

Reclamaciones nº 323/2021 y 325/2021

Resolución nº 362/2021

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

En Madrid, a 12 de agosto de 2021

VISTAS las reclamaciones interpuestas por don I.A.L., contra la adjudicación del contrato del procedimiento de licitación de “Servicios de procuraduría de los tribunales”, Expediente 108/2019, en relación al lote 2 y 4, del Canal de Isabel II, este Tribunal ha acordado,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid de fecha 9 de agosto de 2019, en el DOUE de 7 de agosto y BOCM de 23 de agosto del mismo año, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 690.000 euros y su duración es de 4 años.

Segundo.- El 28 de febrero de 2020, se reunió la Mesa de contratación para la

revisión de las ofertas económicas y los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas de los licitadores admitidos y el cálculo de las ofertas con valor anormal. La Mesa de contratación asumió las conclusiones del informe técnico de revisión de ofertas de 12 de febrero de 2020, y procedió al cálculo de las ofertas con valor anormal, no resultando ninguna oferta incurso en presunción de anormalidad.

Mediante informe técnico de valoración de ofertas de fecha 2 de marzo de 2020, suscrito por el Jefe del Área de Contencioso se procedió a la valoración de las ofertas de los licitadores admitidos. El reclamante obtuvo en todas sus ofertas (lotes 1 a 6) 49 puntos en la proposición económica, 20,91 puntos en el criterio de valoración *“Antigüedad de colegiación como ejerciente del procurador titular designado por el licitador a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A.”* y 0 puntos en el criterio de valoración *“Número de procedimientos judiciales en los que el procurador titular designado haya ostentado la representación en los últimos 5 años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A.”*, obteniendo así un total de 69,91 puntos.

Canal de Isabel II, S.A. adjudicó con fecha 5 de julio de 2021, el contrato de los Lotes 2 y 4 a doña C.A.T.

Tercero.- El 14 de julio de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal reclamaciones formuladas por don I.A.L., contra la adjudicación de los lote 2 y 4 del contrato de referencia.

Cuarto.- El expediente de contratación se rige por Ley 31/2007, de 30 de octubre, en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera Real Decreto Ley 3/2020 de 4 de febrero de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes

y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (RDLSE), sin perjuicio de que a la tramitación de la Reclamación le sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 119 y siguientes del mencionado Real Decreto, por haberse dictado el acto objeto de reclamación con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la citada disposición transitoria.

El artículo 121.1 del mencionado Real Decreto-Ley establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Quinto.- El 26 de julio de 2021, el órgano de contratación remitió los expedientes de contratación y los informes, de conformidad con el artículo 56.2 de la LCSP.

Sexto.- 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.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado de las reclamaciones al adjudicatario de los lotes 2 y 4, 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 9 agosto de 2021, la adjudicataria presenta escrito

de alegaciones, oponiéndose a la estimación de ambas reclamaciones, en los términos a los que se hará referencia en el Fundamento de Derecho Quinto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, la cláusula 1.1 del Pliego de Condiciones establece que *“el contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los trasportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado”*.

La competencia del Tribunal para conocer de las reclamaciones viene establecida en los artículos 120 y siguientes del RDLSE.

Segundo.- El artículo 57 de la LPACAP establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento, sin que contra este acuerdo de acumulación proceda recurso alguno.

Igualmente, el artículo 13 del RPERMC, prevé la posibilidad de acordar la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados.

Este Tribunal considera necesaria la acumulación de los recursos presentados de los expedientes 323/2021 y 325/2021 por apreciarse identidad en el asunto, al tratarse de distintos lotes del mismo expediente de contratación y recurrente, siendo coincidentes el órgano de contratación, el tipo de acto, y los motivos de impugnación, así como el adjudicatario.

Tercero.- Las reclamaciones han sido interpuestas por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona *“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”*, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, a la que se remite el artículo 121 del Real Decreto-ley 3/2020.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Cuarto.- Los actos objeto de reclamación, corresponde a un contrato de servicios sujeto del RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1: *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”*.

Quinto.- Las reclamaciones se han interpuesto contra la adjudicación de un contrato de servicios, de conformidad con el artículo 119.2 c) del RDLSE.

Sexto.- Antes de entrar en el fondo del recurso, resulta relevante transcribir los apartados 8 A) 2.1 y 8 A) 2.2 de su Anexo I los siguientes criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas:

A) *“2.1 Antigüedad de colegiación como ejerciente del procurador titular designado por el licitador a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A., valorable con un total de 30 puntos.*

A) *2.2 Número de procedimientos judiciales en los que el procurador titular designado por el licitador haya ostentado la representación en los últimos 5 años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A. valorable con un total de 21 puntos”*.

Para la acreditación de los referidos criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas, en el PCAP se solicitaba en ambos casos el Anexo II bis al PCAP. Adicionalmente, se solicita, respectivamente, la siguiente

documentación:

- *“Certificado del Colegio de Procuradores correspondiente, emitido con posterioridad a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A. (www.madrid.org), en el que conste la antigüedad de colegiación como ejerciente del procurador con detalle de los periodos de colegiación.*
- *Declaración en el formato incluido en el Anexo XIV al PCAP, haciendo constar el número de procedimientos judiciales en los que el procurador titular designado por el licitador haya ostentado la representación en los últimos 5 años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II, S.A.”.*

En cuanto al fondo de la reclamación, se fundamenta en primer lugar, en la nulidad del acto impugnado al haberse prescindido totalmente del procedimiento legalmente establecido.

Señala que el acto recurrido, cumplimentado con el informe técnico de valoración de ofertas de fecha 2 de marzo de 2020, como parte integrante del acuerdo, indica que la puntuación del apartado 8A 2.2 del anexo I del PCAP del recurrente es de 0,00 puntos hecho carente de justificación puesto que el Sr. Argos Linares ha intervenido, en más de quinientos procedimientos judiciales en los últimos cinco años previos a la fecha de la publicación del PCAP, concretamente en 7.761 procedimientos. El acuerdo impugnado no ha tenido en cuenta la obligación de la entidad contratante de solicitar a los operadores económicos o concursantes que presenten, complementen, aclaren o complementen la información o documentación pertinente contemplada en el artículo 58 de Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero. Esta obligación impuesta a la entidad contratante es de carácter imperativo, de cumplimiento necesario e imprescindible en el concurso, y en este caso no se ha cumplido. Así es, en el expediente del concurso figura un documento, de fecha 29 de noviembre de 2019, en el que consta la solicitud de aclaraciones a distintos licitadores, entre ellos al recurrente. En el mismo se solicitó al recurrente aclaración

sobre el apartado 8A 2.1 del pliego de cláusulas pero no del punto 8A 2.2, algo que si se hizo con otros licitadores, lo que supone una palmaria indefensión y una evidente vulneración del artículo 58 del Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en el acto público de apertura de ofertas únicamente se da lectura a los Anexos II bis y que, tras la celebración de dicho acto, se procede a comprobar si los licitadores han aportado la documentación acreditativa de los valores leídos en el acto público. Es por ese motivo que en la correspondiente acta de la Mesa de contratación figuran los 7.761 procedimientos alegados de contrario para el criterio establecido en el apartado 8 A) 2.2 del Anexo I del PCAP. Sin embargo, para poder tomar en consideración dichos procedimientos se debía aportar por el reclamante en el sobre 3 de su oferta, y comprobar por la Mesa de contratación, la documentación acreditativa exigida en el PCAP.

Una vez analizada la documentación aportada por el reclamante en el sobre 3 de su oferta, y tal y como figura en el informe técnico de 22 de noviembre de 2019, se comprobó que el reclamante únicamente había aportado el Anexo II bis. En cambio, no había presentado la documentación acreditativa de los criterios técnicos cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas requerida en el PCAP. En efecto, el reclamante no presentó en el sobre 3 de su oferta el certificado del Colegio de Procuradores en el que constase su antigüedad ni la declaración relativa al número de procedimientos en los que el procurador titular ha ostentado la representación (Anexo XIV al PCAP).

Añade que varios licitadores (entre ellos el reclamante) no habían aportado el certificado del Colegio de Procuradores con el que debían acreditar el criterio establecido en el apartado 8 A) 2.1 del Anexo I del PCAP relativo a la antigüedad de colegiación. Canal de Isabel II, S.A. consideró que dado que dicho documento es un certificado emitido por el propio Colegio de Procuradores (un tercero distinto del licitador, y Corporación de Derecho público) se podía requerir a los licitadores su

presentación.

En este sentido, el reclamante aportó el certificado del Colegio de Procuradores en el que constaba su antigüedad, acreditando 28 años de antigüedad. Por lo tanto, y considerando que de conformidad con el PCAP se valora la antigüedad de colegiación que exceda el mínimo de 5 años solicitado en el pliego, se tuvo en cuenta como valor acreditado para dicho criterio de valoración 23 años.

Así mismo, varios licitadores (entre ellos el reclamante) no habían aportado el Anexo XIV con el que debían acreditar el criterio establecido en el apartado 8 A) 2.2 del Anexo I del PCAP relativo al número de procedimientos judiciales en los que el procurador titular designado había ostentado la representación. En este caso, en cambio, Canal de Isabel II, S.A. consideró que, al ser el Anexo XIV al PCAP una declaración relativa al número de procedimientos elaborada por el propio licitador, no se podía solicitar a dichos licitadores (incluido el reclamante) dicha declaración habiéndose celebrado ya la apertura pública de ofertas, ya que podría modificarse la oferta a la vista de las propuestas presentadas por los restantes licitadores.

Por su parte, la adjudicataria alega que en reiteradas ocasiones, el Anexo I establece la necesidad de aportar el listado de asuntos que acrediten los procedimientos judiciales iniciados en los citados 5 últimos años en los que haya ostentado la representación procesal el licitador. Así se expresa en el punto 5.1 Requisitos y criterios selección cualitativa económica y financiera, y técnica o profesional y 8.2.2 sobre los criterios de adjudicación del Contrato.

En cuanto a su subsanación, considera que no es viable, ya que entiende que una subsanación puede realizarse sobre algo presentado, pero no sobre documentos que no hayan sido presentados en tiempo y forma.

Vistas las alegaciones de las partes, procede analizar si el órgano de contratación debería haber concedido la posibilidad de subsanación o si por el

contrario, la recurrente, como licitadora, han de soportar las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta y aportación de la documentación adecuada.

En cuanto a la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la oferta de los licitadores, este Tribunal, en consonancia con la doctrina u la jurisprudencia, viene aplicando, con carácter general, un criterio antiformalista, si bien el análisis debe realizarse casuísticamente, analizando las circunstancias que concurren en cada caso.

Con carácter general, la JCCA viene entendiendo, valga el informe 18/10, de 24 de noviembre, que:

“Se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia 2415/2015 que:

“Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012)”.

Por su parte, el TACRC en su Resolución 639/20, de 21 de mayo señalaba:

“En el caso que nos ocupa, la omisión se aprecia en la documentación aportada con la oferta económica, de modo que la posible subsanación, como refleja la doctrina ut supra, ha de ser aplicada con suma cautela, erigiéndose como límite infranqueable la modificación de la oferta. Es cierto que la concesión a las recurrentes de un trámite de subsanación les habría permitido justificar, en los términos que los pliegos indican, las circunstancias que forman parte de su oferta y que son valoradas para la adjudicación del contrato, pues así se deduce de la documentación que acompaña al recurso interpuesto, consistente en certificaciones nominativas que acreditan la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato en obras en las que se desarrollan trabajos análogos a los que conforman el objeto del contrato de referencia. La cuestión fundamental estriba en determinar si dicha subsanación supondría una modificación de la oferta; en este caso la proposición presentada inicialmente por las recurrentes mencionaba la experiencia de sus trabajadores, aportándose con el Sobre Nº 3 la documentación con la que pretendía acreditarse, siendo patente su voluntad de que fueran objeto de valoración, por lo tanto, la simple acreditación de dicha experiencia, ya reflejada en la propuesta, no modificaría en forma alguna los términos de la oferta, esta permanecería inalterable, pues no se añade o incorpora ningún elemento a la misma, sino que se limita a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial.

De conformidad con el mencionado principio antiformalista, así como la aplicación que viene realizando del mismo la propia Administración, entiende este Tribunal que la Mesa de Contratación debería haber concedido trámite de subsanación a la UTE recurrente cuya documentación tendente a acreditar las condiciones relativas a la cualificación y experiencia profesional del personal adscrito al contrato, adolecía de defectos formales en los términos expuestos, admitiéndose tal subsanación siempre y cuando la oferta presentada permanezca inalterable.

Por consiguiente, debemos estimar este primer motivo del recurso por entender contrario al criterio antiformalista la no concesión a la UTE recurrente de un trámite para subsanar los defectos de acreditación advertidos en su oferta”.

Por otro lado, el artículo 58 del citado RDLSE, establece “*Principios generales*.”

1. Cuando se ponga de manifiesto que la información o documentación presentada por los operadores económicos es incompleta o errónea, o cuando falten documentos específicos, las entidades contratantes, tendrán que pedir a los operadores económicos afectados que presenten, complementen, aclaren o completen la información o documentación pertinente en un plazo de tres días, siempre que dichas peticiones se realicen cumpliendo totalmente los principios de igualdad de trato, transparencia, libre competencia, así como los principios de garantía de unidad de mercado que establece la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado”.

En el caso que nos ocupa, el recurrente presentó su oferta en la que hacía constar expresamente que el número de procedimientos judiciales en los que el procurador titular designado había ostentado la representación en los últimos 5 años anteriores a la fecha de publicación del PCAP en el perfil de contratante de Canal de Isabel II era de 7.761. Sin embargo, no incluyó en el sobre 3 la documentación exigida por el Pliego para acreditar la citada cifra, consistente en una declaración en el formato incluido en el Anexo XIV al PCAP. A este respecto, no pueden acogerse las alegaciones del órgano de contratación, en el sentido de que no se podía solicitar al reclamante dicha declaración, habiéndose celebrado ya la apertura pública de ofertas, ya que podría modificarse la oferta a la vista de las propuestas presentadas por los restantes licitadores. La subsanación debía consistir únicamente en que acreditase conforme a los pliegos dicho número de procedimientos judiciales en los que había participado, tal como señaló en su oferta, sin que quepa modificación de esta, ya que, en caso contrario, procedería no otorgarle puntuación alguna.

En aplicación de la doctrina y la normativa expuestas, debe considerarse que el error es subsanable, pues estamos ante un defecto u omisión en la acreditación del cumplimiento de un determinado requisito, no ante el cumplimiento de dicho requisito en cuestión. Por tanto, dicha subsanación no vulneraría los principios de

igualdad de trato, transparencia y libre concurrencia. Cuestión distinta sería si el licitador no hubiera incluido en su oferta el número de procedimientos judiciales en los que participó y pretendiera subsanar el error con una nueva declaración, circunstancia que obviamente vulneraría los principios de la contratación citados anteriormente.

Por todo ello, procede la estimación de las reclamaciones, con retroacción de actuaciones al momento previo a la valoración de las ofertas, debiendo conceder al reclamante plazo de subsanación, de conformidad con lo señalado anteriormente, continuando posteriormente con el procedimiento en los términos que legalmente correspondan.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 120 del RDLSE en relación al 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.- Acumular las reclamaciones interpuestas don I.A.L., en nombre propio, contra la adjudicación del contrato, en lo referente a los lotes 2 y 4, del procedimiento de licitación de “Servicios de procuraduría de los tribunales”, Expediente 108/2019, del Canal de Isabel II.

Segundo.- Estimar las reclamación interpuestas por don I.A.L., contra la adjudicación del contrato, en lo referente a los lotes 2 y 4, del procedimiento de licitación de “Servicios de procuraduría de los tribunales”, Expediente 108/2019, del Canal de Isabel II, con retroacción de actuaciones en los términos señalados en el Fundamento de Derecho Quinto.

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

Cuarto.- Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- 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.