

Recurso nº 177/2020

Resolución nº 214/2020

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

En Madrid, a 27 de agosto de 2020.

VISTO el escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación presentado por la representación de la empresa Estudio Norniella S.L.P. (en adelante Norniella), contra el Acuerdo de exclusión del contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del Centro de Salud Abrantes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), Expte.A/SER-004647/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- La convocatoria para la licitación del contrato de referencia, se publicó el 13 de febrero de 2020 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El valor estimado del contrato asciende a 101.462,40 euros, con un plazo de ejecución de 1 mes para la elaboración del Proyecto Básico, y 3 meses para la elaboración del Proyecto de Ejecución.

Segundo.- A la convocatoria del contrato han concurrido 20 licitadores, entre ellos el recurrente.

La Mesa de contratación del SERMAS inadmitió en fecha 3 de junio a dos de las empresas presentadas por no subsanar los defectos detectados en la documentación administrativa. En su sesión de 15 de julio la Mesa excluye a 8 empresas por no presentar el programa de trabajo, entre las que se encuentra la recurrente, así como a 3 más por no cumplir con los requisitos mínimos, quedando finalmente admitidas a la licitación 7 empresas.

Tercero.- Con fecha 17 de julio de 2020, se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial de la representación de Norniella en el que solicita la anulación del acuerdo impugnado, con retroacción de las actuaciones para proceder a la valoración de las propuestas incluyendo su oferta a fin de que se adjudique el contrato a la empresa que obtenga mayor puntuación. Adicionalmente, si se estimase oportuno que se subsane la documentación presentada, requerimiento de la aportación del programa de trabajo omitido.

Cuarto.- EL 27 de julio de 2020, este Tribunal recibió del Órgano de contratación el expediente de contratación acompañado del informe preceptivo establecido en 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 (en adelante, LCSP).

La Gerencia Asistencial de Atención Primaria del SERMAS informa que debe desestimarse el recurso interpuesto al no presentar la recurrente la documentación obligatoria “Programa de Trabajo” en el sobre señalado en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP).

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en

el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la 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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Norniella impugna su exclusión del procedimiento de contratación estando legitimada para recurrir por tratarse de una empresa licitadora al contrato, cuya proposición podría llegar a ser adjudicataria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que establece: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido el 17 de julio de 2020, ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1 de la LCSP, dado que el acuerdo fue adoptado el 15 de julio y publicado en el perfil de contratante el 17 de julio de 2020.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés para la resolución del presente recurso lo dispuesto en las cláusulas 1.10 y 17, 12 y 21 del PCAP:

“Cláusula 1. Características del contrato.

(...)

10.- Documentación técnica a presentar en relación con los criterios objetivos de adjudicación del contrato:

De conformidad con lo establecido en la Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones esta documentación técnica deberá incluirse en el SOBRE Nº 3. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS.

Para la valoración de los criterios cualitativos se presentará la siguiente documentación:

Criterio 1: Viabilidad de la propuesta de acuerdo a las normas establecidas en la Guía Básica y Criterio 2: Cumplimiento del Programa de Necesidades

Se presentará una propuesta al Programa de Necesidades a nivel de Estudio Previo de acuerdo con las reglas establecidas en la Guía Básica, que contendrá la siguiente documentación:

A. Memoria

En la memoria, el licitador expondrá, de forma clara y concisa, las bases del estudio técnico realizado y resumirá los elementos más destacables del mismo, definiendo cómo se resuelven los requerimientos establecidos en el Programa de Necesidades.

En la memoria se incluirá, además:

o Un esquema de funcionamiento por Zonas funcionales.

o Un cuadro que refleje los espacios que contempla el programa.

- o La justificación del cumplimiento de las reglas establecidas en la Guía Básica para la redacción de proyectos de Centros de Atención Primaria por Zonas funcionales.*
- o Soluciones constructivas con las que se consiga una alta eficiencia energética.*

B. Documentación gráfica

Se incluirán todos los planos necesarios, a juicio del licitador, para la adecuada definición de la propuesta y, en su caso, aquellos que definan la relación con el entorno inmediato.

Se presentará en formato, como máximo DIN A3, con grafismo y técnicas de representación libres, y a escala definida de uso común. Se incluirá escala gráfica. Criterio 3: Adecuación de la superficie útil de los espacios y Criterio 4: Ajuste de la propuesta a la superficie construida estimada, se incluirá la siguiente documentación:

- Un cuadro con los espacios que contempla el programa propuesto, que tenga la misma estructura que el Programa de Necesidades del Pliego, con sus correspondientes superficies útiles, así como la superficie total construida propuesta. En el cuadro se añadirá, además, una columna que refleje el porcentaje de desviación con respecto al Área Útil de cada espacio incluido del Programa de Necesidades. Si no aparece dicha columna no se valorará este criterio.*
- Los planos de planta a escala, que permitan comprobar fácilmente las superficies útiles de los espacios incluidos en la propuesta, así como la superficie construida total.*

No ha lugar al SOBRE Nº 2. “DOCUMENTACIÓN TÉCNICA RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE DE UN JUICIO DE VALOR” porque no se ha establecido la aplicación de criterios objetivos de adjudicación cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

(...)

17.- Programa de trabajo.

Obligación de presentar un programa de trabajo: SÍ

Se detallarán las fases de redacción del proyecto, reuniones a realizar con la administración, entregas parciales, etc. que se consideren necesarias para el buen desarrollo de los trabajos y cumplimiento del plazo de ejecución establecido.

Plazo de presentación: Las empresas licitadoras lo incluirán en SOBRE Nº 3. PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS.”

Cláusula 12. Forma y contenido de las proposiciones

(...)

C) SOBRE Nº 3 "PROPOSICIÓN ECONÓMICA Y DOCUMENTACIÓN RELATIVA A LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN EVALUABLES DE FORMA AUTOMÁTICA POR APLICACIÓN DE FÓRMULAS".

Este sobre contendrá:

1. La proposición económica, según el modelo establecido en el anexo I.1 de este Pliego, incluyendo también el plazo de entrega al que se compromete el licitador, así como, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 9 de la cláusula 1. Para la presentación electrónica de las ofertas y de subasta electrónica, en su caso, respectivamente, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el apartado denominado “Medios electrónicos” de la cláusula 1, relativa a las “Características del contrato”. 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 exigido en el apartado 9 de la cláusula 1. 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.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

2. La documentación que se especifica en el apartado 10 de la cláusula 1 al presente pliego, en orden a la aplicación de los demás criterios de adjudicación,

distintos del precio y el plazo de entrega, en su caso, valorables de forma automática por aplicación de fórmulas.

3. Si así se requiere en la cláusula 1 de este pliego, se incluirá en el sobre número 3 la indicación de la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar, señalando el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que vayan a encomendar su realización.”

Cláusula 21. Programa de trabajo.

En cuanto a la obligación de presentación del programa de trabajo, se estará a lo que determina el apartado 17 de la cláusula 1.

El contratista, si procede, en el plazo que se indica en el apartado 17 de la cláusula 1, contado desde la formalización del contrato, habrá de someter a la aprobación del órgano de contratación correspondiente, el programa para su realización, en el que consten las tareas que considere necesario realizar para atender el contenido del trabajo proponiendo, en su caso, los plazos parciales correspondientes a cada tarea. (...).”

La recurrente manifiesta que en la cláusula 12 del PCAP no figura el programa de trabajo como documentación a incluir en el sobre nº 3 ni referencia alguna a lo recogido en el apartado 17 de la cláusula 1. La remisión al apartado 10 de la cláusula 1 del pliego obliga a analizar si entre la documentación relacionada en dicho apartado figura el programa de trabajo: pudiendo concluir que, entre los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, no figura el programa de trabajo como documentación a incluir en el sobre nº 3. Por tanto, queda acreditado que el pliego no recoge con literalidad en la cláusula 12 “Forma y contenido de las proposiciones” la necesidad de aportar el programa de trabajo citado en el apartado 17 de la cláusula 1. Asimismo, añade que el programa de trabajo no es un documento a evaluar de forma automática por aplicación de fórmulas por no figurar en la relación del apartado 10 de la cláusula 1.

Por otra parte, alega que la exclusión por omisión del programa de trabajo es una decisión demasiado rigurosa y excesivamente formalista. Situación que, unida a las nulas consecuencias que este documento tiene en la valoración de las ofertas, parece requerir de la apertura de un trámite de subsanación, a cuyos efectos cita la Resolución 68/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Extremadura.

Por su parte el Órgano de contratación informa que la cláusula 21 del PCAP establece que *“en cuanto a la obligación de presentación del programa de trabajo, se estará a lo que determina el apartado 17 de la cláusula 1”*. Y dicho apartado señala la obligatoriedad de su presentación, los términos, plazo y forma, no siendo objeto de subsanación.

Asimismo, el SERMAS adjunta informe del Jefe de Servicio Unidad de Infraestructuras Gerencia Asistencial de Atención Primaria justificando la necesidad de la obligatoriedad de la presentación de programa de trabajo. La presentación se considera fundamental en el proceso de redacción del proyecto de ejecución, y debe estar presente desde el inicio del proceso de contratación junto con el resto de documentación técnica requerida, para asegurar el adecuado desarrollo de las actuaciones necesarias para conseguir el eficaz cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro de los plazos establecidos en el PCAP, según lo dispuesto en las cláusulas 1.7 y 21 del PCAP.

Este Tribunal, a la vista del expediente de contratación y de las alegaciones formuladas por las partes, considera que se deben analizar dos cuestiones: de un lado, si es obligatorio aportar el programa de trabajo por los licitadores al presentar la proposición; y, de otro lado, si la no presentación del programa de trabajo en el sobre 3 puede conllevar la exclusión sin posibilidad de subsanación.

En cuanto a la obligatoriedad de incluir el programa de trabajo, en el sobre 3 de la proposición a presentar por los licitadores, hemos de convenir con el Órgano

de contratación en que se recoge literalmente en el apartado 17 de la cláusula 1 del PCAP.

No obstante, también se observa la existencia de cierta inconsistencia en la regulación de este tema en el PCAP que rige la contratación, pues como apunta la recurrente en su escrito, en la redacción de la cláusula 12, que específicamente regula la forma y contenido de las proposiciones, se alude a la inclusión en el sobre 3 de la proposición económica, la documentación referida en el apartado 10 de la cláusula 1, y subcontratación, sin hacer referencia en ningún momento al programa de trabajo (recogido en el apartado 17 de la cláusula 1). Ello sin duda ha llevado a la recurrente a cometer el error de no incluir el programa de trabajo en su oferta. Confusión que por otra parte no solo ha padecido Norniella sino 7 empresas licitadoras más, lo que representa el 40 por 100 de los licitadores que han concurrido a la convocatoria, confirmando de alguna manera que lo dispuesto en el PCAP en este punto no queda lo suficientemente claro.

En cuanto a si la no inclusión del programa de trabajo en el sobre 3 “Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”, como es el caso, puede suponer directamente la exclusión de la licitación de un licitador hay que afirmar rotundamente que no. El documento en cuestión no es determinante de la oferta económica presentada, ni evaluable como criterio de adjudicación, por lo que, por más que sea obligatoria su inclusión en la proposición según el pliego y más justificado que esté la necesidad de su aportación en este momento procedural, no se puede rechazar una oferta por una cuestión formal de aportación de un documento, sin dar la opción al licitador de subsanar la omisión de la presentación de la documentación requerida, debido a un error sin transcendencia sustancial.

Por tanto, este Tribunal considera que de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.17 del PCAP los licitadores han de presentar obligatoriamente el programa de trabajo. Ahora bien, de no haberse aportado el documento en el sobre

3, el órgano de contratación deberá conceder plazo de subsanación del defecto observado en la presentación de la documentación con carácter previo a acordar la exclusión. Como ha mantenido este Tribunal en numerosas resoluciones se ha de admitir la subsanación de la documentación en la fase de adjudicación del contrato y no solo en la fase previa a la apertura de ofertas económicas. Asimismo, el TJUE en el Asunto C- 309/2018, mantiene que no cabe acordar, sin previo trámite de subsanación, la exclusión de un licitador, si tal posibilidad no se recoge de forma expresa en la ley o en los pliegos.

Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo, la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad, siempre que no se modifique la oferta presentada. Por tanto, es criterio unánime la posibilidad de subsanar defectos en la documentación presentada por los licitadores acreditativa del cumplimiento de los requisitos, determinando que la calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en la ley y los incluidos en los correspondientes pliegos, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista.

Este Tribunal constata que no se ha concedido plazo de subsanación a la documentación requerida y que, siendo admisible, procede que se conceda plazo para subsanación por la Mesa de contratación, puesto que la presentación del programa no afecta ni modifica la oferta económica presentada, y ni siquiera ataña a la evaluación de las ofertas dado que no se pondera como criterio de adjudicación.

Por lo expuesto este Tribunal considera que se ha de estimar el recurso presentado por Norniella, teniendo en consideración que se ha producido un error involuntario en la presentación de la documentación por parte de la recurrente, del que no se puede derivar una automática exclusión sin conceder plazo de subsanación, admitiendo la proposición de la recurrente, con retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para la presentación del programa de trabajo previsto en la cláusula 1.17 del PCAP.

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 de la empresa Estudio Norniella S.L.P., contra el Acuerdo de exclusión de 15 de julio de 2020 adoptado por la Mesa de contratación del SERMAS en el contrato de “Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución del Centro de Salud Abrantes de la Gerencia Asistencial de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, Expte.A/SER-004647/2020.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.