

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2024 N.º 170

La introducción de aclaraciones en la presentación de las ofertas es incompatible con la fuerza vinculante de los pliegos

El TACRC¹ ha venido reiterando en varios pronunciamientos que a presentación de una oferta sujeta a condición es radicalmente incompatible con la fuerza vinculante del pliego como “*lex contractus*” y determina su exclusión, cualquiera que sea la explicación que trate de justificar la introducción de condiciones. Ello es así porque la presentación de proposiciones por los interesados debe ajustarse estrictamente a los pliegos y comporta, en todo caso, la aceptación incondicionada de la totalidad de sus cláusulas o condiciones.

El pasado 7 de marzo de 2024, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) dictó la Resolución 334/2024, en un recurso especial en materia de contratación interpuesto de conformidad con lo previsto en el artículo 44.1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público² (en adelante LCSP), frente al acuerdo de exclusión de una oferta, por razón de la inclusión en ésta de una “nota aclaratoria”.

En la oferta realizada por la empresa se introdujo una “nota aclaratoria” en la que se explicaba que para el cálculo del importe de cada punto de suministro se había tomado en consideración ciertos elementos, de manera que si durante la vigencia del contrato alguno de los puntos de suministro sufriera alguna modulación – por sufrir variación en alguno de sus elementos – esas alteraciones se trasladarían al precio³.

¹ Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

² Permite la impugnación de los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación; determinados actos de trámite, los acuerdos de adjudicación, ciertas modificaciones, la formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales y los acuerdos de rescate de concesiones. Pero no en todo caso, sino cuando se refieran a determinados contratos y concesiones por encima de un importe legalmente previsto, determinados acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición, los contratos administrativos especiales y los contratos subvencionados en determinados supuestos y los encargos que revistan las características legalmente previstas.

³ Explicado muy *grosso modo*, pues lo que aquí importa es el valor que el TACRC otorga a la aclaración incluida en la oferta y no al contenido exacto de la misma.

A consecuencia de la introducción de esta aclaración en la oferta, la mesa de contratación acordó excluir la proposición de la empresa licitadora, que formuló recurso especial ante el TACRC.

La cuestión objeto de controversia en recurso gira en torno a la interpretación que haya de darse al contenido de la nota aclaratoria:

- Para el órgano de contratación, con la misma se introduce una inadmisibile condición respecto de la oferta formulada, lo que se estima constituye un incumplimiento de los pliegos determinante de exclusión.
- Para la empresa licitadora, en cambio, se trata de una simple precisión sin mayor relevancia, motivada por la respuesta que se facilitó a su consulta, que NO supone un condicionante a la oferta, ni un incumplimiento de los pliegos, ni una reserva a su favor de la posibilidad de modificar los términos del contrato.

La resolución del TACRC se centra en dilucidar no tanto cuál haya sido la motivación de esa “aclaración” por parte de la empresa en su oferta, sino cuál es su auténtico objeto y el alcance que pueda tener en relación con la proposición formulada, partiendo de que, en ningún caso, es una manifestación irrelevante - como parece postular en su recurso el licitador-.

En efecto, el TACRC considera que si la empresa decide añadir alguna precisión a los términos de su oferta es porque quiere integrar el contenido de la misma con lo expresado en la nota aclaratoria, de manera que cobra un singular relieve, convirtiéndose en parte de la oferta. Y el sentido

que por tanto debe otorgarse a la misma – afirma la resolución - “no puede ser otro que el de la formulación de una reserva o salvedad por parte del ofertante en cuanto al mantenimiento de los términos de su oferta para el caso en que concurra la circunstancia que se expresa”⁴.

Y con ello, se está introduciendo un doble condicionante respecto de la oferta formulada:

- 1.º Se indica al órgano de contratación que el licitador se reserva un derecho determinado⁵.
- 2.º Pero es que además el licitador se reserva también el derecho a apreciar la existencia de las circunstancias en las que podría proceder a variar el importe del coeficiente.

Así las cosas, el licitador supedita el mantenimiento de los términos de su oferta a una circunstancia futura e incierta cuya apreciación queda a su criterio. Y además el licitador manifiesta que en tal eventualidad introducirá en el precio “las variaciones que correspondan”, con lo que se arroga el derecho a decidir el alcance de la alteración del precio.

Ello supone – afirma el TACRC – que se está ante un claro ejemplo de declaración de voluntad cuyo contenido se sujeta a condición (los términos de la oferta solo se mantienen en tanto no concurra la circunstancia futura e incierta que se describe), además de que el licitador se reserva un derecho potestativo de modificación de un elemento esencial del contrato como es el precio, de manera unilateral, lo que resulta prohibido no ya solo por los principios básicos de la

⁴ Esto es, en el caso concreto que se analiza en la resolución, la aclaración del licitador se revela como una manifestación al órgano de contratación de que, para el caso en el que “durante la vigencia del contrato alguno de los puntos de suministro tuviese algún cambio en lo que a la telemida activa se refiere”, el licitador se reserva el derecho a trasladar “las variaciones que correspondan a la variación del ATR al precio del coeficiente K”.

⁵ En este caso, el derecho a variar el importe ofertado del coeficiente K según su criterio.

contratación pública⁶, sino, con alcance general, por el principio general en materia de contratación que se contiene en el artículo 1256 de nuestro Código civil⁷.

Por todo lo anterior, el TACRC concluye – Resolución 334/2024 - que se está ante la introducción de un condicionante inadmisibles respecto de la oferta formulada, y que esto comporta un incumplimiento de los pliegos, al variar los términos en los que conforme a los mismos debe formularse la oferta y sujetar ésta a condición, reservándose además el licitador el derecho a variar los términos de la misma, siendo así que la presentación de proposición debe suponer estrictamente una asunción incondicionada de lo dispuesto en los pliegos⁸.

Es evidente que si se produce una modificación contractual la misma habrá de producirse con estricta sujeción a las previsiones de la LCSP, por acuerdo del órgano de contratación y con fijación de la compensación que en su caso pudiera corresponder al contratista, pero ello en su momento, en atención a las concretas circunstancias, y por decisión del órgano de contratación,

con la posibilidad de impugnación por parte del contratista, quien no puede condicionar el mantenimiento de su oferta mediante una reserva del derecho a apreciar la existencia de una determinada circunstancia o el derecho a fijar por su parte las variaciones de precio que ello hubiera de conllevar.

Añade que el efecto de una aclaración como la introducida por la Mercantil no puede simplemente tenerse por “no formulada”, sino que obliga a la exclusión de la oferta por incumplimiento de los pliegos.

Rechaza el argumento de que los pliegos no prevén la exclusión de la oferta como consecuencia a la introducción de una aclaración puesto que es un principio básico de la contratación pública el que las proposiciones de los licitadores deben ajustarse estrictamente a los pliegos de la licitación, incurriendo en caso contrario en causa de exclusión.

Esta doctrina, que ha venido reiterando el TACRC⁹, y la Jurisprudencia¹⁰, se sintetiza en la siguiente: “de admitirse la oferta sujeta a condiciones

⁶ Los artículos 139.1 de la LCSP y 2.2 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 regulan la presentación de proposiciones por los licitadores.

⁷ Conforme al cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

⁸ Añade la resolución que la introducción de la aclaración no se justifica, primero porque los propios términos de la nota aclaratoria no dejan lugar a la duda en cuanto a su objeto y alcance, y además porque tampoco queda amparado el licitador por el hecho de que el condicionante se establezca en relación con una eventual variación en algún aspecto del contrato.

⁹ En la Resolución nº 1069/2019, de 30 de septiembre, se citan las muchas resoluciones (*cf.*: Resoluciones 208/2014, 737/2014, 276/2015, 1020/2016, 806/2017, 549/2018, 303/2019) en las que se ha sostenido que la presentación a la licitación supone la aceptación incondicionada de las bases de la convocatoria de modo que no solo no se puede discutir las con posterioridad, sino que las ofertas que no se ajusten a aquellas deberán ser excluidas, aunque los Pliegos guarden silencio sobre el particular.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2003 confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de mayo de 2005, entre otras.

se vulneraría lo dispuesto en el artículo 139 de la LCSP que exige que:

1. 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. (...).

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición¹¹, ni podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente¹².

En definitiva, es criterio consolidado del TACRC que la consecuencia necesaria de no adecuar las proposiciones a los pliegos es la exclusión de la oferta.

¹¹ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 LCSP sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica.

¹² O figurar en más de una unión temporal.