

ACUERDO 4/2016, POR EL QUE SE RESUELVE EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA ADJUDICACIÓN DEL CONCURSO PÚBLICO DENOMINADO “SERVICIO DE ATENCIÓN Y SOPORTE A USUARIOS FINALES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA”. (Exp 6/2016)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 27 de junio de 2015 se publica en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de licitación del contrato de servicio de atención y soporte informático a usuarios finales del Cabildo de Gran Canaria.

SEGUNDO. A la mencionada licitación se presentan las siguientes empresas: Lumican S.A., G.B: Canarias Servicios S.L. y Atlantic Innovaciones S.L.U. (en compromiso de UTE), Canarias Control Radiolétrico, S.L., Inerza S.A. y Tecnologías Plexus, S.L.

TERCERO. Mediante Resolución de 13 de octubre de 2015 dictada por el Consejero de Hacienda y Presidencia por delegación del Consejo de Gobierno Insular, se procede a la adjudicación del mencionado contrato a la UTE GB-AI CGC pendiente de constituir entre las empresas G.B: Canarias Servicios S.L. y Atlantic Innovaciones S.L.U.

CUARTO. Don Javier Lemes Marrero, en nombre y representación de la entidad CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L. presenta con fecha 10 de noviembre de 2015 recurso especial en materia de contratación contra el mencionado acuerdo, tras haber presentado el preceptivo anuncio el 5 de noviembre anterior.

QUINTO. Con fecha de 11 de noviembre de 2015, el Consejero de Hacienda y Presidencia dictó la Resolución 67/2015 por la que ordena dar traslado del recurso, tanto a la entidad adjudicataria, como a las otras entidades licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles para realizar alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 46.3 del TRLCSP, habiendo formulado alegaciones la entidad adjudicataria en fecha de 19 de noviembre de 2015.

SEXTO. Por acuerdo del Consejo de Gobierno Insular de fecha 9 de diciembre de 2015 se suspende la ejecución del acto recurrido dando traslado del mismo tanto a la Unidad de Contratación, como a la Asesoría Jurídica de la Corporación Insular.

SEPTIMO.- Consta en el expediente que se está sustanciando un procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num 6 de Las Palmas, contra la denegación por silencio del Recurso Especial en Materia de Contratación interpuesto por CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L. el 10 de noviembre de 2015.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal, en virtud de lo estipulado en el Reglamento Orgánico que lo regula y publicado en el BOP en fecha de 24 de febrero de 2016 y en el BOC de 26 de febrero de 2016, habiendo sido designados sus miembros por el Consejo de Gobierno Insular en fecha de 25 de julio de 2016 y publicado en el BOP el 3 de agosto de 2016; todo ello de conformidad con lo dispuesto en los apartados 3 y 4 del artículo 41 del TRLCSP.

SEGUNDO. El artículo 42 del TRLCSP establece que: “Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”.

Es innegable la legitimación de la recurrente CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L. para interponer el presente recurso al tener la condición de licitador en el procedimiento impugnado, así como la representación de quien actúa en su nombre por constar debidamente acreditado en el expediente.

TERCERO. El contrato objeto de recurso es un contrato de prestación de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.1.a) y 40.2.a) del TRLCSP.

CUARTO. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a) del TRLCSP, previo anuncio ante el órgano de contratación.

QUINTO. Alega el recurrente los siguientes motivos de impugnación:

- 1.- Baja desproporcionada en la oferta presentada por una de las empresas licitadoras. Concretamente, se alega que en su día se solicitó que se justificaran las proposiciones que pudieran estar incursas en bajas temerarias y la Mesa de Contratación denegó dicha petición.
- 2.- Exclusión de la licitación de la empresa LUMICAN, S.A. Una vez abiertos los sobres referidos a la licitación, otra de las empresas proponentes observa que la oferta presentada por la empresa LUMICAN, S.A. es demasiado baja y se solicita que no sea tenida en cuenta en la licitación.
- 3.- En tercer lugar, la empresa recurrente alega que se han vulnerado los pliegos ya que se han modificado los criterios previstos en los mismos ya que al haber excluido a una empresa por baja temeraria se ha aplicado un criterio ajeno a éstos.
- 4.- Asimismo se alega que no se ha vulnerado el límite de subcontratación ya que la empresa puede subcontratar el cien por cien del contrato con empresas con las que

tenga una relación de las previstas en el artículo 44 del Código de Comercio, lo que ocurre en este caso, puesto que LUMICAN, S.A. presenta relaciones con empresas vinculadas a ella con las que puede subcontratar.

5.- Finalmente, se alega la falta de transparencia el trato desigual y en definitiva la indefensión producida durante el procedimiento.

SEXTO. Respeto de la desproporción, por baja temeraria, de la oferta presentada por LUMICAN, S.A. hay que referirse a determinados hechos. La empresa recurrente, presentó el 17 de julio de 2015 un escrito en el que se decía lo siguiente:

"Dado que los pliegos que rigen la contratación no plantean la posibilidad de baja en la oferta económica, y probablemente por este motivo tampoco plantean los casos en los que se produzca una oferta anormal o desproporcionada, y si bien no es exigencia de contrato ni motivo de exclusión la no justificación económica de la oferta presentada, con objeto de evitar la adjudicación a una oferta imposible de justificar económicamente, y en consecuencia durante la ejecución, potencialmente imposible de cumplir por parte de la adjudicataria, situación que hemos venido observando en otros procedimientos de contratación de otras Administraciones Públicas .

SOLICITA A LA MESA DE CONTRATACIÓN, se tenga por presentado el presente escrito y acceda la mesa a nuestra petición y solicite a la empresa propuesta para ser adjudicataria, "Justificación económica de los valores presentados en la oferta", en especial en lo relativo a los criterios de evaluación B y C"

La Mesa de Contratación, en sesión celebrada el 5 de agosto de 2015, da contestación a la solicitud efectuada por Canarias Control Radioeléctrico S.L. acordando no estimar la propuesta de Canarias Control Radioeléctrico S.L, hecho que se recoge en el Acta de la sesión de la siguiente forma:

"De conformidad con el RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratación del Sector Público (en lo sucesivo TRLCSP), los criterios de adjudicación se establecen discrecionalmente por el órgano de contratación en los pliegos de cláusulas y, en el caso que nos ocupa, estamos ante un procedimiento abierto con cuatro criterios objetivos de adjudicación de conformidad con lo estipulado en la cláusula 17 y el anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP). Los criterios sobre los que la empresa solicita que se requiera justificación económica son: "B: mayor número de horas adicionales de técnico: 30 puntos" y "C: Mayor número de horas para desarrollo de aplicación: 25 puntos" si bien en el PCAP no se contemplan supuestos de baja anormal o desproporcionada en estos criterios.

No procede requerir dicha justificación a la empresa que resulte adjudicataria porque los pliegos que rigen la contratación no lo estipulan así, ya que no procede la valoración por importe económico sino por número de horas ofertado.

Finalmente se expone que si la empresa contratista incumple lo ofertado durante la ejecución del contrato tanto el TRLCSP como el PCAP en su cláusula 24 y el Pliego de Prescripciones Técnicas en su cláusula 10 establecen penalizaciones a imponer a la empresa en caso de incumplimiento de los términos de su oferta”.

En la sesión de la Mesa de Contratación de 5 de agosto de 2015 se procede a la apertura de los sobres que contienen los criterios objetivos, encomendándose al Servicio de Microinformática, Comunicaciones e Instalaciones un informe de valoración conforme a los criterios del Pliego.

SÉPTIMO. El 7 de agosto de 2015, las empresas GB Canarias Servicios S.L. y Atlantic Innovaciones S.L.U., presentan un escrito afirmando que la oferta presentada por la licitadora LUMICAN S.A. en el apartado “C) Número de horas de programación para desarrollo de aplicaciones (Pago empresa externa) por año de contrato”, correspondiente a la cifra de 30.000 horas, desvirtúa los cálculos de puntos de las demás ofertas y solicitando que su oferta no sea tomada en cuenta en los cálculos para la obtención de los puntos que determinen qué empresa será la adjudicataria del Servicio, fundamentando dicha petición de la siguiente forma:

a) Según lo indicado en el apartado 7 referente a la subcontratación del pliego de prescripciones de cláusulas administrativas, la Subcontratación 1/0 puede superar el 60% del importe de adjudicación, siendo éste de 172.368,38€ por año. Efectuando un simple cálculo vemos que el 60% de este importe es de 103.421,03€, es decir, el máximo que se puede subcontratar.

En el pliego de condiciones técnicas apartado 6.5 APLICACIONES INFORMATICAS PARA LA GESTION DEL SERVICIO, figura que las horas de programación se abonarán a una empresa externa y que ésta deberá ser Partner Oficial de Filemaker, en el supuesto de que se consiguiera un precio extraordinario de mercado de las horas de contratación a 10€. la hora, según lo ofertado el importe a subcontratar con dicha empresa sería de 30.000 horas/anuales x 10€/hora= 300.000€ por año de programación, esto está muy por encima del importe de adjudicación y a su vez muy por encima del importe permitido para la subcontratación.

b) En el Código Penal artículo 262 dispone en uno de sus apartados que será pena de inhabilitación para contratar con las Administraciones públicas aquellas empresas que concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate.

Podemos tener sospechas de que la empresa LUMICAN S.A. pusiera el importe de horas de programación tan elevado para que la empresa CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L.U. saliera beneficiada.

Del hecho de no tener en consideración la propuesta de LUMICAN SA tal y como proponen las empresas G.B. CANARIAS SERVICIOS Y ATLANTIC INNOVACIONES se deriva que la oferta presentada por la UTE G.B. Canarias Servicios SL -ATLANTIC INNOVACIONES resultaría adjudicataria del contrato.

De dicho escrito se dio traslado a la empresa LUMICAN, S.A. que a su vez presenta un escrito el 14 de septiembre de 2016 en el que manifiesta, en síntesis, que efectivamente se ha



producido un error que conlleva una subcontratación superior al 60% señalado en el P.C.A.P. de la licitación *“no existiendo objeción alguna para que la mesa si lo estima y considera oportuno desestime la oferta por esta empresa presentada”*.

OCTAVO.- El 18 de septiembre de 2015 el Jefe del Servicio de Microinformática, Comunicaciones e Instalaciones emite informe técnico de valoración de las ofertas presentadas al expediente, en el que se realizan las siguientes manifestaciones:

“Según escrito presentado por la UTE G.B. CANARIAS SERVICIO S.L & ATLANTIS INNOVACIONES S.L. U, la subcontratación no puede superar el 60% del importe de adjudicación, siendo este importe de 172.368,38 e/año sin IGIC. El 60 % de este importe es de 103.421,03 €, que sería el máximo que la licitadora LUMICAN S.A. podría subcontratar. Tomando como referencia 10 €/hora el importe de las 30.000 horas ofertadas por LUMICAN S.A. ascendería a 30.000 h/año x 10 €/h = 300.000 €/año lo que supera con creces el importe permitido de subcontratación.

Por esta circunstancia y apoyados en el escrito de la empresa LUMICAN SA. de 14 de septiembre de 20/5, donde reconoce error en las horas ofertadas del criterio C "Número de horas de programación para desarrollo de aplicaciones (Pago empresa externa) por año de contrato", en lugar de proponer 30.000 deberían haber sido /1.500, señalando igualmente en el apartado 2 de su escrito que "no existiendo objeción alguna para que la mesa si lo estima y considera oportuno desestime la oferta por esta empresa, más aún cuando en ningún caso seríamos adjudicatarios"

Este Servicio de MCI, no considera válida la oferta de LUMICAN S.A, desestimándola y no incluyéndola en los cálculos para la valoración del adjudicatario, al no poder aceptarse modificaciones en la propuesta presentada de 30.000 h a 1.500 h en el criterio C de su oferta”.

NOVENO- A la luz de lo expuesto conviene resolver en primer lugar, si la exclusión de la oferta presentada por LUMICAN S.A. está justificada. En primer término, ha de partirse de la premisa de que dicha exclusión se lleva a cabo porque la oferta presentada por dicha empresa no se ajusta al pliego. Efectivamente, tal y como pone de manifiesto el informe del servicio de Microinformática Comunicaciones e instalaciones la subcontratación no puede superar el 60% del importe de adjudicación, siendo este importe de 172.368,38 e/año sin IGIC. El 60 % de este importe es de 103.421,03 €, que sería el máximo que la licitadora LUMICAN S. A. podría subcontratar. Tomando como referencia 10 €/hora el importe de las 30.000 horas ofertadas por LUMICAN S.A. ascendería a 30.000 h/año x 10 €/h = 300.000 €/año lo que supera con creces el importe permitido de subcontratación.

En este sentido, el artículo 145.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.



Así lo ha venido subrayando de forma reiterada la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por ejemplo, en su resolución 915/2014, en la que se afirma que “el pliego de cláusulas administrativas particulares es la Ley que rige la contratación entre las partes y al pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que, por ello, se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (resolución 47/2012, de 3 de febrero, recurso 047/2012)”.

Dicha resolución trae a colación otra, la 253/2011 en la que se afirma que “los pliegos constituyen ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo *pacta sunt servanda* con los corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1281 establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas.

Por su parte, la Resolución 133/2016 señala que “bajo el principio de legalidad que ha de impregnar todas las actuaciones administrativas por imperativo constitucional (artículo 103 CE), el carácter preceptivo no sólo predicable de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares sino también de los de Prescripciones Técnicas”.

La Resolución 169/2016 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señala que “de la presunción de que la presentación de las proposiciones implica la aceptación de sus cláusulas o condiciones, debe deducirse que también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas o documentos contractuales de naturaleza similar en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato».

Del mismo modo, la Resolución nº 548/2013, de 29 noviembre, tras citar también el artículo 145.1 del TRLCSP, reitera que «Como ha afirmado este Tribunal en numerosas ocasiones, la referencia al PCAP, se extiende también al pliego de prescripciones técnicas. De la presunción de que la presentación de la proposición implica la aceptación de las condiciones de prestación establecidas en el PPT, debe deducirse, en sentido contrario, que también es exigible que las proposiciones se ajusten a esas condiciones».

Abundan en ello, entre otras, las Resoluciones 490/2014, de 27 de junio, y 763/2014, de 15 de octubre del mismo Tribunal.

En suma, es criterio consolidado del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los pliegos, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta u ofertas presentadas que no se adecúen a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación.

En idéntico sentido se manifiestan otros Tribunales de recursos contractuales.



DÉCIMO.- Hay que señalar que, en un primer momento, lo que solicita la empresa CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L en su escrito de 17 de julio de 2015, dirigido a la Consejería de Presidencia, Cultura y Nuevas Tecnologías del Cabildo de gran Canaria es que “Dado que los pliegos que rigen la contratación no plantean la posibilidad de baja en la oferta económica, y probablemente por este motivo tampoco plantean los casos en los que se produzca una oferta anormal o desproporcionada, y si bien no es exigencia de contrato ni motivo de exclusión la no justificación económica de la oferta presentada, con objeto de evitar la adjudicación a una oferta imposible de justificar económicamente, y en consecuencia durante la ejecución, potencialmente imposible de cumplir por parte de la adjudicataria, situación que hemos venido observando en otros procedimientos de contratación de otras Administraciones Públicas SOLICITA A LA MESA DE CONTRATACIÓN, se tenga por presentado el presente escrito y acceda la mesa a nuestra petición y solicite a la empresa propuesta para ser adjudicataria, "Justificación económica de los valores presentados en la oferta", en especial en lo relativo a los criterios de evaluación B y C”.

Varias observaciones hay que realizar al respecto. En primer lugar, la solicitud de la entidad ahora recurrente va dirigida a que se justifiquen económicamente los valores presentados en la oferta que resulte propuesta para ser adjudicataria. Esto es, puesto que en aquel momento no se habían presentados las ofertas, se trataba de una solicitud genérica, no dirigida a ninguna empresa en concreto.

En segundo lugar, precisamente por ello, la Mesa de Contratación, como ya ha quedado expuesto en el fundamento Sexto, niega dicha posibilidad.

UNDÉCIMO Ahora bien, la exclusión de la oferta presentada por LUMICAN, S.A. no tiene lugar por dicho motivo sino, como ya ha quedado expuesto, por incumplimiento del Pliego de Condiciones Administrativas. Efectivamente, la cláusula 7.2 del Pliego de Condiciones Administrativas dispone que el “contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, siempre que no supere el 60 % del importe de adjudicación”.

Es claro que la oferta presentada por LUMICAN S.A. incumplía dicha cláusula, ya que la empresa había propuesto la realización de 30.000 horas para subcontratar cuando el máximo era de 1.500.

Pues bien, hay que señalar que eso es, precisamente, lo que dispone al respecto el artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuando señala:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

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”.

Por ello, cabría preguntarse si dicho error podía ser subsanado. Este Tribunal ha tenido ya ocasión de manifestarse acerca de la subsanación admitiendo la misma cuando se trata de errores formales, pero, al mismo tiempo, destacando que en ningún caso puede admitirse la modificación de oferta la inicialmente presentada.

En la resolución 1/2016 este Tribunal manifestaba lo siguiente:

“La imposibilidad de modificar la propuesta presentada ha sido afirmada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, señaló: “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”.

En este mismo sentido se manifiesta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Así en su Resolución 599/2015 cuando afirma lo siguiente:

“No puede caber duda alguna, por tanto, a la luz de los preceptos y cláusulas transcritos, de que el licitador estaba obligado a presentar su proposición en la forma y con arreglo al modelo indicado en los pliegos y, sobre todo, que debía indicar de forma separada e independiente del precio el importe del IVA aplicable al mismo, no siendo en ningún caso posible olvidar que los pliegos se configuran como *lex contractus*, y por tanto de imposible incumplimiento. Sobre esta posible subsanación hemos constantemente reiterado, con fundamento en la jurisprudencia existente y lo manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones prevista por el artículo 81.2 del Reglamento de Contratación se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146.1 del TRLCSP, es decir, a la documentación administrativa o acreditativa del cumplimiento

de los requisitos de personalidad y solvencia de los licitadores y ello además con un alcance limitado a la acreditación de la existencia de tales requisitos en el momento de finalización de los plazos de presentación de las solicitudes y no al cumplimiento posterior de tales requisitos. Como se indicó en la Resolución 147/2013 de este Tribunal, en relación con esta facultad de subsanación «Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a las ofertas técnica o económica propiamente dichas. Pero aún en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta..., no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas»”.

En el mismo sentido se manifiesta la resolución 319/2014: “Sobre esta cuestión relativa a las ofertas, en el ámbito de la contratación pública nos encontramos con el principio básico de inalterabilidad de las proposiciones económicas, que proscribiera cualquier modificación de las mismas por el licitador que las formula una vez que los sobres que las contienen hayan sido presentados, y que sólo le permite al órgano de contratación, con fundamento en la doctrina antiformalista, la subsanación de los defectos de las ofertas que tengan este carácter de subsanables. En relación con este particular, el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) 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 le 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”. De una interpretación conjunta y sistemática de este precepto, unido al principio de inalterabilidad de las proposiciones económicas, hemos de anticipar que ni la mesa ni el órgano de contratación pueden admitir la alteración de las propuestas económicas, pues tal actuación supondría un quebranto de los principios esenciales de la contratación administrativa contenidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP

Por lo tanto, la exclusión de la empresa LUMICAN, S.A. se ajusta a Derecho, al haber presentado una oferta que no cumplía con las determinaciones del Pliego de Cláusulas Administrativas y ser esta actuación, es insubsanable.

En consecuencia, han de entenderse desestimadas las alegaciones realizadas en el recurso acerca del incumplimiento por parte de la Mesa de Contratación de los artículos 1 y 139 del TRLCSP relativas a la creación de una suerte de presunción de temeridad para las proposiciones anormales o desproporcionadas, ya que, la razón por la que queda excluida dicha empresa no es por presentar una proposición anormalmente baja sino, como ha quedado



expuesto, por no ajustarse su proposición a los pliegos, como, por otra parte, la misma empresa ha reconocido y ha quedado expuesto anteriormente.

DUOCÉCIMO- La siguiente cuestión que plantea el recurso es la relativa al límite de la subcontratación. Respecto de esta cuestión conviene realizar una advertencia, la empresa LUMICAN, S.A. en su escrito de alegaciones después de habersele comunicado que el número de horas previsto para la subcontratación no alega nada acerca de la posibilidad de que dichas horas se lleven a cabo con empresas de su mismo grupo.

Así viene previsto en el artículo 227.2.e) del TRLCSP cuando señala: “Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Así pues, la empresa LUMICAN, S.A. pudo haber presentado en su oferta su intención de subcontratar todo o parte de la prestación con una empresa con la que guardara una relación de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio. Sin embargo, no lo hizo, ni alegó nada en relación con este punto en su escrito de alegaciones.

Basta lo anterior para rechazar este punto del recurso. Sin embargo, conviene hacer alguna referencia al Informe de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía número 17/2008, de 7 de octubre, sobre la posibilidad de subcontratar la totalidad del contrato con empresas vinculadas, al que se hace una referencia parcial en el recurso.

Así, el mencionado informe señala que la posibilidad de la subcontratación del cien por cien del objeto del contrato hay que indicar que frente al criterio general sentando en el apartado primero del artículo 210 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de que la subcontratación supone sólo la realización parcial de la prestación, la previsión contenida en el segundo párrafo del apartado 2.e) presenta una excepción, al disponer que:

“e) Las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder del porcentaje que se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que no figure en el pliego un límite especial, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del 60 por 100 del importe de adjudicación.

Para el cómputo de este porcentaje máximo, no se tendrán en cuenta los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal, entendiéndose por tales las que se encuentren en algunos de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.”

A partir de esta constatación, el informe señala que efectivamente la redacción del citado párrafo no deja lugar a dudas de que los subcontratos concluidos con empresas vinculadas al contratista principal no se tendrán en cuenta para el cómputo del porcentaje máximo del 60 por ciento, límite que se establece para las posibles subcontrataciones con terceros de las prestaciones parciales objeto del contrato.

Ahora bien, hay un dato que resulta trascendental para poder entender por qué dicha conclusión no es posible aplicarla al presente caso. El mencionado informe se emite en relación a un contrato en el que la empresa proponente, en el trámite de subsanación que le otorga la mesa de contratación para que aclare su intención de subcontratar el cien por cien de la prestación, manifiesta su intención de que el cien por cien de la prestación lo lleve a cabo una empresa filial de la que es el socio único y Administrador único.

DECIMO TERCERO- Finalmente ha de darse respuesta a la alegación del recurso relativa a la falta de transparencia e indefensión. Concretamente esta alegación se hace en relación con el escrito presentado por la UTE G.B. Canarias Servicios SL -ATLANTIC INNOVACIONES presentado el 7 de agosto, respecto del que se dice que a pesar de que al recurrente se le atribuye *“incluso un delito penal, no tuvo la Mesa la consideración de dar traslado a esta parte de un escrito sobre la que obviamente es interesada. Y no sólo eso, sino que en lugar de solicitar a la UTE G.B. Canarias Servicios SL -ATLANTIC INNOVACIONES que retirase las acusaciones falsas que sostiene, la Mesa da traslado de la literalidad del escrito, extendiendo el daño causado y la indefensión a esta empresa por las injurias y calumnias recogidas en el mismo. Además, resulta evidente de la contestación de la empresa LUMICAN que tales aseveraciones falsas tuvieron un efecto intimidatorio en su justificación, en tanto que de los ocho apartados de su justificación, seis están destinados específicamente a defenderse de las acusaciones injustamente vertidas”*.

En relación a esta alegación, hay que traer a colación la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional en el sentido de que la indefensión ha de entenderse en sentido material, no formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o una infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Como dice la mencionada Sentencia, no hay indefensión cuando se da completa satisfacción a sus pretensiones respecto de la reducción de dichos derechos arancelarios, de manera que no se aprecia vulneración alguna que produzca indefensión material, tal y como ha sido señalado por este Tribunal en múltiples Sentencias. En efecto, la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción.

Es claro que el recurrente ha podido tener acceso al expediente y ha podido recurrir, ante este Tribunal pudiendo defender todos sus intereses y realizando todas aquellas alegaciones que ha



estimado oportuno, siendo aquí de aplicación la doctrina jurisprudencial de no retrotraer un expediente por un motivo formal si el resultado del mismo no va a variar.

En este sentido cabe traer aquí a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 (recurso 3697/2011), que viene a resumir la doctrina de dicho Tribunal sobre la falta del trámite de audiencia y su trascendencia de cara a la nulidad del acto.

Así comienza destacando que “el eventual incumplimiento del trámite de audiencia por sí solo no permite la revisión de oficio de los actos nulos que contempla el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. Este precepto exige la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho de las previstas en el artículo 62.1 de la misma Ley, y la sola infracción del derecho de audiencia en la tramitación de un recurso, en el procedimiento de concesión de una marca en el que el recurrente intervino en una fase anterior, no es determinante por sí sola de nulidad, sino en su caso, de la consecuencia de anulabilidad contemplada en el artículo 63.2”.

A continuación, destaca que es “uniforme el criterio jurisprudencial que considera que dicha omisión del trámite no se recoge en la causa de nulidad del apartado e) del mismo artículo 62. Dijimos en nuestra Sentencia de 21 de febrero de 2006: «Tal defecto no está contemplado en el apartado e) del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ya que no constituye una falta total del procedimiento determinante de la nulidad radical del acto, sino un defecto formal causante de indefensión, previsto en el artículo 63.2 de esta misma Ley como causa de anulabilidad, y, por consiguiente, no susceptible de generar la nulidad de pleno derecho [...] ni, por tanto, su revisión con arreglo al procedimiento regulado en el artículo 102 de la Ley 30/1992 ».

La Sentencia de 16 de marzo de 2005, se pronuncia en términos que, por su claridad, merecen ser reproducidos textualmente al dar cumplida respuesta a la expresada cuestión:

“Así, ninguna de las causas de nulidad contempladas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común resulta aplicable a la simple falta del trámite de audiencia. No lo es la prevista en la letra a), según la cual son nulos de pleno derecho aquellos actos que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, porque el derecho a la defensa sólo constituye un derecho susceptible de dicho remedio constitucional en el marco de un procedimiento sancionador, por la aplicación al mismo, aún con cierta flexibilidad-, de las garantías propias del proceso penal, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo; fuera de ese ámbito sancionador, la falta del trámite de audiencia en el procedimiento administrativo e incluso la misma indefensión, si se produce, podrán originar las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero no afectan a un derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo constitucional”.

Por otro lado, la Sentencia de la misma Sala de 11 de julio de 2003 afirma que tal falta de audiencia no es, por sí propia, causa de nulidad de pleno derecho, sino que sólo puede conducir a la anulación del acto en aquellos casos en los que tal omisión haya producido la indefensión material y efectiva del afectado por la actuación administrativa.



La sentencia de 18 de octubre de 2012 continúa señalando que “la falta de un trámite como el de audiencia, por esencial que pueda reputarse, no supone por sí misma que se haya prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (STS de 13 de octubre de 2000”, de tal manera que el acto “puede subsistir aun faltando la sin duda decisiva audiencia del interesado, por lo que tampoco le afecta, en principio, la causa de nulidad de pleno derecho prevista en la letra e) del art. 62LRJ-PAC.

Entrando ya en las consecuencias de la ausencia de este trámite, señala que al mismo le es de aplicación de manera muy directa la previsión del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 30/1992, que establece la anulabilidad de un acto administrativo por defecto de forma cuando éste dé lugar a la indefensión del interesado. Y, concluye la Sentencia: “precisamente, si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello”.

De modo que, aun admitiendo a efectos hipotéticos la infracción que imputa a la Sala de instancia el recurrente y aceptando la falta de prueba de la realización del trámite de audiencia y, por tanto, su omisión, la inadmisión de la solicitud de revisión resultaba procedente por no fundarse en ninguna de las causas de nulidad del mencionado artículo 62.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal **RESUELVE**

PRIMERO.- Desestimar el recurso interpuesto por Don Javier Lemes Marrero, en nombre y representación de la entidad CANARIAS CONTROL RADIOELÉCTRICO S.L., contra el acuerdo de 13 de octubre de 2015 por el que se procede a adjudicar el contrato del SERVICIO DE ATENCIÓN Y SOPORTE INFORMÁTICO A USUARIOS FINALES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA a la U.T.E. GB-AI CGC

SEGUNDO.- Alzar la suspensión que pesa sobre el acto impugnado en vía administrativa, sin perjuicio de que pueda subsistir la misma en sede judicial si así se hubiera acordado.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que, no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.

