



DECRET.- Vist el recurs l'alçada presentat per l'entitat **IBIZAINGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA CIVIL SL** en data 8 d'abril de 2024, amb RE 8510

Vist l'informe emès al respecte pels Serveis Jurídics, de data 9 d'abril de 2024 del tenor literal següent:

“

Procedimiento: Licitación del contrato de servicios del contrato de servicios para la redacción de proyecto básico, de ejecución, y dirección de las obras para la finalización de proyecto del área de Vara de Rey y plaza del parque, conjunto histórico de Ibiza, cofinanciado en el marco del instrumento de financiación Next Gen EU, procedimiento abierto simplificado.

Asunto: Informe jurídico que contesta el recurso de alzada presentado por la entidad IBIZA INGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA CIVIL SLP contra la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación por el que se le excluye en la licitación (Expediente 1587/2024)

INFORME JURÍDICO

I. Antecedentes de hecho

1. El recurrente participó en la licitación del contrato de servicios para la redacción de proyecto básico, de ejecución, y dirección de las obras para la finalización de proyecto del área de Vara de Rey y plaza del parque, por procedimiento abierto simplificado, con pluralidad de criterios de adjudicación.
2. Los pliegos objeto de dicha licitación fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 2/02/2024.
3. El acta de la Mesa de contratación de calificación de la documentación, apertura de ofertas en sobre único y propuesta de adjudicación de esta licitación fue celebrada el 28/02/2024.
4. El 11/03/2024 con S-RE 6899 se notifica al interesado el acta de la Mesa por el que se le excluye. El apartado segundo del acta de la Mesa recoge que se excluye a la referida mercantil, dado que ha manifestado su intención de proceder a subcontratar, lo que supone un incumplimiento del apartado Q del Cuadro de características del contrato.
5. El 3/04/2024 con registro de entrada E-RE 8173 la entidad IBIZA INGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA CIVIL SLP presenta un recurso de alzada contra el acta de la Mesa de contratación, al entender que es un acto de trámite cualificado al haberse producido una incongruencia entre los Pliegos y el Cuadro de características del contrato al verse excluido por declarar querer subcontratar. Analizado el recurso presentado existen errores en su contenido al no corresponderse con el mismo número de expediente, ni al contrato de servicios para la redacción de proyecto básico, de ejecución, y dirección de las obras para la finalización de proyecto del área de Vara de Rey sino que menciona otro contrato con número de expediente 2343/2024.





6. El 8/04/2024 con registro de entrada E-RE 8510 la entidad IBIZA INGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA CIVIL SLP presenta en plazo nuevamente el recurso de alzada, rectificando los errores anteriores de su contenido y numeración de expediente.

II. Fundamentos de derecho

PRIMERO.- PREVISIÓN EXPRESA DE POSIBILIDAD DE SUBCONTRATACIÓN EN PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES (PCAP). INCONGRUENCIAS Y PREVALENCIA DEL CONTENIDO DEL PCAP FRENTE A OTROS DOCUMENTOS CONTRACTUALES.

- De un lado, de conformidad con **cláusula 28** del **Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) del contrato**, éstos indican que **si se permite la subcontratación conforme a lo previsto en los artículos 215 a 217 de Ley 9/2017**. El PCAP, en su **cláusula 14** regula el contenido de las proposiciones, obligando a presentar por parte de los licitadores, que pretendan ejecutar parte de prestación a través de la figura de la subcontratación, la declaración responsable de intención de subcontratar conforme al propio modelo de anexo I del mismo pliego:

“DECLARACIÓN DE INTENCIÓN DE SUBCONTRATAR:

- Que, según la letra Q) del QCC y artículo 215.2 a) de LCSP, manifiesto mi intención de subcontratado la parte del contrato depor uno% del precio de adjudicación.

Me comprometo, posteriormente, a acreditar la capacidad y experiencia del subcontratista y aportar Anexo 7 (Modelo de notificación de subcontratación) firmado por el subcontratista y el resto de documentación de la cláusula 16 del PCAP según prevé el artículo 215.2 b) LCSP

.....No pretende subcontratar ninguna prestación.

En el caso de subcontratar deberá presentar la Declaración de ausencia de conflicto de interés del subcontratista (Anexo 10) en el sobre único.”

...

ANEXOS

ANEXO 1

DECLARACIÓN RESPONSABLE SUSTITUTIVA DE La APORTACIÓN INICIAL DE LA DOCUMENTACIÓN ESTABLECIDA A LOS ARTES.140-141 LCSP, DECLARACIÓN INSCRIPCIÓN AL ROLECE, SUBCONTRATACIÓN, DECLARACIÓN CUMPLIMIENTO NORMATIVA LABORAL PREVENCIÓN DE RIESGOS, DISCAPACIDADES E IGUALDAD, DECLARACIÓN GRUPO EMPRESARIAL, PYME, DECLARACIÓN DOCUMENTOS CONFIDENCIALES, CORREO REPRESENTADO UTE, ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS, AUTORIZACIÓN A OBLIGACIONES TRIBUTARIAS CON EL ESTADO, Y COMUNIDAD AUTÓNOMA, Y TESORERÍA SEGURIDAD SOCIAL,





- Posteriormente, vemos como la **cláusula 16.1. 4ª del mismo PCAP** , para el licitador propuesto como adjudicatario habiendo obtenido mayor puntuación en su oferta relación calidad -precio, exige que presente, entre otros, el modelo de **anexo 7 del mismo pliego** sobre la notificación de subcontratación de prestación, en el momento que disponga de información de subcontratista, contrato etc, esto puede ser en el momento previo a la adjudicación si ya conoce el subcontratista , o bien tras ser adjudicatario o ser contratista y hasta antes de iniciar los trabajos conforme a lo previsto en artículos 215 y ss Ley 9/2017.

“4.º Requerir a la empresa que ha obtenido la mejor puntuación mediante comunicación electrónica para que constituya la garantía definitiva, así como para que aporte el compromiso al que se refiere el artículo 75. 2 LCSP y la documentación justificativa que dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 76. 2 LCSP y letra F.5) QCC, además justificación de que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social aportando el certificados indicados en la cláusula 16.2, d) PCAP o verificarlo por el Ayuntamiento si autorizó expresamente su acceso a la presentación de la oferta a la PLACE ; y todo esto en el plazo de siete (7) días hábiles a contar desde el envío de la comunicación al correo electrónico y publicado el acto en la Plataforma de contratación del sector público estatal (PLACE), durante el mismo día, según art.159.4 y DA 15 LCSP

En el supuesto de que el empresario tenga que presentar cualquier otra documentación que no esté inscrita en el Registro de Licitadores , la misma se tendrá que aportar en el plazo de 7 días hábiles establecido para presentar la garantía definitiva indicado a punto cuarto anterior, como:

Anexos a presentar por el licitador propuesto como adjudicatario:

ANEXO 7 : MODELO DE NOTIFICACIÓN DE SUBCONTRATACIÓN (bien previamente a la adjudicación, o en todo caso, antes de iniciar los trabajos segundos letra Q) del QCC).

Declaración firmada del subcontratista sobre no encontrarse incurso en prohibiciones el subcontratista o bien antes de iniciar los trabajos.

Documentación que acredite la capacidad del subcontratista y haciendo referencia a los elementos técnicos y humanos que dispone y su experiencia todo aquello según letra Q) del QCC y 215.2 LCSP o bien antes de iniciar los trabajos.”

En el cas que l'empresari hagi de presentar qualsevol altra documentació que no estigui inscrita en el Registre de Licitadors , la mateixa s'haurà d'aportar en el termini de 7 dies hàbils establert per presentar la garantia definitiva indicat a punt quart anterior, com:

- Así mismo la **cláusula 27 del PCAP**, en relación con letra S) del Cuadro de características del contrato (CCC), prevén los incumplimientos del contratista en materia de subcontratación y las penalidades a imponer en su caso:

- *Cuando el contratista hubiere infringido las condiciones establecidas en el artículo*





215.2 de la LCSP para proceder a la subcontratación, o no hubiere acreditado la aptitud del subcontratista o las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o las que hacen urgente la subcontratación, la Administración podrá imponer una penalidad de hasta un 50 % del importe del subcontrato o resolver el contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 211.1.f) segundo párrafo de la LCSP. Se estará a lo indicado en la letra S del Cuadro de características del contrato.

- De otro lado, el CCC de forma indebida y sin expresar motivación alguna prohíbe de forma automática la subcontratación de parte de prestaciones en el presente contrato cuando indica que:

“Q. SUBCONTRATACIÓN. Art. 215-217 Ley 9/2017:

X No se permite

..... Se permite en las condiciones siguientes:

(En su caso cabe detallar aquí si determinadas tareas críticas no pueden ser objeto de subcontratación, teniendo que ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal.

La determinación de las tareas críticas tendrá que ser objeto de justificación en el expediente de contratación. En contratos reservados la subcontratación requiere autorización previa del órgano de contratación). Tareas críticas que no pueden ser objeto de subcontratación:

Se exige la presentación de una declaración al « sobre núm. 1» sobre la parte del contrato y el % que el licitador tenga previsto subcontratar así como el nombre del subcontratista/es en la medida que se conozcan los datos y en los términos del artículo 215.2 b) ley 9/2017.”

A mayor abundamiento, **existe otra incongruencia en el mismo CCC cuando por un lado prohíbe subcontratar y por otro lado , en su letra S) sobre “penalidades” , si regula penalidades específicas ante incumplimientos del contratista respecto de las relaciones con los subcontratistas en el presente contrato:**

“S) PENALIDADES CONTRACTUALES DE CARÁCTER SOCIAL-LABORAL:

*2) Impago de trabajos a subcontratistas por rendirás de mínimo 2 meses según artículo 215 Ley 9/2017 y letra S) del *QCC. Dará lugar a la imposición de penalidad de 20% de precio del subcontrato.*

3) La infracción de las condiciones establecidas para proceder a la subcontratación o la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista se penalizará con la imposición al contratista de una penalidad de 20% del importe del subcontrato o bien la resolución del contrato si se da el incumplimiento de la obligación principal del contrato.”

- En consecuencia de todo lo anterior, estos Servicios Jurídicos ,consideran que existe una **incongruencia entre la previsión de subcontratación del PCAP y del CCC, otro documento contractual adjunto.**

En estos casos, prevalece el contenido del PCAP conforme a cláusula 3 del PCAP: “En caso de discordancia entre el presente Pliego y el Pliego de prescripciones





técnicas o cualquier otro documento contractual, prevalecerá el presente Pliego”

- En cuanto a la legislación específica aplicable a la contratación pública y a la figura de la subcontratación, el artículo 215 de Ley 9/2017 dice:

“Artículo 215. Subcontratación.

1. El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.

En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

2. La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

b) En todo caso, el contratista deberá comunicar por escrito, tras la adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de este, al órgano de contratación la intención de celebrar los subcontratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad, datos de contacto y representante o representantes legales del subcontratista, y justificando suficientemente la aptitud de este para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que el mismo no se encuentra incurso en prohibición de contratar de acuerdo con el artículo 71. ...

... 4. Los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares o documento descriptivo, y a los términos del contrato; incluido el cumplimiento de las obligaciones en materia medioambiental, social o laboral a que se refiere el artículo 201, así como de la obligación a que hace referencia el último párrafo del apartado 1 del artículo 202 referida al sometimiento a la normativa nacional y de la Unión Europea en materia de protección de datos.

El conocimiento que tenga la Administración de los subcontratos celebrados en virtud de las comunicaciones a que se refieren las letras b) y c) del apartado 2 de este artículo, o la autorización que otorgue en el supuesto previsto en la letra d) de dicho apartado, no alterarán la responsabilidad exclusiva del contratista principal. ...”

-Como vemos la letra Q del CCC del presente contrato prohíbe indebidamente y de forma absoluta la figura de subcontratación con terceros sin motivar en





ningún momento ninguna clase de limitación y existencia de tareas críticas a efectuar de forma personalísima por el contratista, por lo que no es posible admitir esta prohibición total en el CCC al infringir lo previsto en artículos 215 a 217 de Ley 9/2017 y la propia jurisprudencia como luego veremos.

Tampoco se ha motivado expresamente en apartado Q del CCC que existan causas de limitación de subcontratación dado que no nos encontramos ante contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

En este sentido, la **resolución 61/2024 de Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de Comunidad de Madrid** señala que la prohibición automática de la subcontratación en pliegos no es ajustada a Derecho. La prohibición generalizada y absoluta a la subcontratación no es legal y supone una restricción efectiva a la competencia:

“ La doctrina de este Tribunal respecto a la subcontratación, compartida por otros tribunales de resolución de recursos contractuales, sostiene que, de acuerdo con el artículo 215 de la LCSP, la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

Esta doctrina es coherente con los principios inspiradores de la normativa comunitaria, así en su considerando 32 la Directiva 2004/18/CE indica la conveniencia de prever disposiciones en materia de subcontratación, con el fin de favorecer el acceso de las pequeñas y medianas empresas a los contratos públicos, resultando igualmente aconsejable que la prohibición total de subcontratar se justifique adecuadamente en el expediente, en la medida que una cláusula que prohíbe la subcontratación puede resultar contraria al espíritu de la ley.

Por tanto, en el supuesto del apartado 215.2.e) de la LCSP solamente pueden sustraerse a la subcontratación las partidas esenciales o críticas para el objeto del contrato, que deben ejecutarse por el contratista principal. Esta limitación debe preverse expresa y motivadamente en el Pliego.

(...)

En contra de lo alegado por el órgano de contratación, no se justifica el otorgamiento de carácter crítico a todas las tareas que suponen el cumplimiento del objeto del contrato por el hecho de la no división en lotes de dicho objeto, ni por el hecho de que





se exija a los licitadores aportar la certificación acreditativa en estándares de seguridad de la información como el certificado Esquema Nacional de Seguridad con categoría ALTA. Una cosa es que el servicio sea declarado crítico por el órgano de contratación, en cuanto a la trascendencia que pudiera tener para la gestión de los intereses municipales y otra cosa es que todas las tareas descritas para la ejecución del contrato deban ser necesariamente críticas en el sentido recogido en la LCSP respecto a la subcontratación.

La excepcionalidad de la limitación de la subcontratación exige un análisis mucho más profundo de las tareas necesarias, para justificar, de manera clara, en base a qué criterios esa tarea debe ser realizada necesariamente por la adjudicataria sin que sea posible la subcontratación, sin que ello sea óbice para que el órgano de contratación pueda llegar a justificar que todas las tareas tienen ese carácter. La LCSP permite al órgano de contratación identificar tareas críticas sin limitar cuantas pueden ser, por lo que puede afirmarse que no está prohibido la identificación de la totalidad de las que puedan conformar el servicio, siempre que así se haya justificado por el órgano de contratación.

En el caso que nos ocupa, no se ha llevado a cabo ese análisis específico, realizando una justificación genérica que no cumple las exigencias legales, (...)”.

SEGUNDO.- EXCLUSIÓN INDEBIDA DE OFERTAS POR INCURRIR EN ERROR MATERIAL . VICIO SUBSANABLE Y RETROACCIÓN DE ACTUACIONES DE LA MESA DE CONTRATACIÓN.

- Visto lo anterior el **ahora recurrente, y otros licitadores, conforme a la previsión del PCAP y del modelo de anexo I del mismo, indicaron expresamente su intención de subcontratar parte de la prestación según permite el artículo 215 a 217 Ley 9/2017:**

“ANEXO 1: DECLARACIÓN DE INTENCIÓN DE SUBCONTRATAR:

- Que, según la letra Q) del QCC y artículo 215.2 a) de LCSP, manifiesto mi intención de subcontratado la parte del contrato depor uno% del precio de adjudicación.

Me comprometo, posteriormente, a acreditar la capacidad y experiencia del subcontratista y aportar Anexo 7 (Modelo de notificación de subcontratación) firmado por el subcontratista y el resto de documentación de la cláusula 16 del PCAP según prevé el artículo 215.2 b) LCSP

.....No pretende subcontratar ninguna prestación.

En el caso de subcontratar deberá presentar la Declaración de ausencia de conflicto de interés del subcontratista (Anexo 10) en el sobre único.

“

La incongruencia antes citada ha llevado a la Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2024, a acordar un **acto de exclusión de ofertas que incurre en error material** como ahora veremos y según lo previsto en artículo 109 de Ley 39/2015 1 octubre de Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas ; cuestión que ha limitado el derecho de varios licitadores a que sus ofertas sean admitidas y valoradas conforme a pliegos.





Entendemos que este defecto ha ocasionado perjuicio a los operadores económicos interesados en la licitación y que han presentado su oferta en tiempo y forma y se han visto excluidos de la licitación, pero no han limitado la presentación de ofertas de otros potenciales licitadores que no lo hayan hecho dado que la previsión o no de subcontratar una parte de la prestación no es requisito previo de selección ni habilitación profesional ni es ningún otro requisitos legal para poder contratar con la Administración según artículo 65 y ss de Ley 9/2017.

Por tanto, esta incongruencia entre documentos contractuales que ha conllevado a **emitir un acto administrativo de trámite cualificado que incurre en error material pueda rectificarse y considerarse vicios o defectos anulables, susceptibles de convalidación.** Según prevén los artículos 51 y 52 de la Ley 39/2015, de Procedimiento, Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan y acordar la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

“Artículo 51. Conservación de actos y trámites:

“El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

“Artículo 52. Convalidación.

1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos....”

Así mismo el artículo 109 de Ley 39/2015 establece la **revocación de actos y rectificación de errores:**

“1. Las Administraciones Públicas podrán revocar, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, ni sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

De otro lado, entendemos que el vicio no obedece a una nulidad absoluta, de pleno derecho puesto que ni es una de las causas de nulidad previstas en artículo 47 de Ley 39/2015 ni de las causas de nulidad específicas en materia de contratación previstas en artículo 39 de Ley 9/2017:

Ley 39/2015:

“Artículo 47. Nulidad de pleno derecho.





1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- c) Los que tengan un contenido imposible.
- d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”

Ley 9/2017:

“Artículo 39. Causas de nulidad de derecho administrativo.

1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

- a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.
- b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.
- c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.





d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurren los dos siguientes requisitos:....

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

....”

-Tampoco el vicio incurre en causa de anulabilidad administrativa de un acto favorable al interesado y del que haya que declarar la lesividad para el interés general. Todo ello según artículo 48 y 107 de Ley 39/2015.

- Hemos de considerar que , **en nuestro caso, no existe contaminación de la Mesa de contratación dado que no existen ofertas evaluables de forma automática que se hayan incluido de forma anticipada en oferta sobre criterios evaluables de juicio de valor**, y así podemos traer a colación la doctrina sobre subsanación de vicios no invalidantes y sobre no afectación a secreto de las proposiciones podemos citar la **resolución 466/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales**,:

“Por otro lado, y más allá de lo anterior, es evidente que lo que se ha revisado es un acto de gravamen (la exclusión de dos licitadores del procedimiento de contratación), lo cual excluye la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio de o de lesividad de los actos, como se deduce de lo dispuesto en el Capítulo V del TRLCSP, en relación con el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común.”

Y continúa indicando:

“la valoración técnica de la oferta de la recurrente no se ha visto influida por el conocimiento previo de las ofertas económicas de los demás participantes en la licitación, ya que ésta tuvo lugar en diciembre de 2017, junto con las ofertas técnicas del resto de participantes y al mismo tiempo, antes de la apertura de cualquiera de las ofertas económicas.

No se han visto pues afectados los principios alegados de igualdad y no discriminación”.

De acuerdo a lo anterior, podemos concluir, en primer lugar, que el tribunal admite la posibilidad de revisar un acto de gravamen de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 39/2015, es decir, al procedimiento de revocación de actos de gravamen o desfavorables siempre y cuando no se atente contra el principio de igualdad de trato. En segundo lugar, el Tribunal entiende que la parcialidad a la hora de realizar la valoración técnica (de criterios sujetos a juicio de valor) no se vulnera siempre y cuando se haya respetado el orden de apertura de proposiciones (y ello pese a tener que realizar desde cero la valoración técnica y económica del licitador readmitido).

En el mismo sentido falla el **Tribunal administrativo de Contratación Pública de la**





**Comunidad Autónoma de Galicia y del Tribunal de la Comunidad de Madrid
(Resoluciones 30/2018 y 24/2014):**

“Un tercer supuesto es aquel en que la exclusión del recurrente hubiera tenido lugar con anterioridad a la valoración de las ofertas (por no acreditar el nivel de solvencia o el cumplimiento de las prescripciones técnicas) y que continuando el procedimiento de contratación, el resto de ofertas hubieran sido valoradas en cuanto a los criterios sujetos a juicio de valor y abiertas las ofertas de los criterios valorables mediante cifras o porcentajes, a diferencia de la del excluido, cuya oferta, por el hecho de la exclusión, no hubiera sido abierta, ni por lo tanto valorada. En este supuesto este Tribunal ha venido considerando que la readmisión del excluido, como consecuencia de un recurso especial, implica la continuación del procedimiento respecto de la valoración incluyendo la oferta u ofertas excluidas puesto que, en este caso se ha respetado el orden de apertura de los demás licitadores y la nueva inclusión es una consecuencia sobrevenida del recurso interpuesto y no un vicio de nulidad cometido en la tramitación del procedimiento. Además, la valoración de la oferta admitida conforme a los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor se efectuará siempre antes de conocer su oferta económica, así como la puntuación obtenida en ésta y en el resto de criterios de carácter automático”.

De acuerdo a las citadas resoluciones, ante una situación en la que se determine un error a la hora de valorar es posible retrotraer el procedimiento y revocar o rectificar el error y realizar la valoración del licitador excluido, algo que resulta muy práctico evitando dilatar excesivamente los tiempos e incluso evitando tener que reiniciar el procedimiento, algo que en muchas ocasiones resulta del todo inviable para el organismo contratante.

TERCERO.- PLIEGOS LEY DEL CONTRATO. CLÁUSULAS CONFUSAS, ABSTRACTAS DEL PLIEGO NO PUEDEN AFECTAR NEGATIVAMENTE A LICITADORES

Como es sabido los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan en sus propios términos, tanto a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido, como a los órganos de contratación. En este sentido se manifiestan tanto la normativa, como la jurisprudencia y la doctrina de los órganos de resolución de recursos en materia contractual.

Los pliegos deben considerarse como la ley del contrato, a la que han de ajustarse no sólo los licitadores al formular sus proposiciones, sino también los órganos de contratación al seleccionar las ofertas económicamente más ventajosas.

De acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia –SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil (C.C.) **sobre interpretación de los contratos**, cuyo artículo 1288 del CC dice que:

“La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad”».





El artículo 1.281 del C.C. 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 (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, de 8 de junio de 1984 o sentencia de 13 de mayo de 1982). La Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y **también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.**

No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato. En el caso contrario, una interpretación distinta, llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual **implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas discutidas, incongruentes, confusas.** (ver resoluciones 13/15, o 153/2013 del Tribunal Central de Recursos Contractuales).

Además cabe considerar que el Tribunal de Recursos de Contratos de Aragón, Acuerdo 60/18 y el Recurso nº 22/2019 de Resolución nº 23/2019 del Tribunal de Recursos contractuales de Andalucía, Resolución 9/2019, **manifiestan que la oscuridad o ambigüedad de los pliegos no puede perjudicar a los licitadores, debiendo evitarse exclusiones indeseadas con base en unos pliegos que adolecen de claridad y precisión y han podido llevar a la confusión padecida.**

CONCLUSIÓN:

.- Estos Servicios Jurídicos consideran que **debe estimarse el recurso de alzada** presentado frente al acta de Mesa de contratación celebrada el 8 de marzo de 2024 donde se acuerda exclusión de su oferta y resto de ofertas afectadas por el mismo error material citado por cuanto el acto administrativo desfavorable no es conforme a Derecho y restringe la libre competencia incumpliendo lo previsto en artículo 215 de Ley 9/2017 y en atención a una cláusula confusa del CCC que ha interpretarse conforme a la previsión del PCAP que si permite la subcontratación de la prestación .

El PCAP prevalece ante cualquier incongruencia con resto de documento contractuales.

El **error material no afecta al secreto de las ofertas** tal y como hemos visto, por lo que no procede anular los pliegos ni repetir la licitación aprobada. La rectificación del error no invalidante no conculca el principio de igualdad de trato del resto de licitadores.

-Procede **rectificar y dejar sin efecto el acuerdo de la Mesa de la exclusión** de ofertas presentadas por los licitadores. Procede retrotraer las actuaciones de la Mesa, hasta el momento de admisión de las ofertas ,siempre que estas cumplan con resto de requisitos legales previstos en PCAP, y de su valoración conforme a criterios de adjudicación automáticos previstos en pliegos.





- Procede acordar la **conservación** de todos los trámites realizados como es la aprobación de licitación , de los pliegos, el gasto de la contratación y del anuncio de licitación inclusive. Por ello, los pliegos aprobados no sufren modificación alguna, y son los que han de regir la presente contratación.

- **Se eleva al órgano de contratación par que resuelva lo que estime procedente según artículo 121 y 122 de Ley 39/2015. Contra la resolución del recurso de alzada no cabe interponerse otro recurso administrativo.**

De lo que se informa sin perjuicio de otra mejor parece fundado en Derecho.

Firma electrónica al margen.

Servicios Jurídicos del Ayuntamiento.

”

Mitjançant el present i de conformitat amb el contingut de l'informe transcrit anteriorment, i en virtut de les atribucions que tinc atribuïdes per la Disposició adicional II de la Llei 9/2017 8 novembre de Contractes del Sector Públic i que foren delegades mitjançant Decret de data 22 de juny de 2019 (BOIB núm. 88 de data 29 de juny de 2023), **RESOLC:**

PRIMER.- Estimar el recurs d'alçada presentat per l'entitat **BIZAINGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA CIVIL SL** el 8 d'abril de 2024 davant l' acta de la Mesa de contractació celebrada el 28 de febrer de 2024 de l'expedient de contractació núm. 1587/2024 "REDACCIÓN DEL PROYECTO BÁSICO, DE EJECUCIÓN Y DIRECCIÓN DE LAS OBRAS PARA LA FINALIZACIÓN DEL PROYECTO DEL ÁREA DEL PASEO VARA DE REY Y PLAZA DEL PARQUE, CONJUNTO HISTÓRICO DE IBIZA» segons motivació de l'informe jurídic transcrit i de conformitat amb l'article 121 i 122 de Llei 39/2015 1 octubre de Procediment administratiu comú de les Administracions públiques i article 44.6 de Llei 9/2017 8 novembre de Contractes del sector públic.

SEGON.- Deixar sense efectes l'acord d'exclusió adoptat per la Mesa de Contractació de data 28 de febrer de 2024 respecte de les ofertes presentades pels licitadors **IBIZAINGENIEROS SERVICIOS DE LA INGENIERÍA SLP** i **JAVIER CÁRDENAS DEL CAMPO** i retrotraure el procediment al moment d'admissió de les ofertes, presentades en temps i forma pels licitadors següents i sempre que aquestes compleixin amb la resta de requisits legals prevists en PCAP, i de la seva valoració conforme als criteris d'adjudicació avaluable per fórmula matemàtica previstos en els plecs. Tot allò segons article 109 de Llei 39/2015:

- DCOD INGENIERÍA SL
- GRADUAL INGENIEROS SL
- INGENIERIA, ESTUDIOS Y PROYECTOS EUROPEOS SL
- IBIZAINGENIEROS SERVICIOS DE INGENIERÍA SLP
- Javier Cárdenas del Campo
- Victoria Inmaculada Fiol Durán





S'ha de tenir en compte que, previ a l'apertura i valoració, s'ha de fer l'ànàlisi MINERVA (eina informàtica de 'datamining' per a l'anàlisi de risc de conflicte d'interès que l'AEAT posa a disposició de les entitats participants en el Pla de Recuperació, Transformació i Resiliència (PRTR)) exigida per l'Ordre HFP 55/2023 pels licitacions cofinanciades amb Fons europeus Next Gen EU.

TERCER.- Acordar la conservació de tots els tràmits realitzats com és l'aprovació de licitació , dels plecs, la despesa de la contractació i de l'anunci de licitació inclusivament segons els articles 51 i 52 de la Llei 39/2015.

QUART.- Que es notifiqui la present resolució als interessats.

Aquest acte posa fi a la via administrativa. Davant el mateix es pot interposar directament recurs contenciós administratiu davant el Jutjat contenciós administratiu competent de Palma en el termini màxim de dos mesos a comptar des del dia següent a la recepció de la resolució present segons l'article 8 i 46 de la Llei 29/1998 de 13 de juliol de Jurisdicció contenciosa administrativa.

Davant la resolució del recurs d'alçada no cap la interposició d'un altre recurs en via administrativa.

CINQUÈ.- Que es publiqui aquesta resolució a la Plataforma de Contractació de l'Estat.

LA REGIDORA DELEGADA

(document signat electrònicament al marge)

En don fe,

EL SECRETARI ACTUAL.

(document signat electrònicament al marge)

