

Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público

JUAN CARLOS GRIS GONZÁLEZ

Secretario general de la Diputación Provincial de Zamora

1. Introducción
2. Los principios generales de la contratación del sector público
3. Fundamentación jurídica de la aclaración o subsanación
4. Posibilidad de aclarar o subsanar la oferta técnica o económica
5. Alcance y límites de la aclaración y subsanación de la oferta técnica o económica
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Resumen

El trabajo analiza la problemática derivada de la aclaración o subsanación de las imprecisiones o errores de las ofertas formuladas por los licitadores. Este análisis se ha efectuado desde un punto de vista eminentemente práctico y pensando en el aplicador del derecho, de ahí que se hayan tomado como referencia los pronunciamientos que han emanado al respecto de los diversos órganos judiciales y administrativos.

Asimismo, el estudio se centra en la corrección de los errores que aparecen en la documentación técnica y económica de los licitadores, ya que es este el campo donde se generan las mayores incertidumbres jurídicas.

Palabras clave: oferta técnica; oferta económica; aclaración; subsanación; error.

Artículo recibido el 03/02/2022; aceptado el 13/02/2022.

Clarification and correction of offers in public procurement

Abstract

This article analyzes questions raised from the clarification or correction of inaccuracies or errors in offers made by bidders in the context of public procurement. This analysis is carried out from a practical point of view and in view of legal operators, thus, the case law and decisions of judicial and administrative bodies are pivotal in the analysis.

Likewise, the study focuses on the correction of the errors that appear in technical and economic documentation of bidders, since this is the field where the greatest legal uncertainties exist.

Keywords: technical offer; economic offer; clarification; correction; mistake.

1

Introducción

A nivel práctico, uno de los aspectos que viene generando mayores incertidumbres es la posibilidad de esclarecer y reparar las imprecisiones o errores de las ofertas formuladas por los licitadores y, en su caso, el alcance de tales actuaciones. Asunto este nada banal, ya que, en última instancia, puede traer consigo la admisión o exclusión del ofertante.

No contribuyen precisamente a aclarar la materia las previsiones legales existentes al respecto, las cuales, como argumentaremos más adelante, se caracterizan por su excesiva generalidad e indeterminación, amén de ser insuficientes desde el punto de vista de su ámbito objetivo. Son precisamente estas generalidades, indeterminaciones e insuficiencias de la ley las que alumbran las variadas incertidumbres que nos asaltan a los aplicadores del derecho: ¿se pueden aclarar o subsanar los defectos advertidos en las proposiciones de los licitadores?; ¿cabén aclaraciones o subsanaciones solo respecto de la documentación administrativa o también respecto de la oferta técnica y económica?; en su caso, ¿la aclaración o subsanación sería una facultad del poder adjudicador o, por el contrario, un derecho de la empresa?; ¿bajo qué fundamentos de derecho se podrían hacer las aclaraciones o subsanaciones?; ¿qué extensión y límites tendrían dichas aclaraciones o subsanaciones?

A estas y a otras preguntas intentaremos responder en este trabajo, principalmente a través del análisis de los pronunciamientos más destacados que han evacuado al respecto diversos órganos judiciales y administrativos.

Bien es cierto que debemos advertir que centraremos nuestro análisis exclusivamente en lo que incumbe a las ofertas técnicas o económicas, dejando a un lado lo concerniente a la “documentación administrativa”, ya que, aunque la subsanación o corrección de esta documentación adolece igualmente de inseguridades jurídicas, precisamente es en el sector de las proposiciones técnicas y económicas donde surgen las mayores lagunas legales y, por ende, los mayores dilemas.

2

Los principios generales de la contratación del sector público

Los principios generales del derecho constituyen verdaderos cimientos que cumplen la triple función de servir como criterio de interpretación de las normas escritas, de colmar las lagunas o vacíos normativos y de constituir el medio más idóneo para asegurar la unidad dentro de la pluralidad de preceptos que se aplican en la Administración¹.

En la contratación pública, los principios que inspiran e informan la materia provienen de una doble vía: por un lado, estos principios son contemplados en la correspondiente normativa sectorial y, por otro, son aplicables los principios generales del derecho administrativo (aplicación que, en el caso de los principios derivados de la normativa reguladora del procedimiento administrativo común, contaría, además, con la cobertura del apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

El artículo 1.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público dispone lo siguiente: “La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integri-

¹ Delpiazzo (2007).

dad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Igualmente, el artículo 132.1 del mismo cuerpo normativo apunta lo siguiente: “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad”.

Como puede apreciarse, las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público nombradas fijan como principios nucleares en el sector de la contratación pública, entre otros, los de libre concurrencia, tratamiento igualitario y no discriminatorio y transparencia.

La salvaguarda de la libre competencia es una condición para la realización de un mercado interior libre y dinámico, que es el objetivo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y representa uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general. Es, además, un principio que ha adquirido mucha relevancia en el ámbito de la contratación pública, no solo como una exigencia general en la Unión Europea, sino porque una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad para el órgano adjudicador y, por tanto, para el interés general².

Los principios de no discriminación e igualdad de trato a los licitadores son las dos caras de una misma moneda. Su finalidad es lograr un tratamiento equitativo de los poderes adjudicadores hacia los operadores económicos³.

El principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que descansan las directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, e implica que los licitadores deben encontrarse en igualdad de condiciones, tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que estas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora, con el objeto de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación⁴.

El principio de no discriminación tiene un contenido negativo, en el sentido de la necesidad de que las entidades contratantes se abstengan de realizar

2 Mañes Martínez (2014).

3 Sanmartín Mora (2018).

4 *Ibidem*.

conductas que impidan la participación en las licitaciones o supongan la obtención de ventajas injustificadas en la valoración de las ofertas. Entre estas conductas discriminatorias destacan las basadas en razones de territorio o por haber resultado adjudicatarias de un contrato previo⁵.

La transparencia en la contratación pública está íntimamente ligada a la igualdad de trato a los licitadores, de forma que todos dispongan de las mismas oportunidades al formular sus ofertas y se evite el favoritismo y la arbitrariedad. Por ello, aunque una de las consecuencias más importantes de principio de transparencia es la obligación de dar una publicidad adecuada a los procedimientos de adjudicación que permita abrirlos a la competencia y controlar la imparcialidad, la implementación del principio de transparencia no se agota en las obligaciones de publicidad, sino que, como principio inspirador de la contratación, tiene reflejo en la propia configuración de los procedimientos de contratación⁶.

Como dijimos, estos principios específicos del campo de los contratos del sector público se complementan con otros principios generales de la parcela administrativa. Uno de estos principios es el antiformalista, cuya admisión en la contratación pública es pacífica por parte del orden jurisprudencial y doctrinal⁷, y que tiene como manifestación primordial la de permitir que la falta de cumplimentación de trámites por los interesados no siempre tenga efectos definitivos en relación con el decaimiento del derecho al trámite de que se trate, posibilitándose, al mismo tiempo, la subsanabilidad de los actos de las partes.

Todo lo manifestado entraña que, en la esfera de la contratación pública, la actuación administrativa debe evitar que defectos fácilmente subsanables impliquen la exclusión de proposiciones con motivo de una apreciación de severas obligaciones formales. Justamente, la posición de la Administración debe ser justo la opuesta en aras de garantizar los principios recientemente explicados: favorecer la admisión de licitadores al procedimiento, proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores sencillamente remediabiles.

En este sentido, la jurisprudencia española afirma, de un modo claro, que “una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se esta-

⁵ *Ibidem.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ Comas Ribalaygua (2016).

blece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995”⁸.

Esta línea jurisprudencial, aunque tuvo su origen en una normativa actualmente derogada, está plenamente vigente en el actual contexto jurídico, hasta el punto de que ha sido reafirmada por otras sentencias y opiniones doctrinales, las cuales abogan cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones⁹.

Idéntico parecer es el que se sostiene por la jurisprudencia europea que considera que “... cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto, conocidas por la Comisión, indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente. En tal caso, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que la Comisión desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Reconocerle, en tales circunstancias, una facultad discrecional absoluta sería contrario al principio de igualdad de trato”¹⁰.

En esta misma línea, la doctrina emanada de los órganos revisores autonómicos insiste en la idea de que uno de los principios fundamentales que rige el procedimiento de la licitación pública es el de igualdad entre los licitadores, en aras de garantizar la máxima transparencia y la concurrencia de los licitadores en igualdad de oportunidades. Y añade que los principios de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos, enunciados en la legislación reguladora de la contratación del sector público, son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. En consecuencia, concluye que el poder adjudicador o la mesa de contratación, que tienen la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 (rec. 231/2003), que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril.

⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 (rec. 265/2003) y de 22 de julio de 2011 (rec. 813/2009), e informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 13/92, de 7 de mayo, 1/94, de 3 de febrero, y 26/97, de 14 de julio.

¹⁰ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

cumplimiento de los requisitos establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, deben actuar de forma que no limiten la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, y respetando, a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento¹¹.

Consecuentemente con todo lo argumentado, la actuación de los poderes adjudicadores debe tender a posibilitar la enmienda de los defectos, imprecisiones o desajustes en que incurran los licitadores con ocasión de su participación en los procedimientos de contratación.

3

Fundamentación jurídica de la aclaración o subsanación

Dando por sentado que la postura de los órganos de contratación tiene que ser favorable a la reparación de las deficiencias, llega el momento de discernir el marco legal que daría soporte a la rectificación de los fallos cometidos por el empresario en los documentos presentados a efectos de la licitación.

El artículo 95 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público señala lo siguiente: “El órgano de contratación o el órgano auxiliar de este podrá recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos anteriores o requerirle para la presentación de otros complementarios”.

Asimismo, el artículo 141.2 también perteneciente a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público asevera que, cuando la mesa de contratación aprecie defectos subsanables en la declaración responsable o en la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija.

A mayor abundamiento, el artículo 326.2.a) de la reiterada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, reseña que la mesa de contratación, como órgano de asistencia técnica especializada, ejercerá, entre otras funciones: “La calificación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a que se refieren los artículos 140 y 141, y, en su caso, acordar la exclusión de los candidatos o licitadores que no acrediten dicho cumplimiento, previo trámite de subsanación”.

Por su parte, el artículo 22 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Ad-

¹¹ Acuerdo de 13 de septiembre de 2018 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (rec. 224/2018).

ministraciones Públicas, dispone que “... el órgano y la mesa de contratación podrán recabar del empresario aclaraciones sobre los certificados y documentos presentados o requerirle para la presentación de otros complementarios, lo que deberá cumplimentar en el plazo de cinco días sin que puedan presentarse después de declaradas admitidas las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 83.6”.

De otro lado, el artículo 81.2 de ese mismo cuerpo normativo reseña lo siguiente: “Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

Y a estas prescripciones de la legislación especial de contratación pública, habría que adicionar el régimen de subsanación y mejora de la solicitud previsto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Ley esta que es aplicable subsidiariamente en el campo de los contratos del sector público, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición final cuarta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

A la vista de las previsiones normativas reseñadas, lo primero que hay que advertir es que el legislador sectorial, cuando regula los mecanismos para rectificar los equívocos de la documentación aportada por los licitadores, usa diversos términos que semánticamente son similares: “aclarar”, “complementar”, “subsanar” y “corregir”. No obstante, a pesar de esa proximidad semántica, un examen más acentuado de la normativa especial de contratos públicos nos hace adivinar diferencias en el plano jurídico.

En una primera instancia, no puede pasarse por alto la circunstancia de que el ámbito de aplicación de los preceptos expuestos no parece que sea precisamente idéntico, más bien lo contrario. Basta con observar tanto la situación sistemática de los artículos relatados en las correspondientes normas, como las precisiones que dichos artículos formulan en su letra, para alumbrar esta conclusión. De cualquier forma, como en el apartado siguiente profundizaremos sobre este tema, es suficiente ahora con efectuar una simple llamada de atención, dejando para un momento venidero un análisis más exhaustivo.

En segundo lugar, debe notarse que mientras que los requerimientos de los artículos 95 de la Ley 9/2017 y 22 del Real Decreto 1098/2001 vienen fijados en sentido potestativo para el órgano de contratación (“po-

drá” es el verbo que usa el legislador en dichos preceptos), los trámites de los artículos 141.2 y 326.2 de la Ley y 81.2 del Reglamento están fijados en calidad de exigencias legales para la Administración y derechos subjetivos para los licitadores (“dará” y “comunicará” son los imperativos que emplean, respectivamente, los artículos 141.2 y 81.2 y, de la misma forma, en modo de impositivo se establece el “previo trámite de subsanación” en el antedicho artículo 326.2).

Y las diferencias prosiguen en cuanto a los plazos para la subsanación o corrección de los defectos. El plazo del artículo 141.2 de la Ley de Contratos del Sector Público es de tres días (referidos a días naturales al amparo de la disposición adicional duodécima de la propia Ley); el del artículo 22 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es de cinco días (también computados en días naturales en base al fundamento predicho); y el previsto en el artículo 81.2 del mismo Reglamento no puede superar los tres días hábiles.

Así pues, aunque en una primera impresión pudiera interpretarse que es totalmente intrascendente el apoyo legal al que se acuda para solventar las inexactitudes de los documentos aportados por los participantes en la licitación, la realidad –jurídica– parece otra. Por ello, comoquiera que el legislador no ha sido lo suficientemente pulcro desde una óptica jurídica en este tema, la confusión para los aplicadores del derecho está servida, con lo que las exégesis que estos hacen al respecto son –como no podía ser de otro modo– dispares.

De esta forma, unos abogan indistintamente por los artículos 22 y 81.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, como cobertura legal de la subsanación¹². Otros dejan a la discrecionalidad de la Administración contratante la decisión de pedir las aclaraciones o los complementos necesarios conforme a los artículos 95 de la Ley 9/2017 y 22 del Real Decreto 1098/2001, o, por el contrario, de requerir la corrección como prevé el artículo 81.2 del Reglamento¹³. E incluso hay quien llega hasta el punto de admitir subsanaciones basándose en la aplicación –supletoria– de la normativa reguladora del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas¹⁴.

En resumen: hay colores para todos los gustos.

¹² Acuerdo 14/2014, de 14 de marzo de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (rec. 17/2014).

¹³ Resolución 218/2020, de 13 de febrero de 2020, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1555/2019).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011 (rec. 5701/2008). En el mismo sentido se había pronunciado de manera expresa ya este Tribunal en otras ocasiones, como en la Sentencia de 6 de julio de 2004 (rec. 265/2003), así como el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia de 23 de septiembre de 2008 (rec. 1566/2001).

4

Posibilidad de aclarar o subsanar la oferta técnica o económica

La oferta técnica y económica constituye la declaración de voluntad mediante la que el licitador manifiesta su disposición a obligarse con la Administración contratante en los concretos términos que, con sujeción a lo establecido en los pliegos, oferte en su proposición económica. En cuanto manifestación de la voluntad del licitador, la oferta técnica y económica constituye un presupuesto esencial del contrato administrativo, sin cuyo concurso no puede llegar a existir este¹⁵. Consiguientemente, si la oferta adolece de algún tipo de error, hay que valorar sus consecuencias jurídicas.

En torno a este particular, la primera cuestión que debemos plantearnos es si cabe la aclaración, complementación, subsanación y corrección de las ofertas técnicas o económicas. Y ello a causa de que, cuando el legislador alude a estas figuras, lo hace exclusivamente en referencia a la documentación “administrativa” (es decir, a los documentos acreditativos de la aptitud para contratar), pero, por el contrario, no regula expresamente estos mismos aspectos en lo que atañe a las ofertas técnicas o económicas.

Así, el artículo 95 se ubica sistemáticamente dentro de la Sección 2 del Capítulo II del Título II del Libro Primero de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (acreditación de la aptitud para contratar), y –por si ello no fuera suficientemente demostrativo– precisa, además, que la aclaración y complementación a la que alude sea “en aplicación de los artículos anteriores” (esto es, los referidos a la capacidad y solvencia del empresario).

Por su parte, la literalidad de los artículos 141.2 y 326.2.a) de la Ley de Contratos del Sector Público limita la corrección de defectos subsanables a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y a la declaración responsable.

Algo semejante ocurre con el mencionado artículo 22 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, el cual se inserta dentro un título correspondiente a los requisitos para contratar y, más concretamente, en un capítulo dedicado a la capacidad y solvencia de las empresas. A la vez, ese artículo recalca que las aclaraciones que regula son: “A los efectos establecidos en los artículos 15 a 20 de la ley” (Ley que no era otra que el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de

¹⁵ Entre otras, Resolución 1145/2015, de 11 de diciembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 1194 y 1195/2015).

la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyos artículos 15 a 20 versaban –también– sobre la capacidad y solvencia de las empresas).

Y al mismo desenlace llegamos observando el nombrado artículo 81 del antedicho Reglamento, el cual habla de “defectos u omisiones subsanables” en referencia a la documentación del artículo 79.2 de la Ley (remisión que, nuevamente, nos conduce al Real Decreto Legislativo 2/2000, cuyo artículo 79.2 se refería a la documentación acreditativa de la capacidad y solvencia del empresario, personalidad jurídica del empresario, constitución, en su caso, de la garantía provisional y, para las empresas extranjeras, sometimiento a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles).

Por el contrario, el artículo 176.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, sí que recoge específicamente la posibilidad de precisar o aclarar las ofertas, al prever lo siguiente: “La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio”. Ahora bien, hay que remarcar que esta previsión es específica y típica del diálogo competitivo y, consiguientemente, no es ampliable al resto de procedimientos de adjudicación.

En definitiva, y a salvo de la regla particular en relación con el diálogo competitivo, procede señalar que, a diferencia de lo que ocurre en otros casos (como el anteriormente mencionado de la documentación administrativa o incluso el de las ofertas anormalmente bajas), la legislación que rige la contratación del sector público no contiene ninguna disposición que indique expresamente qué debe hacerse cuando el poder adjudicador compruebe, en un procedimiento de licitación, que la oferta de un candidato es imprecisa o no se ajusta a las especificaciones del pliego de condiciones. Dicho de otro modo: hay que tener presente que los preceptos reseñados –con la salvedad del citado artículo 176.1– conciernen a los defectos u omisiones apreciados en los documentos incluidos en el sobre que contiene la “documentación administrativa” –a la que se refieren los artículos 140 y 141 de la Ley 9/2017–, por lo que su contenido no resultaría automáticamente trasladable a los documentos incluidos en los sobres que contienen las proposiciones, propiamente dichas, de las empresas licitadoras, referentes a los aspectos técnicos y/o económicos objeto de valoración en la correspondiente licitación¹⁶.

¹⁶ Resolución 296/2012, de 21 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 289/2012).

La laguna legal explicitada no ha servido sino para producir posturas doctrinales encontradas. Están los partidarios de que la subsanación opera, solo y exclusivamente, en relación con la documentación administrativa, pues sobre la oferta técnica y económica, únicamente, cabe la aclaración, pero nunca la subsanación¹⁷. Otros, sin embargo, matizan este especial rigor admitiendo, igualmente, la subsanación en lo referente a las proposiciones técnicas y económicas de los empresarios¹⁸.

En este contexto de interpretaciones enfrentadas, quizás la posición más realista sea la equidistante entre ellas, lo que llevaría a reconocer que no es posible dar una respuesta general en lo que importa a la posibilidad de subsanar o aclarar ofertas y, menos todavía, en lo que incumbe a si tal posibilidad es una obligación o, por el contrario, una facultad para la entidad contratante. Es esta una cuestión, por tanto, que habrá que valorar caso por caso.

Un primer parámetro que podría servirnos como pauta para resolver la heterogénea casuística ante la que nos podemos encontrar, sería el que parte de la premisa de que la entidad contratante no estaría en todos los casos obligada a requerir la aclaración o subsanación de las ofertas técnicas y económicas defectuosas (como sí ocurre —como ya se indicó antes— en el caso de la documentación administrativa o de ofertas anormalmente bajas). La decisión debería venir tras ponderar si, a la vista de las circunstancias, es razonable, al menos *a priori*, suponer que el licitador podría ofrecer una aclaración sin variar su oferta. Por el contrario, si la oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente¹⁹.

Este criterio que exime al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación de la obligación de solicitar aclaración o subsanación de las ofertas, nacería de la idea de que es el licitador quien debe soportar las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta²⁰. Es más, si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no es menos cierto que no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica²¹.

¹⁷ Acuerdo citado en nota al pie núm. 12.

¹⁸ Resolución 463/2014, de 13 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 405/2014).

¹⁹ Resolución 399/2015, de 30 de abril de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 302/2015).

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).

²¹ Resolución 260/2019, de 9 de agosto de 2019, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (rec. 47/2019), la cual cita la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

No obstante, respecto a la posibilidad de subsanar o aclarar las proposiciones de los licitadores, debe matizarse el criterio general que se acaba de apuntar, puesto que, si bien las aclaraciones o los requerimientos que contempla expresamente la legislación que rige los contratos del sector público vienen referidos –como ya se expuso– a los que precise la calificación de los requisitos de capacidad y solvencia del licitador incluidos en la documentación general, la posibilidad de solicitar aclaraciones de las ofertas encontraría amparo en el principio de buena administración²². De esta suerte, el ordenamiento jurídico no se opone a 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 subsanación o aclaración no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta o a modificar la existente²³. En consecuencia, cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de esta con los requisitos establecidos en el pliego²⁴.

Es más, el principio de subsanabilidad de los defectos formales, además de proteger a los principios generales ya mencionados previamente (en particular a los principios antiformalista, de libre concurrencia y de buena administración), puede contribuir, en determinados supuestos, a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. De ahí que la mesa de contratación a la hora de tomar su decisión, además de valorar la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia, deberá evaluar si la aclaración o subsanación contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos²⁵.

Igualmente, justo es señalar que tampoco el principio de igualdad de trato de los operadores económicos implica obstáculo alguno para que la entidad adjudicadora requiera a un licitador con la finalidad de que aclare una oferta o subsane un error material inviable del que adolezca la misma, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean trata-

²² Resolución 43/2014, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 37/2014), con base en la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08).

²³ Sentencia citada en nota al pie núm. 20.

²⁴ Resolución citada en nota al pie núm. 21.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2015 (rec. 322/2014).

dos del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente²⁶.

En conclusión, la solicitud de aclaración o subsanación de las ofertas es factible, aunque no es una obligación impuesta al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando juzgan que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando conciben que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; por tanto, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa. Y será, caso por caso, el órgano de contratación o la mesa de contratación, según proceda, quien valore la oportunidad y legalidad de esta posibilidad, concretando qué defectos de la oferta presentada por los licitadores son susceptibles de aclararse o subsanarse y cuáles implican una modificación de la oferta y, por ello, atentan contra el principio de igualdad²⁷.

5

Alcance y límites de la aclaración y subsanación de la oferta técnica o económica

Atendiendo a las consideraciones efectuadas en el apartado precedente, podemos colegir que es plausible la eventual aclaración o subsanación de las propuestas económicas o técnicas, aunque puntualizando que ello queda sometido a ciertas restricciones, como seguidamente detallaremos.

Sobre este particular, hay que partir del presupuesto de que el error en la oferta no supone *ipso iure* en todos los casos la exclusión sin más del licitador. No obstante, dicho esto, tiene que precisarse seguidamente que la posibilidad de subsanación de la oferta, y, por tanto, que no sea rechazada, exige como *condictio sine qua non* –tal y como ya se expuso previamente– la inmutabilidad de su oferta, de modo que cualquier interpretación que suponga aceptar un cambio de tales características en la oferta debe ser rechazada. Por ello, es regla general que, una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, no cabe modificación alguna en la oferta del licitador²⁸.

²⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de mayo de 2017 (asunto C-131/16) y Resolución citada en nota al pie núm. 21.

²⁷ Resolución 73/2015, de 27 de agosto, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 67/2015).

²⁸ Resolución 443/2019, de 25 de abril de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 308/2019).

Por tanto, es permisible solicitar aclaraciones o subsanaciones que pretendan solventar ambigüedades o errores, pero siempre que ello no suponga, en modo alguno, variación de la oferta, lo que traería como consecuencia una notable contradicción con los principios de igualdad, no discriminación y transparencia, propios de un procedimiento administrativo de concurrencia competitiva y –como ya se indicó al inicio de este trabajo– proclamados como básicos de toda licitación en los artículos 1 y 132 de la Ley 9/2017²⁹. Por esta misma razón, no cabe conceder por la vía de un trámite de subsanación la posibilidad de introducir una modificación sustancial en la oferta, incluyendo unos datos o información hasta entonces ni mencionados ni concretados, pues ello constituiría un falseamiento de la oferta inicialmente presentada (más aún cuando ya se conocen el resto de las ofertas presentadas)³⁰.

Consiguientemente, reiteramos que lo decisivo es que la subsanación o 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 aquel, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada.

De otro lado, el artículo 139.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece lo siguiente: “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”. La deducción del precepto, entonces, es clara y terminante: las proposiciones de los licitadores se han de ajustar total e incondicionalmente al contenido de los pliegos.

Efectivamente, la oferta de los contratos debe amoldarse a dos requisitos: el requisito material, que reclama que no se superen los límites establecidos en el pliego de cláusulas de que se trate (lo cual opera, principalmente, respecto del límite cuantitativo al que debe sujetarse la propuesta económica); y el requisito formal, que compele a que la oferta se adecúe a las exigencias formales establecidas en el pliego, pero siempre siendo este aspecto formal

²⁹ Entre otras, resoluciones 64/2012, de 7 de marzo de 2012, 35/2014, de 17 de enero de 2014, 876/2014, de 28 de noviembre de 2014, y 322/2018, de 6 de abril de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 36/2012, 871/2013, 875/2014 y 39/2018, respectivamente), y Resolución 184/2018, de 18 de diciembre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euzkadi (rec. 2018/156).

³⁰ Resoluciones 687/2020, de 19 de junio de 2020, y 308/2019, de 29 de marzo de 2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (recs. 458/2020 y 146/2019, respectivamente), la primera de las cuales, además, reitera la doctrina de la Resolución 311/2020, de 7 de marzo de 2020, del mismo Tribunal (rec. 27/2020).

de la oferta más flexible en su consideración, por mor de la doctrina antiformalista³¹.

De cualquier manera, la definición del contenido y de las prestaciones objeto de contratación corresponde exclusivamente al órgano de contratación, siendo libres los empresarios de concurrir o no a la licitación, pero sabiendo que, si lo hacen, han de ajustar sus proposiciones a lo dispuesto en los pliegos so pena de exclusión³². Precisamente el carácter vinculante de los pliegos demanda que los licitadores ajusten sus ofertas a las decisiones trazadas por el órgano de contratación, sin que estas puedan ser suplantadas o sustituidas por la voluntad o el deseo de las empresas licitadoras concurrentes³³.

Por ello, aquella oferta que incumple la acreditación de un requisito en los términos exigidos por los pliegos conlleva su exclusión, sin que sea preciso el examen de otras cuestiones y sin que haya posibilidad de subsanar la infracción, ya que ello no supondría la reparación de defectos formales de los documentos presentados, sino suplir sus carencias probatorias sustituyéndolos por otros adecuados³⁴.

A mayor abundamiento, 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, señala lo siguiente: “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”.

Así pues, el legislador parece diferenciar dos supuestos: el error manifiesto, y el error que hace inviable la proposición. A pesar de ello, la interpretación antiformalista que es más respetuosa con la concepción esencial de la contratación pública supone que ambos supuestos se aproximen, y que el elemento clave que determine si la propuesta puede o no ser aceptada a pesar del error es que la misma sea viable jurídicamente, de modo que un error

³¹ Resolución 137/2017, de 3 de febrero de 2017, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 9/2017).

³² Resolución 1097/2015, de 27 de noviembre de 2015, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1136/2015).

³³ Resolución 118/2021, de 12 de febrero de 2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 1301/2021).

³⁴ Resolución 137/2018, de 18 de octubre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 2018/106).

manifiesto, pero fácilmente subsanable, por muy grosero o claro que sea, no tiene por qué aparejar la exclusión de un licitador en detrimento de una mayor concurrencia en el contrato³⁵.

No obstante, justo es reconocer que esta línea de opinión no siempre cuenta con adeptos. De esta forma, hay quien interpreta que, como consecuencia obligada del principio de igualdad de trato entre los licitadores, tanto el error manifiesto como el error reconocido por el licitador, siempre que –en este último caso– haga inviable la oferta, son causa de exclusión de la oferta formulada y no se admite, en principio, la posibilidad de subsanación, a diferencia de lo que acaece para la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia, cuya regla es, justamente, la posibilidad de subsanación³⁶.

Al amparo de la misma argumentación, el error en el importe de la proposición determina la exclusión solo bajo unas determinadas condiciones, esto es, cuando es manifiesto, o cuando, existiendo reconocimiento por parte del licitador de que la oferta adolece de error o inconsistencia, estos la hagan inviable, cambiando el sentido de la proposición³⁷. Por consiguiente, los “errores de cuenta”, entendidos estos –de acuerdo con la doctrina civil– como los que se producen al operar en el cálculo matemático, no implican la exclusión de la oferta, sino que deben dar lugar a su corrección³⁸.

Al margen de posibles posturas encontradas, en última instancia, la cuestión clave en esta materia pivota sobre si el error hace “inviable” la oferta, cambiando el “sentido” de la proposición. Para ello, habrá de acudirse a la interpretación de la oferta que cabía realizar en el momento de hacerse la misma y de efectuarse su pretendida subsanación: en concreto, si la misma tenía, en una interpretación razonable, un único “sentido” que se acomodase a las exigencias de la contratación. Y ello, puesto que no sería admisible que cupieran varias interpretaciones que hicieran dudosa la intención del ofertante y el “sentido” de su proposición, debiendo, en consecuencia, excluir aquellas propuestas que tengan un carácter “ilusorio”³⁹.

En definitiva, para que sea admisible la subsanación es necesario que de la oferta presentada sea posible deducir claramente cuál era la voluntad de la mercantil licitadora, siendo el defecto un mero error de cuenta o de carácter pu-

³⁵ Resolución citada en nota al pie núm. 31.

³⁶ Resolución 78/2015, de 10 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 74/2015).

³⁷ Resolución citada en nota al pie núm. 31.

³⁸ Resolución 44/2014, de 5 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León (rec. 38/2014).

³⁹ Resolución 283/2012, de 14 de diciembre de 2012, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (rec. 288/2012), con cita del Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

ramente formal, pero no será admisible cuando el defecto sea material de suerte que la subsanación suponga una alteración de la oferta inicial, lo que ocurrirá en particular en aquellos casos en que de la documentación incluida en el sobre no sea posible deducir claramente cuál era la voluntad del licitador⁴⁰.

En otras palabras, los errores en la confección de la oferta que impidan conocer la verdadera voluntad del licitador suponen su exclusión sin que quepa subsanación alguna. Sin embargo, la exclusión no será procedente y procederá la subsanación o aclaración, cuando dicha verdadera voluntad del licitador pueda deducirse del contexto de toda la proposición, de forma indirecta e interpretando toda ella en su conjunto, de modo que pueda reconocerse de manera indubitada la intención cierta, aunque haya sido ocultada por un error en su plasmación⁴¹.

Por otra parte, hay que remarcar que se percibe en la doctrina una tendencia más favorable a la subsanación de la oferta cuando nos situamos en el campo de los aspectos susceptibles de valoración automática, donde lo relevante es comprobar si el licitador aporta los datos necesarios para la aplicación de la fórmula matemática prevista en los pliegos, adquiriendo un perfil totalmente secundario el formato en el que se presenten, hasta el punto de que se juzga que la rectificación de esos errores en “el formato” en ningún caso supone modificación de la oferta ni, por ende, atenta contra el principio de igualdad⁴².

Para concluir, debemos traer a colación un último límite en este terreno, el cual quedaría circunscrito al ámbito formal: no es factible efectuar aclaraciones o subsanaciones de las ofertas al margen del procedimiento legalmente establecido. Solo la entidad adjudicadora o, en su caso, la mesa de contratación está habilitada para requerir aclaraciones o subsanaciones de las ofertas, no pudiendo estas hacerse cargo de ningún documento que hubiese sido presentado de modo informal⁴³. Y una vez requerido el licitador para aclarar o subsanar su oferta y presentada por este la oportuna explicación, únicamente al poder adjudicador o a la mesa de contratación, según los supuestos, les compete realizar la valoración de si la ambigüedad de la antedicha oferta queda disipada, dando lugar a su admisión o si, por el contrario, la respuesta no es satisfactoria, lo que habrá de determinar su exclusión⁴⁴.

⁴⁰ Resolución citada en nota al pie núm. 19.

⁴¹ Resolución 178/2019, de 29 de octubre de 2019, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 2019/139).

⁴² Resolución 91/2018, de 19 de octubre de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (rec. 95/2018).

⁴³ Resolución 201/2019, de 25 de noviembre de 2019, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (rec. 163/139).

⁴⁴ Resolución citada en nota al pie núm. 19.

En definitiva, tenemos que conjugar la posibilidad de aclarar o subsanar las propuestas económicas o técnicas con las restricciones a que tal posibilidad queda supeditada.

6

Conclusiones

A la vista de todo lo expuesto cabe extraer las conclusiones siguientes:

- a) Atendiendo a los principios antiformalista y de libre concurrencia, la actuación de los poderes adjudicadores tiene que evitar que la apreciación de estrictos requisitos formales suponga la exclusión de proposiciones por defectos fácilmente remediabiles.
- b) La corrección de las deficiencias en la documentación presentada por los licitadores o la presentación de documentos complementarios puede encontrar su motivación jurídica en diversos preceptos de la legislación sectorial. En particular, los artículos 95, 141.2 y 326.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y 22 y 81.2 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, pueden operar como argumentos legales con las antedichas finalidades.
Es, incluso, tolerable la subsanación con sustento en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- c) Las ofertas técnicas y económicas son susceptibles de aclaración y/o subsanación. No obstante, esto no es una obligación para la Administración contratante, sino una facultad discrecional de esta, cuya utilización requiere una valoración de cada supuesto concreto.
- d) La facultad de los entes del sector público para requerir la aclaración y/o subsanación de las ofertas económicas o técnicas está sometida a una serie de limitaciones, requiriendo el ejercicio de aquella un particular estudio del específico asunto.

En todo caso, la aclaración y/ o subsanación de la oferta sería improcedente de converger alguna de las circunstancias subsecuentes:

- Cuando la aclaración y/o subsanación implique un cambio de la propuesta inicialmente formulada por el licitador.
- Cuando se trate de errores que generen una inviabilidad de la oferta.

- Cuando la aclaración y/o subsanación se produzca fuera del procedimiento administrativo legalmente establecido con tal objeto.

7

Bibliografía

- Comas Ribalaygua, S. (2016). Consecuencias jurídicas del exceso de hojas de las proposiciones técnicas: ¿exclusión automática de la persona licitadora? *Contratación Administrativa Práctica*, 146, 50-59.
- Delpiazzo, C. E. (2007). Los principios generales en la contratación pública. En J. C. Casagane y E. Rivero Ysern (dirs.). *La contratación pública* (pp. 543-558). Buenos Aires: Hammurabi.
- Mañes Martínez, E. (2014). La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 6.
- Sanmartín Mora, M.^a A. (2018). De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas. En J. M. Martínez Fernández y P. Bocos Redondo (dirs.). *Contratación del Sector Público Local* (tomo I, 4.^a edición, pp. 717 y ss.). Madrid: Wolters Kluwer.

