

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

En Madrid, a 23 de septiembre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de The Business Innovation Consulting Group S.L. (BICG), contra la resolución de 10 de agosto de 2021 de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid de adjudicación y exclusión de la licitación “Acuerdo Marco titulado consultoría, diseño y factoría de servicios innovadores para la transformación digital de la comunidad de Madrid (2 lotes), para su adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, ecom-000238-2020 , este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 29 de enero de 2021, se publica la convocatoria del contrato en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid. El 1 de febrero, en el DOUE y el 10 de febrero, en el BOCM. El valor estimado de los dos lotes asciende a 64.000.000 euros. Hay 214 ofertas, siendo excluidas 62.

Segundo.- En fecha 5 de agosto de 2021, el órgano de contratación dicta resolución en la que, de conformidad con lo propuesto por la mesa de contratación, se procede a adjudicar el acuerdo marco.

La resolución se publica el 10 de agosto y se notifica el 9 de agosto a la recurrente. En la misma BICG y otras 16 empresas son excluidas por no haber presentado precios unitarios para todos y cada uno de los perfiles recogidos en el modelo de proposición económica. BICG solo presenta oferta económica para los perfiles profesionales propios de la tipología a la que se presenta, “Oficina de Gobierno y Seguimiento de Proyectos y Servicios”, con un grado de especialización del 100%. Su oferta económica es:

Perfiles Profesionales	Precio/Hora Sin IVA
Jefe de proyecto	62,00 €
Consultor	61,00 €
Arquitecto	00,00 €
Científico de Datos	00,00 €
Ingeniero	00,00 €
Analista	00,00 €
Analista-Programador	36,00 €

En la Resolución de adjudicación del Acuerdo Marco figuran las empresas clasificadas por tipologías dentro de cada lote.

Tercero.- El procedimiento de licitación se divide en dos lotes:

- Lote 1.- Lote 1: Consultoría y Diseño.
- Lote 2.- Lote 2: Factoría de Innovación Digital.

A lo que interesa a este Recurso, el Lote 1 incluía las siguientes tipologías:

1. Consultoría de Análisis y Diseño
2. Consultoría de Gestión de la Transformación Digital
3. Diseño de Servicios Digitales
4. Oficina de Gobierno y Seguimiento de Proyectos y Servicios.
5. Capacitación Digital

Estas tipologías no constituyen lotes independientes porque *“la ejecución de los contratos basados requiere de diferentes prestaciones de una, varias o todas las tipologías concurrentes en cada lote, por lo que la división en lotes haría imposible la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico”* (punto 1 de la cláusula primera del PCAP).

No obstante, los licitadores podían ofertar a una, a varias o a todas las tipologías, indicando en un documento de excel el porcentaje de su proposición que correspondía de la tipología a que concurrían, hasta el 100% de la misma:

“Los licitadores tendrán que priorizar en su oferta qué tipologías de las que se relacionan en cada Lote son para las que tiene capacidad de ejecución de Contratos Basados. Adicionalmente, todo licitante deberá indicar la distribución de los puntos de especialización que asigna a cada tipología de actuaciones y metodologías o tecnologías para que, según lo establecido en el apartado 10 de esta cláusula primera, se establezca una clasificación de los mismos para priorizar las invitaciones de los adjudicatarios del Acuerdo Marco para que presenten sus ofertas a los contratos basados.

Para ello, el licitador cumplimentará un fichero Excel denominado ‘Plantilla de las Tipologías Seleccionadas por el Licitador X.xlsx’, que aparece como Anexo 2 al PPT y cuya plantilla será colgada del Portal de Contratación para que sea

cumplimentada. En la misma se reemplazará la X por la denominación corta con la que el licitador quiera ser identificado.

La selección de las empresas proveedoras se realizará por distintas tipologías de actuaciones y metodologías o tecnologías relacionadas con la transformación digital, y su ejecución concreta se propondrá por MD a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco por medio de Contratos Derivados”.

El apartado 10 de la cláusula primera establece expresamente que la selección de adjudicatarios se realizará para cada una de las tipologías de los dos lotes:

“Las invitaciones a participar en los contratos basados se harán para cada una de las tipologías que se relacionan en cada lote y a las que los licitantes hayan mostrado su preferencia. Para ello, deberán cumplimentar un fichero Excel denominado ‘Plantilla de las Tipologías Seleccionadas por el Licitador X.xlsx’, donde reemplazará la X por la denominación corta con la que el licitador quiera ser identificado, y que tendrá el formato que se establece en el anexo 2 del PPT.

La clasificación de las empresas adjudicatarias del acuerdo marco se hará para cada una de las tipologías específicas de cada Lote a las que hayan mostrado su preferencia los licitadores en sus ofertas, según los siguientes parámetros...”

El apartado 5 de la cláusula primera (presupuesto) recoge las tarifas de los perfiles profesionales en precio/ hora. Los perfiles recogidos son:

Jefe de Proyecto
Consultor
Arquitecto
Científico de Datos
Ingeniero
Analista
Analista-Programado

El Anexo I del modelo de proposición recoge la proposición económica por perfiles y afirma que:

(...)

laborales y sobre protección del medio ambiente, se compromete a tomar a su cargo la ejecución del contrato en las condiciones económicas que se indican en las hojas anexas a este escrito, en las que se presenta oferta a Lote 2:

Fecha y firma del licitador.

Perfiles Profesionales	Precio / Hora
Jefe de Proyecto	€
Consultor	€
Arquitecto	€
Científico de Datos	€
Ingeniero	€
Analista	€
Analista-Programador	€

(...)

Se publican respuestas a múltiples consultas vinculantes. Entre ellas tres, una afirmando que es necesario presentar oferta económica para todos los perfiles, otra afirmando que es necesario incorporar todos los perfiles generalistas incluidos en el Acuerdo Marco y una última rectificando este extremo, afirmando que no es necesario incorporar todos los perfiles:

“Para obtener la tarifa media de los perfiles del acuerdo marco ¿se debe indicar solo el precio de los perfiles que aplican a la especificación a la que se opta y con ello se calcula la media o se tienen que indicar el precio para todos los perfiles independientemente de si se requieren o no para una especificación concreta dentro del lote?”

Respuesta: *Se tiene que indicar un precio para todos y cada uno de los perfiles, porque la oferta se presenta al lote completo, independiente de cómo se establezca la especialización en las Tipologías seleccionadas”.*

“Nº de perfiles a incorporar:

Para la presentación del Acuerdo Marco, ¿se deben incorporar todos los perfiles generalistas indicados en la cláusula 5 del PCAP para la tipología que se desea aplicar (Jefe de Proyecto, Consultor, Arquitecto, Ingeniero, Analista-Programador)?

Respuesta: *Sí*

Corrección 11 de marzo:

Descripción de la Consulta

Nº de perfiles a incorporar: Para la presentación del Acuerdo Marco, ¿se deben incorporar todos los perfiles generalistas indicados en la cláusula 5 del PCAP para la tipología que se desea aplicar (Jefe de Proyecto, Consultor, Arquitecto, Ingeniero, Analista-Programador)?

- *La respuesta dice: Sí.*
- ***La respuesta debe decir: No”.***

Pueden resultar adjudicatarias del Acuerdo marco, *“todos los licitadores admitidos que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación”* (apartado 26, cláusula primera).

Cuarto.- El 26 de agosto de 2021, se presentó el recurso especial en materia de contratación, solicitando la nulidad de la exclusión.

Quinto.- El 7 de septiembre 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).

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, 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 licitadora en el procedimiento, *“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.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 9 de agosto de 2021, e interpuesto el recurso el 11 de agosto 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 del contrato, en el marco 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.b) y 2.b) y c) de la LCSP.

Quinto.- El recurrente alega que solo tenía que ofertar a los perfiles propios de la tipología a la que se presentaba.

Argumenta el recurrente sobre la cláusula 5. del PPT, que no exigiría como necesarios los perfiles que omite en su oferta económica para la modalidad a la que se presenta. Los perfiles recogidos son:

<u>Perfil Generalista</u>	<u>Perfil Especializado</u>
Jefe de Proyecto	
Consultor	Especialista en Oficinas de Gestión de Proyectos
Analista Programador	Técnico de Gestión

Afirma el órgano de contratación que era obligatorio incluir ofertas para todos los perfiles profesionales, aunque no se exigieran para la tipología concreta, habiendo respondido de esa forma a una consulta de los licitadores (transcrita en antecedentes). La oferta del recurrente incurre en causa de exclusión, por aplicación de la cláusula 14.1. B) del PCAP. Afirma la cláusula:

“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. 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”.

A juicio de este Tribunal, existe contradicción en las respuestas a las consultas de los licitadores, la relativa a la necesidad de ofertar precios a todos los perfiles y la que refiere a la necesidad de disponer de los mismos, afirmando que una cosa son los precios y otra su disponibilidad.

Si bien existe una respuesta que afirma la necesidad de ofertar a todos los perfiles, hay otras muchas que remiten a las tipologías.

Se recogen algunas entresacadas de los 80 folios de preguntas y respuestas:

“Se debe presentar un Anexo X por cada tipología de servicio (Lote 1) o tecnología (Lote 2)? En caso de que solo sea necesario presentar un solo anexo X, ¿Se debe indicar la suma de todos los proyectos en cada tipología, o bien la más restrictiva (valor menor)?”

Respuesta: Sí. Se ha de presentar un Anexo X para cada uno de las tipologías en las que se haya otorgado porcentaje de especialización”

El Anexo X, es la declaración responsable a presentar sobre la documentación técnica para la clasificación de los licitadores y ya expresa que hay que presentar uno por tipología.

“¿Se interpreta que valor vacío en una tipología es la falta de interés o capacitación de la empresa en esa tipología?”

Respuesta: El valor cero o vacío en una tipología indicará que la propuesta del licitador no incluye dicha tipología”.

“Tenemos interés en presentarnos al LOTE de Consultoría y Diseño, ya que somos expertos y tenemos experiencia contrastada en todo lo referente a "Capacitación Digital". No obstante, no lo somos en algunas tipologías de actuaciones

y metodologías incluidas en este lote. ¿Es requisito fundamental para poderse presentar a este LOTE tener experiencia en todas las tipologías?

Respuesta:

No es requisito tener experiencia en todas las demás Tipologías para ofertar a la de Capacitación Digital”.

“Me gustaría confirmar la indicación al respecto de que los lotes son indivisibles y por ello únicamente se podría optar al lote 1 o al lote 2 en su totalidad, ¿o cabe la posibilidad de presentarse a alguno de los servicios dentro de cada uno? División en lotes: Sí De conformidad con el artículo 99.3 de la Ley de Contratos, las tipologías incluidas en cada lote no constituyen un lote independiente, pues la ejecución de los contratos basados requiere de diferentes prestaciones de una, varias o todas las tipologías concurrentes en cada lote, por lo que la división en lotes haría imposible la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico. Número máximo de lotes a que los empresarios podrán licitar: Los licitadores podrán presentar oferta a todos los lotes.

Respuesta: Hay que presentar una oferta por cada Lote, indicando los puntos que se dan a cada una de las tipologías, esto es, se puede presentar a 1 sólo lote otorgando el 100% de especialización a 1 sola tipología”.

“Capítulo VII, clausula 42, punto 2 Selección de adjudicatarios, el texto dice: “...siguiendo el orden de clasificación de adjudicación del contrato basado por orden decreciente para cada lote...”, mientras que en el Capítulo I, cláusula 10 establece que “La clasificación de las empresas adjudicatarias del acuerdo marco se hará para cada una de la tipologías específicas...”. Aclarar si la clasificación se hará por lote o por tipología.

Respuesta: La clasificación se hace para cada una de las tipologías”.

“Si una empresa solo se presenta con 1 Tipología en 1 Lote, ¿estaría descartada a la hora de poder licitar un Acuerdo Basado que requiera de varias tipologías/lotes? Respuesta: Efectivamente”.

*“Según se señala en el pliego, el licitador tiene que identificar 1 Jefe de Proyecto y 1 Consultor para cada una de las tipologías. ¿Tiene que cubrir así mismo la totalidad de los perfiles que aparecen en la cláusula 5.2 para cada una de las tipologías?
Respuesta: No”.*

“¿Es posible que un mismo perfil (Consultor, Programador Analista, Jefe de Proyecto, etc.), figure en varios Equipos de Trabajo / Tipologías dentro de un mismo Lote, o en los 2 Lotes? No queda claro en el Pliego si por “Técnico” se refiere a un perfil en general (cualquiera), o a un perfil de tipo Técnico, como puede ser un programador.

Respuesta: En la fase de licitación del Acuerdo Marco, por 'Técnico' se refiere a los perfiles de Jefe de Proyecto y Consultor, que no podrá estar asignados a más de una Tipología ofertada”.

“Siguiendo como ejemplo en esta Tipología, ¿Bastaría proponer 1 Equipo de Trabajo formado por 1 Jefe de Proyecto y 1 Consultor Especializado, o es necesario proponer tantos perfiles especializados como figuran en cada Tipología?

Respuesta:

En la fase de licitación del Acuerdo Marco, es suficiente con proponer un Jefe de Proyecto y un Consultor por cada una de las Tipologías ofertadas”.

“De acuerdo con esta cláusula, Jefe de Proyecto y Consultor son los perfiles a aportar en este momento para ambos lotes y todas las tipologías para homologar en el Acuerdo Marco, ¿correcto?

Respuesta: Correcto”.

*“En el caso de indicar un 0% en una de las tipologías, queda descartada la participación en dicha tipología? O simplemente queda descartada la obtención de los puntos asociados (máxima puntuación de 50) en la clasificación para dicha tipología?
Respuesta: Si el licitador asigna un 0% a una Tipología, está indicando que no tiene especialización en ella y, por lo tanto, descarta su participación en la licitación de los Contratos Basado”.*

“Asociado al punto anterior, si un contrato basado incluye varias tipologías. ¿se requiere que la empresa que licite a dicho contrato basado esté homologada en todas las tipologías incluidas en dicho contrato basado?”

Respuesta: Sí”.

Por otro lado, no sería necesaria una cláusula del PPT que lleva por título precisamente “perfiles susceptibles de inclusión en los contratos basados”, si fuera necesaria la inclusión de todos los perfiles independientemente de la tipología a la que se concurre.

También es acorde a la selección y clasificación de los licitadores por tipologías.

Tal y como señala la cláusula 2 del PPT: *“La selección de las empresas proveedoras se realizará por distintas tipologías de actuaciones y metodologías o tecnologías relacionadas con la transformación digital, y su ejecución concreta se propondrá por MD a las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco por medio de Contratos Basados”.*

Y el apartado 2 de la cláusula 6 del PPT: *“Tipologías de actuaciones y metodologías o tecnologías seleccionadas. La propuesta del licitador incluirá la relación de tipologías de actuaciones y metodologías o tecnologías para las que tiene capacidad de ejecución de Contratos Basados. Adicionalmente, indicará la distribución de los puntos de especialización que asigna a cada tipología de actuaciones y metodologías o tecnologías. Para ello, el licitador deberá seguir el procedimiento establecido en el ANEXO 2. Tipologías de Actuaciones y Metodologías o Tecnologías a Seleccionar”.*

En el mismo sentido, la cláusula 5 del PPT afirma que el Equipo de Trabajo comprenderá los perfiles de la tipología: *“El Equipo de Trabajo estará formado por un*

conjunto perfiles, que cubrirán las tipologías de actuaciones y tecnologías alcance del Contrato Basado correspondiente”.

La documentación presentada, la clasificación de los licitadores, su selección y la participación en los contratos basados en el marco se verifican por tipologías, no por el conjunto de ellas incluidas en cada lote.

La interpretación del licitador en cuanto a los perfiles ofertados económicamente a la tipología por la que participa es compatible con los Pliegos y con las respuestas vinculantes a las múltiples consultas (se han seleccionado algunas) realizadas sobre los mismos, y en concreto sobre las tipologías y los lotes.

No siendo contraria su lectura a esta documentación, no es posible una interpretación en su perjuicio, porque la interpretación de las cláusulas oscuras del contrato no puede ir en menoscabo de sus derechos a la participación en el procedimiento (artículo 1288 Código Civil).

También esta interpretación a favor de su continuidad en el procedimiento es compatible con otras cláusulas del Pliego. Así la que dispone sobre la fórmula precio que *“la puntuación económica será de 75 puntos, aplicable de forma proporcional a la media de los precios unitarios de los perfiles especificados en el apartado 5 de la presente cláusula Primera, ofertados por los Licitadores”* (apartado 9, cláusula primera).

La media de los precios ofertados se extrae dividiendo los precios por perfiles ofertados entre el número de perfiles, se oferten todos los del Anexo o no.

La Cláusula 14. B) del PCAP, en relación con el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. y 139 de la LCSP, cabe sean

interpretadas en relación con la oferta de perfiles en el sentido la misma no impide conocer cuál es la voluntad del licitador que concurre 100% a una sola tipología, que no exige otros perfiles que los ofertados.

Por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso con inclusión del recurrente en la tipología del lote licitado, por la puntuación que le corresponda.

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 legal de The Business Innovation Consulting Group S.L, contra la Resolución de 10 de agosto de 2021 de la Agencia para la Administración Digital de la Comunidad de Madrid de adjudicación y exclusión de la licitación “Acuerdo Marco titulado consultoría, diseño y factoría de servicios innovadores para la transformación digital de la comunidad de Madrid (2 lotes), para su adjudicación por procedimiento abierto con pluralidad de criterios”, ecom-000238-2020, anulando su exclusión por la causa consignada.

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.- 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.