

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

En Madrid, a 19 de septiembre de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don C.G.A., en representación de la empresa Elite y Espacio, S.L., contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Barajas de fecha 7 de agosto de 2019, por el que se adjudica el contrato “Servicios de conserjería, atención al público y control de entradas en equipamientos adscritos al Distrito de Barajas”, Nº Expediente: 300/2018/01646, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público publicados el 17 y el 19 de abril de 2019, respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 1.274.429,86 euros.

Segundo.- Interesa a los efectos de resolver el recurso que el apartado 19 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establece los siguientes criterios de adjudicación

“A) Mejoras en los servicios: Hasta 20 puntos

(...)

B) Compromisos laborales. Hasta 25 puntos

B.1.- Compromiso de mantenimiento del personal objeto del contrato (15 Puntos)

Las propuestas que se comprometan, durante todo el periodo de ejecución del contrato a mantener al personal exigido para la prestación objeto del contrato, contenido en el pliego de prescripciones técnicas.

Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa.

B.2 Compromiso de aportación de beneficios sociales a los trabajadores: cheque restaurante, cheque guardería o cheque para transporte público, de carácter mensual y con una cuantía de al menos 100 € al mes. (10 puntos).

Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa donde se concrete el beneficio/s social.

A) Oferta Económica. Hasta 55 PUNTOS”.

EL Anexo II del PCAP incluye el siguiente modelo de proposición económica:

“(....) se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, en el plazo total2 de....., por un precio de..... Euros (en número), al que corresponde por IVA la cuantía de.....Euros, (en número), totalizándose la oferta en.....Euros (en número), todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente (...)

B) Compromisos laborales. Hasta 25 puntos.

B.1.- Compromiso de mantenimiento del personal objeto del contrato (15 Puntos)

Las propuestas que se comprometan, durante todo el periodo de ejecución del contrato a mantener al personal exigido para la prestación objeto del contrato, contenido en el pliego de prescripciones técnicas. Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa.

B.2 Compromiso de aportación de beneficios sociales a los trabajadores: cheque restaurante, cheque guardería o cheque para transporte público, de carácter mensual y con una cuantía de al menos 100 € al mes. (10 puntos).

Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa donde se concrete el beneficio/s social.

La empresa. Se compromete a aportar los siguientes beneficios sociales:

.....

Parte de la oferta a subcontratar.....%, importe..... y nombre/perfil empresarial de acuerdo con lo establecido en el artículo 215.2 a)".

A la licitación se presentaron 15 empresas.

Tercero.- Tras la tramitación oportuna la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 26 de junio de 2019, procedió a valorar las ofertas presentadas y respecto a Elite y Espacio S.L., consta en el acta la siguiente puntuación:

*“- A - Mejoras en los servicios (horas ofertadas, condiciones según PCAP):
Puntuación: 20.0*

*- B.1 - Compromisos laborales (mantenimiento personal, condiciones según PCAP):
Puntuación: 0.0*

- C - Oferta Económica: Valor aportado por la mesa: 446050.46 Puntuación: 55.0

- B.2 - Compromisos aportación beneficios sociales (cheque restaurante, cheque guardería, cheque transporte público, condiciones según PCAP): Puntuación: 10.0”.

En consecuencia la Mesa acuerda proponer la adjudicación del contrato a la empresa VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO. S.L. que había obtenido 98,12 puntos. Elite y Espacio, S.L obtuvo 85 puntos.

Mediante Decreto de 7 de agosto de 2019 la Concejala Presidenta del Distrito de Barajas adjudica el contrato a la empresa VALORIZA CENTRO ESPECIAL DE EMPLEO. S.L, de acuerdo con la propuesta de la Mesa.

El Acuerdo de adjudicación fue notificado a los interesados el 8 de agosto de 2019.

Cuarto.- El 28 de agosto 2019, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Elite y Espacio, S.L., en el que solicita la anulación del acuerdo de adjudicación del contrato puesto que *“se han otorgado únicamente los diez puntos correspondientes al compromiso de aportación de beneficios sociales a los trabajadores concretado en el compromiso de otorgar Cheque restaurante, cheque guardería o transporte público con una cuantía de 100,00 € mes por trabajador.*

Sin embargo no se ha otorgado los quince puntos correspondientes Compromiso de mantenimiento del personal objeto del contrato a pesar de que constaba en la oferta presentada, tanto en el Anexo II de la oferta el referido compromiso como en el plan de viabilidad presentado ante la solicitud de la justificación de oferta desproporcionada o anormal.

Al revisar la documentación aportada se ha podido constatar que por error se omitió el documento que se anunciaba en la oferta con el compromiso, documento que se acompaña como Documento núm. 4. La omisión de este documento se debe a un error material involuntario en la confección del expediente, ya que existen suficientes argumentos para demostrar que la voluntad y el sentido de la oferta, incluía el compromiso al mantenimiento de los puestos de trabajo durante toda la vida de la concesión.

En este sentido sirva de prueba de que se trató de un error material y en todo caso subsanable:

- *En el Anexo II con la oferta económica (Documento núm. 5) que se adjunta a licitación se indica que se adjunta una certificación del administrador de la empresa con el referido compromiso según se exigía en las bases del concurso.*
- *Adicionalmente en el plan de viabilidad presentado a requerimiento de la Junta por el carácter “anormal” de la oferta se recoge expresamente que la oferta se basa en el mantenimiento de la totalidad de los trabajos y puestos de trabajo incluidos en la licitación. Informe que se acompaña como Documento núm. 6.*
- *-No tendría sentido que se incluya en la oferta el compromiso de aportar beneficios sociales a los trabajadores si no existiera el compromiso de mantenerlos”.*

El 2 de septiembre de 2019, el órgano de contratación remitió el 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 que manifiesta que la Mesa de Contratación actuó de forma correcta a la vista de la proposición económica presentada por las razones que se expondrán al resolver sobre el fondo del recurso

Quinto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida 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 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (en adelante, RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Sexto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Ha presentado alegaciones la adjudicataria en las que manifiesta que de acuerdo con lo establecido por el PCAP *“los licitadores, debieron de presentar “declaración responsable”, puesto que así lo señalaba el Pliego como única forma de acreditar dicho compromiso. Resulta evidente que no ha existido oscuridad alguna en los Pliego acerca de la forma de presentación de las proposiciones y la acreditación del compromiso para que éste pudiera resultar valorable.*

Tal y como reconoce la recurrente, esta declaración responsable no fue aportada en ningún momento durante la licitación, siendo aportada por primera vez con motivo de la interposición de este recurso especial en materia de contratación, a pesar de que, como ella misma reconoce, el Órgano de Contratación le solicitó la justificación de su oferta por contener valores anormales o desproporcionados.

Lo que resulta evidente es que la recurrente presentó su oferta sin aportar la declaración responsable que permitía acreditar el compromiso que era valorable, por lo que el Órgano de Contratación, en estricta aplicación y cumplimiento del dictado del pliego, no pudo valorar lo que era inexistente”. Igualmente considera que no puede subsanarse la oferta puesto que constituiría una modificación de la misma o de sus condiciones que inadmisibles en este momento del procedimiento. Por todo ello 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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, *“cuyos derechos e intereses*

legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso” (Artículo 48 de la LCSP), ya que la estimación del recurso la colocaría en posición de ser adjudicaría del contrato.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el Decreto impugnado fue adoptado el 7 de agosto de 2019, practicada la notificación el 8 de agosto e interpuesto el recurso el 28 del mismo mes, se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado 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.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la valoración de la oferta económica de la recurrente que no ha incluido la declaración responsable relativa el compromiso de mantenimiento del personal objeto del contrato, exigida en el modelo del PCAP.

La recurrente alega que su oferta no debió ser valorada con 0 puntos en ese criterio puesto que *“la omisión por error del certificado del administrador que garantiza el mantenimiento de los puestos de trabajo necesarios para el desempeño de los servicios no debe tener sino la consideración de error material subsanable pues del resto de documentación se desprende que era voluntad de Elite y Espacio aportarlo como se indicaba expresamente en el Anexo II de la oferta como indirectamente de otros documentos como el plan de viabilidad.*

Entiende esta parte que esta situación de conformidad con lo dispuesto en el la Cláusula 25 del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares, en el mismo sentido que el artículo 141 de la Ley de Contratos del Sector Público, debió ser objeto

de solicitud de aclaración pues si bien es cierto que esta parte ha detectado al recibir la adjudicación que se extravió del expediente la declaración responsable correspondiente no lo es menos que del contenido de la oferta se desprende indubitadamente que existía el compromiso de mantenimiento del personal”.

Por su parte el órgano de contratación opone a los argumentos de la recurrente que *“en el momento de la apertura de las ofertas y clasificación de las mismas por parte de la Mesa de Contratación, y dentro de las facultades que se le atribuyen por la Ley de Contratos, dispone de capacidad para la interpretación de las mismas y en el caso que nos ocupa, consideró que en relación a las mejoras en los servicios ofertadas por la empresa recurrente, si bien respecto a las horas ofertadas y en los beneficios sociales quedaba expresamente indicado a que se refería en la misma, en el caso del compromiso de mantenimiento del personal, no se estimó que por parte de la empresa licitadora se realizara ninguna manifestación de la que pudiera desprenderse la intención de la empresa de aportar esta mejora, dado que únicamente se limitaba a transcribir la misma sin expresar ni en el documento de la oferta ni en documento aparte voluntad de ello, cosa que sí hicieron el resto de las empresas licitantes incluso, alguna de forma muy sucinta, y que fue tenido en cuenta por parte de la Mesa de Contratación(...)Además con posterioridad y dado que la oferta estaba incurso en valores anormales, se le requirió para que justificase la viabilidad, procediendo en este caso a manifestar expresamente el hecho de asumir dicha mejora. Hemos de considerar que dicho requerimiento está limitado para la justificación de dicha baja temeraria, pero en ningún caso, puede constituir una ampliación, desarrollo o mejora de la oferta ya presentada con anterioridad y calificada por la Mesa, puesto que ello supondría una posición de ventaja a aquellos licitadores -incursos en baja que podrían, bajo el amparo de dicha justificación, modificar las condiciones iniciales de la oferta presentada y con ello alterar el resultado de la puntuación obtenida, en perjuicio de los restantes licitadores”.*

El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre

(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”*.

Como señaló este Tribunal en su Resolución 360/2018 de 15 de noviembre, *“en el procedimiento de licitación debe regir un principio antiformalista de manera que con el objeto de lograr la mayor concurrencia posible, no se exijan requisitos excesivamente formales, ni se excluya del procedimiento oferta alguna en el caso de que apreciándose defectos en la misma, estos sean subsanables*.

Entiende este Tribunal que la posibilidad de subsanación no se produce en función del tipo de requisito que se trata de acreditar, esto es, no puede afirmarse con carácter general que todos los requisitos de solvencia sean subsanables, ni tampoco que no lo sean aquéllos que se refieren a las ofertas. Antes bien la condición fundamental para apreciar el carácter subsanable o no de un defecto padecido en la licitación viene dada por los límites que para el antiformalismo del procedimiento suponen el respeto al resto de los principios de la licitación. De esta forma 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. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de mayo de 2015 considera no aplicables los principios formalistas que restrinjan la libre concurrencia: “(...) una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública

enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos”.

Siguiendo el criterio expuesto, debe analizarse si en el caso planteado el defecto podía considerarse subsanable por la propia Mesa de contratación en aplicación del artículo 84 del Reglamento, anteriormente citado.

La proposición económica presentada por la recurrente dice textualmente:

“D./Dña Carlos Galindo Argüelles-Toral con DNI número 08998978K en nombre (propio o de la empresa que representa), Elite y Espacio SL con NIF B82013558 y domicilio fiscal en calle Poeta Joan Maragall número 23 enterado del anuncio publicado en el (perfil de contratante, DOUE)1 del día 19 de abril de 2019 y de las condiciones, requisitos y obligaciones sobre protección y condiciones de trabajo que se exigen para la adjudicación del CONSERJERÍA, ATENCIÓN AL PÚBLICO Y CONTROL DE ENTRADAS EN EQUIPAMIENTOS ADSCRITOS AL DISTRITO DE BARAJAS se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, en el plazo total de 2 años por un precio de 446.050,46 Euros (en número), al que corresponde por IVA la cuantía de 93.670,59 Euros, (en número), totalizándose la oferta en 539.721,05 Euros (en número), todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente. En la elaboración de esta oferta se han tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad.

MEJORAS EN LOS SERVICIOS:

A.- Horas ofertadas para la prestación de servicios extraordinarios por necesidades singulares:

Necesidades de servicio fuera de los horarios habituales, prolongación de jornadas o supuestos en los que se requiera un mayor número de efectivos por afluencia de público, conveniencia de agilización de gestiones determinadas, u otras circunstancias que lo aconsejen a requerimiento del Distrito. (Hasta un 25% de dichas horas podrán exigirse en horario nocturno.) Hasta 20 puntos.

Nº de HORAS OFERTADAS por el licitador: 5000 horas.

B) Compromisos laborales. Hasta 25 puntos.

B.1.- Compromiso de mantenimiento del personal objeto del contrato (15 Puntos)

Las propuestas que se comprometan, durante todo el periodo de ejecución del contrato a mantener al personal exigido para la prestación objeto del contrato, contenido en el pliego de prescripciones técnicas. Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa.

B.2 Compromiso de aportación de beneficios sociales a los trabajadores: cheque restaurante, cheque guardería o cheque para transporte público, de carácter mensual y con una cuantía de al menos 100 € al mes. (10 puntos).

Este compromiso quedará acreditado mediante declaración responsable del representante legal de la empresa donde se concrete el beneficio/s social.

La empresa Elite y Espacio SL se compromete a aportar los siguientes beneficios sociales:

- Cheque restaurante, cheque guardería o transporte público con una cuantía de 100,00 € mes por trabajador

Parte de la oferta a subcontratar 90%, importe 485.748,94 Euros y nombre/perfil empresarial

ELITE INSERCIÓN SL., de acuerdo con lo establecido en el artículo 215.2 a).

Fecha y firma del licitador”

Resulta obvio a juicio de este Tribunal que la empresa ha copiado literalmente el

modelo del Pliego y ha introducido su oferta concreta en los criterios horas ofertadas y beneficios sociales. En el criterio mantenimiento del personal el modelo requiere una declaración expresa que no se ha incluido. Por lo tanto la Mesa no podía conocer si la voluntad de la licitadora era ofertar ese compromiso y había incurrido en un error o si simplemente no deseaba hacer el compromiso.

El hecho de que de la documentación justificativa de la oferta se pudiese deducir que existía ese compromiso no puede subsanar la proposición puesto que se trata de una mera presunción y el Pliego exige una declaración responsable expresa.

Por otro lado tampoco cabe en este caso la subsanación puesto que implicaría una modificación de la oferta una vez que se conoce la valoración de las demás.

En consecuencia el recurso debe ser desestimado.

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 C.G.A., en representación de la empresa Elite y Espacio, S.L., contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Barajas de fecha 7 de agosto de 2019, por el que se adjudica el contrato “Servicios de conserjería, atención al público y control de entradas en equipamientos adscritos al Distrito de Barajas”, Nº Expediente: 300/2018/01646.

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.

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 59.1 de la LCSP.