

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

En Madrid, a 25 de julio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.S.E., en nombre y representación de Viajes Cemo, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de mayo del 2018, por el que se propone la exclusión de la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio de organización y gestión del programa de vacaciones de carácter social destinado a la población mayor de 60 años pensionistas del municipio de Leganés”, número de expediente: 710/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 14 y 24 de febrero de 2018, se publicó respectivamente en el DOUE, en el BOE y en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Leganés, el anuncio de licitación del contrato de referencia, a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 908.290,90 euros.

El sistema de determinación del precio del contrato es por precios unitarios, señalándose que el precio base de licitación es el precio plaza/año, en función de los

tres destinos posibles:

- Destino Playa (Tipo A): 370,00 € IVA incluido.
- Destino Circuito (Tipo B): 450,00 € IVA incluido.
- Destino Balneario (Tipo C) 375,00 € IVA incluido.

Interesa destacar que de acuerdo con el cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP): *“Los licitadores presentan su oferta a los tres tipos de plazas ineludiblemente.*

La oferta económica consistirá en un porcentaje de baja a aplicar a la base (SIN IVA) de todos los precios unitarios base de licitación (los tres destinos A, B y C)”. Atribuyendo al criterio precio un total de 40 puntos, recogiendo en el Anexo II, que contiene el modelo de oferta, la siguiente mención: “Se oferta el siguiente porcentaje de baja a aplicar a la base (sin IVA) de todos los precios/plaza unitarios base de licitación (de los tres destinos: Destino PLAYA (A), Destino CIRCUITO (B) y Destino BALNEARIO (C) (...).”

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron cuatro ofertas entre ellas la de la recurrente.

La Mesa de contratación en sesión ordinaria celebrada el día 16 de mayo de 2018, en base al informe técnico emitido con fecha 30 de abril de 2018, acordó excluir la oferta de la recurrente con la siguiente justificación: *“(...) por no ajustarse la oferta a lo establecido en el PCAP del que se infiere que debe ofertarse un solo porcentaje de baja a aplicar a todos los destinos, y VIAJES CEMO oferta un porcentaje diferente para cada destino (a, b, y c), siendo imposible determinar la oferta”*. El acta de la Mesa de contratación correspondiente a dicho acto se publicó en el Portal de licitación electrónica el 28 de mayo de 2018.

El 31 de mayo Viajes Cemo presentó escrito solicitando la revisión de la decisión de la Mesa de contratación, sin que conste que el mismo fuera atendido.

Tercero.- El 13 de junio de 2018, Viajes Cemo presentó recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal, en el que solicita se anule el Acuerdo de exclusión de la Mesa de contratación en el expediente del contrato referido, por no ser conforme a Derecho y la retroacción del procedimiento hasta el momento anterior a su exclusión para admitir su oferta, ya que su admisión la colocaría en situación de poder ser adjudicataria del contrato.

Asimismo con fecha 26 de junio se aporta el Decreto de 13 de junio de 2018 del Concejal Delegado de Hacienda por el que se excluye a la recurrente de la licitación, lo que se le notificó el día 21 siguiente, ampliando el objeto del recurso a tal documento.

El 20 de junio de 2018, el órgano de contratación remitió copia del 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 (en adelante LCSP,) en el que solicita la desestimación del recurso, por los motivos que se expondrán al examinar el fondo de la cuestión.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Dentro del plazo concedido ha presentado escrito de alegaciones, con fecha 27 de junio de 2018, Viajes Halcón, S.A.U., en el que afirma que la exclusión de Viajes Cemo resulta ajustada a Derecho, en los términos que se expondrán más adelante, por lo que solicita la desestimación del recurso.

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 recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica, licitadora clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, 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, tanto si se considera que se recurre el Acuerdo de exclusión de la Mesa, como el Decreto del Concejal Delegado de Hacienda, puesto que el recurso se interpuso el 13 de junio, esto es incluso antes de que se dictara el segundo cuyo contenido no se aparta del Acuerdo de la Mesa, y en el plazo de 15 días hábiles desde que este último se publicara en el Portal de licitación electrónica el 28 de mayo de 2018, de conformidad con el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la oferta de la recurrente de la licitación de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En primer lugar hemos de partir del reconocimiento que realiza la recurrente de que su oferta solo contempla un porcentaje de baja aplicable a los tres tipos de destino, si bien aduce que su oferta se ajustaba a lo establecido en el PCAP que ante la interpretación de la Mesa considera que adolece de claridad; y no obstante *“que pese a introducir la Mesa de Contratación una inferencia interpretativa al PCAP sin dar oportunidad de subsanar la proposición económica a mi representada, sigue siendo su oferta perfectamente determinable -no imposible como afirma la Mesa-, con conocimiento real de la misma por operaciones matemáticas simples y sin modificación de sus conceptos”*.

Efectivamente consta en el expediente la proposición económica de Viajes Cemo que oferta para cada destino, los siguientes porcentajes de baja:

- Destino Playa (Tipo A): 0,29 %
- Destino Circuito (Tipo B): 11,25 %
- Destino Balneario (Tipo C): 0,29 %

Considera la recurrente que el porcentaje de baja ofertado puede hallarse por simples operaciones matemáticas *“Se hace multiplicación de cada uno de los destinos reseñados en los Pliegos por el número de plazas de cada destino que también contemplan los Pliegos y obtenida la suma de todas ellas como cantidad resultante, calcularle el porcentaje de baja medio sobre el máximo permitido (como quiere ahora la Mesa de Contratación), lo que habría dado un 2,42 % de baja común o media de todos”*. Por último califica la falta de concesión de una oportunidad de subsanación como una actitud conculcadora de la confianza y la buena fe, siendo a su juicio la averiguación de la voluntad realmente querida por los contratantes, principio rector de la interpretación contractual, ex artículo 1281 del Código Civil.

El órgano de contratación considera en su informe que *“El PCAP regula claramente el precio base de licitación y la forma de realizar la oferta. La Mesa de contratación se ha limitado a aplicar el PCAP y excluir la oferta de CEMO por no ajustarse a lo indicado en los pliegos, habiendo establecido un porcentaje de baja para cada uno de los precios unitarios de los tres destinos, cuando tenía que haber ofertado un único porcentaje de baja a aplicar a todos los precios unitarios de los tres destinos. La Mesa puede interpretar y deducir, pero en ningún caso modificar la redacción de los PCAP ni alterar los términos de la oferta”*.

La adjudicataria se pronuncia en términos semejantes, defendiendo la claridad de los Pliegos que fueron entendidos por las demás licitadoras en el mismo sentido frente a lo interpretado por la recurrente.

Expuestas las posiciones de las partes debe recordarse que como es sabido, los Pliegos 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 no se ha producido impugnación, o solicitud de aclaración de los pliegos en este aspecto por ninguna de las licitadoras.

Parece clara la redacción del PCAP cuando utiliza el singular para considerar el porcentaje de baja a aplicar a la base (sin IVA) de todos los precios/plaza unitarios base de licitación (de los tres destinos: Destino PLAYA (A), Destino CIRCUITO (B) y Destino BALNEARIO (C), lo que refiere un porcentaje de baja común para cada uno de los destinos. Así también lo han entendido el resto de licitadoras. De esta forma a juicio de este Tribunal no se produce la oscuridad en los Pliegos que justificaría la anulación no ya solo de la adjudicación sino de toda la licitación de entender que los Pliegos no permiten realizar una oferta cabal y en condiciones de igualdad a todos los licitadores.

Sentada la falta de oscuridad en los Pliegos, debe examinarse si la actuación de la Mesa de contratación al excluir la oferta de la recurrente es ajustada a derecho y en su caso si el defecto padecido en la oferta es subsanable.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas ocasiones el Informe de la Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid 4/2007, de 31 de mayo, considera que si el error producido en la proposición económica, no implica la imposibilidad de determinar por la Mesa cuál era el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no debe ser desechada, no siendo causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de palabras en el modelo de proposición si no altera el sentido de su oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas. Así cabe citar la sentencia del Tribunal

Supremo de 65 de febrero de 2007 (recurso de casación 5294/2004, RJ/2007/1595), la sentencia del TJUE 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Eslovensko a.s.), la sentencia TGUE de fecha 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08 Antwerse Bowwerken NV) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, que en su apartado 37 ha señalado que aun cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Además, el principio de proporcionalidad aplicado a un procedimiento de adjudicación, exige que cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos. Este principio obliga a que al enfrentarse a una oferta que es ambigua y una solicitud de aclaraciones sobre el contenido de la misma podría garantizar la seguridad jurídica, a pedir aclaraciones al licitador afectado en vez de optar por la desestimación pura y simple de la oferta (en este sentido la sentencia de 10 de diciembre de 2009, del Tribunal General de la Unión Europea, dictada en el asunto T-195/08, apartado 57). Una interpretación estricta de los requisitos formales llevaría a la desestimación por errores materiales manifiestos e insignificantes de ofertas económicamente ventajosas lo cual no puede conciliarse con el principio de eficiente utilización de los fondos públicos.

Ahora bien no cabe desconocer que nos encontramos en un procedimiento de concurrencia competitiva que debe estar presidido por el principio de igualdad de trato a las ofertas.

En este caso la solución ofrecida en sede de recurso por la recurrente aparentemente responde a las exigencias de la doctrina de las juntas consultivas y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al realizar un cálculo para hallar la media de los tres porcentajes de baja ofertados. Sin embargo para realizar esta operación es necesario obviar que los porcentajes ofertados son distintos de manera que en principio nada autoriza a pensar que sean reconducibles a una sola baja, máxime cuando en cada uno de los destinos el número de vacaciones solicitadas puede variar según los Pliegos de manera que eventualmente podría ser más interesante realizar un porcentaje mayor de baja en uno de ellos que en los demás. De esta forma no puede inferirse sin más de la oferta presentada, como pretende la recurrente, que la misma puede reconducirse a una baja media, puesto que ello implicaría reformular completamente la oferta inicial para dar validez a la nueva, invalidando el contenido de la misma y modificándola, lo que excede los límites de una mera aclaración.

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 don M.S.E., en nombre y representación de Viajes Cemo, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 16 de mayo del 2018, por el que se propone la exclusión de la oferta de la recurrente a la licitación del contrato “Servicio de organización y gestión del programa de vacaciones de carácter social destinado a la población mayor de 60 años pensionistas del municipio de Leganés”, número de expediente: 710/2017.

Segundo.- Levantar la suspensión automática del procedimiento mantenida por este Tribunal mediante Acuerdo de 20 de junio de 2018.

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 58 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.