

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

En Madrid, a 28 de mayo de 2020.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Vending 4, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos de fecha 26 de febrero por el que se adjudica el contrato de “Servicio de catering mediante máquinas expendedoras de bebidas refrescantes, calientes y de productos sólidos, instaladas en las dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos número de expediente 20/18”, este Tribunal ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN**

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.-** Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Arroyomolinos alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 264.000 euros y su plazo de duración será de dos años.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores.

**Segundo.-** Interesa destacar a los efectos de resolver el presente recurso los siguientes apartados de ANEXO I: CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, así como el Anexo II Modelo de proposición económica.

**“16.- CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.**

**Criterios valorables en cifras o porcentajes.....hasta 75 puntos.**

a) *Oferta económica ..... Hasta 44 puntos.*

*Las ofertas se puntúan hasta 44 puntos. Se otorgará la máxima puntuación a la oferta con el porcentaje de contraprestación al Ayuntamiento más alto y el resto se puntuarán proporcionalmente con arreglo a la siguiente fórmula.*

$$P = \text{MáxP} - 1,5 \times ((M.OF - OF) / M.OF) \times 100$$

*P = Es la puntuación correspondiente a la oferta a valorar (si resulta negativa se asignan 0 puntos).*

*MáxP = Máximo de puntos a otorgar (44 en este caso).*

*OF = Es la oferta correspondiente al licitador que se valora.*

*M.OF = Mejor oferta de las presentadas.*

b) (...).

c) *Importe mensual a percibir por el adjudicatario si se desea mantener una máquina no rentable.....Hasta 4 puntos.*

*Se otorgarán 4 puntos a la empresa que realice la mayor baja, 0 puntos si no se realiza ninguna baja sobre los 125,00 euros (IVA no incluido) fijados inicialmente en el pliego y el resto de ofertas se puntuarán de manera proporcional.*

(...)?

**‘Cláusula 17.- DOCUMENTACIÓN TÉCNICA A PRESENTAR EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.**

**(SOBRE3) (Criterios valorables en cifras o porcentajes).**

a) *Oferta, del porcentaje de la recaudación, a recibir por el Ayuntamiento de Arroyomolinos (oferta mínima 25%).*

b) (...).

c) *Oferta de importe mensual a percibir por mantener una máquina no rentable (importe mensual máximo a percibir 125,00 euros más IVA) (...).*

## **ANEXO II**

### **MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA**

*D./Dña....., con DNI número.....en nombre (propio) o (de la empresa que representa) ..... con NIF.....y domicilio fiscal..... en.....calle.....número..... enterado del anuncio publicado en el (perfil de contratante, DOUE) ..... del día..... de..... de..... y de las condiciones, requisitos y obligaciones sobre protección y condiciones de trabajo que se exigen para la adjudicación del contrato de..... se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio anual de .....Euros (en número), al que corresponde por IVA la cuantía de .....Euros, (en número), totalizándose la oferta en .....Euros (en número), todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente.*

*En la elaboración de esta oferta se han tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad”.*

Tras el normal desarrollo de la licitación se procede a adjudicar el contrato a Gestión de Máquinas S.A., mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos adoptado el 26 de febrero de 2020.

**Tercero.-** El 23 de marzo de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Vending 4 S.L., (en adelante Vending) en el que se solicita se declare inadmisibile la oferta de la adjudicataria en base a los errores cometidos en su formulación, así como en los defectos que en la fase de clasificación de la documentación se evidenciaron y que se permitió subsanar por parte del órgano de contratación.

El 12 de mayo de 2020, 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 transpone 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 (en adelante LCSP).

**Cuarto.-** Los plazos para la tramitación del presente procedimiento administrativo de recurso quedaron suspendidos desde el 14 de marzo hasta el 7 de mayo de 2020, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prorrogado sucesivamente por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril. Asimismo, mediante la disposición adicional octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019, se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, cuando su tramitación se realice por medios electrónicos, con extensión de la medida a los recursos especiales.

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 al resto de interesados de 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. Finalizado el plazo el adjudicatario ha presentado escrito de alegaciones fundamentando en similares términos que el órgano de contratación.

## **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 clasificada en segundo lugar, *“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 adoptado el 26 de febrero de 2020, practicada la notificación el 6 de marzo de 2020, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 23 de marzo de 2020,

dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

**Cuarto.-** El recurso se interpuso contra la 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.c) de la LCSP.

**Quinto.-** En cuanto al fondo del recurso se fundamenta en la posible inadmisión de la oferta presentada por la licitadora por albergar diversos errores.

En primer lugar muestra su desacuerdo a la posibilidad habilitada al hoy adjudicatario de subsanar la documentación administrativa, que la Mesa de contratación le requirió y que no cabía otra opción que haber declarado su inadmisión, sin posibilidad de subsanación.

En segundo lugar muestra su desacuerdo con el requerimiento de aclaración que se produce a la entidad *“Gestión de Máquinas S.A, en relación con su oferta de conformidad con lo establecido en el pliego de condiciones administrativas, en concreto en su Anexo I, en su criterio 16, referente a ‘CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN’, en su punto c) señala: ‘Importe mensual a percibir por el adjudicatario si desea mantener una máquina no rentable .....Hasta 4 puntos, y en el Anexo II, MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA, en su apartado, RESTO DE CRITERIOS VALORABLES EN CIFRAS O PORCENTAJES, claramente señala en su punto segundo : Importe mensual a percibir por el adjudicatario si desea mantener una máquina no rentable. Realiza una baja (IVA NO INCLUIDO) de.....euros’.*

*Según los hechos relatados por el órgano de contratación y refrendados por el adjudicatario en su escrito de alegaciones, GESTIÓN DE MÁQUINAS, S.A., en su oferta señaló que ofrecía una baja de 90 euros/mes para las máquinas que pudieran resultar no rentables que se decidiera por la misma mantener”.*

En este sentido el informe de valoración del técnico informante de las ofertas

de fecha 11 de noviembre de 2019, pone de manifiesto literalmente lo siguiente: “C) *Importe mensual a percibir por el adjudicatario si se desea mantener una máquina no rentable:*

*La empresa VENDING 4, refleja una baja de 5 Euros/mes.*

*La empresa GESTIÓN DE MÁQUINAS, refleja una baja de 90 Euros/mes.*

*Según los términos de los pliegos, las puntuaciones serían las siguientes:*

- *VENDING 4, S.L. 0,22 puntos.*
- *GESTIÓN DE MÁQUINAS, S.A. 4 puntos.*

*No obstante, el técnico que suscribe, solicita de la mesa que, previo a la adjudicación o previo a la aceptación del presente informe, GESTIÓN DE MÁQUINAS aporte una aclaración sobre este punto dado que en la cláusula 17 del Anexo I al PCAP se indica que dentro del sobre 3 se deberá incluir ‘Oferta de importe mensual a incluir por mantener una máquina no rentable (Importe máximo a percibir 125,00 euros más IVA)’. **Esto podría haber dado lugar a error al licitador que, en su oferta, hubiera puesto el importe a percibir, en lugar del importe de la rebaja sobre el total.** En este segundo caso, las puntuaciones serían:*

- *VENDING 4, S.L. 0,57 puntos.*
- *GESTIÓN DE MÁQUINAS, S.A. 4 puntos.*

*Cabe reseñar que, como se puede ver en la tabla final, utilizando para la suma total cualquiera de las dos puntuaciones anteriormente mencionadas, no varía el licitador más ventajoso. No obstante, para dicho cálculo, se utiliza el que mayor puntuación otorga a la empresa VENDING 4 en comparación con importe ofertado (...).”*

La Mesa de contratación celebrada el día 14 de noviembre de 2019, en base al informe recibido acuerda solicitar dicha aclaración haciendo constar en el acta: “*El Informe técnico elaborado solicita a los miembros de la Mesa tal y como ha recogido en su informe, que se haga un requerimiento a la mercantil para que aclare el punto c) del mismo. ‘Importe mensual a percibir por el adjudicatario si se desea mantener una máquina no rentable’. El técnico entiende que ha pasado lo siguiente: El ayuntamiento ofrece pagar al licitador un máximo de 125 euros/mes por cada máquina*

*no rentable. Por otro lado, en el pliego técnico se dice que el licitador deberá indicar qué descuento haría él al ayuntamiento sobre los 125 euros y, por otro lado, el PCAP en su apartado 17, dice que el licitador deberá indicar qué importe oferta él para que el ayuntamiento le pague al mes por máquina no rentable. Esto puede dar lugar a error y el técnico cree que lo que ha querido decir el licitador, es que los 90 euros/mes que ha reflejado de baja en su oferta económica, no se refiere a que sobre los 125 euros/mes que ofrece el Ayuntamiento, él vaya a hacer una rebaja de 90 euros, sino, que la rebaja real serían 35 euros.*

*Por eso, habiéndose hecho el cálculo de las dos formas, tal y como se recoge en el informe, y no afectando a la puntuación final, aun así, considera que es mejor que este punto quede aclarado antes de aprobar la adjudicación. Los miembros de la Mesa estando de acuerdo, deciden por unanimidad lo siguiente: Requerir a la mercantil GESTIÓN DE MÁQUINAS, S.A., que aclare el punto mencionado anteriormente”.*

Este informe fue admitido por unanimidad por la Mesa de contratación celebrada el 14 de noviembre de 2019, requiriendo a Gestión de Máquinas que aclarase el punto referido quien comunica a la Mesa de contratación que efectivamente ese era el sentido de su oferta en atención a la literalidad del apartado 16 y 17 del Anexo I al PCAP.

En tercer lugar el recurrente alega que en el punto quinto del Anexo I, al que se remite la cláusula 7 del pliego de condiciones administrativas, que es el que se refiere a presupuesto base de licitación y crédito en que se ampara, establece que *“Por la autorización de la instalación y explotación de las 34 máquinas expendedoras relacionadas en el pliego técnico, el Ayuntamiento de Arroyomolinos recibirá, de la empresa adjudicataria, el 25% de la recaudación mensual existente en cada máquina. Dicho porcentaje podrá mejorarse al alza, por los licitadores en su oferta (...).”*

*“(...) Por parte de VENDING 4, cumpliendo con los requerimientos del pliego se realizó una oferta consistente en un porcentaje del 30% de la recaudación mensual, mientras que por GESTIÓN DE MÁQUINAS, S.A., no se ofreció un porcentaje de la*

*facturación ya que, incumpliendo el pliego, procedió a ofrecer la cantidad de 21.000 euros anuales”.*

Se ha de señalar, como así se recoge en el acta de fecha 7 de noviembre de 2019, que una vez finalizada la lectura de las cifras de ambas ofertas en acto público, el representante de la mercantil Gestión de Máquinas, S.A., pregunta si había posibilidad de poner la comisión en tanto por ciento, a lo que la Mesa de contratación, le responde que sí, que aunque debería ponerse el importe económico, la oferta anual puede deducirse de un simple cálculo aritmético. Vending 4, S.L., ha presentado la comisión en porcentaje (30%) sobre la recaudación anual estimada (60.000 euros), equivalente a 18.000 euros y Gestión de Máquinas, S.A., ha presentado la comisión en euros (21.000 euros) sobre la recaudación anual estimada (60.000 euros) que equivalen a un 35%. En el punto 17 del anexo I al PCAP se pide la oferta en porcentaje. Sin embargo, en el anexo II *“Modelo de proposición económica”* el importe se pide en cifra (no en porcentaje). Es una contradicción en la manera de presentar la oferta económica que se puede subsanar con una simple operación aritmética, que se deriva de la propia documentación de los pliegos.

Centrado ya los aspectos facticos del recurso, es indudable que nos enfrentamos ante una subsanación de la documentación administrativa y una aclaración de la oferta económica, que ha sufrido error en su formulación o no según se formule en base a lo establecido en el PCAP o en base a lo establecido en el modelo de proposición económica.

Esta posibilidad de contradicción es ciertamente frecuente y salvo que se impugne el PCAP para proceder a su corrección la Mesa de contratación debe entender como válidas las ofertas, se presenten de conformidad con los pliegos o con el modelo de proposición económica, mas aun en este caso que fácilmente se transforman dichas presentaciones, porcentual o en cifras, o el ahorro al Ayuntamiento en el caso de maquinas que decaigan en pérdidas económicas.

Es cierto que en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma la modificación de las ofertas a través del mecanismo de la subsanación o la ampliación del plazo para el cumplimiento de determinados requisitos por ejemplo constituirían límites que no podrían ser superados por una subsanación de los eventuales defectos padecidos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015, considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: *“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”*.

Se ha de destacar asimismo el literal del artículo 84 del Real Decreto Ley 1098/2001 que aprueba el Reglamento General a la Ley de Contratos de la

Administración Pública, donde se establece que las ofertas erróneas serán excluidas cuando comporten error manifiesto, pero por el contrario el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido no será causa bastante para el rechazo de las proposiciones. Siendo esta la situación que se ha producido en la licitación.

En todo caso un error de la administración, nunca podrá perjudicar a los terceros de buena fe, por lo que la incongruencia entre el texto del PCAP y el modelo de proposición económica siempre se resolverá a favor del licitador.

En cuanto a la posibilidad de subsanación de la documentación administrativa, ya no solo se pueden aplicar los mismos principios jurisprudenciales antiformalistas mencionados anteriormente, sino que además el propio derecho positivo la admite en el artículo 141.2 párrafo segundo de la LCSP: *“Cuando se aprecien defectos subsanables, dará un plazo (sic la mesa de contratación) de tres días al empresario para que los corrija”*.

Por todo ello se considera que la actuación de la Mesa de contratación ha sido correcta y en consecuencia se desestima el recurso planteado.

**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.-** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Vending 4 S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Arroyomolinos de fecha 26 de febrero por el que se adjudica el

contrato de “Servicio de catering mediante máquinas expendedoras de bebidas refrescantes, calientes y de productos sólidos, instaladas en las dependencias municipales del Ayuntamiento de Arroyomolinos número de expediente 20/18.

**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.

**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.