

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

En Madrid, a 27 de agosto de 2020.

VISTO el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la UTE AB-OA, contra el Acuerdo de exclusión del contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del Centro de Salud Abrantes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud” (en adelante SERMAS), expediente. A/SER-004647/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la licitación del contrato de referencia, se publicó el 13 de febrero de 2020, en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 101.462,40 euros, con un plazo de ejecución de 1 mes para la elaboración del Proyecto Básico, y 3 meses para la elaboración del Proyecto de Ejecución.

Segundo.- A la convocatoria del contrato han concurrido 20 licitadores, entre ellos la recurrente.

La Mesa de contratación del SERMAS inadmitió en fecha 3 de junio a dos de las empresas presentadas por no subsanar los defectos detectados en la documentación administrativa. En su sesión de 15 de julio la Mesa excluye a 8 empresas por no presentar el programa de trabajo, entre las que se encuentra la recurrente, así como a 3 más por no cumplir con los requisitos mínimos, quedando finalmente admitidas a la licitación 7 empresas.

El 20 de julio de 2020, la recurrente remitió a la Gerencia de Atención Primaria un escrito con las alegaciones a su exclusión por no haber presentado el preceptivo programa de trabajo con las condiciones exigidas.

En sesión de fecha 5 de agosto de 2020, la Mesa de contratación, vista la reclamación interpuesta por la UTE AB-OA y visto el informe técnico de la Unidad de Infraestructuras, ratificó lo reflejado en el Acta de 15 de julio, y acordó no admitir la oferta de la UTE.

Tercero.- Con fecha 10 de agosto de 2020 se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial de la representación de la UTE AB-OA en el que solicita *“Sea admitida nuestra oferta en el proceso de la licitación indicado, con las medidas que ello implique en el proceso.”*

Cuarto.- EL 14 de agosto de 2020, este Tribunal recibió del Órgano de contratación el expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 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 (en adelante, LCSP).

La Gerencia Asistencial de Atención Primaria del SERMAS, informa que debe desestimarse el recurso interpuesto al no presentar la recurrente la documentación

obligatoria “Programa de Trabajo” en el sobre señalado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- La UTE AB-OA impugna su exclusión del procedimiento de contratación estando legitimada para recurrir por tratarse de una empresa licitadora al contrato, cuya proposición podría llegar a ser adjudicataria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación de los firmantes del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha efectuado dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.c) de la LCSP, dado que el recurso impugna

un acto de trámite no notificado computándose su inicio a partir del día siguiente a que el interesado haya tenido conocimiento. La UTE presentó reclamación a su exclusión el 20 de julio, recibándose recurso en este Tribunal el 10 de agosto de 2020.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés para la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas 1.10 y 17, 12 y 21 del PCAP:

“Cláusula 1. Características del contrato.

(...)

10.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

De conformidad con lo establecido en la Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones esta documentación técnica deberá incluirse en el SOBRE Nº 3. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS.

Para la valoración de los criterios cualitativos se presentará la siguiente documentación:

Criterio 1: Viabilidad de la propuesta de acuerdo a las normas establecidas en la Guía Básica y Criterio 2: Cumplimiento del Programa de Necesidades

Se presentará una propuesta al Programa de Necesidades a nivel de Estudio Previo de acuerdo con las reglas establecidas en la Guía Básica, que contendrá la siguiente documentación:

A. Memoria

En la memoria, el licitador expondrá, de forma clara y concisa, las bases del estudio técnico realizado y resumirá los elementos más destacables del mismo, definiendo cómo se resuelven los requerimientos establecidos en el Programa de Necesidades.

En la memoria se incluirá, además:

o Un esquema de funcionamiento por Zonas funcionales.

o Un cuadro que refleje los espacios que contempla el programa.

o La justificación del cumplimiento de las reglas establecidas en la Guía Básica para la redacción de proyectos de Centros de Atención Primaria por Zonas funcionales.

o Soluciones constructivas con las que se consiga una alta eficiencia energética.

B. Documentación gráfica

Se incluirán todos los planos necesarios, a juicio del licitador, para la adecuada definición de la propuesta y, en su caso, aquellos que definan la relación con el entorno inmediato.

Se presentará en formato, como máximo DIN A3, con grafismo y técnicas de representación libres, y a escala definida de uso común. Se incluirá escala gráfica.

Criterio 3: Adecuación de la superficie útil de los espacios y Criterio 4: Ajuste de la propuesta a la superficie construida estimada, se incluirá la siguiente documentación:

- Un cuadro con los espacios que contempla el programa propuesto, que tenga la misma estructura que el Programa de Necesidades del Pliego, con sus correspondientes superficies útiles, así como la superficie total construida propuesta. En el cuadro se añadirá, además, una columna que refleje el porcentaje de desviación con respecto al Área Útil de cada espacio incluido del Programa de Necesidades. Si no aparece dicha columna no se valorará este criterio.*

- Los planos de planta a escala, que permitan comprobar fácilmente las superficies útiles de los espacios incluidos en la propuesta, así como la superficie construida total.*

No ha lugar al SOBRE Nº 2. “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR” porque no se ha establecido la aplicación de criterios objetivos de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

(...)

17.- 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.”

“Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones

(...)

C) SOBRE Nº 3 "PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS".

Este sobre contendrá:

1. La proposición económica, según el modelo establecido en el anexo I.1 de este Pliego, incluyendo también el plazo de entrega al que se compromete el licitador, así como, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 9 de la cláusula 1. Para la presentación electrónica de las ofertas y de subasta electrónica, en su caso, respectivamente, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el apartado denominado “Medios electrónicos” de la cláusula 1, relativa a las “Características del contrato”.

No se aceptarán proposiciones económicas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta debiendo incluir, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 9 de la cláusula 1. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación, sin que sea causa

bastante para el rechazo el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

2. La documentación que se especifica en el apartado 10 de la cláusula 1 al presente pliego, en orden a la aplicación de los demás criterios de adjudicación, distintos del precio y el plazo de entrega, en su caso, valorables de forma automática por aplicación de fórmulas.

3. Si así se requiere en la cláusula 1 de este pliego, se incluirá en el sobre número 3 la indicación de la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar, señalando el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que vayan a encomendar su realización.”

“Cláusula 21. Programa de trabajo.

En cuanto a la obligación de presentación del programa de trabajo, se estará a lo que determina el apartado 17 de la cláusula 1.

El contratista, si procede, en el plazo que se indica en el apartado 17 de la cláusula 1, contado desde la formalización del contrato, habrá de someter a la aprobación del órgano de contratación correspondiente, el programa para su realización, en el que consten las tareas que considere necesario realizar para atender el contenido del trabajo proponiendo, en su caso, los plazos parciales correspondientes a cada tarea. A estos efectos, se utilizarán como unidades de tiempo la semana y el mes, salvo indicación en contrario del pliego de prescripciones técnicas. El programa de trabajo respetará todas las fechas o plazos de entrega fijados en el contrato, y contendrá todos los datos exigidos en aquel pliego, o, de no especificarse en el mismo, los previstos en la cláusula 24 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Estudios y Servicios Técnicos aprobados por Orden de 8 de marzo de 1972.

Si para el desarrollo de los trabajos se precisare establecer por el adjudicatario contactos con entidades u organismos públicos, necesitará la previa autorización del órgano de contratación.

El órgano de contratación resolverá sobre el mismo, pudiendo imponer al programa de trabajo presentado la introducción de modificaciones, ampliaciones y el grado de definición que estime necesario para el cumplimiento del contrato.

Cada vez que se modifiquen las condiciones contractuales, el contratista queda obligado a la actualización y puesta al día de este programa.”

La recurrente manifiesta que ha incluido en el sobre N^o 3 el “Programa de trabajo”, como se exigía en el PCAP conforme a la cláusula 1.17, alegando que *“En el programa de trabajo presentado, se especifica de manera clara el modus operandi, estableciendo lo que se realizará en la fase de proyecto; reuniones con técnicos, licencias, acometidas y todos aquellos puntos que implementan la documentación exigida por ley para la redacción de un proyecto de ejecución. También se especifica en el mismo apartado de manera clara que se cumplirá el plazo indicado en el pliego de cláusulas administrativas (1 mes para el proyecto Básico y 3 meses para el proyecto de Ejecución) hecho este inequívoco ya que, como licitadores, asumimos -y así consta- el PLIEGO DE CONDICIONES COMO PARTE CONTRACTUAL. Por lo tanto, queda aclarado que se cumplirá con el plazo establecido de 4 meses (1+3)”,* como se recoge además expresamente en la oferta económica.

Por otra parte, en cuanto a la motivación de que su proposición no es valorada por incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP), afirma que revisado el Pliego no encuentra en ningún apartado referencia alguna al programa de trabajo. Asimismo, añade que considera un error de forma no haber especificado en el PPTP las condiciones de presentación del programa de trabajo, formato, etc., así como incluirlo en el sobre n^o 3, que recoge la “documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”. Por último, indica que el Programa de Trabajo no es evaluable por lo que no debería ser excluyente en la licitación, con la interpretación discrecional de la Mesa de contratación, sin la posibilidad de ser

subsancionado o requerido en grado de definición o forma, como el resto de documentos que no implican puntuación.

Por su parte el Órgano de contratación informa que la cláusula 21 del PCAP establece que *“en cuanto a la obligación de presentación del programa de trabajo, se estará a lo que determina el apartado 17 de la cláusula 1”*. Y dicho apartado señala la obligatoriedad de su presentación, los términos, plazo y forma.

La Gerencia considera no admisible el programa de trabajo presentado por la UTE porque no se desglosan fases de los diferentes trabajos, ni se especifican plazos, etc. Asimismo, alega que efectivamente el PPTP no establece ninguna indicación con respecto al Programa de trabajo porque se trata de un error material de la tabla mencionada y donde dice *“PPT”* debería decir *“PCAP”*. En cuanto a la alegación de la UTE referida a la cláusula 21 del PCAP la considera sacada de contexto pues se deduce que, tras la formalización del contrato, si procede, el Órgano de contratación aprobará el programa o resolverá sobre el mismo, pudiendo imponer modificaciones, etc. Por tanto, no es en la fase de licitación, sino es la propia fase de ejecución del contrato donde el adjudicatario estará obligado a realizar cuantos cambios le imponga el Órgano de contratación para actualizar el programa de trabajo.

Asimismo, el SERMAS adjunta informe del Jefe de Servicio Unidad de Infraestructuras Gerencia Asistencial de Atención Primaria justificando la necesidad de la obligatoriedad de la presentación de programa de trabajo. La presentación se considera fundamental en el proceso de redacción del proyecto de ejecución, y debe estar presente desde el inicio del proceso de contratación junto con el resto de documentación técnica requerida, para asegurar el adecuado desarrollo de las actuaciones necesarias para conseguir el eficaz cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro de los plazos establecidos en el PCAP, según lo dispuesto en las cláusulas 1.7 y 21 del PCAP.

Este Tribunal, a la vista del Expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, constata que la recurrente ha presentado el programa de trabajo y que el Órgano de contratación lo excluye por considerarlo defectuoso sin darle posibilidad de subsanación.

Se observa la existencia de cierta inconsistencia en la regulación dada al programa de trabajo en las cláusulas 1, 12 y 21 del PCAP, lo que sin duda puede dar lugar a generar dudas a los licitadores en cuanto a su presentación. Por otra parte, el documento en cuestión no es determinante de la oferta económica presentada, ni evaluable como criterio de adjudicación, por lo que, aunque adoleciera de algún defecto o inconcreción, no se puede rechazar una oferta por una cuestión formal en la presentación de un documento, sin dar la opción al licitador de aclarar o subsanar la documentación, debido a un defecto sin transcendencia sustancial.

Por tanto, si el Órgano de contratación hubiera tenido dudas en cuanto al programa presentado debería haber solicitado aclaración como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones. A estos efectos resulta de interés citar que, la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad recogido por la LCSP en su artículo 132 obliga al Órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua, a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica, en lugar de optar por la desestimación inmediata de la oferta.

Por otra parte, el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, al regular el rechazo de proposiciones expresamente dispone que *“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que 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”*, y este Tribunal, considera que en el presente supuesto no se dan las circunstancias reglamentariamente previstas para rechazar la oferta presentada por la recurrente. En igual sentido, conviene recordar el reiterado pronunciamiento de este Tribunal en diferentes resoluciones sobre la incorrección de rechazar proposiciones por pequeños defectos u omisiones formales en la presentación de la proposición que no supongan alteración de la oferta.

Asimismo, se ha de aludir a lo dispuesto en el artículo 1 de la LCSP que recoge, entre los principios fundamentales que rigen el procedimiento de la licitación pública, el de libertad de acceso a las licitaciones y asegurar una eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación, salvaguardando la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa, que son contrarios a un excesivo formalismo siempre que las ofertas cumplan los requisitos exigidos. La Mesa de contratación que, según el artículo 22.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP, debe actuar de forma que no limite la concurrencia, evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez, los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento.

Por otro lado, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como entre otras previene la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2.009, recurso de casación núm. 4580/2006, que: *"las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado"*.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que este Tribunal en numerosas resoluciones indica que se ha de admitir la subsanación de la documentación en la fase de adjudicación del contrato y no solo en la fase previa a la apertura de ofertas económicas. Asimismo, el TJUE en el Asunto C- 309/2018, mantiene que no cabe acordar, sin previo trámite de subsanación, la exclusión de un licitador, si tal posibilidad no se recoge de forma expresa en la ley o en los pliegos. Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual.

Este Tribunal constata que no se ha concedido plazo de subsanación a la documentación presentada y que, siendo admisible, procede que se conceda por la Mesa de contratación, teniendo en cuenta además que el documento aportado no afecta ni modifica la oferta económica presentada, y ni siquiera atañe a la evaluación de las ofertas dado que no se pondera como criterio de adjudicación.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que se ha de estimar el recurso presentado por la recurrente, puesto que del defecto observado en un documento complementario de la oferta no se puede derivar la grave consecuencia de la exclusión automática del licitador sin conceder plazo de subsanación de la documentación presentada, admitiendo la proposición de la UTE, con retroacción de

las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para aclarar o completar el programa de trabajo previsto en la cláusula 1.17 del PCAP.

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 UTE AB-OA, contra el Acuerdo de exclusión de 15 de julio y 5 de agosto de 2020 adoptados por la Mesa de contratación del SERMAS en el contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del Centro de Salud Abrantes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud”, Expediente A/SER-004647/2020.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.