

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de agosto de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ESTUDIO NORNIELLA S.L.P. (en adelante NORNIELLA) contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de julio de 2020 por la que se acuerda la exclusión del procedimiento de licitación del contrato administrativo “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del C.S. Valdebebas de la Gerencia Asistencial Atención Primaria – SERMAS”, este Tribunal ha acordado

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 5 de marzo del 2020 se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 113.552,32 euros y un plazo de ejecución de 5 meses.

Segundo.- Con fecha 21 de julio de 2020, la Unidad de Infraestructuras de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria analiza el contenido de la documentación presentada por las empresas licitadoras y se constata las empresas que no han presentado Programa de Trabajo, entre las que se encuentra la recurrente.

En la Mesa de contratación de fecha 22 de julio de 2020, cuya acta fue publicada el día 23 de julio de 2020, se procede a valorar los criterios de adjudicación y requerir, en su caso, a las empresas que resulten sus ofertas más ventajosas.

En dicho Acta se adjunta el informe técnico y la clasificación obtenida por las ofertas de las empresas presentadas, acordándose la exclusión de la recurrente.

Tercero.- El 25 de julio de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de NORNIELLA en el que solicita la anulación del acuerdo de la mesa de contratación por la que se le excluye de la licitación del contrato de referencia por considerarla no ajustada a Derecho, en los términos que se expondrán posteriormente.

Cuarto.- El de 6 de agosto de 2020, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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 (LCSP).

Quinto.- No se ha concedido plazo para formular alegaciones porque dado el objeto del recurso no se van a tener en cuenta otros hechos, ni otras alegaciones y pruebas que las que ha realizado la reclamante o constan en el expediente administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora excluida de la licitación *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se ha planteado contra el acuerdo de la mesa de licitación por la que se excluye al recurrente que fue notificada el 23 de julio de 2020, presentando el recurso el 25 de julio, por lo que se encuentra dentro del plazo de 15 días previsto por la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto conviene destacar que el apartado 17 de la cláusula I del PCAP establece:

“Programa de trabajo.

Obligación de presentar un programa de trabajo: Sí

Se detallarán las fases de redacción del proyecto, reuniones a realizar con la administración, entregas parciales, etc. que se consideren necesarias para el buen desarrollo de los trabajos y cumplimiento del plazo de ejecución establecido.

Plazo de presentación: Las empresas licitadoras lo incluirán en SOBRE Nº 3. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS”.

El motivo de exclusión según consta en el acta de la mesa de contratación es que no se ha presentado el programa de trabajo exigido en el apartado 17 de la cláusula 1 “*Características del Contrato*” del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

A este respecto el recurrente sostiene que de conformidad con la cláusula 12 del PCAP el requisito de presentación del programa de trabajo no se relaciona en la forma y contenido de las proposiciones. Considera que, de entre los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, no figura el programa de trabajo como documentación a incluir en el sobre nº3. Sostiene que queda acreditado que el pliego no recoge con literalidad en la cláusula número 12 “*Forma y contenido de las proposiciones*” la necesidad de aportar el programa de trabajo citado en el apartado 17 de la cláusula 1. Por otro lado, se puede concluir que el programa de trabajo no es un documento a evaluar de forma automática por aplicación de fórmulas por no figurar en la relación del apartado 10 de la cláusula 1.

La no inclusión del requisito de presentación del programa de trabajo en la cláusula 12 “*Forma y contenido de las proposiciones*” es vinculante en sus propios términos a pesar de que figure en el apartado 17 de la cláusula 1. Señala que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares 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 de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido y los órganos de contratación.

Finalmente sostiene que la exclusión por omisión del programa de trabajo es una decisión demasiado rigurosa y excesivamente formalista. Situación que, unida a las nulas consecuencias que este documento tiene en la valoración de las ofertas, procedía requerir la apertura de un trámite de subsanación.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en el apartado 17 de la cláusula I del PCAP establece claramente la obligatoriedad de presentar un programa de trabajo, por lo que al no presentarlo procede su exclusión.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar en primer lugar la obligatoriedad de la presentación del programa de trabajo, que es puesto en cuestión por el recurrente.

A este respecto, hay que señalar que el apartado 17 de la cláusula I transcrita anteriormente es clara y diáfana en cuanto a la exigencia de la presentación de un programa de trabajo, describiendo someramente su contenido, señalando que debe incluirse en el sobre nº 3. Es cierto, como señala el recurrente, que esta exigencia no consta en la cláusula 12 del PCAP donde se detalla la forma y contenido de las proposiciones de los sobres. Efectivamente, en la documentación que debe incluirse en el sobre nº 3 no figura la inclusión de un programa de trabajo, posiblemente porque no es evaluable como criterio de adjudicación. En todo caso, esa posible falta de sistematización de la documentación a presentar no obsta para considerar que el apartado 17 de la cláusula I del PCAP exige de manera clara la presentación de un programa de trabajo que debe incluirse en el sobre nº 3.

Vista esta circunstancia, procede analizar la alegación realizada por el recurrente referida a la concesión por el órgano de contratación de un plazo de subsanación de la documentación presentada con carácter previo a su exclusión.

A este respecto, el TACRC en Resolución nº 402/2016, de 20 de mayo de 2016, decía:

“(…) Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en ese momento de la licitación. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004-y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).

Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera

previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12-y 6 de noviembre de 2014 – asunto C-42/13-). Sin embargo, muestra una actitud más reservada cuando los defectos atañen a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T195/08-).”

En la Resolución 264/2019, de 25 de marzo del TACRC se afirma “*En efecto, siendo admisible solicitar aclaraciones respecto de las ofertas técnicas o económicas dicha solicitud tiene como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos (Resoluciones 64/2012, de 7 de marzo, 35/2014, de 17 de enero o 876/2014, de 28 de noviembre, entre otras)*”.

Este criterio es asumido por este Tribunal, entre otras en nuestra Resolución 226/2017 de 4 de agosto de 2017, que dispone: “*Por último también señalábamos que el órgano de contratación pudo requerir al recurrente la aclaración de su oferta con el límite de la modificación de la oferta y de la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 10 de la Directiva 2004/17, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. Todo ello en virtud del principio antiformalista que debe regir la licitación, de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se excluya o deje de valorar en el procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos o imprecisiones en la misma, estos sean subsanables o susceptibles de aclaración*”.

En este sentido resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16: “*29 Ahora bien, el Tribunal de Justicia*

ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos [véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 —por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-]”.

De los criterios jurisprudenciales y doctrinales mencionados se puede concluir que es admisible la subsanación de las ofertas, teniendo como límite que la aclaración no puede suponer una modificación de los términos de la oferta, bien por variar su sentido inicial, bien por incorporar otros inicialmente no previstos, garantizándose en todo caso los principios de transparencia e igualdad de trato.

En el caso que nos ocupa, la documentación omitida se refiere al programa de trabajo exigido en el apartado 17 de la cláusula I del PCAP, como se ha visto anteriormente. Parece evidente que la presentación en el periodo de subsanación de este documento, donde se detallarán las fases de redacción del proyecto, reuniones a realizar con la administración, entregas parciales, etc. que se consideren necesarias para el buen desarrollo de los trabajos y cumplimiento del plazo de ejecución establecido, no supondría una modificación de los términos de la oferta, al tratarse de un documento formal que no es objeto de valoración, sin que esa circunstancia afecte a los principios de transparencia e igualdad de trato, permitiendo, no obstante, una mayor concurrencia.

Este Tribunal considera que los órganos de contratación deben tener una actitud mucho más proactiva en defensa de la concurrencia, debiendo solicitar las aclaraciones o información adicional que se estime oportuna para acreditar el cumplimiento de las exigencias de las prescripciones técnicas, sin que ello suponga arbitrariedad o desigualdad con otros licitadores, antes de tomar la medida más drástica que puede adoptarse en una licitación como es la exclusión de la misma de un licitador. En este sentido, resulta sorprendente que de los veintitrés licitadores presentados, ocho hayan sido excluidos por el mismo motivo que el recurrente, sin concederles periodo de subsanación, con la consiguiente merma de la competencia y la consiguiente limitación para el órgano de contratación de obtener la mejor oferta.

Por todo lo anterior, procede la estimación del recurso, con retroacción de actuaciones al momento previo a la exclusión de la recurrente, debiendo conceder un plazo de subsanación para que aporte la documentación omitida que fue causa de la exclusión, continuando posteriormente el procedimiento en los términos que correspondan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa ESTUDIO NORNIELLA S.L.P., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 22 de julio de 2020 por la que se acuerda la exclusión del procedimiento de licitación del contrato administrativo “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del C.S. Valdebebas de la Gerencia Asistencial

Atención Primaria – SERMAS”, con retroacción de actuaciones en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.