

Informe 30/08, de 2 de diciembre de 2008. «Determinación de si la solicitud formulada por uno de los licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato en el sentido de que sea desechada su proposición por haber incurrido en error o inconsistencia debe ser necesariamente admitida por la Mesa de Contratación, aún cuando hubiese admitido como plenamente válida previamente la oferta. Consideración si la alegación de error al formularla debe considerarse siempre como causa justificada para la retirada de la proposición».

Clasificaciones de los informes: 16.2. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. Subsanación de defectos o errores.

ANTECEDENTES

Por el Rector de la Universidad del País Vasco se formula la siguiente consulta:

«Con fecha 3 de julio de 2007 se procedió a la aprobación del expediente para la contratación del Servicio de limpieza en Centros y Dependencias del Campus de Álava de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, (en adelante UPV/EHU).

Con fecha 10 y 12 de julio de 2007, respectivamente, se publicaron los anuncios de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado.

En dichos anuncios se establecía como plazo máximo de presentación de las ofertas hasta el 12 de septiembre de 2007, y la apertura pública de las ofertas presentadas el 18 de septiembre de 2007.

El citado 18 de septiembre se celebró la apertura pública de las ofertas presentadas, y según lo contemplado en el punto 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, (forma de presentar las ofertas), "el licitador seguirá los modelos que figuran anexos al Pliego de Prescripciones Técnicas, ofertará el precio por mes, indicando el número de personas y horas semanales dedicadas a la realización del Servicio. Asimismo, ofertará precios unitarios por hora y persona para la realización de servicios extraordinarios diurnos, nocturnos y festivos que la Universidad pueda contratar. De la misma manera ofertará precio por persona y hora para posibles ampliaciones que se puedan realizar."

Por remisión de este punto, si observamos los modelos de proposición económica propuestos por la UPV/EHU, y que eran de obligado cumplimiento, las cantidades propuestas por las licitadoras debían de incluir el IVA.

Dicho esto, se procedió a abrir las proposiciones presentadas por las empresas declarándose admitidas todas. Al acto de apertura acudió, entre otros, un representante de la empresa XX. que no manifestó nada al respecto.

Sin embargo, al día siguiente, el 19 de septiembre de 2007, se recibe mediante burofax un escrito de la empresa XX en el que comunica que "ha advertido que existe un error involuntario de transcripción en el importe que se refleja en su oferta económica. En este sentido, se informa que el importe de 1.424.667,03 euros que se refleja en la oferta económica es incorrecto toda vez que no incluye el IVA, motivo por el cual, subsanando dicho error involuntario, se informa a este organismo que el importe correcto que deberá tomarse en consideración a los efectos de este concurso es el de 1.652.613, 76 euros. Por ello, solicita que se tenga por presentado el escrito, se admita y se tengan efectuadas las consideraciones anteriores y por subsanado el error involuntario en tiempo y forma, y, en su virtud, continúe el trámite legalmente establecido para la adjudicación definitiva del concurso."

Para tratar lo anterior, la Mesa de Contratación se reunió el 21 de septiembre de 2007 y decide no admitirles rectificación alguna en relación con el precio consignado en su oferta económica de 12 de septiembre de 2007, por considerar que la oferta presentada y aceptada por la Mesa de Contratación en su sesión de 18 de septiembre de 2007, (apertura pública de las ofertas), es firme a todos los efectos. Se acuerda lo anterior en aplicación de lo contemplado en el artículo 80.5 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas que dice que "una vez entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada".

En primer lugar, la empresa no pide que se le deseche la oferta por reconocer por su parte que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, sino que pide a la Mesa de Contratación que se le admita cambiar la cifra ofertada por otra mayor, ya que al confeccionar la oferta se habían olvidado de sumarle el IVA; sin embargo, en su oferta queda reflejado que el precio que ofertan es con IVA incluido.

La mesa considera que la oferta presentada es firme a todos los efectos ya que en el acto de apertura el representante de la empresa presente no manifestó nada al respecto, y la cifra consignada, aún considerando que era un precio bajo, no era anormalmente bajo, por eso la UPV/EHU admitió la oferta de la empresa.

Tras esto, una vez notificada la decisión de la Mesa de Contratación de no aceptar la modificación y considerar la oferta firme a todos los efectos, el 21 de noviembre de 2007, y estando el concurso pendiente de adjudicación, la empresa presenta un escrito en el que ya no piden que se modifique la cantidad ofertada, sino que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 84 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, piden que la Mesa de Contratación deseche la oferta por reconocer ellos que han cometido un error manifiesto en el importe de la proposición económica, que, además la hacen inviable.

Con anterioridad a la adjudicación del concurso, y dándose por retirada la oferta, mediante resolución de 12 de diciembre de 2007, se ordena la ejecución de la garantía provisional depositada por la empresa como consecuencia de la retirada de la proposición injustificadamente antes de la adjudicación, (dicha adjudicación se produjo el 13 de diciembre de 2007). Además, se concede a la empresa un plazo de diez días para formular alegaciones.

La Mesa considera que si se admitiese la retirada sin ninguna consecuencia, cualquier empresa podría ofertar un precio, con posterioridad jugar con la información que ha obtenido al conocer las ofertas de los demás licitadores, intentar subsanar su oferta, y si no lo consigue, instar a la Mesa a desechar su oferta sin consecuencia alguna. Si esto fuera así, cualquier motivo mínimamente razonable alegado por una empresa, (olvidos de IVA, errores aritméticos...), sería admitido como "retirada justificada" con los consecuentes perjuicios que ello puede ocasionar.

Con fecha 14 de enero de 2008 se han recibido las alegaciones de la empresa que, entre otras cosas, aduce que la Administración en aplicación del artículo 84 del Reglamento de Contratación, tras evidenciar la empresa en su primer escrito la existencia de error manifiesto y grave que hacía inconsistente e inviable económicamente la oferta, debería haberla desechado de oficio.

CONSULTA

Por tanto, y en suma, se solicita que se aclare si a tenor de lo contemplado en el artículo 84 del Reglamento, la Mesa de Contratación puede desechar una oferta en cualquier momento, incluso después de la apertura pública de las ofertas, tras su admisión como válida, tras querer la empresa modificar el importe de su oferta para incluir el IVA, si dicha oferta no era anormalmente baja, y, además el representante de la empresa presente en el acto de apertura no manifestó nada al respecto.

Si la respuesta fuera que la Mesa de Contratación no tiene el deber de excluir la oferta, y si la empresa la retira, ¿se consideraría retirada injustificada?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta formulada por el Rector de la Universidad del País Vasco plantea dos cuestiones:

a) Si la solicitud formulada por uno de los licitadores en un procedimiento de adjudicación de un contrato en el sentido de que sea desecheda su proposición por haber incurrido en error o inconsistencia debe ser necesariamente admitida por la Mesa de Contratación, aún cuando hubiese admitido como plenamente válida previamente la oferta.

b) Si la alegación de error al formularla debe considerarse siempre como causa justificada para la retirada de la proposición.

La primera de las dos cuestiones debe ser resuelta mediante la aplicación estricta de los preceptos que regulan la presentación y admisión de las proposiciones en los procedimientos de contratación.

A tal respecto hay que señalar que, excepción de las normas que rigen en relación con el cumplimiento de los requisitos relativos a la documentación administrativa que debe acompañar las ofertas y las que establecen el modo en que las ofertas deben ser presentadas, las únicas causas de inadmisión de las proposiciones son las contenidas en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, complementado por lo dispuesto en el 80.5 del mismo texto.

El artículo 84 del Reglamento mencionado dispone que *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Del precepto que se transcribe se desprende que, en principio, la alegación formulada por uno de los licitadores en el sentido de que al formular la oferta incurrió en error o inconsistencia podría ser considerada como motivo suficiente para que la Mesa de Contratación desechase la proposición sin más trámites. Sin embargo, una interpretación en tal sentido llevaría a admitir con carácter general la plena disponibilidad de la oferta presentada por parte del licitador a quien bastaría con aducir error o inconsistencia en el contenido de la misma para retirarla de la licitación.

Se infringiría, así, el principio establecido en el artículo 80.5 del Reglamento de conformidad con el cual *“una vez entregada o remitida la documentación, no puede ser retirada, salvo que la retirada de la proposición sea justificada”*, y se dejaría sin efecto el principio básico de la contratación pública de que las ofertas vinculan al licitador hasta el momento en que concluye el procedimiento de contratación.

Para que la interpretación antes indicada pueda asumirse es necesario que sea matizada de forma que los principios mencionados no se vulneren. Ello es posible si tomamos en consideración el último inciso de la frase del artículo 84 a que nos venimos refiriendo: *“o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable”*. Esta expresión (*“que la hagan inviable”*) es decisiva a la hora de interpretar este precepto, pues condiciona la posibilidad de desechar la proposición a que ésta cumpla otro requisito además del reconocimiento del error por parte del licitador: que el contenido de la oferta resulte inviable como consecuencia de él. Este requisito de la inviabilidad es de carácter objetivo, no dependiendo, por tanto, de la mera voluntad del licitador y debe ser libremente apreciado por la mesa de contratación.

Se trata además de un concepto jurídico indeterminado por lo que deberá ser apreciado en función de las circunstancias que concurran en cada caso.

Bien es cierta que, aunque la mesa entienda que el error aducido por el licitador no hace inviable la proposición, no será posible obligar de forma compulsiva a éste a aceptar la admisión de la oferta y, en caso de resultar adjudicatario, a asumir la formalización y cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por el contrario el licitador, al margen de que pueda reaccionar frente a la admisión ejercitando los recursos que estime procedentes, podrá negarse a aceptar las consecuencias de la adjudicación no prestándose a la formalización del contrato, pero ello comportaría, en todo caso, las consecuencias jurídicas previstas en la Ley, es decir la incautación de la garantía si se hubiese prestado y, en todo caso, la indemnización de daños que procediera.

Todo ello, sin perjuicio, además, de la posibilidad de declarar la prohibición de contratar si se cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 49.2 d) de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Dicho lo anterior queda igualmente resuelta la segunda de las cuestiones que plantea en su consulta el Rector de la Universidad de País Vasco.

En efecto, si, tal como acabamos de decir, la mera circunstancia de aducir el error en la oferta no es motivo suficiente para desechar ésta, por idénticas razones deberá considerarse que no constituye la causa justificada para retirarla a que se refiere el artículo 80.5 del Reglamento antes transcrito.

Otra interpretación sería radicalmente contradictoria con la interpretación que acabamos de hacer en relación con el artículo 84.

En consecuencia, procede sentar las siguientes

CONCLUSIONES

1. Las mesas de contratación no deberán desechar las proposiciones presentadas por los licitadores por el mero hecho de que éstos aleguen error o inconsistencia en las mismas, siempre que resulten viables y cumplan el resto de los requisitos para su admisión.

2. La alegación de que la proposición presentada en una licitación pública adolece de error en la expresión del precio o de cualquier otro elemento esencial de la misma no puede considerarse como causa justificada para retirar la oferta si no concurre el requisito establecido mencionado en la conclusión anterior.