

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

En Madrid, a 18 de febrero de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Atenea Seguridad y Medio Ambiente S.A.U. y EIC Estudio de ingeniería civil ambas empresas en compromiso de UTE (en adelante UTE Atenea-EIC), contra el Acuerdo de la Gerente de la Mancomunidad del Sur de fecha 30 de diciembre de 2020 por el que excluye a la recurrente de la licitación y adjudica el contrato de servicios “Dirección facultativa, coordinación de seguridad y salud, asistencia técnica completa y control de calidad para el proyecto de ejecución de obras de ampliación de la fase IV, sellado y desgasificación de la fase III y nueva balsa de lixiviados en el deposito controlado de cola de la Mancomunidad del Sur en los términos municipales de Pinto, Getafe y San Martín de la Vega. Lote 1, número de expediente 125/2020 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante de la Mancomunidad del Sur alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 2 de julio de 2020, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación, dividido en 2 lotes y tramitado por urgencia.

El valor estimado de contrato asciende a 2.116.905,02 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron 2 licitadores, entre ellos la UTE Atenea-EIC.

El recurrente ha tenido acceso al expediente en la sede del órgano de contratación previamente a formular su escrito.

Segundo.- El 22 de enero de 2021 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de UTE Atenea-EIC en el que solicita la anulación de la exclusión de su oferta y la exclusión de la oferta de la adjudicataria, por los motivos y razones que se expondrán en los fundamentos de derecho.

Tercero.- El 28 de enero de 2021 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 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 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la adjudicataria, en calidad de interesada en este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en

el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 11 de febrero de 2021, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho quinto.

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, 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, *“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.- Especial mención merece el plazo de interposición del recurso. El órgano de contratación considera que el dies a quo para la interposición del recurso debe ser el 30 de diciembre, día en que se publica en el perfil de contratante y se envía notificación individual de la adjudicación a los licitadores. Evidentemente según se establece en la disposición adicional 15 de la LCSP, el día 30 es el momento a partir del cual se ha de contar los plazos, eso es el primer día del plazo será el 31 de diciembre y así sucesivamente.

Por su parte el adjudicatario en su escrito de alegaciones considera que el acto recurrido se notificó a través de la publicación del acta de la mesa de contratación en el perfil de contratante el día 30 de octubre de 2020, por lo que el recurso debe ser considerado extemporáneo.

La publicación en el perfil de contratante por sí misma no produce efectos notificadores. La disposición adicional 15 de la LCSP es clara al indicar que la

notificación individual a cada licitador simultáneamente a la publicación en el perfil de contratante producirá que el plazo inicie su computo con dicha publicación y envío, sin tener que demorarlo al recibo de la notificación individual por cada licitador, pero en ningún caso la publicación en el perfil exime de la notificación individualizada.

Por lo tanto el acto notificado e impugnado es la adjudicación que fue adoptada por el órgano de contratación el 30 de diciembre de 2020, notificado y publicado en la PCSP el mismo día e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 22 de enero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de su oferta dentro del acuerdo de adjudicación 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 y c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso son varios los motivos esgrimidos tanto para lograr la anulación de la exclusión de la oferta de la recurrente, como para anular la propuesta de la adjudicataria.

Como primer motivo de impugnación el recurrente considera que su exclusión se basa en haber aportado mayor experiencia en trabajos similares de la máxima admitida por el órgano de contratación.

De tal forma, considera que si esa experiencia sobrepasa la máxima admitida, no debería haberse tenido en cuenta, pero ello no conlleva la exclusión de la oferta.

El órgano de contratación mantiene que según se establece en el apartado 11 del anexo 1 al PCAP, la determinación de trabajos y obras similares tiene su razón de ser en el cambio absoluto que supuso el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, que conlleva a que no se tengan en cuenta obras que si bien por su objeto puedan ser similares, se hayan ejecutado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma.

Manifiesta igualmente que el PCAP requiere para calcular la puntuación el sumatorio en moneda de las referencias técnicas adicionales del licitador, por lo que alterar las referencias aportadas, conlleva recalcular el importe acumulado por estas y en consecuencia alterar la propuesta efectuada, de ahí, que no se haya podido dejar de considerar las referencias profesionales anteriores a la entrada en vigor del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero por parte de la mesa de contratación.

Como es sabido, los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

Por tanto, los pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual y no cabe relativizarlas, ni obviarlas durante el proceso de licitación.

Llegados a este punto debemos diferenciar entre la adscripción de medios personales y la valoración de la experiencia profesional no requerida como medio de acreditar la solvencia.

En cuanto a la adscripción de medios personales, el adjudicatario pone de manifiesto en su escrito de alegaciones la falta de concreción de la experiencia y titulación de los profesionales que llevarán a efecto los trabajos propios del contrato, en la documentación contenida en el sobre 1, por lo que considera que podrían no coincidir con aquellos trabajadores sobre los que se valorara la experiencia profesional por encima de la requerida.

A este respecto hay que manifestar que la determinación de los medios humanos adscritos al contrato como solvencia reforzada no debe contener dato alguno que releve los méritos que posteriormente sean valorables y por otro lado es criterio unánime de los Tribunales Especiales en Materia de Contratación que hasta el momento de presentación de documentación previos a la adjudicación, estos medios podrán variar siempre que los propuestos con posteridad a la presentación de la oferta y los nuevos cumplan los requisitos exigidos. Añadir que será en este momento cuando se proceda a realizar las comprobaciones necesarias a fin de constatar que los técnicos adscritos cumplen los méritos solicitados.

Cuestión distinta es el motivo de exclusión de la oferta que acuerda la mesa de contratación y ratifica el órgano de contratación a la par que adjudica el contrato.

Interesa traer a colación el apartado 11 del Anexo I al PCAP donde se determinan los diferentes criterios de adjudicación así como sus puntuaciones:

CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACIÓN			PUNTUACION MÁXIMA
Propuesta económica	(40%)	Precio del Servicio	40
Propuesta de criterios de calidad	(40%)	Calidad del Equipo Técnico	20
		Referencias técnicas del licitador	20
Mejoras	(20%)	Mejoras al servicio	20
SUMA			100

Interesa también la descripción que el apartado 11 efectúa sobre la puntuación del criterio calidad del equipo técnico:

“b) Calidad del equipo técnico:

Ponderación: 20 puntos sobre 100.

La valoración se realizará sobre los valores consignados por el licitador, de acuerdo a la siguiente expresión:

$$\frac{\sum E_{X \text{ Of}}}{\sum E_{X \text{ Máx}}} \times 10 + \frac{\sum R_{p \text{ Of}}}{\sum R_{p \text{ Máx}}} \times 10$$

Donde,

Σ Ex Of: *Sumatorio en años de la experiencia del equipo ofertado por el licitador y ponderado por los pesos de cada técnico, en obras de características similares.*

Σ Ex Máx: *Sumatorio en años de la experiencia del equipo de la mayor oferta en valoración y ponderado por los pesos de cada técnico, en obras de características similares.*

Σ Rp Of: *Sumatorio de referencias laborales personales de experiencia del equipo ofertado por el licitador y ponderado por los pesos de cada técnico, en obras de características similares.*

Σ Rp Máx: *Sumatorio de referencias laborales personales de experiencia del equipo de la mayor oferta en valoración y ponderado por los pesos de cada técnico, en obras de características similares.*

Se entiende por obras y trabajos de características similares los trabajos de DIRECCIÓN FACULTATIVA y/o ASISTENCIA TÉCNICA (Lote 1) o de CONTROL DE CALIDAD (Lote 2) de obras de ejecución de vasos de vertido, sellado y/o desgasificación de vertederos INCLUIDOS en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero”.

Considera el recurrente que en consecuencia con la redacción del apartado 11 del Anexo I del PCAP y según informe del técnico, en cuanto a la acreditación de años de experiencia del personal en obras de características similares, el valor máximo de esta experiencia sería el de los 19,56 años transcurridos entre la publicación del RD el 27 de diciembre de 2001 y la fecha de presentación de ofertas, el 20 de julio de 2020, considerando que la UTE Estudio de Ingeniería Civil - Atenea, presento la siguiente oferta que incumplía los criterios de valoración establecidos en el PCAP, ya que las experiencias ofertadas del personal de la plica 2, supera el valor de 19,56 años:

	Ponderación	Experiencia en años		Referencias	
		Mínimo	Ofertado	Mínimo	Ofertado
I Director de Obra	35%	10	24	15	35
II Director de ejecución de obra civil	25%	10	30	15	35
III Director de ejecución de Geosintéticos	25%	10	16	15	30
IV Coordinador en Seguridad y Salud	5%	10	16	15	30
V Técnico de seguimiento ambiental	5%	10	37	3	4
VI Topógrafo	5%	10	34	5	9

No obstante lo cual, considera el recurrente que si bien la oferta en cuanto al criterio de calidad no puede ser subsanada pues dicha opción conllevaría una modificación de la oferta, este defecto se concreta en el exclusivo criterio de adjudicación que nos ocupa y no en la totalidad de la oferta.

Por lo que podría haberse admitido la no valoración del criterio, pero no la exclusión de la oferta.

Esta opción daría lugar a la pérdida de objeto de la pretensión de la adjudicataria de no considerar estas experiencias por no haber sido suficientemente acreditadas mediante los oportunos certificados.

Es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de 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 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 inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo)".

De dicha jurisprudencia también se desprende que es esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión del contenido de la oferta y, en particular, de la conformidad de ésta con los requisitos establecidos en los documentos de licitación. De ese modo, cuando la entidad adjudicadora no tiene la posibilidad de determinar, de modo rápido y eficaz, a qué corresponde efectivamente la oferta, no tiene otra elección que rechazarla (Sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 72/2013, de 14 de mayo, relativa a un caso análogo, *“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 queda 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' (...)"

Corresponde en este caso valorar si la oferta presentada por el recurrente puede entenderse desagregada en sus diversos criterios o bien se trata de una oferta conjunta. Por ello se ha procedido a analizar el modelo de proposición económica que se contiene en el anexo II al PCAP que en la materia que nos interesa manifiesta:

“LOTE AL QUE SE PRESENTA (número y título del lote):_____

Por el precio de _____ euros, IVA incluido (en letra y número), que se desglosa de la siguiente manera:

_____ euros corresponden a la base imponible (en letra y número).

_____ euros corresponden al IVA (en letra y número).

Mediante el equipo técnico que se oferta a continuación, cuya experiencia, referencias y dedicación se desglosa de la siguiente manera”:

Tras el desglose de los distintos profesionales y sus experiencias profesionales por encima de lo requerido, incluye el siguiente cuadro donde debe determinarse el importe acumulado de dichos méritos:

CALIDAD DEL EQUIPO TECNICO	
Nº Justificado	Importe acumulado (€) sin IVA

Comprobamos por tanto que la calidad del equipo técnico del licitador es un criterio de adjudicación aparte, que precisa de calificación exclusiva, con un máximo de 20 puntos que no interviene en la determinación de otros criterios como por ejemplo el precio y que en este caso por no acomodarse a los requisitos exigidos debería de haber sido rechazado y en consecuencia no puntuado.

Por todo ello, se considera que el acuerdo de la mesa de contratación de considerar toda la oferta del recurrente como errónea y en consecuencia inadmisibles

es inadecuado, excesivo y contrario al principio de concurrencia y por ello procede la estimación del recurso en base a este motivo, que produce la admisión de la oferta y su calificación, sin admitir la propia de la experiencia adicional del licitador, por errónea

Como segundo motivo de impugnación, la recurrente considera que al igual que su oferta ha sido excluida por haber aportado experiencias previas a la entrada en vigor del Real Decreto 1481/2002, la oferta de la licitadora aporta experiencias de 19 años, cuando el tiempo transcurrido entre la entrada en vigor del Real Decreto y ha sido de 18,56 años, por lo que también debería haber sido excluida.

La adjudicataria en su escrito de alegaciones manifiesta que una vez excluida la oferta de la recurrente, ésta carece de legitimación por falta de interés, para impugnar la adjudicación por ella ganada.

Entrando en el fondo del motivo de recurso, el informe técnico solicitado y asumido por la mesa de contratación considero que habiendo transcurrido 19,56 años desde la entrada en vigor del Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, la experiencia de 19 años era válida y su computo en valor económico también. A la vista del recurso interpuesto en el que se hace constar que el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma hasta el inicio del plazo de licitación no es de 19,56 años sino de 18,56 años, el órgano de contratación defiende su postura adoptando el criterio de redondeo al alza de los decimales, elevando a 19 los años de vigencia de la normativa que nos ocupa y en consecuencia admitiendo las experiencias aportadas por la licitadora.

Nada dice el PCAP sobre el redondeo de los periodos de tiempo en orden a la apreciación de las experiencias previas. Un error de cálculo provocó la admisión de la oferta por la mesa de contratación, error que una vez puesto de manifiesto se pretende salvar con la adopción de la interpretación ya manifestada.

Los mismos motivos, razonamientos y fundamentos jurídicos utilizados anteriormente para admitir la exclusión del criterio de adjudicación “calidad del equipo técnico del licitador” de la oferta de la recurrente, pueden reproducirse en este

momento para declarar también como errónea e inadmisibile la parte correspondiente de la oferta de la adjudicataria.

El desconocimiento del montante económico de la experiencia de las dos personas que alegan 19 años, en lugar de los 18 años y medio que como máximo pueden ser tenidos en cuenta para obtener la calificación en este criterio de adjudicación, desembocan inevitablemente en la inadmisión de la oferta por errónea.

Por lo que se estima el recurso en base a este motivo, declarándose como no aceptables y en consecuencia no puntuables la “Calidad del equipo técnico” que obran en ambas ofertas.

Por todo ello se admite el motivo de recurso aludido que provoca la nulidad de la adjudicación, la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la calificación de las ofertas que desechando las propias de cada una de ellas en relación a las “calidad del equipo técnico”, serán puntuadas por la mesa de contratación, clasificadas por el órgano de contratación y en su momento adjudicada a la mejor oferta relación calidad-precio.

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 legal de Atenea Seguridad y Medio Ambiente S.A.U. y EIC Estudio de ingeniería civil ambas empresas en compromiso de UTE (en adelante UTE Atenea-EIC), contra el Acuerdo de la Gerente de la Mancomunidad del Sur de fecha 30 de diciembre de 2020 por el que excluye a la recurrente de la licitación y adjudica el contrato de servicios “Dirección facultativa, coordinación de seguridad y salud,

asistencia técnica completa y control de calidad para el proyecto de ejecución de obras de ampliación de la fase IV, sellado y desgasificación de la fase III y nueva balsa de lixiviados en el deposito controlado de cola de la Mancomunidad del sur en los términos municipales de Pinto, Getafe y San Martín de la Vega. Lote 1, número de expediente 125/2020, anulando la exclusión de la recurrente y anulando la adjudicación y procediendo de conformidad con lo establecido en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

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.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP, sobre el lote 1.

Cuarto.- 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.