

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

En Madrid, a 6 de octubre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 9 de septiembre de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del lote 3 del contrato “Actividades Extraescolares en los Centros Educativos del Distrito Fuencarral-El Pardo durante el curso 2016-2017”, nº expediente: 300/2016/01153, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de septiembre de 2016, se publicó en el BOCM y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, el anuncio de la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto, pluralidad de criterios y con un valor estimado de 748.750,50 euros.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), establece el modelo de proposición económica del siguiente modo:

“(.....) 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 de euros (en número), al que corresponde por IVA (10%) 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 protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales.”

A la licitación convocada se presentaron seis empresas entre ellas la recurrente.

En su reunión de 9 de septiembre de 2016, la Mesa de Contratación del Distrito de Fuencarral-El Pardo procede a la apertura de las ofertas económicas, constando en el Acta que la empresa PROACTIVA FORMACIÓN, S.L., presenta una proposición al lote 3 del contrato, en los siguientes términos: Precio sin IVA: 74.000,00 euros, IVA (10%): 7.400,00 euros, Precio con IVA: 81.400,00 euros.

Igualmente consta en el Acta, que tras el acto público, permanece reunida la Mesa ya que *“el Vocal suplente del titular de la Asesoría Jurídica, al proceder a la lectura de la oferta económica presentada para el Lote 3, Juntos avanzamos, por PROACTIVA FORMACIÓN, S.L., ha advertido, aunque no ha efectuado mención pública de ello, que ésta no se adapta, al igual que la correspondiente para los otros dos Lotes, en su totalidad al modelo del Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, dado que, además, de incorporar en el texto de dicho modelo el precio ofertado IVA excluido, la cuantía por IVA que corresponde al tipo aplicable y la totalización de su oferta, IVA incluido, como se requiere, incluye más abajo un cuadro en el que vuelve a dar dichos datos de su oferta. Sin embargo, mientras que, siguiendo el texto del mencionado modelo, se compromete, literalmente, a la ejecución del contrato en dicho Lote 3 en el precio de 74.000,00*

euros, habiendo de sobreentenderse que es IVA excluido, aunque no lo diga, por el resto de la dicción de su proposición, cantidad que igualmente indica en letra, pese a que el reiterado modelo pide que sólo se dé el valor en número en evitación de posibles discrepancias, continuando con la que corresponde por IVA (10%) la cuantía de 7.400,00 euros (que, asimismo, refleja en letra), totalizándose la oferta en 81.400,00 euros, como, idénticamente que para los otros dos importes, cita en letra, todo lo cual no supondría mayor problema según lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP, "...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 la proposición", sí lo es el hecho de que en el recuadro que, como ya se ha mencionado, añade en su proposición económica, debajo de lo anterior, se señala:

<i>"IMPORTE SIN IVA</i>	<i>10% IVA</i>	<i>IMPORTE TOTAL IVA INCL.</i>
<i>73.000,00 €</i>	<i>7.300,00 €</i>	<i>80.300,00 €"</i>

Ello lleva a la Mesa a no poder deducir claramente cuál es la voluntad del Licitador en su oferta económica para el Lote 3 de en los que se divide el contrato".

En consecuencia, consta en el Acta de la Mesa que se rechaza la proposición de la empresa, *"al comportar error manifiesto en su importe que impide conocer a la Mesa su voluntad en la misma, ha de ser rechazada de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del RGLCAP, sin que quepa solicitar aclaraciones al Licitador al respecto, puesto que el defecto en que ha incurrido en la elaboración de la oferta no se trata de un mero error de cuenta o de carácter puramente formal y, por otro lado, cualquier subsanación de ésta, con determinación de uno u otro precio ofertado, a elección del Licitador, conllevaría, necesariamente, su alteración."*

El Acuerdo fue notificado a la empresa con fecha 12 de septiembre de 2016.

Tercero.- Con fecha 21 de septiembre de 2016, tras la presentación del anuncio preceptivo ese mismo día, la representación de PROACTIVA FORMACIÓN, S.L., presentó recurso especial en materia de contratación, ante este Tribunal, aduciendo que la exclusión es contraria a derecho al tratarse de un error y no haberse permitido la subsanación del defecto padecido en la presentación de la oferta, argumentado

que *“El cuadro explicativo que se contiene al final de la oferta no puede entrar en contradicción con la oferta económica resaltada en negrita conforme al modelo que se incluye como Anexo en el Pliego. En el caso de esta contradicción, como es el caso que nos ocupa, el cuadro debe tenerse por no puesto, dado que es un añadido que no es exigible sino que innecesariamente lo ha introducido mi representada. No hay contradicción entre la letra y el número de la oferta en la redacción conforme a lo exigido en el Pliego. La contradicción con el cuadro que se introduce, sin ser necesario, debe resolverse conforme a lo que dispone la reglamentación de la Comunidad de Madrid: dar prioridad a lo escrito en letra y número - sin contradicción - que sigue fielmente las indicaciones del pliego. Ante el evidente error cometido en un añadido no exigible a la oferta económica, la Mesa debería haber dado plazo a licitador para clarificar lo que es claramente un error, conforme a la citada reglamentación de la Comunidad de Madrid. No está justificada la exclusión de la licitación sin dar la oportunidad al licitador de ofrecer sus explicaciones”*.

El mismo día de la recepción del recurso se requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 TRLCSP, remitiera el expediente administrativo acompañado de su informe preceptivo, habiéndose atendido dicho requerimiento el día 26 de septiembre de 2016.

En su informe el órgano de contratación aduce que *“el Licitador, en su misma proposición económica para el reiterado Lote 3, está efectuando dos ofertas distintas, lo que ha impedido a la Mesa conocer cuál es la voluntad del Licitador en la misma y, por tanto, el motivo de su rechazo, y no cualquier otro, como consta el acta de la sesión en la que así se acordó y, en idénticos términos, le fue comunicado, todo ello en base a lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP”*

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se ha dado traslado al resto de interesados en el procedimiento, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Se ha recibido escrito de alegaciones de G.E. Escuelas Urbanas, S.L. que manifiesta que la exclusión está motivada puesto que el modelo de proposición

económica presenta dos precios diferentes para la ejecución del servicio, lo cual consideran que es un error manifiesto y en base a lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP supone el rechazo de la proposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.4 del TRLCSP y el artículo 3.5 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 PROACTIVA FORMACIÓN S.L., para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una persona jurídica licitadora que ha sido excluida del procedimiento *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo se acredita la representación de la firmante del recurso.

Tercero.- El acto recurrido es la exclusión de la oferta de la recurrente en la adjudicación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros, recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.b) y 2.b) del TRLCSP.

Como correctamente indica el órgano de contratación en su informe, el contrato no está sujeto a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 d) de la Directiva 2014/24/UE, dado que las actividades objeto de contratación se identifican y categorizan en unos Códigos CPV en todos sus lotes (80000000-4 “Servicios de enseñanza y formación” y 80410000-1 “Servicios escolares diversos”) que se hallan incluidos entre las actividades contempladas en el Anexo XIV de la misma, en relación con su artículo 74, y su valor estimado es inferior a 750.000 euros.

No obstante lo anterior, pese al hecho de que el contrato no se halle sujeto a regulación armonizada, sí es susceptible de recurso especial en materia de contratación, según la conclusión señalada por este Tribunal en su Resolución nº 107/2016, de 1 de junio, *“el legislador nacional que no ha procedido a la transposición de la Directiva ha admitido la posibilidad de que sean susceptibles de recurso a partir del umbral de 209.000 euros, ampliando la posibilidad de recurso establecida en la Directiva. Se trata de una opción beneficiosa para la recurrente y en cuanto no se opone a la normativa comunitaria, no es posible aplicar efecto directo alguno de las directivas, procediendo en consecuencia aplicar lo dispuesto en el artículo 40.1.b) del TRLCSP y admitir la posibilidad de recurso especial”*.

Cuarto.- En cuanto al plazo, el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles establecidos en el art. 44.2 b) del TRLCSP ya que la notificación del Acuerdo impugnado fue practicada el 12 de septiembre de 2016 e interpuesto el recurso especial en materia de contratación el 21 de septiembre, dentro del mencionado plazo de quince días hábiles.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso el mismo se contrae a determinar si la exclusión de la recurrente de la licitación sin haberse procedido a requerirla para aclarar los términos de su proposición económica es o no ajustada a derecho.

Como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas conforman la ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

En este caso la redacción del Anexo II del PCAP no adolece de oscuridad, sino que es clara cuando detalla el modelo de presentación de la proposición económica.

Por otro lado, 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”*.

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, como ya ha expresado en otras ocasiones, cabe citar la Resolución 188/2016, de 28 de septiembre, que 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.

Así el TACRC en la Resolución 428/2015 afirma que *“El trámite excepcional de solicitud de aclaraciones no puede concebirse ni emplearse como cauce para dejar sin efecto declaraciones libre y conscientemente recogidas por los licitadores en sus ofertas, que al redactarlas se encuentran vinculados por el contenido de los Pliegos, y a quienes incumbe emplear, a tal efecto, toda la diligencia necesaria, asumiendo las consecuencias (la exclusión de la licitación) que de sus propias decisiones, contrarias a lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, se desprendan.*

Y el órgano de contratación no puede dispensar en un trámite de solicitud de aclaraciones del cumplimiento de un precepto legal como es el artículo 145.1 del TRLCSP, pues ello sería contrario a Derecho y a los principios de igualdad y no discriminación aplicables a la contratación pública”.

Sentado lo anterior, se constata que la proposición económica presentada no se ajusta a lo dispuesto en el PCAP y además incluye dos cifras diferentes, por tanto no puede ser susceptible de aclaración, puesto que la opción por una o por otra supondría una modificación de la oferta inicialmente presentada y esa modificación está proscrita en nuestro ordenamiento.

En consecuencia, procede desestimar el recurso interpuesto.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 del TRLCSP 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 doña I.R.G., en nombre y representación de Proactiva Formación, S.L., contra el

Acuerdo de la Mesa de contratación de 9 de septiembre de 2016, por el que se la excluye del procedimiento de licitación del lote 3 del contrato “Actividades Extraescolares en los Centros Educativos del Distrito Fuencarral El Pardo durante el curso 2016-2017”.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.