 107 de la Ley Foral de Contratos Públicos, la solvencia de las empresas subcontratistas (con una relación exhaustiva de

las mismas) y una declaración responsable del subcontratista de que cumplirá el contrato".

Además, "*sin perjuicio de que la información se adelantara en el Sobre C, el adjudicatario venía obligado a acreditar realmente estos extremos en fase de ejecución, lo que pone de manifiesto el carácter informativo o complementario del que venimos explicando, pero en ningún caso de una información material o esencial de la oferta*".

6º. Que la subsanación no alteró la oferta de CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, "*puesto que tanto el compromiso de contar con un centro especial de empleo y el porcentaje de subcontratación (que es el elemento que define la puntuación) no sufrieron alteración o modificación alguna, (…)*", así como que, solicitada la aclaración, dicha licitadora concretó las unidades de obra que serían ejecutadas por el centro especial de empleo y aportó la efectiva acreditación de la disposición de un centro especial de empleo con fecha anterior al cierre del plazo de presentación de ofertas.

Atendiendo a todo lo expuesto, se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

SÉPTIMO.- El 22 de mayo de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP.

ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A. presentó, con fecha 27 de mayo, un escrito de alegaciones en el que manifiesta lo siguiente:

1º. Que las aclaraciones realizadas en ningún caso han supuesto una modificación de las ofertas presentadas que, en esencia, es lo que se debe salvaguardar en el seno de un proceso de solicitud de aclaraciones.

2º. Que es la posibilidad de solicitar aclaraciones la que posibilita la libre concurrencia, la transparencia y la igualdad de trato, con el único límite salvo previsión expresa en contrario de que éstas no supongan una modificación de las ofertas presentadas.

3º. Que *"lo acaecido está claramente amparado por los principios de contratación pública así como por lo previsto en el art. 97 de la LFCP"*, así como que la carta de compromiso presentada por CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK tiene una fecha previa al cierre del plazo de presentación de ofertas, no habiéndose modificado la oferta presentada, sino simplemente, aclarado.

4º. Que se adhieren íntegramente al escrito presentado por el órgano de contratación, remarcando que la indicación del nombre del centro con el que se va a subcontratar y de las unidades de obra son accesorios, por lo que son susceptibles de aclaración, así como que interpretar lo contrario supondría un exceso de formalismo, debiendo estarse a lo dispuesto en el artículo 56.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero.

5º. Finalmente, respecto a las aclaraciones formuladas por ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., señalan que las mismas tampoco supusieron una modificación de la oferta, pese a que el órgano de contratación no entendió lo mismo, si bien, debido al resultado de la licitación, declinaron hacer cualquier reclamación a la puntuación otorgada.

Se solicita, atendiendo a lo expuesto, la desestimación de la reclamación interpuesta.

OCTAVO. También con fecha 27 de mayo de 2020, las mercantiles reclamantes presentaron un segundo escrito de alegaciones en el que señalan que, una vez que han tenido conocimiento del expediente, han detectado nuevas irregularidades que confirman el error en la adjudicación del contrato, y formulan las siguientes alegaciones para concretar y ampliar los motivos de impugnación anteriormente expuestos:

1º. Que tal y como queda acreditado en el acta de calificación, sobre C, en la oferta del criterio social no se han realizado las referencias exigidas de forma expresa por las condiciones particulares del contrato por parte de CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, no haciéndose en el pliego de condiciones reguladoras referencia

alguna a la posibilidad de solicitar aclaraciones complementarias en los criterios cuantitativos por fórmula.

2º. Que la empresa licitadora CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK incluyó su carta de compromiso en el sobre A, en lugar de hacerlo en el sobre C, y que solamente después de que el órgano de contratación se pusiera en contacto con dicha empresa a fin de subsanar el error se presentó la carta de compromiso correspondiente al sobre C, así como que las condiciones particulares señalan en su apartado J, sobre C, punto 4º sobre el criterio de carácter social, que "*esta información exclusivamente debe incorporarse en el Sobre C. En el caso de incorporarse en el sobre A y/o B la información relativa a este criterio será motivo de EXCLUSIÓN de la licitación*".

3º. Que, para cumplir con los criterios de carácter social, la citada empresa licitadora colaboraría con la Asociación Curlan para la inclusión sociolaboral, que es una asociación y no una empresa de inserción o un centro especial de empleo sin ánimo de lucro o de iniciativa social, ya que cualquiera de estos debe tener la forma jurídica de empresa.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la anulación del acto recurrido, que se revoque la decisión de conceder 10 puntos a la empresa CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK como consecuencia de los criterios de carácter social, que se otorguen los citados 10 puntos a la UTE SARRIGUREN y, en consecuencia, se adjudique a la misma el contrato.

NOVENO. Con fecha 28 de mayo de 2020, este Tribunal solicitó al órgano de contratación que procediera a completar el expediente de contratación remitido, aportando la documentación presentada por los distintos licitadores en los sobres A y B.

DÉCIMO. Igualmente, con fecha 28 de mayo, las reclamantes presentaron un tercer escrito de alegaciones, donde señalan lo siguiente:

1º. Que se adjunta la aclaración complementaria dirigida desde NASUVINSA a CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, reiterándose las alegaciones ya

formuladas relativas a la improcedencia de realizar dicho trámite y de la defectuosa presentación de la oferta por parte de esta licitadora.

2º. Que se adjunta el escrito dirigido como Anexo II por la empresa CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, junto con la carta de compromiso, donde, en contestación a la solicitud de subsanación, se especifica el porcentaje del presupuesto del proyecto a subcontratar, así como que dicha subcontratación se realizará con una asociación y no con una empresa, tal y como se exige en las condiciones particulares del contrato. Asimismo, se aporta un certificado del registro de asociaciones donde consta inscrita dicha entidad, no encontrándose inscrita ni en el Registro Mercantil, ni en el de Sociedades Laborales, ni en el de Cooperativas.

Se solicita, por ello, que se revoque la valoración de los criterios sociales y se le concedan los 10 puntos a UTE SARRIGUREN y, por lo tanto, se le adjudique el contrato.

UNDÉCIMO.- Con fecha 1 de junio de 2020, NASUVINSA aportó la documentación solicitada, con excepción de la relativa a CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK. Por ello, hubo de reiterarse la solicitud, aportándose finalmente dicha documentación el 2 de junio.

Asimismo, presentó un nuevo escrito de alegaciones "*habida cuenta las nuevas manifestaciones*" realizadas por las recurrentes, en el que señala lo siguiente:

1º. Respecto a la inclusión en el sobre A de la carta de compromiso de la Asociación Curlan para la Inclusión Sociolaboral, se reconoce que efectivamente esta se produjo, si bien se señala que la mesa de contratación valoró las ofertas con absoluta e indiscutible objetividad e igualdad.

Se señala que la jurisprudencia y la doctrina vienen manifestando que la exclusión de un licitador por la inclusión de documentación en un sobre diferente no es un objetivo en sí mismo, sino que se justifica por el riesgo de que el conocimiento anticipado de la oferta económica (o de la oferta sometida a fórmulas) pueda afectar a la objetividad de las valoraciones sometidas a juicios de valor, quebrando así el principio

de igualdad de trato. No obstante, la exclusión en estos casos no es un criterio absoluto, por lo que no cabrá esta cuando no se haya comprometido o cuando no se acredite que el conocimiento anticipado de determinados datos pudo afectar a la citada objetividad. Por lo tanto, el conocimiento anticipado ha de ser trascendente y acreditarse su potencial influencia, y si tal cosa no ocurre, o si de la información anticipada no cabe inferir la oferta o incluso si no cabe inferir que se estaba anticipando la misma, no procederá la exclusión. Se cita, en este sentido, las Resoluciones 287/2019, de 25 de marzo, y 312/2017, de 31 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Asimismo, se señala que el apartado J) de las condiciones particulares, relativo al contenido del sobre A), indica lo siguiente: "*En caso de subcontratación, la persona licitadora en su declaración responsable hará constar la relación de las personas subcontratistas y de que está en posesión de un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con las personas que tienen capacidad para comprometer a la empresa subcontratista para la ejecución del contrato*".

En la declaración responsable incluida en el sobre A de CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK se comprobó que esta manifestaba que sí tenía previsto subcontratar parte de las obras, adjuntando las cartas de compromiso de ocho subcontratistas, entre ellos la de la Asociación Curlan, si bien "*en aquel momento no cabía inferir o deducir, no ya con seguridad, sino de ningún modo que dicha carta de compromiso se correspondiera con el criterio de adjudicación social del Sobre C. No era más que una subcontrata como otras, ni más ni menos*".

Y esta realidad se ve reforzada por el segundo de los escritos de los reclamantes, dado que hasta estas niegan que la Asociación Curlan sea un centro especial de empleo, por lo que, si no lo es o cabe dudar de ello, no podía atisbarse en el momento de la apertura del sobre A que sería la subcontrata del sobre C.

Por lo tanto, se manifiesta que el sobre B fue valorado sin influencia ni incidencia alguna, "*ni las reclamantes tratan de desacreditarlo, limitándose, al igual que en su reclamación, a una mera denuncia formalista, sin razonamiento alguno*".

Se señala, igualmente, que el hecho de que se advierta ahora que la carta de compromiso ya estaba incluida en el sobre A no hace sino confirmar sus primeras alegaciones, en relación a la inmutabilidad de la oferta de dicha mercantil, en el sentido de que el compromiso ya existía en el momento de presentar su oferta.

2º. Respecto a la alegación relativa de que la Asociación Curlan no es una empresa y que sólo las empresas pueden ser centros especiales de empleo, se señala que la misma debe ser inadmitida por extemporánea, conforme al artículo 127.3.a) de la LFCP.

Sin perjuicio de ello, se señala que los centros especiales de empleo no tienen que ser necesariamente sociedades mercantiles o cooperativas, como sí ocurre con las empresas de inserción social, aludiéndose al artículo 43 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre).

Por todo ello, se solicita la desestimación de la reclamación interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de concurrencia en la licitación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.a) de la LFCP.

Cabe recordar, en relación con el plazo de presentación de la reclamación, que la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y de sus prórrogas.

Asimismo, con posterioridad, la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, señaló en su apartado 1º que "*el cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma.*"

Finalmente, la continuación e inicio de los procedimientos de contratación realizados por medios electrónicos, así como de los recursos especiales correspondientes, se acordó por la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, iniciándose el cómputo del plazo para reclamar el 7 de mayo de 2020, conforme a la disposición final decimotercera de esta norma, que prevé su entrada en vigor.

QUINTO.- Constituye el objeto de la presente reclamación especial el acto de adjudicación del contrato de obras de "construcción de 103 VPO Parcela CS1A Sarriguren - Valle de Egüés", promovido por NASUVINSA. Deducen las reclamantes, como pretensión, la anulación de tal acto alegando como único motivo de impugnación

la concurrencia de un error en la valoración otorgada a una de las licitadoras en el criterio social previsto en el pliego, y ello derivado de que, según sostienen, la solicitud de aclaración que sobre este extremo sustancia la mesa de contratación no resulta ajustada a la legalidad.

Con carácter previo al análisis y resolución de la cuestión de fondo planteada, en los términos identificados, en el escrito de interposición, este Tribunal, a la vista de los escritos de ampliación de la reclamación y de alegaciones complementarias aportados por las reclamantes y por la entidad contratante, respectivamente, debe pronunciarse sobre un aspecto procedimental de especial relevancia y que no es otro que la procedencia de su admisión. Cuestión sobre la que nos hemos pronunciado en anteriores ocasiones, poniendo de relieve, adelantamos ya, la improcedencia de admitir y, por ende, tener en cuenta a la hora de resolver las alegaciones complementarias presentadas fuera de los trámites y plazos que para cada una de las partes regula la LFCP, salvedad hecha de aquellos supuestos en que ello derive de la complejidad del asunto o del conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo correspondiente.

Efectivamente, en nuestro Acuerdo 44/2019, de 21 de mayo, señalamos que *"Efectivamente, como esgrime el reclamante, según consta en el art. 126 de la LFCP el procedimiento de reclamación ante este Tribunal sólo prevé que el órgano de contratación aporte sus alegaciones en el plazo de dos días hábiles, tras lo cual se da traslado al resto de interesados, sin contener ninguna referencia o posibilidad de realizar alegaciones complementarias.*

Por tanto no se contempla en la regulación procedimental la posibilidad de presentar nuevas alegaciones en cualquier momento distinto del que específicamente se prevé en el citado art. 126, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento administrativo, art. 53.1.e) y 76 de la Ley 39/2015, si bien en ese caso debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 118.1 de dicha Ley que establece que no se tendrán en cuenta hechos, documentos o alegaciones cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no se haya hecho.

Y ello es así puesto que como indica el Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 2012) el silencio de la regulación debe interpretarse en el sentido de excluir tal facultad: "dicha norma no resulta aplicable a los procedimientos en concurrencia,

como es el caso de los procesos selectivos, en los que confluyen intereses de terceros junto con los de los solicitantes; razón por la que los interesados están obligados a presentar la solicitud y acreditar la pretensión de que se trate dentro del periodo inicial establecido para ello, dado que, en otro caso, se introducirían elementos de inseguridad en el desarrollo de tales procedimientos que perturbarían gravemente el principio de igualdad que debe regir en su seno con especial significación".

A ello debemos añadir que nos encontrarnos ante un procedimiento de trámites tasados y presidido por el criterio de máxima celeridad, en el que se trata de evitar continuos nuevos motivos de oposición y de impugnación entre las partes que llevarían a prolongar excesivamente la duración del procedimiento puesto que la admisión de nuevas alegaciones por una parte, en virtud del principio contradictorio, conlleva necesariamente la obligatoriedad de abrir un nuevo plazo para rebatirlas por las otras partes.

Sin embargo tampoco cabe excluir de plano tal posibilidad si bien deberá hacerse con criterios restrictivos y justificados debido a la complejidad del asunto o al conocimiento de nuevos datos que se desconocían en el momento de finalizar el plazo. En estos casos si podría justificarse la admisión de nuevas alegaciones garantizando en todo caso el principio contradictorio, que obliga a oír a todos los interesados en relación con las nuevas alegaciones.

(…).

La aplicación de lo expuesto al supuesto que analizamos nos lleva a inadmitir las alegaciones complementarias del órgano de contratación porque constituye un trámite no contemplado en el procedimiento de reclamación en materia de contratación pública y, como tal, no debe ser tenido en cuenta, dado que la alegación de extemporaneidad de la reclamación frente a la aclaración pudo efectuarse en el momento de sus alegaciones iniciales y no se refiere a hechos nuevos o de nuevo conocimiento."

Aplicando la doctrina al caso concreto que nos ocupa, las reclamantes en el escrito de alegaciones complementarias presentado con fecha 27 de mayo de 2020 – reiterado en el presentado con fecha 28 de mayo - se limitan a apuntar que tal aportación se realiza a la vista del contenido de la documentación obrante en el expediente, sin acreditar que hasta ese momento, habiéndolo solicitado, no hubieran tenido acceso al mismo. Tampoco el escrito de interposición de la reclamación especial contiene

referencia alguna al hecho de que hubieran solicitado el acceso al expediente y éste no se hubiese materializado en el momento de finalizar el plazo para el ejercicio de la acción, ni el expediente de contratación que terminó de remitirse a este Tribunal con fecha 2 de junio de 2020 - es decir, con posterioridad a la presentación de los escritos de ampliación de la reclamación – contiene solicitud alguna con tal finalidad; de forma que las reclamantes no han acreditado que las alegaciones contenidas en los escritos de ampliación se refieren a hechos nuevos que éstas no pudieron conocer en el momento de su interposición.

Así pues, las alegaciones que formulan en los escritos de ampliación recibidos los días 27 y 28 de mayo deben considerarse extemporáneas por presentarse una vez transcurrido el plazo de interposición y no requerir del acceso al expediente de contratación para su formulación, por lo que no van a ser tenidas en cuenta por este Tribunal. Y ello sin perjuicio de lo que a continuación vamos a matizar respecto a uno de los aspectos sobre los que versan las mismas, derivado de la posible concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso debemos analizar de oficio tal circunstancia.

SEXTO.- Efectivamente, determina el artículo 127.2 LFCP que *"Si el Tribunal advirtiera la existencia de nulidad de pleno derecho se pronunciará sobre la misma aun sin alegación por las partes, previa puesta en conocimiento de esta circunstancia y otorgamiento de un plazo de alegaciones de tres días hábiles a los interesados"*. Precepto sobre el que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 266/2016, de 2 de junio, declara que *"Lo que no es posible es dejar de analizar la causa de nulidad de pleno derecho porque no haya sido alegada por los interesados, dada la previsión legal"*.

Pues bien, ponen de relieve las reclamantes que CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK incluyó en el sobre A, en lugar de hacerlo en el sobre C, su carta de compromiso de subcontratación con el Centro especial de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de empleo de iniciativa social o empresas de inserción; circunstancia que pudiera suponer la nulidad de la adjudicación por infracción del principio de secreto de las proposiciones. Debiendo, por tanto, dilucidarse, en primer término, tal circunstancia, si bien con carácter preliminar, en orden a su puesta de manifiesto a las

partes; también a la tercera interesada que ninguna alegación complementaria ha presentado.

Procede, por tanto, determinar si la inclusión de documentación de los criterios objetivos en el sobre correspondiente a la documentación administrativa determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato.

Los principios de transparencia, publicidad y no discriminación e igualdad de trato de los candidatos consagrados en el artículo 2 LFCP constituyen pilares básicos de la contratación pública y su aplicación en la adjudicación de los contratos determina que ésta se realice de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. De conformidad con lo cual los artículos 53 y 97 del mismo cuerpo legal establecen que las proposiciones deben ajustarse a los pliegos y serán secretas hasta el momento de su apertura, sin perjuicio de la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo; debiendo presentarse de forma separada la documentación relativa a los criterios cualitativos y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas, así como respetarse el orden para el examen de las proposiciones establecido en el último de los preceptos citados. Es criterio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el pliego regulador tiene el carácter de lex contractus y vincula tanto a los licitadores como al órgano de contratación, estableciendo el pliego que rige en esta licitación, en su cláusula 12, que se incluirá en el Sobre A la declaración responsable conforme al Anexo I, haciendo constar, en caso de subcontratación, la relación de personas subconstratistas y que está en posesión de un documento que demuestre la existencia de un compromiso formal con éstas; en el Sobre B, la documentación correspondiente a los criterios cualitativos, y en el Sobre C la oferta económica y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas, conforme al modelo incluido en el Anexo II, entre ellos, el criterio de carácter social relativo al porcentaje del presupuesto del proyecto que se compromete a subcontratar a través Centros especiales de empleo sin ánimo de lucro o Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o Empresas de Inserción, debiéndose indicar además del porcentaje, la referencia expresa de las unidades de obra que serán objeto de esta subcontratación y aportar el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la/s persona/s subcontratista/s. Finalmente, se indica expresamente que *"Quedarán automáticamente excluidas del procedimiento aquellas propuestas que incluyan en el*

sobre A y/o B documentación que, de acuerdo con lo establecido en las presentes Condiciones Reguladoras, corresponda incluir en el sobre C".

Lo sucedido y no discutido por las partes es que CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK incluyó en el sobre correspondiente a la documentación general información relativa al criterio de adjudicación del carácter social, concretamente, el documento correspondiente al compromiso formal con la empresa de inclusión sociolaboral con quien indica va a subcontratar la ejecución de determinado porcentaje del presupuesto del proyecto de obras; exteriorizando así, tal aspecto de la oferta, antes del momento procedimental oportuno.

Son numerosos los pronunciamientos de los distintos órganos competentes para conocer de los recursos especiales en materia de contratos públicos, los cuales mantienen una doctrina prácticamente unánime sobre las consecuencias que tiene el incumplimiento de las exigencias relativas a la necesidad de presentar la documentación de los licitadores en sobres separados y mantener el secreto de las proposiciones hasta el momento que marca la ley. Sobre este particular, hemos declarado en reiteradas ocasiones – por todos, Acuerdo 105/2018, de 16 de octubre – que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que en la apreciación del valor atribuible a cada uno de los criterios cuya valoración no se realiza mediante la aplicación de fórmulas – o, lo que es lo mismo, criterios dependientes de un juicio de valor - no influya en absoluto el conocimiento de la puntuación que a cada una de las ofertas se vaya a atribuir por razón de los criterios evaluables automáticamente o mediante fórmulas. También hemos señalado que la exclusión del licitador por la inclusión indebida de documentación en un sobre distinto no es un criterio absoluto, ya que cualquier vicio procedimental no genera la nulidad del acto de adjudicación, sino solo en aquellos casos en los que se ha producido una indefensión real y no meramente formal; resultando que los tribunales han declarado la falta de automaticidad del efecto excluyente como consecuencia del cumplimiento defectuoso de los requisitos formales de presentación de las ofertas. Ello es así, como expresa la Sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, por cuanto lo relevante no es el error en la documentación sino que del mismo se haya producido una vulneración del secreto, es decir que un dato, hasta entonces desconocido y de influencia en la adjudicación, sea incluido en el sobre que no le corresponde; si el

dato era ya conocido o su conocimiento a destiempo es irrelevante, no puede hablarse de vulneración del carácter secreto de las proposiciones con la grave consecuencia de excluir del procedimiento a uno de los licitadores.

La inclusión en el sobre correspondiente a documentación general que tiene por objeto seleccionar los licitadores admitidos a la licitación, de información relativa a criterios de adjudicación y que por tanto constituyen parte de la oferta, no puede determinar automáticamente la exclusión de dichas ofertas, sino que es necesario realizar un análisis finalista y sistemático tendente a determinar si con ello se ha infringido el carácter secreto de las proposiciones o vulnerado los principios de igualdad de trato, no discriminación y objetividad en la valoración de las proposiciones, pues en tales casos habría de producirse la exclusión de la oferta en cuestión; lo que, en nuestro caso, y dado el estado del procedimiento de adjudicación, podrá suponer, como se ha dicho, la concurrencia en el acto de la adjudicación del contrato de un vicio de nulidad de pleno derecho, por vulneración de tales principios rectores en materia de contratación pública.

Aplicando esta doctrina al caso concreto, y teniendo en cuenta que el principio de secreto de las proposiciones pretende garantizar que las ofertas relativas a criterios cuantitativos no sean conocidas cuando sean objeto de valoración los criterios cualitativos, para evitar que pueda influir en la ponderación del juicio técnico al conocerse previamente la puntuación que obtendría un licitador en esos aspectos sujetos a fórmula, cabe señalar que la documentación que la licitadora en cuestión incluyó indebidamente en el sobre A no era la oferta del criterio de adjudicación de carácter social, sino el compromiso formal con el subcontratista correspondiente. Y aún cuando en este compromiso se señala el importe que se subcontratará, de donde puede extraerse el porcentaje a subcontratar, lo cierto es que la valoración en este criterio de adjudicación resulta de la comparación con las ofertas que realicen los restantes licitadores, toda vez que el apartado m) de las condiciones particulares, en relación con este criterio, determina que se otorgará la puntuación máxima a la oferta que presente mayor porcentaje económico del presupuesto del Proyecto de la obra subcontratado y al resto de forma proporcional. Motivo por el cual la información anticipada no permitía conocer la puntuación que resultaría de la misma en el criterio social; de donde no cabe

sino concluir que el conocimiento prematuro de esta información en modo alguno pudo influir en la posterior valoración del resto de criterios de adjudicación.

Así pues, el error de la licitadora en la presentación de la proposición incluyendo en el Sobre A la documentación correspondiente al criterio de adjudicación de carácter social que debía incluirse en el Sobre C, en la medida en que su conocimiento anticipado no ha podido influir en la valoración de los criterios cualitativos, no ha supuesto vulneración alguna del principio de igualdad de trato; no apreciándose, en consecuencia, la concurrencia en el acto de adjudicación de causa de nulidad de pleno que pudiera determinar la sustanciación, de oficio, de incidente de nulidad por parte de este Tribunal.

SÉPTIMO.- Entrando en la cuestión de fondo planteada, la controversia se refiere a la posibilidad de solicitar aclaraciones respecto de los aspectos de la oferta a valorar mediante criterios de adjudicación cuantitativos; posibilidad negada por las reclamantes al amparo de la cláusula 14 del pliego regulador y admitida, de contrario, por la entidad contratante y la tercera interesada.

Como hemos señalado anteriormente, mediante el criterio de adjudicación de carácter social, se valora el porcentaje del presupuesto que cada persona licitadora va a subcontratar con un centro especial de empleo o una empresa de inserción; criterio respecto al cual el apartado j) de las condiciones particulares del pliego regulador exige una serie de formalidades, a saber, indicar a qué unidades de obra afectará la subcontratación y aportar la documentación que demuestre la existencia del compromiso formal a tales efectos.

Resulta admitido por las partes que CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK en su proposición únicamente señaló el porcentaje de subcontratación, lo que motivó que la mesa de contratación solicitara aclaraciones complementarias al respecto, admitiendo la documentación aportada por ésta en dicho trámite, valorando este concreto apartado teniendo en cuenta tal documentación; debiendo dilucidar este Tribunal si la decisión en tal sentido adoptada por la mesa de contratación resulta ajustada a derecho.

Fundamentan las reclamantes su posición en la cláusula 14 del pliego regulador del contrato que, sobre la admisión y calificación de las ofertas, dispone que *"Concluido el plazo de presentación de proposiciones, se procederá a la calificación de la documentación general presentada en el Sobre A.*

En los casos en que la documentación sea incompleta o presente alguna duda, se requerirá a la persona afectada para que complete o subsane los certificados y documentos presentados, otorgándoles un plazo de, al menos, cinco días. Dicho requerimiento se producirá por medios telemáticos, a través del módulo de notificaciones de PLENA.

Si transcurrido el plazo de subsanación no se ha completado la información requerida, se procederá a su exclusión en el procedimiento.

Posteriormente se procederá, en acto interno, a la evaluación de los criterios cualitativos (sobre B) de las ofertas admitidas.

Si la mesa de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación será mínimo de cinco días y máximo de diez. Dicho requerimiento se producirá por medios telemáticos, a través del módulo de notificaciones de PLENA.

Efectuada esta evaluación, o examinada la admisión de las ofertas, NASUVINSA, publicará en el Portal de Contratación, con al menos tres días de antelación, el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. Esta parte de la oferta permanecerá secreta hasta el momento señalado en el Portal. Una vez realizada la apertura de la documentación, se hará pública la puntuación obtenida por cada persona licitadora en la valoración de criterios no cuantificables mediante fórmulas, así como la oferta presentada en los criterios cuantificables mediante fórmulas".

La previsión contenida en la cláusula transcrita, deriva de lo establecido en el artículo 97 LFCP que, en relación con las aclaraciones de las ofertas, establece que *"Cuando la oferta contenga criterios cualitativos, se presentará de forma separada la documentación relativa a dichos criterios y la relativa a los criterios cuantificables mediante fórmulas.*

La evaluación de los criterios no cuantificables mediante la aplicación de fórmulas se realizará en acto interno, pudiendo desecharse las ofertas técnicamente inadecuadas o que no garanticen adecuadamente la correcta ejecución del contrato. Deberá quedar constancia documental de todo ello.

Si el órgano de contratación considera que la oferta presentada adolece de oscuridad o de inconcreción, podrá solicitar aclaraciones complementarias, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato de quienes hayan licitado, que no podrán modificar la oferta presentada. El plazo de contestación no podrá ser inferior a cinco días ni exceder de diez.

Efectuada esta valoración, o examinada la admisión de las ofertas, se publicará en el Portal de Contratación de Navarra, con al menos tres días de antelación el lugar, fecha y hora de la apertura de la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante fórmula. (…)"

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 56.3, en relación con la selección de los participantes y adjudicación de los contratos, establece que "*Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los principios de igualdad de trato y transparencia"*.

Entienden las reclamantes que la posibilidad de solicitar aclaraciones o subsanaciones de las ofertas se entiende referida a aquella parte de la proposición correspondiente a los aspectos a valorar mediante criterios cualitativos y no a los cuantitativos. Empero, si bien es cierto que tal interpretación pudiera corresponderse con la literalidad del precepto, no lo es menos que una interpretación finalista y lógica del mismo nos lleva a entender implícita en la previsión legal transcrita y, por tanto, factible la solicitud de aclaraciones y, en su caso, subsanaciones también respecto a los criterios cuantitativos – pues la documentación correspondiente a ambas tipologías de

criterios conforman la oferta como tal, careciendo de toda lógica limitar tal posibilidad en atención, exclusivamente, a la clase de criterio afectado -, siempre y cuando, avanzamos ya, se trate, en ambos casos, de errores u omisiones de carácter puramente formal o material que no afecten de manera sustantiva a la oferta, y sin que en ningún caso, a través de este trámite, se pueda modificar la oferta inicialmente presentada.

Interpretación que viene avalada por la posición que han mantenido los distintos Tribunales Administrativos de Contratos y nuestra Jurisprudencia, en aplicación del principio antiformalista en materia de contratación pública, en cuya virtud una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria a los principios que deben regir la contratación pública que exigen que en los procedimientos de adjudicación deba tenderse a la máxima concurrencia posible.

Sin perjuicio de lo anterior, como señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 31 de marzo de 2017, la subsanación de "defectos u omisiones" en la documentación presentada por los licitadores constituye un trámite que con frecuencia origina dudas interpretativas en el procedimiento de contratación, que al tratarse de un concepto jurídico indeterminado habrá de apreciarse en cada caso sobre la base de que los mismos se refieran a la falta de acreditación del requisito de que se trate y no a su cumplimiento. Siendo esto así, en lo que al principio de subsanación de las proposiciones se refiere, cabe diferenciar entre los errores u omisiones advertidos en la documentación general presentada por los licitadores y los que afectan a la formulación en la oferta como tal; de tal forma que mientras que respecto a los primeros la tendencia es a permitir la aclaración y/o subsanación de la forma más amplia que sea posible, en el caso de documentación referente a cualquier aspecto de las ofertas, es necesario aplicar especial cautela para garantizar, como ha quedado dicho, que los términos de la oferta no se vean redefinidos por la aclaración o subsanación solicitada. Por ello, como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 808/2018, de 14 de septiembre, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica, la representación del que suscribió la oferta e incluso cuando se

trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente, indicando a este respecto que "*la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o «estratagemas poco limpias» , rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia";* rehusando extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos cuando afectan al contenido material de la oferta, respecto del cual entiende que no cabe subsanación.

En consonancia con lo expuesto, en el reciente Acuerdo 27/2020, de 19 de mayo, este Tribunal se ha pronunciado admitiendo la posibilidad de solicitar aclaraciones respecto al contenido del Sobre C correspondiente a los criterios cuantitativos, cuyo fundamento de derecho quinto, recogiendo la doctrina sobre la subsanación de las ofertas, dice así:

"QUINTO.- Como se detalla en los antecedentes el reclamante sostiene como único motivo de impugnación la improcedencia del trámite de aclaración otorgado por el órgano de contratación a la adjudicataria respecto del contenido del sobre C referido a la propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas, consecuencia de ello solicita la anulación del acto de adjudicación del contrato, con retroacción de las actuaciones al momento de valoración de los criterios cuantificables mediante fórmulas, con el fin de que se valore nuevamente el criterio cuestionado y se proceda a su adjudicación.

Por su parte, la entidad reclamante, como igualmente se relata en los antecedentes, defiende la legalidad de su actuación y en consecuencia la del acto objeto de impugnación aduciendo, entre otras, que la jurisprudencia y los Tribunales de Contratos avalan la posibilidad de solicitar aclaración en relación con la oferta o propuesta de criterios cuantificables mediante fórmula.

(…)

Partiendo de lo expuesto debemos centrarnos en el objeto de la reclamación, consistente en determinar si el defecto advertido en el sobre C de la oferta del licitador, se trata de un defecto susceptible de ser aclarado y por tanto "subsanado" o por el contrario, de considerarse que no adolece dicha oferta de "oscuridad", sino de falta de diligencia del licitador, en cuyo caso no cabría aclaración.

Para ello procede en primer lugar recordar lo expuesto en la Ley Foral de Contratos Públicos respecto al trámite de aclaraciones de la oferta, que en su artículo 97 dispone lo siguiente: (…)

Así en la Resolución 109/2020, de 23 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se indica que "nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 -Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva".

Asimismo, señala, respecto a la jurisprudencia comunitaria, que "ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación […]. Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 - asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STJUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08)".

De igual modo en la Resolución 152/2020, de 6 de febrero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se señala lo siguiente:

"Asimismo, tampoco versa la controversia sobre si resulta válido que, como consecuencia de una solicitud de aclaración formulada por el órgano de contratación, se pueda alterar el contenido de la oferta presentada por una licitadora, pasando de ofertar un determinado número de unidades a otro. Esta cuestión no es susceptible de interpretación, por cuanto la respuesta ha de ser necesariamente negativa, puesto que admitir tal posibilidad permite que el licitador pueda alterar el contenido de su oferta, respecto del presentado inicialmente, en el momento oportuno, lo que infringe de pleno el principio de inmutabilidad de las ofertas de los licitadores en un procedimiento de contratación, que no puede verse alterado, ni "motu propio" por el mismo licitador, ni por el órgano de contratación, en virtud de los requerimientos de aclaración o de subsanación que pueda realizar, por lo que, en ningún caso cabría admitir la validez de un cambio en el número de unidades ofertadas originariamente por el licitador, en un

momento posterior al de la presentación inicial de la oferta, cuando ese número de unidades figura como exigencia o requisito mínimo para la admisión de las ofertas, contenido dentro del pliego de prescripciones técnicas, entendiéndose con ello que forma parte del contenido esencial de la oferta.

(…). Por eso, como señala nuestra Resolución nº 283/2012 la oferta debe ajustarse con precisión a lo previsto en el pliego, siendo insubsanables los defectos o errores que en ella se observen, con ciertas excepciones. Conforme a lo hasta ahora expuesto parece razonable pensar que es posible que el licitador que ha cometido un error en la formulación de su oferta pueda ser admitido a la licitación si el error cometido es vencible sin alterar aquella […] el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C599/2010) alude concretamente a la posibilidad de que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta".

En los mismos términos la Resolución 906/2019, de 1 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, señala lo siguiente:

"Este Tribunal en supuestos similares (Resolución 675/2019), ha señalado: "Y este requisito es claro y terminante, sin que pueda apreciarse que se cumplimenta mediante la comprobación del contenido del proyecto de servicios, puesto que este persigue el desarrollo y la concreción del contenido de la proposición establecida en dicho Anexo. No puede exigirse del órgano de contratación que realice una interpretación conjunta de todos los documentos, que incluya una comprobación de las eventuales discrepancias que pudieran observarse entre uno y otro. Todo licitador debe completar el mencionado anexo en los términos que establecen los pliegos y que aceptó al tiempo de licitar, de manera que la actuación que se pretende del órgano de contratación iría más allá de la diligencia en el desempeño de sus funciones, provocando una desigualdad respecto de los restantes licitadores que han rellenado correctamente el anexo respectivo. Es decir, el Anexo debe ser cumplimentado conforme a los pliegos, no pudiendo trasladarse a la entidad contratante la carga de comprobar si el mismo está o no completo, supliendo con su actuación la posible negligencia de dicho licitador, sin perjuicio de que, además, una actuación de tales características carecería de soporte legal."

El defecto ante el que nos encontramos es la omisión de elementos esenciales que debían figurar obligatoriamente en dicho anexo, de acuerdo con el PCAP. La labor del órgano de contratación no es venir a suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, sino evitar realizar una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos formales exigidos. En el presente caso, el Pliego era claro y no nos hallamos ante un requisito formal, sino material, un elemento esencial de la oferta cuya presentación en otro formato por negligencia del licitador, implica un incumplimiento de los pliegos, y por ende legitima que no se produzca ni su valoración ni su subsanación".

Todo ello coincide con lo expuesto en nuestro Acuerdo 74/2019, de 16 de septiembre, citado en las alegaciones del órgano de contratación que al respecto establece lo siguiente: "Sobre la obligación de solicitar aclaración de la discrepancia apreciada por la reclamante, se viene admitiendo la posibilidad de subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica, cuando no implique la posibilidad de que se modifique la proposición después de haber sido presentada, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 que, entre otras cuestiones, admitía que "excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer, en realidad, una nueva oferta".

"De hecho, conforme a la citada doctrina, este Tribunal ha manifestado, de forma reiterada – por todos, Acuerdo 7/2018, de 1 de febrero – que en los supuestos en que la oscuridad o ambigüedad de la oferta pueda disiparse fácilmente, resulta obligado sustanciar el trámite de aclaración de la misma por parte del licitador previsto en el artículo 97 LFCP, y ello a los efectos de salvaguardar el principio de concurrencia. Requisito que no concurre en el caso concreto que nos ocupa, toda vez que la discrepancia entre el contenido del anexo y la documentación complementaria aportada admite soluciones diversas no pudiendo, en consecuencia, solventarse con facilidad, amén de que la aclaración en el sentido pretendido supondría, como se ha dicho, una modificación del modelo ofertado inicialmente, permitiendo al licitador elegir entre las dos opciones de modelos posibles; circunstancia que determina no sólo que no sea obligado sustanciar trámite de aclaración sino que tal proceder no hubiese

resultado ajustado a derecho, conculcando, además, el principio de igualdad de trato entre los licitadores."

Tras lo expuesto podemos concluir que cuando los defectos o errores afectan a la formulación de las ofertas, la solución de aclaraciones debe ser más restrictiva que cuando afecta a la documentación administrativa de tal modo que se podrán subsanar defectos formales en la oferta técnica o económica solo en el caso de que no implique la posibilidad de modificar la proposición después de haber sido presentada. Siendo claro que todo licitador debe ajustar su oferta a lo previsto en el pliego, no siendo una función del órgano de contratación suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas, sino evitar realizar una interpretación excesivamente rigorista de los requisitos formales exigidos".

De este modo, como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 68/2019, de 1 de febrero, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas, lo decisivo es que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente presentada. Así, el límite de las posibilidades de subsanación no se halla tanto en el tipo de documento que contiene el error, como especialmente en la naturaleza de la equivocación y en los efectos que de su corrección pudiesen derivarse para el resto de licitadores; resultando de especial relevancia que por la vía de la subsanación o aclaración de ofertas no se pretenda alterar el principio de invariabilidad de las ofertas en perjuicio de los demás licitadores concurrentes o la corrección de errores que excedan por su naturaleza de los meramente formales.

De hecho, un supuesto similar al que nos ocupa es analizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015, referida por la entidad contratante en el informe de alegaciones remitido a este Tribunal, concluyendo la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales en relación a criterios de adjudicación que deben ser acreditados documentalmente, razonando que *"La Oficina Española de Patentes y Marcas anunció una licitación para la adjudicación del contrato de servicios de mantenimiento general del edificio de su sede central. A ella concurrieron, entre otras empresas, CLEVE, S.A. (CLEVE) y ACCIONA FACILITY SERVICES, S.A.*

(ACCIONA). Uno de los factores contemplados por el pliego (8.3.3) como determinantes de la atribución automática de puntos --en concreto, 5-- era el de que las ofertas de los licitadores incluyeran un Centro Especial de Empleo cuya existencia se debería justificar documentalmente en el sobre nº 3 (criterios evaluables automáticamente).

(…)

El debate, hay que insistir en ello, versa sobre si, no habiendo acreditado CLECE de manera suficiente al parecer de la mesa de contratación su titularidad del Centro Especial de Empleo, podía o no subsanar tal defecto.

(…)

Además de la naturaleza del requisito o criterio, hay que tener presente la forma en que el pliego lo enuncia que es la siguiente:

"Se valorará la existencia, que deberá justificar documentalmente el licitador en el sobre nº 3, de un Centro Especial de Empleo en la entidad".

Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó, tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia.

Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos.

No hay, pues, razón para no aplicar a esta documentación el régimen general de subsanación. De ahí que proceda acoger el motivo de casación, anular la sentencia y desestimar el recurso contencioso-administrativo".

Así pues, en contra de lo manifestado por las reclamantes, resulta ajustado a derecho la sustanciación del trámite de aclaración o subsanación de errores u omisiones puramente formales apreciados en la documentación correspondiente a los criterios cuantitativos; calificación que merece la omisión documental apreciada en el Sobre C de la proposición presentada por CONSTRUCCIONES SUKIA ERAIKUNTZAK, puesto que conforme al pliego el aspecto objeto de valoración es el porcentaje del presupuesto que se compromete a subcontratar, lo que sí se indica en la oferta inicialmente presentada, no constituyendo el reiterado compromiso parte material de la oferta ni siendo determinante para la puntuación. Restando analizar si en el caso concreto, en su ejercicio, se ha respetado el límite antes referido de imposibilidad de que el licitador afectado, mediante la subsanación realizada, modifique su oferta después de haber sido presentada. Veámoslo.

Según consta en el expediente, la Mesa de Contratación, tras la apertura del Sobre C de las distintas proposiciones, comprueba que dicha licitadora presenta el Anexo II "Modelo de Oferta cuantificable mediante fórmulas", indicando el porcentaje del presupuesto que se compromete a subcontratar, pero no la referencia expresa de las unidades de obra correspondientes ni el documento que demuestre la existencia del compromiso formal con la subcontratista; motivo por el cual, con fecha 7 de febrero de 2020, se le requiere a los efectos de subsanar las omisiones advertidas. Decisión que, como hemos razonado, resulta ajustada a la legalidad.

Dicho lo anterior, resulta que en el trámite de subsanación conferido, la licitadora aportó el compromiso con la empresa de inclusión sociolaboral con que va a subcontratar, con indicación de las unidades de obra correspondientes; compromiso que consta suscrito con fecha 22 de noviembre de 2019, es decir, antes de la finalización del plazo para la presentación de proposiciones que tuvo lugar el día 25 del mismo mes.

Así pues, lo cierto es que en el trámite de subsanación la licitadora acreditó que en el momento de finalización del plazo para la presentación de proposiciones disponía del citado compromiso, de forma que la admisión de tal documento resulta ajustada a derecho, sin que con tal proceder pueda entenderse que modifica la proposición presentada, no pudiéndose apreciar, por tanto, una quiebra del principio de igualdad y de la libre concurrencia; cuestión distinta hubiera sido que tal compromiso constara

suscrito con posterioridad a la finalización del citado plazo, lo que nos hubiera llevado a la conclusión contraria. Siendo esto así, procede la desestimación de la reclamación interpuesta.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don F. I. de M. y don J. S. A., en nombre y representación respectivamente de CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L. y CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A., frente a la adjudicación del contrato de obras de "*construcción de 103 VPO Parcela CS1A Sarriguren- Valle de Egüés*" por parte de NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

2º. Notificar este acuerdo a don F. I. de M. y a don J. S. A., en calidad de representantes respectivos de CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L. y CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A., a NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 10 de junio de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Mª Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.