

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

En Madrid, a 1 de octubre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Alma Ata Salud S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de agosto de 2020, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicios de atención a mayores dependientes en Centros de Día adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (dos lotes)”, número de expediente A/SER-000184/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 16 y 24 de junio 2020 se publica, respectivamente, en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el anuncio de licitación del contrato mencionado a adjudicar mediante procedimiento abierto y pluralidad de criterios. Con un valor estimado de 3.250.872,03 euros y plazo de ejecución 36 meses con posibilidad de prórroga.

Segundo.- Interesa destacar que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) establece lo siguiente:

“4. Tipo de presupuesto: Cuantía máxima determinada.

Valor estimado del contrato (art. 101 LCSP): 3.250.872,03 euros.

(...)

Método de cálculo aplicado para calcular el valor estimado: Base imponible correspondiente al período inicial de ejecución del contrato, más la base correspondiente al período de las eventuales prórrogas, más el 20% de la base imponible del período inicial del contrato correspondiente a las posibles modificaciones.

(...)

18.- Plazo de ejecución.

Duración inicial: 36 meses. Fecha estimada de inicio: 1 de enero de 2021.

Procede la prórroga del contrato: SI.

(...)

ANEXO I - PROPOSICIÓN ECONÓMICA

Oferta económica totalidad de los servicios ²

(...)

² La oferta económica debe incluir la totalidad de los costes que conlleve la ejecución del contrato, incluidos los compromisos adquiridos como consecuencia de la oferta de criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas. En todo caso, deberá comprender el plazo de ejecución del contrato”.

Tercero.- Con fecha 20 de julio de 2020, se reúne la Mesa de contratación para la apertura de las ofertas económicas y tras comprobar que la oferta de Alma Ata Salud S.L, incurría en el supuesto de baja desproporcionada, le requiere la correspondiente justificación.

Cuarto.- La empresa en su justificación afirma “*que no se encuentra incurso en valores desproporcionados, sino que los importes presentados corresponden al período de un año*”. La Mesa de contratación, a la vista de la citada justificación y del informe emitido por la Coordinación de Residencias de Mayores y Centros de Día considera que no ha justificado la viabilidad de la oferta para la correcta ejecución del contrato.

Finalmente, mediante Resolución del Gerente de la Agencia de 24 de agosto de 2020, se excluye a Alama Ata salud, S.L. Consta en la Resolución como motivo de exclusión que *“El Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato establece un presupuesto base de licitación correspondiente al período total de duración del contrato, 3 años, y en el Anexo I del citado pliego se especifica que las ofertas económicas deben comprender el plazo total de ejecución del mismo, no constando en ningún caso que las empresas pudieran realizar sus ofertas por un plazo inferior. Por todo ello, de las ofertas realizadas por la empresa licitadora Alma Ata Salud, S.L. no se podía deducir cuál era su verdadero importe”*.

Se le notifica la exclusión el 26 de agosto de 2020.

Quinto.- El día 17 de septiembre de 2020, la representación de la empresa interpone recurso especial en materia de contratación contra su exclusión alegando que el error padecido *“en su OFERTA ECONOMICA es fácilmente salvable con la simple actuación de la Mesa de Contratación, que debió solicitar a ALMA ATA SALUD SL subsanación o aclaración de la oferta recibida, que hubiese resuelto rápidamente el error, pues el precio consignado en la oferta económica presentada correspondía primitivamente a una única anualidad. La subsanación o aclaración que pretendió en su día ALMA ATA SALUD SL, y que reclama en el presente recurso, en ningún caso supone una modificación de la oferta, pues simplemente se trata de realizar la operación de multiplicación por las anualidades del contrato (consta la oferta presentada por una anualidad); las cifras que así se determinaran se encontrarían incluidas dentro de los límites establecidos en el pliego, y por tanto, es IMPROCEDENTE LA EXCLUSIÓN DE LA LICITACIÓN de ALMA ATA SALUD SL”*.

Sexto.- 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, 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). En el informe solicita la desestimación del recurso por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo.

Séptimo.- No se ha dado traslado del recurso a los interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por la interesada y las que constan en el expediente administrativo, 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 (en adelante LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56.1 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, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato *“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 se ha producido dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 d) de la LCSP, pues la resolución de exclusión fue notificada el 26 de agosto de 2020 y el recurso se interpuso el día 17 de septiembre de 2020, dentro de los quince días hábiles que establece la Ley.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acto de exclusión de un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros, por lo que el acto es recurrible de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.1.a) y 2.b de la LCSP.

Quinto.- El asunto de fondo es la adecuación a Derecho de la decisión de la Mesa, ratificada por el Órgano de contratación, de rechazar la oferta económica porque adolece de error o inconsistencia que la hace inviable.

El artículo 84 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (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”*.

Sostiene el recurso que debieron solicitarse aclaraciones a la recurrente y que *“la cuestión que debe ser examinada por el Tribunal Administrativo de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, teniendo en cuenta que la duración del contrato es de tres años (36 meses) y la oferta económica realizada por ALMA ATA SALUD SL es referida a un año (12 meses), es si la mesa de contratación debió requerir al licitador para que aclarara o subsanara su oferta económica, pues el error que le afecta es simplemente superable mediante la realización de una operación de multiplicación por las anualidades del contrato (consta la oferta presentada por una anualidad), no suponiendo la realización de esta operación matemática una modificación de la oferta , es decir, el fondo del recurso se concreta en determinar si la oferta económica de la recurrente debió ser objeto de aclaración para constatar que realmente el precio ofertado lo era para todo el contrato, o como se alega, se trataba de un precio por anualidad. En este estado de cosas, hemos de traer a colación la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (entre otras, Resoluciones 164/2015 y 64/2012) que ha calificado como “contrario al principio de buena fe la exclusión de las ofertas sin ejercitar, el órgano de contratación, esa facultad de solicitar aclaraciones cuando la oferta no es completa y las permite o exige*

y siempre, claro está, dejando aparte aquellos supuestos en los que la subsanación de la oferta por el licitador puede suponer una alteración sustantiva de la misma o, en otras palabras, cuando la subsanación puede suponer falsear la oferta inicialmente presentada o, lisa y llanamente, sustituir una oferta original por otra nueva, una vez que ya son conocidas el conjunto de las ofertas presentadas por los demás licitadores, colocando así al que subsana en una clara posición de preferencia respecto de los demás concurrentes en el procedimiento”.

El Órgano de contratación, en su informe alega que *“no hay ningún dato ni referencia en el PCAP que indujera a error al licitador a realizar la oferta por una anualidad y no por tres, plazo de ejecución total del contrato. Estamos, por lo tanto, ante un error propio del licitador, reconocido por él en el documento de justificación de sus ofertas económicas. La oferta realizada no ha seguido las prescripciones establecidas en el PCAP que rige el contrato provocando una inconsistencia que no permitía conocer cuál era la verdadera oferta, tal y como manifestó la Mesa de contratación en la sesión celebrada el 18 de agosto de 2020 en la que se analizó el informe y justificación de la oferta incurso en presunción de temeridad. Ninguno de los licitadores restantes ha incurrido en el citado error, sino que sus ofertas se han realizado conforme a lo establecido en el PCAP referidas a 36 meses, plazo total de ejecución del contrato.*

En la sesión celebrada el 20 de julio de 2020, de apertura de ofertas económicas y criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, la Mesa de contratación, de la lectura de las proposiciones económicas no podía entender de forma directa e inequívoca que se trataba de unas ofertas erróneas, es decir, que los importes ofertados no eran los que aparecían en la proposiciones económicas sino que era el triple de esa cantidad y por ello no procedió a pedir aclaración a la empresa licitadora. Por lo tanto, no se trata como alega la empresa recurrente, de una proposición que adolece de un error salvable mediante la lectura de la propia oferta, en aplicación del artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (en adelante RGLCAP). En consecuencia, la Mesa de contratación, al no poder deducir cuales eran las ofertas reales, solo podía requerir

su justificación al estar incursas en presunción de anormalidad, para posteriormente, al no haber justificado su viabilidad, elevar al órgano de contratación propuesta de rechazo de las mismas y finalmente éste proceder mediante Resolución a la exclusión de la empresa Alma Ata Salud, S.L. del procedimiento de adjudicación.

A mayor abundamiento, la Mesa de contratación tampoco podía, como afirma la recurrente, ajustar al plazo de ejecución del contrato esa oferta económica, porque ello supondría suplantar la voluntad del licitador, en tanto que de su oferta, como se ha argumentado con anterioridad, no se podía deducir que se correspondía a una única anualidad”.

Por este Tribunal, se trata de establecer si el error reconocido por la recurrente, es determinante del rechazo automático o si, de la documentación y datos del expediente se pudiera concretar cuál es verdaderamente la voluntad de la licitadora.

Comprueba el Tribunal, y así se ha hecho constar, que la Mesa requiere por baja temeraria a la licitadora y ante su explicación, decide proponer la exclusión.

Es consolidada doctrina, sentada entre otros en Informe 5/1999, de 24 de noviembre, 4/2007 o 3/2009, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que cuando se trate de errores que permitan a la Mesa conocer la oferta real, sin modificación de los conceptos de la misma, por un simple cálculo matemático, serían subsanables.

También que el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) refiere a las solicitudes en un procedimiento administrativo, a su forma y la documentación que las acompaña, no a las ofertas en un procedimiento de licitación, y, en todo caso, la LPACAP es de aplicación supletoria, estando la cuestión regulada en las normas del procedimiento de contratación.

Además, también es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y de los órganos encargados de la resolución del recurso, la de considerar que “en los

procedimientos de adjudicación debe tenderse a lograr la mayor concurrencia posible (STS de 21 de septiembre de 2004, con cita de la STC 141/1993, de 22 de abril), siempre que los licitadores cumplan los requisitos establecidos como base de la licitación, de manera que atendiendo a tal objeto, el RGLCAP, determina las causas por las que la Mesa podrá desechar las ofertas, centrándolas en aquellos supuestos en que existan defectos que impliquen, o bien el incumplimiento de los pliegos, o bien inconsistencias en la oferta que no permitan tener a la misma por cierta. (Vid Resolución 47/2013, de 22 de marzo)”.

De dicha jurisprudencia también se desprende, que 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 de 27 de septiembre de 2002 [TJCE 2002, 383], Tideland Signal/Comisión, T-211/02, Rec. p. II-3781, apartado 34).

Como ya señaló este Tribunal en su Resolución 72/2013, de 14 de mayo, relativa a un caso análogo, *“con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al Órgano de Contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos queda clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación*

corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición. Por lo tanto, a la vista del error padecido por la recurrente 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, habiendo señalado la junta Consultiva de Contratación del Estado, sobre el modo de instrumentalizar una posible solicitud de aclaración de las proposiciones, en su Informe 23/08, de 29 de septiembre de 2008 [JUR 2008, 342037] la posibilidad de utilizar el trámite previsto en el art. 87.1 RGLCAP, cuando señala que ‘Determinada por la Mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado’ (...).”

En este caso, a juicio de este Tribunal, se ha producido una inconsistencia de la oferta que obliga a la Mesa a rechazar la proposición de la recurrente, dado que se trata de un error no constatable directamente por la Mesa y no susceptible de corrección, admitiéndose por el propio licitador la inviabilidad de su oferta que tendría que ser modificada para ser aceptable de acuerdo con el PCAP.

Se considera, por tanto, que la Mesa de contratación y posteriormente el Órgano actuaron correctamente no admitiendo la oferta presentada por la empresa recurrente, no existiendo en los Pliegos ninguna posibilidad de licitar por anualidades y no pudiendo entender la Mesa que esta era la voluntad del licitador recurrente.

Como señaló igualmente el Tribunal en su Resolución 78/2019 de 20 de febrero, *“La doctrina del negocio jurídico distingue distintos supuestos en la discrepancia entre la voluntad interna y la declarada por error. Si bien en vía de principio da preferencia la voluntad interna sobre la declarada, este principio debe ser atenuado por los principios de buena fe o de confianza (por lo que si el destinatario, diligentemente y de buena fe confió en la declaración, debe ser protegido), por el principio de responsabilidad (por lo que, si la divergencia es imputable al declarante, que pudo evitarla con diligencia y de buena fe, queda vinculado por la declaración), y*

el de seguridad del tráfico. En atención a que el órgano de contratación nunca pudo deducir cuál era la voluntad interna del ofertante (que era una anualidad) y la divergencia es absolutamente imputable a su falta de diligencia, la consecuencia debe ser la prevista en el artículo 84 del RGLCAP. Como ya dijo este Tribunal Administrativo de Contratación en Resolución 72/2013 de 14 de mayo: “con carácter general cuando las ofertas económicas contengan inconsistencias o errores, corresponderá al órgano de contratación delimitar la existencia y el alcance del error, y su calificación como subsanable o no, teniendo en cuenta los documentos propios de la oferta o las aclaraciones que puedan realizar los licitadores, siempre que la verdadera intención de los mismos quede clara a la luz de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil, aplicables a la interpretación de los contratos públicos. Pero esta actuación del Órgano de Contratación encuentra sus límites en la garantía de los principios de igualdad y transparencia, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, de modo que el error no suponga una ventaja para el que lo padece, sobre el resto de los licitadores. De manera que, si no se responde a la solicitud de aclaraciones, si la aclaración remitida resulta insuficiente, o si la respuesta ofrecida excede de lo que es una aclaración, pretendiendo modificar algún extremo consignado en la proposición presentada, circunstancias cuya apreciación corresponde al órgano encargado de valorar las ofertas, la consecuencia que se impone es, evidentemente, el rechazo de la proposición.”

En definitiva, a la luz del modelo de oferta, de la documentación contractual y de lo escrito por el licitador, no tenía la Mesa ningún elemento de juicio para deducir que la oferta real era superior a la consignada, que esta refería a solo un año, actuando correctamente cuando solicitó justificación de la baja temeraria (que es lo que entendió), y excluyendo al licitador ante el reconocimiento de que su oferta era inviable, todo ello en aplicación del artículo 84 del RGLCAP.

Por todo ello procede la desestimación del recurso.

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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Alma Ata Salud S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 18 de agosto de 2020, por el que se le excluye de la licitación del contrato “Servicios de atención a mayores dependientes en Centros de Día adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (dos lotes)”, número de expediente A/SER-000184/2020.

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 de la LCSP.

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 59.1 de la LCSP.