

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

En Madrid, a 2 de noviembre de 2017.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.E.G., en nombre y representación de la Asociación de Familiares de Adultos con Problemas de Personalidad (AFAP), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de septiembre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del “Acuerdo marco de centros de rehabilitación laboral para personas con enfermedad mental grave y duradera en las distintas zonas de la Comunidad de Madrid”, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 17 de agosto de 2017 se publicó en BOCM el anuncio de la convocatoria para la licitación del Acuerdo marco de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 56.596.572,24 euros. El contrato ha sido calificado de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto.

El precio se establece por precios unitarios indicándose que el presupuesto base de licitación: Precio Plaza ocupada/día (sin IVA): 35,23 euros, IVA (10 %): 3,52 euros, Precio Plaza ocupada/día (con IVA): 38,75 euros.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron once licitadoras entre ellas la recurrente.

El día 21 de septiembre tuvo lugar la apertura del sobre que contiene las proposiciones económicas y los criterios de adjudicación valorables de forma automática (sobre nº 2) del Acuerdo marco.

Consta en el expediente que la asociación recurrente, presentó una proposición que consiste en ofertar 56 plazas en el Centro de Rehabilitación Laboral AFAP Pedrezuela al siguiente precio:

Precio plaza ocupada/día sin IVA	IVA (10%)	Precio Total plaza ocupada/día con IVA
35,33 euros	3,52 euros	38,75 euros

A la vista de la oferta, la Mesa de contratación en su sesión del día 21 de septiembre acuerda excluir la oferta de la recurrente ya que supera el importe máximo de licitación fijado en 35,23 euros (sin IVA). Esta decisión es notificada expresamente a la entidad recurrente el mismo día 21 de septiembre.

Tercero.- El 27 de septiembre de 2017 se presentó recurso especial en materia de contratación, contra la exclusión de la oferta solicitando que se anule y deje sin efecto dicha decisión y retrotrayendo el procedimiento al momentos anterior de la exclusión. Ese mismo día se comunicó al órgano de contratación para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en adelante TRLCSP, requiriéndole para que remitiera el expediente de contratación y su informe, lo que se verificó con fecha 28 de septiembre de 2017.

En el informe se solicita la desestimación del recurso considerando que la exclusión de AFAP del procedimiento de contratación del acuerdo marco referido se ha realizado correctamente y que la actuación de la mesa de contratación se ajustó a la normativa que regula los contratos públicos, al haber padecido un error no subsanable.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiendo presentado escrito el día 5 de octubre la entidad WALK Rehabilitación y Desarrollo Integral, S.L., en el que manifiesta su intención de no efectuar alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 excluida de la licitación por lo tanto, *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* (artículo 42 del TRLCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 21 de septiembre de 2017 y notificado ese mismo día y el recurso se interpuso el 27 de septiembre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión producida en la licitación de un Acuerdo marco calificado como de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto. No se aduce nada ni en el recurso ni en el informe del órgano de contratación sobre la calificación jurídica del contrato, en relación con su admisibilidad, limitándose la recurrente a indicar que el acto es recurrible de acuerdo con el artículo 40.2.b) del TRLCSP. Debe señalarse que la falta de transposición en plazo de la nueva directiva de contratación implica su aplicación mediante el mecanismo del efecto directo de manera que la categoría jurídica del contrato de gestión de servicios públicos y su régimen de recursos, queda desplazada, en concreto la determinación del umbral para la procedencia del recurso especial, por la del contrato de concesión de servicios siempre que concorra el requisito del riesgo operacional, en caso contrario nos encontraríamos ante un contrato de servicios. En ambos casos el acto sería recurrible ya que su valor estimado es de 56.596.572,24 euros.

Quinto.- El recurso se fundamenta en un único motivo y es que aduce la recurrente que el defecto padecido en su oferta, que no discute, se debe a un simple error material susceptible de aclaración y rectificación. En concreto señala que *“AFAP, a la hora de consignar el precio de cada una de las plazas ofertadas, cometió el levísimo error de consignar el importe de 35,33 Euros, en vez de 35,23 Euros, siendo esta última cifra la correspondiente al presupuesto base de licitación (35,23 €)”*, de manera que el precio unitario sin IVA correspondiente a cada una de las 56 plazas ofertadas supera, en 10 céntimos, el presupuesto base de licitación. Explica que resulta a todas luces innegable que se trata de un mero error material, ya que *“en la proposición económica presentada por AFAP constan (i) una cifra de 3,52 € en concepto de IVA, así como (ii) un importe total, IVA incluido, de 38,75 €. Todo ello significa, como no puede ser de otro modo, que el precio unitario, sin IVA, del que partió AFAP para llegar a dichas cifras era el correspondiente al presupuesto base de licitación (35,23 €), tratándose la inclusión del importe de 35,33 € como un mero error tipográfico, confundiéndose un 2 con un 3.”*

El órgano de contratación indica que *“la mesa no puede llevar a cabo un ejercicio de interpretación que derive en sustituir la voluntad del licitador y acabar concluyendo que el precio que quería ofertar el licitador era en realidad otro distinto del que realmente figura en su oferta. En este sentido, también se podría entender, que partiendo del precio ofertado sin IVA por AFAP, que es el valor de referencia inalterable, lo que realmente ocurre en la oferta de la recurrente es que hay un error en el cálculo del IVA y por tanto, en el precio final ofertado con IVA”* y que aceptar lo solicitado por la recurrente supondría la posibilidad de modificación de su oferta.

Sentadas las posiciones de las partes debemos partir del carácter no controvertido del error padecido por la recurrente en su oferta.

Como ya señaló este Tribunal, es doctrina consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución de los recursos contractuales, considerar que en los procedimientos de adjudicación, debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que, atendiendo a tal objeto, el artículo 84 del RGLCAP, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencia en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta.

El Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid 4/2007, de 31 de mayo, considera que si el error producido en la proposición económica, no implica la imposibilidad de determinar por la Mesa cuál era el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no debe ser desecheda, no siendo causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de palabras en el modelo de proposición si no altera el sentido de su oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas. Así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 65 de febrero de 2007 (recurso de casación 5294/2004, RJ/2007/1595), la sentencia del TJUE 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Eslovensko a.s.), la sentencia TGUE de fecha 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08 Antwerpse Bowwerken NV) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, que en su apartado 37 ha señalado que aún cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación, exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que contenga algún error y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de la misma pudiera garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General de la Unión Europea, dictada en el asunto T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 72/2013, de 14 de mayo, “*con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos quede clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente en la proposición económica, a la Mesa de contratación se le plantean dos opciones, o bien rechazar automáticamente la oferta o bien solicitar aclaraciones al licitador, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que ‘Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado’ (...)*”.

En este caso es evidente que se ha producido un error por parte de la recurrente, error cuya corrección solo puede verificarse o bien minorando el precio plaza ocupada sin IVA o bien incrementando el precio total por plaza con IVA. Así si aplicamos el IVA indicado en la oferta (3,52 euros) que debe suponer el 10% del

importe sobre el que se aplica se deduce que la cifra del importe unitario por plaza sin IVA debería haber sido, para ser coherente con el porcentaje de IVA, de 35,2 euros. En todo caso si aplicamos el importe unitario de IVA - 3,52 euros- al importe unitario por plaza, -35,33 euros- el resultado no puede ser 38,75, sino que debería ser 38,88 euros.

De esta forma entiende el Tribunal que cabe la corrección de la oferta de la recurrente previa aclaración de la misma al no implicar modificación de la misma puesto que tenemos una suma con tres elementos dos de los cuales no padecen error, y cuya aplicación permite entender que el precio máximo por plaza sin IVA previsto en el PCAP, es el ofertado por la recurrente, lo que por otro lado encaja con el sistema de valoración propuesto, de precios unitarios. Esta interpretación se ajusta a los principios de proporcionalidad y concurrencia siendo objetivamente comprobable mediante una simple operación aritmética cuál ha sido el error padecido y el verdadero alcance de la oferta de la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 don F.E.G., en nombre y representación de la Asociación de familiares de Adultos con Problemas de Personalidad (AFAP), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 21 de septiembre de 2017, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del “Acuerdo marco de centros de rehabilitación laboral para personas con enfermedad mental grave y duradera en las distintas zonas de la Comunidad 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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.