

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don S.D.S., en nombre y representación de Club de Tenis y Pádel Tres Cantos, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 29 de julio de 2014, de exclusión de la “Contratación de las escuelas deportivas municipales de tenis iniciación, inclusivo y para adultos del Ayuntamiento de Tres Cantos”, nº de expediente: 2014/11, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 18 de junio de 2014 se publica en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid la convocatoria para la adjudicación de la “Contratación de las escuelas deportivas municipales de tenis iniciación, inclusivo y para adultos del Ayuntamiento de Tres Cantos”, a adjudicar por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 1.226.550 euros.

Segundo.- A la licitación presentaron oferta los siguientes licitadores:

- Club de tenis y pádel de Tres Cantos (Club de Tenis).
- Ferrovial Servicios, SA (Ferrovial).

- UTE Ebone Servicios Educación Deporte, S.L. - Innovaser 360, S.L. (UTE).

En el sobre “B” correspondiente a criterios de adjudicación no evaluables de forma automática, del Club de Tenis, figura la siguiente información:

“propuesta económica:

- la mínima = 719.576 €”.

El día 29 de julio de 2014 se reúne la Mesa de contratación para proceder a la apertura de los sobres que contenían las ofertas económicas, constando que Club de Tenis presenta la siguiente oferta económica: *“...ofertando por el periodo de vigencia inicial del contrato (cuatro años) un precio de:*

Base imponible: 817.700 euros.

IVA: Exento

Importe total de la oferta 719.576 euros”.

Ante la contradicción de las cifras leídas en el acto público, el representante del Club de Tenis señala que su oferta económica asciende a 719.576 euros.

Seguidamente la Mesa de contratación acuerda la exclusión de la licitación del Club de Tenis del procedimiento de licitación por presentar una oferta económica contradictoria, en la que figuran dos cifras distintas, figurando en el acta que *“preguntado el licitador, este expresa que el importe de su oferta económica es la cifra menor, coincidiendo con el importe manifestado en la documentación incluida en el sobre “B”, criterios no evaluables automáticamente, en cuyo caso se habría tenido conocimiento de su oferta, respecto de los elementos evaluables mediante fórmula, en el momento de evaluar los elementos valorables mediante juicio de valor”.*

Con fecha 1 de agosto el representante del Club de Tenis presenta escrito en el que indica que *“...habiendo tenido conocimiento, de manera informal, de que el Club de Tenis y Pádel de Tres Cantos estaría excluido del concurso del expediente...”*

querría realizar varias aclaraciones al respecto...". Resumidamente las aclaraciones son:

- Indica que el motivo de la posible exclusión sería haber introducido la propuesta económica en el sobre "B", afirmando que tal hecho no se ha producido ya que lo que se transcribe en el documento es un *guión-resumen*, de uso exclusivamente interno del Club de Tenis donde, a modo de recordatorio, se indica la mínima cantidad en la oferta económica para no incurrir en baja temeraria y que en ningún caso se trata de la oferta económica definitiva que no se ha producido un efectivo conocimiento por parte de los técnicos de las condiciones reales de su oferta económica que hubiera podido crear una situación de desigualdad por lo que no procede su exclusión.

El 8 de agosto se procedió a la notificación del acuerdo de exclusión.

Tercero.- El día 22 de agosto el Club de Tenis y Pádel de Tres Cantos anuncia la interposición de recurso especial en materia de contratación, presentando el correspondiente recurso ante este Tribunal el 27 de agosto.

El recurso solicita:

1.- Anular la resolución de la Mesa de contratación del Ayuntamiento de Tres Cantos de 29 de julio de 2014, notificada el 8 de agosto, por la que se acuerda excluirla del procedimiento abierto de adjudicación del contrato de servicios de referencia, retrotrayéndose las actuaciones al momento en que se procedió a la exclusión, y acordándose su inclusión en dicha licitación, puesto que se han cumplido todos los requisitos exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de referencia.

2.- Declarar la falta de solvencia técnica exigida de la empresa Ferrovial Servicios, S.A.

3.- Declarar la falta de capacidad para contratar de la UTE Ebone-Innova por no tener en su objeto social la actividad objeto del contrato.

Cuarto.- El día 2 de septiembre de 2014 se recibió el expediente de contratación junto con el informe preceptivo a que hace referencia el artículo 46.2 del TRLCSP.

Quinto.- Por la Secretaría del Tribunal se concedió trámite de alegaciones a los restantes interesados, habiéndose formulado por Ebone Servicios, Educación y Deporte, S.L. En resumen alega que el acuerdo adoptado por la Mesa de contratación por el que se excluye del procedimiento de adjudicación a la entidad recurrente es ajustado a Derecho. Si se admitiese como defecto subsanable, se estaría dando la oportunidad a la recurrente de validar la oferta que más le conviniese de las dos incluidas por la misma en los sobres “B” y “C”, una vez conocidas el resto de las propuestas por haberse producido ya la apertura de todos los sobres “B”, lo que le reportaría una irregular ventaja. Sin perjuicio que supondría consentir que un licitador hubiese presentado más de una proposición, lo cual está expresamente proscrito en el Pliego y en todo caso por el artículo 145.3 del TRLCSP.

Por lo que respecta a la solvencia técnica de Innovaser-360, S.L., afirma en su escrito de alegaciones que esta cuestión fue valorada y resuelta por la Mesa de Contratación en la sesión celebrada para la apertura de los sobres “A”. Este acuerdo no fue impugnado, por lo que el recurso en este punto concreto debe ser inadmitido sin más por haber sido presentado extemporáneamente, de forma que dicho acuerdo ha devenido como acto firme y consentido. En cualquier caso, no es cierto lo alegado por la entidad recurrente, pudiéndose constatar en la documentación presentada por la exponente (Certificado ROLECE) que el objeto social de Innovaser-360, S.L. comprende la actividad que se pretende contratar, por lo que no concurre la causa de exclusión invocada por aquélla.

Sexto.- Por el Tribunal se acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación el día 10 de septiembre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 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.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial por tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato objeto de impugnación, *“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 documenta la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- La interposición se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 44.2 del TRLCSP, pues el acuerdo impugnado es de 29 de julio de 2014, practicada la notificación el día 8 de agosto y el recurso se interpuso el día 27 del mismo mes estando, por tanto, dentro de plazo.

Cuarto.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto, de una parte, contra la exclusión de un contrato de servicios clasificado en la categoría 26, de cuantía superior a 207.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial al amparo del artículo 40.1.b) y 40.2.c).

Por otra parte el recurso se interpone contra la admisión a la licitación de Ferrovial, por falta de solvencia técnica, y de UTE Ebone Servicios Educación Deporte, S.L. - Innovaser 360, S.L. por falta de capacidad para contratar por no tener su objeto social la actividad objeto del contrato.

Según dispone el artículo 40.2 del TRLCSP podrán ser objeto del recurso especial en materia de contratación los siguientes actos:

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación,

determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.

El recurso en este caso se dirige contra un acto de la Mesa de contratación que supone la admisión de los licitadores lo que no determina imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión, por lo que no constituye un acto de los previstos en el artículo 40.2 b) del TRLCSP. No obstante, la disconformidad con la tramitación del procedimiento, con la valoración de la documentación administrativa o cualesquiera otros actos de trámite pueden ser invocados en el recurso que en su caso se pudiera interponer contra la adjudicación.

Por tanto, como dispone el artículo 40.3 del TRLCSP, los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 del artículo 40 del TRLCSP, podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

El Tribunal en consecuencia con lo anterior, considera que debe inadmitir el recurso respecto de las pretensiones de exclusión de las licitadoras Ferrovial y UTE Ebone - Innovaser.

Quinto.- El asunto de fondo es la adecuación a Derecho de la exclusión de la oferta del Club de Tenis y Pádel de Tres Cantos *“por presentar una oferta económica contradictoria, en la que figuran dos cifras distintas”.*

El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no*

guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara 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 la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

Asimismo, según las cláusulas 11 y 13 PCAP:

- Cláusula 11, sobre nº C “criterios evaluables de forma automática”.

“En este sobre C se incluirá la proposición económica, que se presentará redactada conforme al modelo fijado en el anexo II al presente pliego, no aceptándose aquellas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente e modelo establecido, importase 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 en algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido...”.

- Cláusula 13.- actuaciones de la mesa de contratación.

“...Serán rechazadas las proposiciones cuyas ofertas económicas incurran en defectos no subsanables, tales como contradicciones, omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Mesa de Contratación estime fundamental para considerar la oferta; no guardar concordancia con la documentación examinada y admitida; exceder del presupuesto máximo de licitación; variar sustancialmente el modelo establecido; comportar error manifiesto en el importe de la proposición, o el reconocimiento por parte del licitador de error o inconsistencia que la hagan inviable”.

Sostiene el recurso que la posible causa de exclusión aducida por el Ayuntamiento es nula, toda vez que una interpretación correcta del citado artículo 84 establece que el secreto de las proposiciones no puede ser causa de exclusión de un licitador con posterioridad a que se hayan abierto las proposiciones de la oferta económica, como es el caso que nos ocupa. En el presente caso, Club de Tenis no fue excluido por la Mesa con anterioridad a la apertura de la oferta económica, por lo que no sería posible su exclusión más allá de los límites del arto 84 del RGLCAP. En cuanto a la contradicción de las cifras que figuran en la oferta económica señala que la oferta contenía un error tipográfico en el apartado base imponible, pero es indubitado el contenido de la proposición efectuada y ratificado en el acto de la apertura que el precio total ofertado para la prestación del servicio objeto de contratación, que figura invariable en dicho documento, tal y como se recoge en el acta de la Mesa, es el de 719.576 euros. La aclaración al error en la oferta económica no supone modificación alguna a la oferta inicialmente dada, teniendo en cuenta que a otros licitadores que también han cometido errores en su oferta se les ha ofrecido la posibilidad de subsanación, por lo que no se ha respetado el principio de igualdad de trato.

En relación con el objeto del recurso planteado resulta acreditado que la oferta económica presentada por el Club de Tenis presenta una discrepancia entre el importe expresado como base imponible y en el importe total, se trata pues de determinar si tal error es determinante del rechazo automático o si, de la documentación que compone la proposición se pudiera concretar cuál es verdaderamente la voluntad de la licitadora y cuál de los importes es el erróneo. Entiende la recurrente que procede dar prevalencia al importe señalado como total, dado que también coincide con el indicado en el sobre B. Este sería un posible criterio interpretativo de su voluntad, aceptable en cuanto integra los diferentes elementos de la proposición si no fuera porque dicho sobre, relativo a criterios sujetos a juicio de valor, no puede contener información relativa a los valorables mediante cifras o porcentajes.

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 General de la Unión Europea de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781).

En el asunto examinado, a la vista del error padecido por la adjudicataria 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, interpretando su declaración a la vista del resto de documentación que compone la proposición.

En este caso, se evidencia una contradicción interna entre los importes que figuran en la oferta económica, lo que obligaría a la Mesa a rechazar la proposición de Club de Tenis, pues dado que como más arriba se ha indicado, se trata de un error fácilmente constatable y no encuentra aclaración mediante el examen de la documentación que se adjunta a la oferta económica. Tampoco se puede admitir que esa sea la cifra que realmente se pretendía ofertar en base a que es la misma que figura en el sobre "B", pues en ese caso lo que se ha producido es el descubrimiento del secreto de la oferta económica con anterioridad al momento en que procedimentalmente procede. Por tanto la proposición debe ser rechazada por este motivo y también, como ha hecho constar la Mesa de contratación, por haber desvelado el secreto.

Sostiene el recurso que dado que al analizar la documentación del sobre "B" no fue excluida no procede hacerlo en un momento posterior. Sin embargo la Mesa de contratación no tuvo conocimiento del contenido íntegro de la oferta técnica que remitió al técnico encargado de su valoración y no es hasta el momento de detectar la contradicción en el importe de la oferta económica cuando el propio licitador pone de manifiesto que su importe es perfectamente determinable pues coincide con el

que había manifestado en dicha documentación. Por tanto es cuando tiene conocimiento de la infracción del procedimiento cuando puede dictar el acuerdo de exclusión.

Cabe mencionar que el artículo 145 del TRLCSP recoge que “1. *Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.*

2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (...).”

El TRLCSP señala en su artículo 150 que “2. (...) *La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”.*

Parece clara la intención del legislador de mantener la imparcialidad de los técnicos a la hora de valoración de las ofertas, cuestión que se desarrolla por el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDPLCSP), que establece que “*la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquellos”.*

En este sentido el Tribunal, en diversas Resoluciones ha manifestado que de admitir las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de

documentación, la de carácter técnico susceptible de valoración mediante juicio de valor presentada por éstas puede ser, y de forma inevitable será, valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta, vulnerando así la garantía de los terceros, debiendo inadmitirse las proposiciones cuando se aprecie que con ella se vulneró lo dispuesto en el artículo 145 del TRLCSP acerca del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la licitación pública.

Tanto este Tribunal como otros órganos encargados de la resolución del recurso especial en materia de contratación, en sus resoluciones, han sentado el criterio de confirmar la exclusión de aquellos licitadores en el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor.

Cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de la apertura, rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario a lo previsto en el artículo 160 del TRLCSP. Este precepto dispone que, *“En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”*, y en todo caso contrario al artículo 145.2 del TRLCSP cuando expresa que, *“las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”*.

En todo caso se trata de evitar un riesgo potencial de contaminación del juicio del técnico encargado de la valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocida la documentación valorable mediante fórmula. Por tanto la inclusión del valor de la proposición económica en el sobre de documentación de los criterios susceptibles de juicio de valor determina la exclusión del licitador sin perjuicio de que el conocimiento de la Mesa de contratación se haya producido con posterioridad a la apertura de la oferta económica.

En consecuencia, de la documentación incorporada al sobre “C” correspondiente a criterios valorables mediante cifras o porcentajes no es posible despejar cuál de las dos cifras que figuran en la oferta económica de Club de Tenis es la que realmente ha querido ofertar. Tampoco es aceptable la integración a través de la cifra señalada en el sobre “B” correspondiente a criterios susceptibles de juicio de valor, pues en ese caso se ha desvelado el secreto de la oferta económica con anterioridad a la valoración de estos criterios tal como dispone el artículo 150.2 del TRLCSP. Por ello procede el rechazo de la oferta de Club de Tenis tal como acordó la Mesa de contratación.

Tampoco se puede apreciar desigualdad de trato respecto de la aclaración admitida a otra licitadora que hizo su oferta por el importe anual, habiendo aclarado que el importe total es el anual multiplicado por la duración del contrato, pues se trata de una aclaración que no implica modificación de la oferta y es una situación diferente a la que concurre en la recurrente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.2 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.- Desestimar el recurso interpuesto por don S.D.S., en nombre y representación de Club de Tenis y Pádel Tres Cantos, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 29 de julio de 2014, de exclusión de la “Contratación de las escuelas deportivas municipales de tenis iniciación, inclusivo y para adultos del Ayuntamiento de Tres Cantos “, nº de expediente: 2014/11.

Segundo.- Inadmitir el recurso en cuanto a la pretensión de declarar la falta de solvencia exigida de Ferrovial y falta de capacidad de contratar de la UTE Ebone-Innova por no tener su objeto social la actividad objeto del contrato.

Tercero.- 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.

Cuarto.- Levantar la suspensión de la tramitación del expediente de contratación acordado por este Tribunal el 10 de septiembre.

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 49 del TRLCSP.