

Recursos nº 365, 366 y 367/2017

Resolución nº 363/2017

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

En Madrid, a 29 de noviembre de 2017.

**VISTOS** los recursos interpuestos por don D.M.A., en su propio nombre en relación con los lotes 6 y 9, por don A.R.T., en nombre y representación de RUTACAR en relación con el lote 8, y don D.R.G., en representación de la empresa Transportes Chapín, S.L. en relación con los lotes 2, 3, 4 y 9, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 30 de octubre de 2017, por el que se inadmiten las ofertas de las recurrentes en la licitación del contrato “*Servicio de Transporte de Usuarios de 9 Centros de atención a Personas con Discapacidad Intelectual, Adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (9 lotes)*”, A/SER-07152/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

### RESOLUCIÓN

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Con fecha 6 de octubre de 2017, se publica en el Portal de la Contratación de la Comunidad de Madrid anuncio de licitación correspondiente al contrato de referencia, dividido en nueve lotes mediante tramitación ordinaria, con criterio único, precio y un valor estimado de 4.160.572,00 euros.

Interesa destacar en relación con el objeto de los tres recursos que la cláusula 11 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que rige la licitación establece bajo la rúbrica “Forma y contenido de las proposiciones”, que “*Las proposiciones se presentarán redactadas en lengua castellana, o traducidas oficialmente a esta lengua, y constarán de DOS (2) SOBRES, cerrados y firmados por el licitador o persona que lo represente, debiendo figurar en el exterior de cada uno de ellos el número de referencia y la denominación del contrato al que licitan, el nombre y apellidos del licitador o razón social de la empresa y su correspondiente NIF. En su interior se hará constar una relación numérica de los documentos que contienen, e indicando expresamente a qué lotes se presenta proposición, en su caso.*”

Asimismo en su cláusula 9 se indica que “*Se comunicarán a los interesados los defectos u omisiones subsanables de la documentación presentada por los licitadores, los empresarios admitidos y los excluidos de la licitación, y las ofertas con valores anormales o desproporcionados mediante su publicación en el tablón de anuncios electrónico, del Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante- (<http://www.madrid.org/contratospublicos>).(...)*

Aún en los casos en que no resulte exigible que presenten la oferta por medios electrónicos, para las restantes comunicaciones, notificaciones y envíos documentales, los interesados se relacionarán con el órgano de contratación por medios electrónicos”.

Por último la cláusula 8 del PCAP contiene un cuadro con el importe de la garantía correspondiente a cada lote.

**Segundo.-** A la licitación convocada se presentaron once ofertas, entre ellas las de las tres recurrentes.

El 25 de octubre de 2017, la Mesa de Contratación de la Agencia Madrileña de Atención Social procedió a la calificación de la documentación administrativa de las empresas presentadas al procedimiento, haciendo constar respecto de las

ofertas de las recurrentes que deberá aportar “*Indicación expresa de a qué lote o lotes se presenta*”, lo que fue comunicado a través del tablón de anuncios electrónico del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, con fecha 25 de octubre de 2017 (hora 17:01).

Con fecha 30 de octubre de 2017 se reunió la Mesa de contratación con el objeto de proceder a la comprobación de la subsanación de la documentación administrativa presentada en el procedimiento y acordó la admisión de las empresas que sí habían atendido al requerimiento de subsanación y la exclusión, entre otras de las recurrentes al no presentar documentación alguna en orden a subsanar los defectos que les fueron comunicados.

**Tercero.-** El 10 de noviembre de 2017, las recurrentes presentaron sendos escritos ante la Mesa de contratación en los que se señala que, “*nada tiene que subsanar*”, dado que las ofertas cumplen con lo exigido en el PCAP, ya que los lotes a los que se presentan están identificados en el sobre 2, sin perjuicio de que consta en la documentación presentada en el sobre uno, donde se adjuntaban tantas garantías como lotes. Se indica asimismo en cada escrito los lotes a que licita cada ofertante, aclaración que según se afirma se realiza dentro del plazo legal relativo a la subsanación. Solicitan en consecuencia la apertura de los sobres número dos para que la Mesa de contratación compruebe que, en efecto, se cumple con el requisito de identificación de los respectivos lotes indicando que si no se procede a la admisión de las oferta, presentarán los recursos legalmente previstos, pidiendo en ellos la suspensión del procedimiento de adjudicación.

El órgano de contratación dio traslado de estos escritos al Tribunal acompañados de una copia del expediente administrativo y de su informe en cumplimiento de la exigencia a que se refiere el apartado 2 del artículo 46 del texto refundido de la ley de contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRCSP), con fecha 17 de noviembre de 2017. En el indicado informe se solicita la desestimación de los recursos con los argumentos que se examinarán al analizar el fondo del asunto.

**Cuarto.-** Por la secretaría del Tribunal se ha dado trámite de audiencia al resto de interesados en el procedimiento habiendo presentado escrito de alegaciones la empresa Dalvel, S.L., con fecha 29 de noviembre, en las que solicita la desestimación del recurso, aduce en síntesis que “*si las empresas recurrente consideran que cumplían con los requisitos establecidos tuvieron ocasión de justificarlo en tiempo y forma en el momento en que fueron comunicados mediante el tablón de anuncios, en vez de hacer caso omiso al requerimiento realizado por la Mesa de contratación*”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP 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 los recursos.

**Segundo.-** Los recurrentes ostentan la legitimación activa necesaria para la interposición del recurso por tratarse en el primer caso de una persona física y en los otros dos de personas jurídicas “*cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 42 del TRLCSP).

Así mismo se acredita la representación de los firmantes del recurso en los casos en que las recurrentes revisten la forma jurídica de sociedades de capital.

**Tercero.-** Por cuanto respecta al objeto de los recursos debe indicarse que los mismos se han interpuesto contra un acto de trámite por el que se acuerda la inadmisión de las ofertas de los licitadores en un contrato de servicios, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

**Cuarto.-** En cuanto al plazo del recurso, el artículo 40 del TRLCSP, permite la impugnación alternativa o bien del acto de inadmisión o bien del acto de adjudicación de los contratos.

En este caso no se ha producido la notificación formal y específica del acto en el que se acuerda la exclusión de la oferta de los recurrentes, si bien se publicó el Acta de 30 de octubre de 2017 en el Perfil de Contratante, momento en que los recurrentes manifiestan darse por notificados, por lo que los escritos calificados de recurso presentados el día 10 de noviembre están en plazo.

**Quinto.-** De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los escritos de los recursos antes mencionados, siendo el acto recurrido el mismo y siendo aquellos iguales en sus términos, necesariamente debe apreciarse identidad en el asunto, si bien no la hay en los interesados, siendo el Tribunal el órgano que debe resolver todos los recursos. Procede por tanto la acumulación de los tres recursos.

**Sexto.-** En los recursos se solicita que se deje sin efecto el Acuerdo de la Mesa de contratación por el que se inadmiten las ofertas, por considerar que no era preciso subsanar defecto alguno puesto que el PCAP no establece específicamente que la indicación de los lotes a los que se licita deba presentarse en el sobre nº 1, siendo así que dicha mención, según se aduce, consta en el sobre nº 2 que no ha sido abierto y en el resguardo de las garantías constituidas. Además se confirma en

todos los escritos de recurso los lotes a los que se presenta cada licitador, invocando el artículo 68 de la LPACAP, que establece un plazo de subsanación de 10 días.

El órgano de contratación por su parte señala que el dato omitido es una exigencia de los pliegos (artículo 145.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre) y además, en este supuesto, es de especial relevancia, ya que los licitadores debían presentar garantía provisional del 3% del importe de cada lote al que concurren, lo que podría vulnerar el principio de igualdad respecto de otros licitadores puesto que si al abrir la proposición económica, los lotes no coincidieran con las garantías aportadas, se habría admitido en el proceso a un licitador que no ha presentado adecuadamente la garantía exigida, sin posibilidad de subsanación. Concluye que al no haber atendido al requerimiento efectuado por la Administración, las recurrentes deben quedar excluidas del procedimiento de licitación.

Como ha señalado este Tribunal en numerosas resoluciones, debemos recordar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCSP, “*las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna*”. De igual modo en reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo se señala el carácter de los pliegos como ley del contrato, entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2003 (RJ/2003/4413), y de 27 de mayo de 2009 (RJ/2009/4517), que viene a establecer que “*el pliego de condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo por ende fuerza de ley entre las partes*”.

Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, conociendo de antemano los parámetros con los que va a ser evaluado su producto para poder realizar la oferta que consideren económicamente más ventajosa.

En primer lugar debe determinarse si procedía o no la obligación de subsanación de las ofertas a la vista del contenido de los pliegos ya que las recurrentes afirman que no había nada que subsanar puesto que la cláusula 12 del PCAP (en realidad se refieren a la cláusula 11) no indica en qué sobre debe señalarse a qué lotes se presenta cada oferta.

Como ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, como entre otras la Resolución 269/2016, de 14 de diciembre. *“si las dudas de interpretación en los pliegos no es posible solventarlas de acuerdo con las previsiones de la Ley de Contratos del Sector Público, debe acudirse al Código Civil, cuyo artículo 1.288 dispone que “la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”. Cuando, como es el caso, los términos de los pliegos no son claros, plantean dudas sobre su intención y no hay una única interpretación lógica de los mismos aun estando a su sentido literal, la oscuridad o ambigüedad en las cláusulas del pliego, “en modo alguno puede interpretarse a favor de la parte que la haya ocasionado, esto es, el órgano de contratación”.*

En este caso, los pliegos indican que la oferta se presentará en dos sobres debiendo figurar en el exterior de cada uno de ellos una serie de datos y en el interior una relación numérica de los documentos que contienen, indicando expresamente a qué lotes se presenta proposición. De la redacción literal del PCAP resulta que la indicación de a qué lotes se presenta oferta debería contenerse en el interior de ambos sobres, no existiendo a juicio de este Tribunal oscuridad alguna al respecto por lo se ha producido un incumplimiento formal de la exigencia.

Esto no obstante el principio antiformalista que debe presidir la licitación pública con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, como advirtiera este Tribunal en sus Resoluciones 146/2016, de 28 de julio o 69/2017 de 1 de marzo, permite en este caso integrar la exigencia con el contenido documental del sobre 1 presentado por los recurrentes de manera que al contener cada uno las garantías

correspondientes a los lotes a que se licita, no existe ningún obstáculo a juicio de este Tribunal, para tener por indubitados los lotes a que se presenta cada licitador. El límite para el antiformalismo del procedimiento viene dado por el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma, por ejemplo, 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.

Examinado el contenido del sobre 1 de cada uno de los licitadores recurrentes cabe señalar:

- Don D.M.A., según afirma se presenta a los lotes 6 y 9, sin embargo en el resguardo de la garantía constituida por importe de 29.049,54 euros no se indica específicamente si presenta oferta a uno o más lotes ni se identifica a qué lote se refiere la garantía constituida.
- Transportes Chapín presenta oferta a los lotes 2, 3, 4 y 9 y en el sobre de documentación administrativa constan cuatro resguardos de avales por importes, 13.123,62, 5.701,44, 2.313,18 y 5.830,02 euros.
- Rutacar presenta oferta para el lote 8 y solo introduce en el sobre un resguardo de garantía por importe de 5.466,36 euros.

Cada una de las garantías presentadas, a excepción hecha del caso de don D.M.A., se corresponde de forma inequívoca con las establecidas en la cláusula 18 del PCAP, de manera que una simple labor de comprobación material permite tener por ciertos los lotes a los que presenta oferta cada empresa, siendo así que el principio antiformalista al que más arriba hemos hecho referencia exige la indicada comprobación por parte de la Mesa.

Caso distinto es el de la garantía presentada por don D.M.A. que al no corresponderse con ninguna de las indicadas en el cuadro de lotes, no permite realizar la indicada comprobación material.

A la vista de los documentos presentados y teniendo en cuenta lo

anteriormente expuesto, deben estimarse los recursos 366 y 367/2017 y desestimarse el recurso 365/2017.

Por último, debe analizarse si el sistema de comunicación utilizado por el órgano de contratación ofrece las garantías suficientes del conocimiento de su contenido que permita a todos los licitadores proceder a su atención, por lo que se refiere a la oferta de don D.M.A., puesto que aunque no se aduce nada al respecto la falta de atención al requerimiento de subsanación, bien pudiera ser que su causa obedeciera a una comunicación que no garantizara el conocimiento de su contenido por los licitadores.

En relación con esta cuestión este Tribunal ya se ha pronunciado en su supuesto semejante al que nos ocupa en su Resolución 88/2015, de 12 de junio, en cuanto a la forma en que deben actuar las Mesas de contratación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), “*Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los Interesados. Sin perjuicio de lo anterior las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación*”.

La lectura del artículo 81.2 del RGLCAP, lleva a la conclusión de que, de no preverse otra cosa en los pliegos, la comunicación de la existencia de defectos subsanables en la documentación administrativa puede llevarse a cabo de forma verbal además de publicarse en el tablón de anuncios, en otras palabras, que no se requiere la notificación por escrito a los licitadores en cuya documentación concurren tales efectos u omisiones. Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/2002, de 17 de diciembre, después de señalar la defectuosa redacción del precepto, considera que la comunicación verbal de defectos en acto público es plenamente admisible complementándose para los no

asistentes con la publicación en el tablón de anuncios, y la comunicación verbal sin acto público también es admisible, y concluye: *"En cualquier caso, admitida la comunicación verbal a través del Secretario de la Mesa o de la unidad gestora del expediente de contratación, requerirá para dejar constancia de su realización una diligencia y, como no consta la efectividad de su recepción, deberá efectuarse adicionalmente una comunicación por fax u otro medio telemático que deje constancia de su recepción, siendo conveniente que se prevea en el pliego de cláusulas."*

Si el anuncio o el PCAP prevé de modo expreso el momento (fecha y hora) en que los interesados pueden concurrir a la Mesa para que se les comunique verbalmente el requerimiento de subsanación, sería suficiente para tener por efectuada la comunicación que, además de tal comunicación verbal, se publique el requerimiento de subsanación en el tablón de anuncios y perfil de contratante.

Pero es que además el artículo 19.4 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, en su redacción modificada por el Decreto 69/2017, de 18 de julio, establece como medio de comunicación de los defectos subsanables la publicación en el perfil en los mismos términos que recoge el PCAP.

En este caso en el perfil de contratante consta claramente con el enunciado "Otros Anuncios": *"\* Defectos u omisiones de la documentación publicados el: 25 de octubre de 2017", y Apertura proposiciones económicas: - C/ Agustín de Foxá, 31 - primera planta. 28036. Madrid. Día 30 de octubre de 2017, a las 12:00 h."*

Por lo tanto estaban claras a los efectos de cumplir con la anterior doctrina, las fechas en que se procedería a comunicar posibles defectos a subsanar, de manera que la carga de subsanar en este caso con una simple indicación de los lotes a que se refiere cada oferta, no se aprecia precisamente como gravosa, o desproporcionada, siendo fácilmente asumible por los licitadores que diligentemente acudieron al Perfil de contratante, como exige el PCPA en las fechas especificadas

en el Perfil de contratante con antelación, para comprobar el resultado de la calificación de la documentación administrativa que tuvo lugar el 25 de octubre.

**En su virtud**, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 don A.R.T., en nombre y representación de RUTACAR en relación con el lote 8, y don D.R.G., en representación de la empresa Transportes Chapín, S.L. en relación con los lotes 2, 3, 4 y 9, contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 30 de octubre de 2017, por el que se inadmiten sus ofertas en la licitación del contrato “Servicio de Transporte de Usuarios de 9 Centros de atención a Personas con Discapacidad Intelectual, Adscritos a la Agencia Madrileña de Atención Social (9 lotes)” A/SER-07152/2017, y desestimar el recurso interpuesto por don D.M.A., en su propio nombre, en relación con los lotes 6 y 9.

**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.