

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

En Madrid, a 26 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don A.G.M., en nombre y representación de Servicios Ambientales y Culturales, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de fecha 11 de julio de 2018, por el que se adjudica el contrato de “Servicios educativos para el desarrollo de las actividades del Aula de Educación Ambiental”, número de expediente 2018/PA/000005, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 20 de febrero de 2018 se publicó en el BOE el anuncio de licitación del contrato mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 295.314,04 euros, siendo el plazo de ejecución de un año con posibilidad de prórroga por igual periodo.

Segundo.- A la licitación han concurrido seis empresas, una de ellas la recurrente.

Tras la oportuna tramitación, el 30 de mayo de 2018 la Mesa de contratación, de conformidad con el informe técnico, clasificó las ofertas a la vista del resultado de la valoración de las ofertas proponiendo su adjudicación a Natur del Siglo XXI, por ser la oferta mejor clasificada, obteniendo 98 puntos.

Dado que el Pliego establece un mínimo de 10 puntos para optar a la adjudicación, solo superaron dicho umbral los dos licitadores siguientes:

	EMPRESAS	SOBRE 2	SOBRE 3	TOTAL
1	NATUR DEL SIGLO XXI, S.L.	18,00	80,00	98,00
2	SERVICIOS AMBIENTALES Y CULTURALES, S.L. (SERVAC)	16,50	74,93	91,43

De conformidad con dicha propuesta la Junta de Gobierno Local, en su sesión del 11 de julio de 2018, adjudicó el contrato a favor de Natur del Siglo XXI, notificándose a los interesados el 12 de julio y publicándose en el Perfil de contratante del Ayuntamiento ese mismo día.

Conocido el resultado, Servicios Ambientales y Culturales, S.L., solicitó acceso al expediente que se llevó a efecto el día 26 de julio de 2018. Además solicitó el acceso al link del video correspondiente a la sesión de la Mesa de contratación celebrada el 16 de mayo en la que se realizó la apertura de las proposiciones económicas.

Tercero.- El 2 de agosto de 2018, tuvo entrada en el Tribunal, el recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Servicios Ambientales y Culturales, S.L., en el que solicita la anulación de la adjudicación, tras comprobar que la oferta de la adjudicataria no contempla los importes íntegros de la partidas que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) ha previsto para materiales y transporte, siendo estas cerradas y no susceptibles de baja. Añade que la adjudicataria no ha firmado su declaración responsable, siendo este un requisito esencial. Por último alega indefensión al no haber tenido acceso al video de la

grabación de la Mesa solicitado y subsidiariamente la anulabilidad de la resolución de la adjudicación por inconsistencias entre la resolución notificada y la publicada en el perfil de contratante.

Del escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación a los efectos de lo dispuesto 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 (LCSP) que remitió el expediente junto con su informe preceptivo con fecha 6 de agosto de 2018, solicitando su desestimación.

Cuarto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a la empresa adjudicataria, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones.

Con fecha 10 de agosto de 2018 se ha recibido escrito de alegaciones de Natur del Siglo XXI oponiéndose a la estimación del recurso y aclara los aspectos de su oferta, que sostiene se ajusta al PCAP.

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida automáticamente por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21.1 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, habiéndose adoptado por este Tribunal Acuerdo de mantenimiento de la suspensión automática del contrato de servicios el 13 de septiembre de 2018, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP.

Sexto.- Por Resolución 9/2018, de 30 de julio, de la Presidenta del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se prevé la

suspensión de los procedimientos pendientes ante el Tribunal, durante el mes de agosto de 2018, sin perjuicio de la posibilidad de resolver de forma extraordinaria en los casos de urgencia.

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, 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.

El expediente de contratación se rige por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en virtud de lo establecido en el apartado 1 de la disposición transitoria primera de la LCSP, sin perjuicio de que a la tramitación del recurso le sea de aplicación la LCSP por haberse dictado la adjudicación del contrato, acto objeto del recurso, con posterioridad al 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de la citada disposición.

Segundo.- El recurso de Servicios Ambientales y Culturales, S.L., 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) en tanto que de la estimación del recurso podría obtener la condición de adjudicataria.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se plantea en tiempo, pues el Acuerdo impugnado fue adoptado el 11 de julio de 2018, practicada la notificación el 12 del mismo mes e interpuesto el recurso el 2 de agosto de 2018, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo importe 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.- Son varios los motivos de recurso invocados por la recurrente. Previamente reconoce haber tomado vista del expediente a pesar de lo cual alega indefensión por no haber tenido acceso al link del video para poder ver on line, la grabación de la sesión de la Mesa celebrada para la apertura de las ofertas económicas, cuando se pueden visionar todas las demás celebradas en el año.

Confirma el órgano de contratación en su informe la imposibilidad de visionar el video solicitado debido a que existió un problema técnico el día 16 de mayo, que impidió que pudiera grabarse el acto, lo cual ha corroborado la empresa AXIALTIC, encargada de la grabación mediante informe que se acompaña y en el que se explica *“El motivo de la no emisión y grabación de la mesa de contratación del día 16 de mayo fue la imposibilidad de solventar a tiempo una incidencia con los drivers de audio del PC que realiza dicha emisión.*

Ese mismo día el sistema (Windows 10) se actualizó. Dicha actualización dejó sin funcionamiento el audio del equipo al eliminar los drivers de audio.

No fue posible instalar dichos drivers antes de que la mesa empezara, por lo que fue imposible realizar la emisión ya que el sistema necesita tener configurado el audio para emitir y grabar”.

Añade el órgano de contratación que no existe obligación legal de grabar y emitir las mesas y en todo caso lo que si consta en el expediente son las Actas, que además se han publicado en el Perfil de Contratante, y los informes técnicos, todo lo

cual pudo consultar el recurrente en el trámite de acceso al expediente, sin que por tanto se le haya causado indefensión.

Comprueba el Tribunal que en el expediente no hay documentación declarada confidencial por ningún licitador y que no ha habido denegación ni total ni parcial, de acceso al expediente, la cual ha tenido lugar de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de RPERMC.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, *“1. De cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.*

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

2. El acta de cada sesión podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente. El Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión.

Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado”.

Por tanto, la grabación y divulgación de este tipo de actos no es una obligación sino una facultad discrecional de cada órgano colegiado. Por otra parte la grabación ni es el único medio para conocer el contenido de la sesión ni resulta necesario ya que lo que sí es obligatorio es que se levante el acta correspondiente de cada sesión. Comprueba el Tribunal que todas las Actas de las Mesas celebradas en este procedimiento forman parte del expediente y que se relacionan en el índice remitido con aquel, junto con los informes y demás documentación que el recurrente pudo consultar en el trámite realizado a tal fin, lo que le ha permitido a Servicios Ambientales y Culturales, S.L., fundamentar suficientemente su recurso sin que el hecho de no tener acceso a la grabación de la Mesa de contratación sea un motivo suficiente para alegar indefensión. Asimismo conviene recordar que a la sesión de la Mesa de apertura de proposiciones económicas, de fecha 16 de mayo de 2018, la recurrente pudo haber asistido por haberse celebrado en acto público.

Procede analizar el resto de motivos alegados en el recurso.

1. Falta de firma en la declaración responsable y de sello en la oferta de la empresa adjudicataria.

La recurrente alega que siendo ambas formalidades requisitos esenciales, debería decretarse la nulidad de la adjudicación.

El órgano de contratación informa que la proposición económica está firmada por la representante legal de la empresa, por lo que se considera correcta, toda vez que el PCAP no exige que aparezca el sello de la empresa.

En cuanto a la declaración responsable expone que carece de firma pero si contiene el sello de la empresa y que en todo caso se estaría ante un defecto subsanable que la Mesa, de haberlo advertido, debió requerir para su subsanación. No obstante, habida cuenta de que se trata de una declaración previa sobre el cumplimiento de los requisitos para ser adjudicatario del contrato: capacidad de obrar,

poder suficiente, solvencia económica, financiera y técnica, etc. y que una vez propuesto como adjudicatario, Natur aportó la documentación acreditativa del cumplimiento de dichos requisitos, debe darse por subsanado, sin perjuicio de su disposición a llevar a cabo al subsunción del defecto formal si así lo considera el Tribunal, sin que se vean afectados los actos posteriores.

En el escrito de alegación Natur reconoce que fue un descuido no intencionado el presentar la declaración sin firma y acompaña al recurso el modelo firmado y sellado, a fin de que se entienda cumplimentada su subsanación. En cuanto a la falta de sello en la oferta alega que solo la firma es requisito indispensable.

El PCAP incorpora en sus Anexos III y IV los modelos aprobados en esta licitación para la declaración responsable y para la proposición económica y en ambos figura al final “Lugar, fecha y firma del licitador”.

Por lo que la Mesa, al calificar la documentación administrativa y en los trámites posteriores debió comprobar si la declaración responsable y el modelo de oferta cumplen desde un punto de vista formal y también material, lo requerido en el PCAP sin que su falta de diligencia, a lo que está obligado, pueda perjudicar al licitador de buena fe.

Tal como señala el artículo 145 del TRLCSP, *“las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”*.

En este caso, el PCAP no exige el sello de la empresa en la proposición económica sino tan solo su firma, por lo que ningún defecto formal se puede alegar a ese documento.

En cuanto a la declaración, de haberse detectado que iba sellada pero no firmada, la Mesa debió dar posibilidad de subsanación al licitador interesado ya que la presentación de su proposición conforme a los modelos aprobados solo puede interpretarse como prueba de su intención de cumplir formalmente lo exigido, de acuerdo con lo establecido en el apartado 13 del PCAP según el cual *“La presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de este pliego y del de prescripciones técnicas que rigen el presente contrato, sin salvedad o reserva alguna”*. No obstante, la declaración responsable del licitador de que cumplía con los requisitos exigidos para contratar ha sido posteriormente acreditada documentalmente al ser propuesto adjudicatario, por lo que carece de sentido hacer una subsanación formal a posteriori de una declaración cuyo contenido ha sido ya debidamente acreditado documentalmente.

2. Incumplimiento de los Pliegos por parte de la oferta económica de la adjudicataria.

Señala el recurrente que la oferta económica realizada por Natur se indicaba *“Precio anual: ciento veinte mil euros (120.000 €) al que corresponde por IVA la cuantía de dos mil diecisiete euros con cincuenta y seis (2.017,56 €), lo que supone un precio total de ciento veintidós mil diecisiete euros con cincuenta y seis céntimos. La base imponible del servicio de transportes y materiales sobre el calcula el 21% de IVA asciende a nueve mil seiscientos siete euros con cuarenta y cuatro”*.

Alega que siendo las partidas de transporte y materiales un crédito destinado a una finalidad concreta, no podía reducirse, por lo que su oferta contraviene los requisitos del PCAP.

El órgano de contratación sostiene que se han aplicado correctamente los criterios de adjudicación fijados en el PCAP para la valoración de las proposiciones económicas de las dos ofertas que han superado el umbral mínimo de puntuación

técnica y que en el PCAP, no se contiene cláusula alguna que limite la baja de las ofertas en lo relativo a materiales o servicio de transportes.

Añade que el PPT establece un tratamiento diferente para la partida de materiales y para la de transporte, en el primer caso se indica claramente que es obligación del adjudicatario destinar una cuantía económica para materiales diversos (6.000 euros IVA incluido), porque no están concretados y definidos, sino que serán los propuestos por el licitador y que considere necesarios para el desarrollo de los programas, razón por la cual el Pliego técnico ha querido concretarlo en su cuantía, reservándose la aprobación de aquellos y la supervisión y control del gasto.

Por el contrario para el servicio de transporte si queda suficientemente definido al establecer un mínimo de 75 viajes al año de ida y regreso, en horario escolar y además, normalmente será subcontratado, lo cual permite el PCAP, pues no suele ser la actividad de las empresas de servicios educativos que licitan a este tipo de contratos.

Manifiesta que en ningún momento ningún licitador ha realizado consulta sobre estos extremos y aclara que ninguna de las ofertas ha incurrido en presunción de temeridad.

Natur en sus alegaciones ratifica que la oferta se ha redactado conforme al Anexo IV del PCAP y que el importe total es 122.017,56 euros, siendo 120.000 euros el precio anual y 2.017,56 euros el IVA, correspondiente a los 9.607,44 euros de las partidas de materiales y transportes, cuyos importes con IVA incluido son:

- a) 6.000 euros IVA incluido, que se destinan al material como exige el PCAP.
- b) 5.625 euros IVA incluido, que se destinan al transporte escolar.

Explica que siendo el precio el 80% de la valoración ha ajustado su oferta bajando el transporte dado que la prestación está perfectamente definida, no así los

materiales y además Natur conoce las características y el precio de mercado porque ha prestado el servicio el año pasado mediante subcontratación del servicio.

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.

Comprueba el Tribunal que el PCAP en el apartado 4 del Anexo I explica el desglose del presupuesto base de licitación, limitándose a aclarar que el concepto IVA: Exento/21% se justifica en que el importe del IVA cifrado en 2.342,97 euros resulta solo de aplicar el 21% a la base imponible del servicio de transporte y materiales, que asciende a 11.157,02 euros.

El PPT en su cláusula 5 (página 13) especifica de manera taxativa solamente que el adjudicatario *“destinara 6.000 euros para materiales diversos destinados al desarrollo del conjunto de los programas educativos. Todos ellos deberán ser aprobados previamente por el Director del Aula de Educación Ambiental, reservándose el órgano contratante los derechos de supervisión y control de los gastos”*. Lo que reitera en el apartado (página 16) del Anexo I en el que describe los medios (uniforme, materiales y transporte). En dicho Anexo indica en el punto 3 relativo al transporte que el adjudicatario se hará cargo de su contratación, siendo responsabilidad la planificación horarios y calendario anual, que estima en 75 viajes ida y vuelta. Si bien en este caso, no establece un importe obligatorio ni supedita el control del gasto a la supervisión del órgano de contratación.

Por todo lo anterior procede desestimar el motivo de recurso.

Sexto.- Subsidiariamente opone el recurrente error en el Acuerdo de adjudicación en cuanto a la exención de IVA del precio ofertado por la adjudicataria.

Señala que en la resolución notificada y publicada en el tablón de anuncios se indica que el contrato se adjudica a Natur por un precio anual de 120.000,00 euros IVA exento.

Reconoce el órgano de contratación que la resolución es errónea e informa que de conformidad con lo establecido en el artículo 109.2 de la ley 39/2015 de, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se rectificó posteriormente mediante Decreto de 31 de julio de 2018, en el que se especifica que la adjudicación se realiza *“por un precio anual de 120.000,00 € IVA no incluido (122.017,56 IVA incluido)”*.

Comprueba el Tribunal que en la documentación remitida figura el citado Decreto por el que se rectifica el error material, de acuerdo con lo previsto en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas al establecer *que “Las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*.

Como ha manifestado este Tribunal en la resolución número 272/2018 de 13 de septiembre, *“La jurisprudencia ha interpretado el concepto de error material en el sentido de que dentro de este concepto hay que entender las simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas y transcripciones de documentos y su rectificación no varía el contenido del acto administrativo en que se produjo, de modo que éste subsista con los mismos efectos y alcance una vez que haya sido subsanado”*.

En este caso considera el Tribunal que se trata de un error material y que ha sido subsanado en tiempo y forma, publicándose en la plataforma de contratación del

sector público como reconoce el recurrente, medio por el que ha tenido constancia de la subsanación, dándose por tanto por notificado.

Una vez analizados todos los supuestos alegados procede desestimar el recurso por no quedar acreditado ningún defecto sustancial en la adjudicación del contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 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 don A.G.M., en nombre y representación de Servicios Ambientales y Culturales, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, de fecha 11 de julio de 2018, por el que se adjudica el contrato de “Servicios educativos para el desarrollo de las actividades del Aula de Educación Ambiental”, número de expediente 2018/PA/000005.

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, mantenida por este Tribunal mediante acuerdo de 13 de septiembre de 2018

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.