

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

En Madrid, a 5 de noviembre de 2020.

**VISTO** el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Magéntica Social, S.L., contra Acuerdo de exclusión de fecha 16 de septiembre de 2020, de la licitación del contrato de “Servicio de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al Distrito de Moratalaz (2 lotes)”, expediente 300/2020/00317, del Ayuntamiento de Madrid, dictado por la Concejala Presidente del Distrito de Moratalaz, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** La convocatoria para la licitación del contrato de referencia, se publicó el 16 de julio de 2020, en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, todos ellos evaluables en cifras o porcentajes. El valor estimado del contrato asciende a 672.876,88 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses, prorrogable por 36 más, hasta un máximo de 60 meses.

**Segundo.-** A la convocatoria del contrato han concurrido 12 licitadores, entre ellos el recurrente.

Con fecha 14 de agosto de 2020, se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura del Sobre B, acordándose la exclusión de 5 licitadores, entre ellos el recurrente, por no presentar la documentación detallada en la cláusula 6 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), Plan Operativo. No se procede a la subsanación de este aspecto porque la petición de dicha subsanación supondría no guardar coherencia con la oferta económica y por cuanto no puede presentarse documentación técnico administrativa fuera del plazo de licitación. Con fecha 18 de septiembre de 2020, Magéntica Social, S.L. (en adelante Magéntica), recibe notificación del Acuerdo de la Concejala Presidente del Distrito de Moratalaz, de fecha 16 de septiembre.

**Tercero.-** Con fecha 9 octubre de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial de la representación de Magéntica en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la toma del acuerdo, a los efectos de que se le solicite la aportación del Plan Operativo y se valore su oferta. Asimismo, pide la suspensión del procedimiento administrativo de contratación hasta la resolución del recurso, al objeto de impedir que se causen perjuicios adicionales a la recurrente y demás entidades licitadoras, y al propio órgano de contratación pues la eventual estimación del presente Recurso conllevaría la anulación de los trámites posteriores al momento del acuerdo de exclusión.

**Cuarto.-** EL 16 de octubre 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).

El Ayuntamiento solicita la desestimación del recurso y la imposición al recurrente del pago de las tasas administrativas a que hubiere lugar sobre la base de la manifiesta falta de argumentación jurídica en que sustenta el recurso presentado.

**Quinto.-** La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida cautelarmente por acuerdo de 15 de octubre de 2020, de este Tribunal hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente su levantamiento.

**Sexto.-** 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 (LPACAP), 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 46.4 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.-** Magéntica 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 la firmante del recurso.

**Tercero.-** La interposición del recurso se ha producido el 8 de octubre de 2020, ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, dado que el acuerdo adoptado el 16 de septiembre fue notificado el 18 de septiembre 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 la cláusula 6 del PPT:

*“Cláusula 6 DOCUMENTACIÓN:*

*A este respecto los licitadores deberán presentar junto con su oferta un Plan Operativo en el que aparezca con todo detalle la planificación, gestión y administración del servicio que constituye el objeto del contrato. Este Plan tendrá el contenido mínimo siguiente: la organización que se pretende implantar, el organigrama de los puestos de trabajo y sus relaciones entre ellos, así como sus funciones, cometidos y responsabilidades.*

*El Plan Operativo contemplará la organización del personal, de modo que cubra las necesidades de funcionamiento de la instalación, así como todos los aspectos señalados en las cláusulas siguientes.*

*Los licitadores deberán proponer en su oferta un compromiso de la plantilla relativa a los puestos de trabajo que consideren más conveniente adscribir a los diferentes centros de trabajo para la ejecución de todos y cada uno de los aspectos*

*que comprende la prestación del servicio, teniendo en cuenta las necesidades relativas a horarios, turnos, sustituciones, etc.*

*El adjudicatario presentará una relación nominativa del personal adscrito a cada uno de los edificios objeto del contrato, agrupada según los diversos servicios previstos en cada Anexo, especificando su categoría profesional y demás condiciones relevantes. Dicha relación se mantendrá actualizada permanentemente a lo largo de la vigencia del contrato”.*

La recurrente manifiesta que en la cláusula 19 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que señala los criterios que han de servir de base para la adjudicación, recogidos en el apartado 16 del Anexo I del pliego, no se hace referencia al Plan Operativo, por lo que no es un criterio evaluable de adjudicación. Tampoco figura en la cláusula 24 y el apartado 15 del Anexo I del PCAP, al disponer la forma y contenido de las proposiciones, los sobres y documentos que se han de incluir. Ni se menciona en el Anexo II del PCAP “*Modelo de oferta de criterios valorables en cifras o porcentajes*” el Plan Operativo al que se refiere la cláusula 6 del PPT. Por tanto, el Plan Operativo no tiene cabida en los sobres A y B. Además, en la herramienta de presentación de oferta no había ningún apartado que indicara que había que presentar el Plan Operativo, cuando si se intenta presentar una oferta a través de PLACE y falta alguno de los documentos solicitados por el órgano de contratación, no es posible su presentación telemática, y Magéntica obtuvo el justificante de la presentación de su oferta, en la convicción de que la misma era correcta y completa.

Asimismo, alega estar ante una laguna, falta de claridad, contradicción o transparencia entre lo establecido en el PPT y el PCAP que en modo alguno puede perjudicar a quien no la ha generado con una consecuencia tan grave como la exclusión del procedimiento de licitación, en su caso, se trataría de un cumplimiento defectuoso o con omisiones que admitiría subsanación.

Por ello, entiende que la Mesa de contratación debió concederle trámite de subsanación, en atención a la disposición final cuarta de la LCSP, artículo 73.2 de la LPACAP, artículo 81.2 del Reglamento aprobado por RD 1098/2001, y a la cláusula 25 del PCAP, máxime cuando los motivos alegados para no solicitar la subsanación no se sostienen. En relación a que la petición de subsanación supondría no guardar coherencia con la oferta económica, argumenta que el Plan Operativo no es evaluable por lo que difícilmente afectaría a la oferta económica que sí vincula al licitador, por lo que de presentarse en nada afectaría a la valoración y clasificación de ofertas. En cuanto a que *“no puede presentarse documentación técnico administrativa fuera del plazo de licitación”* alega que la citada normativa prevé subsanación en el caso de cumplimentación defectuosa o con omisiones. No se trata de una ampliación del plazo sino de conferir el trámite de subsanación que la Mesa está infringiendo por tratarse de un defecto subsanable.

Así concluye que la no presentación del Plan es subsanable, por no tratarse de un criterio evaluable, por ser su omisión un defecto formal, por no implicar su aportación modificación de la proposición presentada, y no afectar a los principios de igualdad y concurrencia establecidos en el artículo 1 de la LCSP.

Por su parte el órgano de contratación informa que el recurrente reconoce la falta de presentación del plan operativo exigido por la cláusula 6 del PPT, que tiene naturaleza contractual, recogiendo de forma expresa la obligación de presentación *“junto con su oferta”*, lo que permite colegir que debiera integrarse en el sobre B (criterios valorables en cifras o porcentajes), pues el concepto *“oferta”* es asimilado a oferta económica en la LCSP, distinguiéndose del concepto de *“licitación”* que asume el conjunto de la proposición técnico-jurídico-económica presentada en un procedimiento concreto.

Asimismo, indica que el recurrente no puede alegar en este momento procedimental el desconocimiento del modo de presentación del Plan Operativo, no solo por el hecho de que se recoge expresamente en la citada cláusula 6 del PPT,

sino porque la duda no fue suscitada por el recurrente a través de las consultas articuladas por medio de la plataforma, bajo la finalidad de salvaguardar la plena transparencia y concurrencia en las licitaciones públicas. En este sentido menciona que se marcó el criterio administrativo sobre este extremo en dos respuestas de fecha 27 de julio de 2020, publicadas en la plataforma a dos preguntas formuladas en los siguientes términos: *“En el PCAP, apartado 7 del Anexo I del Lote 1 y 2, se indica que no hay que presentar un plan de trabajo, sin embargo en el PPT (cláusula 6), se indica que los licitadores deberán presentar junto con su oferta un plan operativo en el que aparezca con todo detalle la planificación, gestión y administración del servicio que constituye el objeto del contrato...¿pueden aclarar que hay que presentar, en qué momento y en qué sobre? Se trata de instrumentos jurídicos diferentes. El apartado 7 del Anexo I se refiere al programa de trabajo que sólo se le solicita al adjudicatario y que en este expediente no hay obligación de presentar. El plan operativo según el PPT debe ser presentado por todos los licitadores junto con su oferta”. – “¿Pueden indicarnos en qué sobre se debe incluir el Plan Operativo? Al indicar junto con su oferta, entiendo que es el sobre B y no en la documentación administrativa que son requisitos previos mediante declaraciones juradas”. El Ayuntamiento añade que la mayoría de los licitadores (7 en el lote 1 y 6 en el lote 2) lo han integrado en el sobre A o en B, pues la supuesta inconcreción alegada por el recurrente, puede llevarle a presentar el plan operativo dentro del sobre A en lugar del B, a pesar del criterio administrativo publicado, pero no a su no aportación, pues supone conculcar la exigencia de aportación prevista en la cláusula 6 del PPT.*

Finalmente, en relación con el carácter subsanable o no de la deficiencia reitera el criterio de la Mesa acordado por el órgano de contratación de que no procede la subsanación de este aspecto por cuanto no puede presentarse documentación técnico administrativa fuera del plazo de licitación. La falta de presentación dentro del plazo licitatorio de un documento técnico básico como es el plan operativo, no puede ser objeto de subsanación posterior por cuanto, además de

suponer una actuación que vulneraría la igualdad en la concurrencia contractual, no puede ser considerado como una *“simple falta de acreditación”* de requisitos.

Este Tribunal, a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, comprueba que si bien es clara la obligatoriedad de que los licitadores aporten el plan operacional junto con su oferta como prevé la cláusula 6 del PPT, también es cierto que el PCAP no hace referencia al plan operativo en ninguna de sus cláusulas, ni Anexos, y sin que se incluya mención a la citada documentación en el contenido de los sobres, ni en ninguno de los apartados del anuncio de licitación.

Por tanto, no es discutible que el recurrente no ha cumplido con la obligación de presentar el plan operativo con la oferta, claramente previsto en la cláusula 6 del PPT, que como plantea el órgano de contratación, tiene carácter de obligación contractual, como igualmente lo es que el órgano de contratación tampoco ha cumplido fielmente con lo previsto en el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, al no recoger la presentación del plan en el PCAP que rige el contrato, dado que el citado artículo al regular el contenido de los PCAP dispone en su apartado 2.h) que con carácter general deberán contener entre otros datos, los *“documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones”*, añadiendo además en su letra “x) *Los restantes datos y circunstancias que se exijan para cada caso concreto por otros preceptos de la Ley y de este Reglamento o que el órgano de contratación estime necesario para cada contrato singular”*.

La no presentación del plan operativo en la proposición no puede conllevar la exclusión del procedimiento al no estar expresamente prevista esta posibilidad en la Ley ni en el PCAP, y sin que ni siquiera el PPT determine el momento y forma de presentación del plan, siendo subsanable su aportación. La ausencia de referencia a la presentación del citado documento y la manifiesta inconcreción en cuanto a la



forma y momento de presentarlo en los pliegos y en el anuncio de la convocatoria, sin duda ha llevado a la recurrente a cometer el error de no incluir el plan en su oferta. Confusión que por otra parte no solo ha padecido Magéntica sino 5 empresas licitadoras más, lo que representa más del 40 por 100 de los licitadores que han concurrido a la convocatoria, confirmando la deficiente información y falta de claridad en los pliegos respecto a la presentación del citado plan.

Por otra parte, la no inclusión del plan operativo en los sobres de la proposición, en el presente caso, no puede suponer directamente la exclusión de la empresa licitadora, puesto que, como plantea la recurrente, el documento en cuestión no es determinante de la oferta económica presentada ni evaluable como criterio de adjudicación. Por ello, aunque sea obligatoria su inclusión en la proposición y esté justificada la necesidad de su aportación en este momento procedimental, no se puede rechazar una oferta por una cuestión formal de aportación de un documento, sin dar la opción al licitador de subsanar la omisión de la presentación de la documentación requerida, debido a un error sin transcendencia sustancial al no resultar afectada la oferta presentada ni su valoración y clasificación, estando además propiciado en parte por la ausencia de suficiente información y claridad en la regulación prevista en el PCAP respecto a la forma de presentación de las proposiciones.

Por tanto, este Tribunal considera que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 6 del PPT los licitadores han de presentar obligatoriamente el plan operativo. Ahora bien, de no haberse aportado el documento en el sobre B, y tampoco figurar como aclara el Ayuntamiento en el sobre A, el órgano de contratación, deberá conceder plazo de subsanación del defecto observado en la presentación de la documentación con carácter previo a acordar la exclusión. Como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones 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. Con mayor motivo en el presente caso en el que el órgano de contratación no ha determinado con la suficiente claridad en el PCAP el documento a aportar, ni el momento y forma en que se debía presentar la documentación omitida. Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, siempre que no se modifique la oferta presentada. Por ello, es criterio unánime la posibilidad de subsanar defectos en la documentación presentada por los licitadores acreditativa del cumplimiento de los requisitos, determinando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y los incluidos en los correspondientes pliegos, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

En el mismo sentido, el Informe 2/2012, de 22 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid concluye, *“La posibilidad de subsanación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos que ha de acompañar a las proposiciones procede tanto para el supuesto de que no se aporte la documentación requerida como para el caso de que la presentada adolezca de defecto, y ha de concederse por igual a todos los licitadores, en cumplimiento de los principios de no discriminación e igualdad de trato establecidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP (actualmente arts. 1 y 132 de la LCSP)”*.

Este Tribunal constata que no se ha concedido plazo de subsanación a la documentación presentada y que, siendo admisible, procede que se conceda plazo para subsanación por la Mesa de contratación, puesto que la aportación del plan operativo no afecta ni modifica la oferta económica presentada ni 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 Magéntica, teniendo en consideración que se ha producido un error involuntario en la presentación de la documentación por parte de la recurrente, del que no se puede derivar una automática exclusión sin conceder plazo de subsanación, por lo que debe admitirse la proposición de la recurrente, con retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para la presentación del plan operativo previsto en la cláusula 6 del PPT.

**Sexto.-** En cuanto a la solicitud del órgano de contratación relativa a la imposición al recurrente del pago de las tasas administrativas a que hubiere lugar, en primer lugar, se ha de señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.7 de la LCSP la interposición del recurso especial en materia de contratación para los recurrentes es gratuito; y que el importe que el Ayuntamiento abona se efectúa en concepto de compensación por la realización de las actividades competencia del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, siendo exigible, entre otros, a determinados entes locales en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.8.b) de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, sin que esté permitido ni previsto su repercusión a los recurrentes.

Con independencia y sin perjuicio de lo anterior, la LCSP prevé en su artículo 58.2 que en caso de que el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de la multa será de entre 1.000 y

30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos. No obstante, en el presente caso no procede la imposición de multa al recurrente por considerar este Tribunal fundado el recurso, como se desprende de su estimación, sin que se haya apreciado mala fe ni temeridad en su interposición, y sin que a estos efectos se pueda considerar imputable a Magéntica el posible perjuicio que la demora en la tramitación, u otras circunstancias, haya podido ocasionar al órgano de contratación.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 Magéntica Social, S.L., contra el Acuerdo de exclusión dictado por la Concejala Presidente del Distrito de Moratalaz, de fecha 16 de septiembre de 2020, de la licitación del contrato de “Servicio de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al Distrito de Moratalaz (2 lotes)”, expediente 300/2020/00317, del Ayuntamiento de Madrid.

**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.-** Levantar la suspensión cautelar del procedimiento, adoptada a solicitud del recurrente por este Tribunal mediante acuerdo de 15 de octubre de 2020.

**Cuarto.-** 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.