

Recurso nº 190/2022

Resolución nº 203/2022

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

En Madrid, a 26 de mayo de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Tecnove, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 4 de mayo de 2022, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “servicios de alimentación para el Hospital 12 de octubre”, número de expediente PA 2022-0-43, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 9 de marzo de 2022, y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 8 de marzo de 2022, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con un único criterio de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 6.117.831,82 euros y su plazo de duración será de un año con posibilidad de dos prórrogas anuales.

A la presente licitación se presentaron 3 licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- Con fecha 4 de mayo de 2022, la Mesa de contratación decide excluir a la recurrente al no haber presentado el programa de trabajo junto con la oferta económica, tal y como se establece en el apartado 16 de la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP).

Tercero.- El 13 de mayo de 2022, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Tecnove, S.L. (en adelante Tecnove), en el que solicita la anulación de su exclusión y en consecuencia su admisión al procedimiento de licitación.

El 24 de mayo de 2022, 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 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 (en adelante LCSP).

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, 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, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 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 presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse

de una persona jurídica excluida “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).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 4 de mayo de 2022, y notificado al día siguiente e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 13 de mayo de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se reduce a un solo motivo, que no es otro que la exclusión de la oferta de la recurrente por no haber acompañado a la oferta económica, único criterios de valoración, el programa de trabajo que se exigía en el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP.

Manifiesta Tecnove que: “En el procedimiento de contratación de 2020, para este mismo servicio y para este mismo centro, expte PA 2020-0-125, también se decía en la cláusula I apartado 16 del PCAP que había que presentar el programa de trabajo con la oferta, y TECNOVE S.L., no habiéndolo presentado en ese momento, no sólo no fue excluida, sino que resultó ser la adjudicataria.

La decisión de la Mesa de Contratación de excluir a esta administrada del procedimiento de contratación 2022 vulnera claramente el principio de confianza legítima, principio citado por la normativa básica del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, entroncado con el principio de la seguridad jurídica previsto en la Constitución, según el cual la Administración pública no puede defraudar

las expectativas que han creado sus normas y decisiones sustituyéndolas inesperadamente por otras de signo distinto. El cambio de criterio es posible, pero ha de ser motivado y basado en razones objetivas.

En este caso:

1. La Mesa de Contratación ha actuado con un criterio distinto al del procedimiento de contratación de 2020, expte PA 2020-0-125, y no ha motivado ni objetivado el cambio de criterio, a pesar de que en el apart. 16 de la cláusula I del PCAP de dicho procedimiento también se decía, al igual que en el apart. 15 de la cláusula I del PCAP del actual procedimiento contratación 2022, que había que presentar el programa de trabajo con la oferta.

2. El proceder de la Mesa de Contratación en el procedimiento de contratación de 2020, expte PA 2020-0-125:

a. Ha generado en TECNOVE S.L. la confianza de que la Administración actúa correctamente, y que el comportamiento de TECNOVE S.L. es asimismo correcto y que sus expectativas son asimismo razonables.

b. Reconoce una situación jurídica individualizada en cuya persistencia podía confiar TECNOVE S.L.

c. Es una causa idónea para provocar la confianza legítima de TECNOVE S.L. la cual no fue generada por mera negligencia, ignorancia o tolerancia de la Mesa de Contratación.

Todo ello evidencia que ha habido una clara transgresión del principio de confianza legítima.

TERCERO.- *Siendo que la comunicación de referencia de la Mesa, objeto del presente recurso, es de empresas admitidas y subsanación de defectos u omisiones, la Mesa podía haber requerido a Tecnove, para la presentación de dicho programa de trabajo antes de decidir sobre su admisión, y ello en base a los principios de la buena fe contractual y de proporcionalidad.*

CUARTO.- *Al amparo de los hechos narrados en los anteriores motivos, entiende está administrada que no procede su exclusión, sin antes darle la oportunidad de subsanar la omisión por la que ha sido excluida, y ello porque:*

1. *El no haber incluido dicho programa de trabajo en la proposición u oferta no fue sino por los motivos anteriormente detallados, basados en el principio de confianza legítima y su buena fe contractual.*
2. *El contenido de los textos de los diferentes preceptos del PCAP y PPT citados en el motivo primero de este escrito es claramente contradictorio, no sabiendo a cual atenderse, con la consecuente indefensión que ello produce a esta administrada.*
3. *La decisión de la Mesa de Contratación de excluir a esta administrada del procedimiento de contratación vulnera claramente:*
 - a. *El principio de confianza legítima, conforme se ha detallado en el motivo segundo de este escrito.*
 - b. *El principio de proporcionalidad que defiende nuestro ordenamiento jurídico y jurisprudencia, especialmente si tenemos en consideración que la subsanación de la omisión es posible mediante requerimiento para ello a la administrada, antes de proceder a la valoración de ofertas.*
 - c. *El principio de la buena fe contractual con el que ésta administrada ha venido actuando, especialmente si tenemos en consideración el proceder de TECNOVE S.L. para con el Hospital Universitario 12 de Octubre como adjudicataria actual del contrato de 2020.*

Resulta claro que la no presentación por TECNOVE S.L. del programa de trabajo junto con su oferta o proposición se trata de una omisión justificada que bien puede ser subsanada antes de que la Mesa valore las ofertas o proposiciones”.

Por su parte el órgano de contratación en su escrito al recurso considera:

“PRIMERO.- Alega la recurrente en su motivo PRIMERO que, de la lectura conjunta del PCAP (cláusula 1.15) y el PPT, cláusula 2.6, debe entenderse que el programa de trabajo no debe presentarse en el momento de la oferta, sino una vez adjudicado el contrato.

No podemos estar de acuerdo con esta interpretación por su falta de lógica y alejamiento de los principios establecidos en el Código Civil para la interpretación de los contratos (artículos 1281 y siguientes).

Por un lado el PCAP establece claramente que el momento de presentación del programa de trabajo es el momento de la oferta. Por otro lado, si bien, efectivamente, se hace alusión en la cláusula 2.6 del PPT a que es 'la empresa adjudicataria' quien establecerá el programa de trabajo – lo que puede llevar a entender que éste se establecerá una vez adjudicado el contrato – la cuestión se aclara al indicar, dicha cláusula 2.6 a continuación, que el plan de trabajo se establecerá en la Oferta Técnica, en consistencia con lo establecido en el PCAP.

Prueba de lo anterior, es que las demás licitadoras sí han presentado sus programas de trabajo con la oferta.

Nada hubiera impedido, por otro lado, que el recurrente solicitara aclaración de los términos de los pliegos, como la ley le permite.

SEGUNDO.- No estamos de acuerdo con la utilización que del principio de confianza hace la recurrente en su motivo SEGUNDO. En primer lugar se están comparando los actos de la administración en dos procedimientos diferentes, aunque sean similares. En segundo lugar, entendemos que del pliego se desprende una claridad suficiente que deja sin justificación una actuación contraria a los mismos, como es la de no incluir el programa de trabajo en la oferta.

TERCERO.- Sin perjuicio de lo anterior, y en relación con las alegaciones de la recurrente planteadas en su motivo TERCERO, esta Dirección Gerencia se cuestiona si el hecho de no haber permitido a la recurrente la subsanación de su oferta, contraviene la doctrina de este Tribunal que rechaza el excesivo formalismo y aboga por la proporcionalidad en las actuaciones del órgano de contratación, particularmente cuando conllevan la exclusión de los licitadores, quedando pues en espera de conocer el correcto proceder que determine el Tribunal al que me dirijo".

Vistas las posiciones de las partes, este Tribunal no comparte, al igual que el órgano de contratación, la fundamentación del recurrente en cuanto que en anteriores contrataciones se haya admitido o excluido la oferta por la falta de presentación de la

documentación requerida. Cada licitación es un procedimiento distinto y no puede traerse a colación lo efectuado en un procedimiento para aplicarlo al actual.

En base a esta aseveración, tampoco compartimos que se haya vulnerado el principio de confianza legítima, pues resulta evidente que el apartado 16 de la cláusula 1 del PCAP establece claramente la obligatoriedad de presentación del programa de trabajo aludido.

Debemos recordar que los pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna.

La regulación legal de PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 125 y 126 de la LCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, concretamente en el caso de los contratos de suministro los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, y que por lo tanto implican los mínimos que deben reunir los productos a suministrar, así como de las prestaciones vinculadas al mismo.

Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Cabe recordar también que las características técnicas correspondientes a los productos objeto de suministro corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la LCSP. No cabe alterar sobre la marcha y a la vista del resultado de la licitación las condiciones de la misma, ya que ello supondría un claro supuesto de vulneración del principio de igualdad.

Dicho lo cual, la mera presentación de la oferta conlleva para la recurrente la aceptación de aportar el plan de trabajo en el momento procesal determinado en el PCAP.

Dicho lo cual, en cuanto a la posibilidad de subsanación de defectos u omisiones en la oferta de los licitadores, este Tribunal, en consonancia con la doctrina y la jurisprudencia, viene aplicando, con carácter general, un criterio antiformalista, si bien el análisis debe realizarse casuísticamente, analizando las circunstancias que concurren en cada caso.

Con carácter general, la JCCA viene entendiendo, valga el informe 18/10, de 24 de noviembre, que: *“Se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones, que evidentemente es anterior al momento de subsanación. Es decir, puede subsanarse lo que existe, pero no se ha aportado; no se puede subsanar lo que en el momento citado no existe de manera indudable”.*

En este sentido, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia 2415/2015 que: *“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 (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012)".

Por su parte, el TACRC en su Resolución 639/20, de 21 de mayo señalaba: “*En el caso que nos ocupa, la omisión se aprecia en la documentación aportada con la oferta económica, de modo que la posible subsanación, como refleja la doctrina ut supra, ha de ser aplicada con suma cautela, erigiéndose como límite infranqueable la modificación de la oferta. Es cierto que la concesión a las recurrentes de un trámite de subsanación les habría permitido justificar, en los términos que los pliegos indican, las circunstancias que forman parte de su oferta y que son valoradas para la adjudicación del contrato, pues así se deduce de la documentación que acompaña al recurso interpuesto, consistente en certificaciones nominativas que acreditan la experiencia de los trabajadores adscritos al contrato en obras en las que se desarrollan trabajos análogos a los que conforman el objeto del contrato de referencia. La cuestión fundamental estriba en determinar si dicha subsanación supondría una modificación de la oferta; en este caso la proposición presentada inicialmente por las recurrentes mencionaba la experiencia de sus trabajadores, aportándose con el Sobre Nº 3 la documentación con la que pretendía acreditarse, siendo patente su voluntad de que fueran objeto de valoración, por lo tanto, la simple acreditación de dicha experiencia, ya reflejada en la propuesta, no modificaría en forma alguna los términos de la oferta, esta permanecería inalterable, pues no se añade o incorpora ningún elemento a la misma, sino que se limita a acreditar de forma efectiva los elementos que ya configuraban la proposición inicial.*

De conformidad con el mencionado principio antiformalista, así como la aplicación que viene realizando del mismo la propia Administración, entiende este Tribunal que la Mesa de Contratación debería haber concedido trámite de subsanación a la UTE recurrente cuya documentación tendente a acreditar las condiciones relativas a la cualificación y experiencia profesional del personal adscrito al contrato, adolecía de defectos formales en los términos expuestos, admitiéndose

tal subsanación siempre y cuando la oferta presentada permanezca inalterable.

Por consiguiente, debemos estimar este primer motivo del recurso por entender contrario al criterio antiformalista la no concesión a la UTE recurrente de un trámite para subsanar los defectos de acreditación advertidos en su oferta”.

De la jurisprudencia y de la doctrina mencionada se puede colegir que se reconoce como subsanable, ya sea por errores u omisiones, la aportación de documentos exigidos para concurrir siempre que el contenido del mismo, como elemento acreditativo, exista en el momento en que se presenta y en el momento en que concluye el plazo de presentación de proposiciones.

En el caso que nos ocupa la subsanación recae sobre la presentación de un programa de trabajo que no es valorable, ya que recordemos esta licitación solo establece un criterio de valoración, ni tampoco es un documento que describa los suministros a prestar y con ello el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos, por todo lo cual excluir la oferta de la empresa por este motivo, sin haber mediado una solicitud de subsanación vulneraría el principio de concurrencia establecido en la LCSP como principio transversal de la contratación pública.

Se ha de destacar que el propio órgano de contratación viene a allanarse indirectamente en su escrito de contestación al recurso, en cuanto a admitir la falta de subsanación como un defecto en la tramitación del procedimiento de licitación.

Se ha de destacar asimismo, que la circunstancia de que en esta licitación solo se haya utilizado un criterio de adjudicación, favorece la posibilidad de evaluar la oferta del recurrente sin vulnerar ningún principio de la contratación pública.

Por todo ello se estima el recurso planteado, anulando la adjudicación acordada y retrotrayendo el procedimiento al momento de la admisión de ofertas, dando a la recurrente un plazo correcto para la subsanación de la aportación del programa de trabajo. Una vez aportado se procederá a la apertura de su oferta económica y a su

puntuación, tras lo cual se clasificarán las ofertas y se propondrá la adjudicación, previamente cumplidos los trámites establecidos en el artículo 150.2 de la LCSP.

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.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Tecnove S.L., contra el acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 4 de mayo de 2022, por el que se le excluye de la licitación del contrato de “servicios de alimentación para el Hospital 12 de octubre”, número de expediente PA 2022-0-43, retrotrayendo las actuaciones al momento de la admisión de ofertas y procediendo a solicitar la subsanación en la presentación del programa de trabajo a la recurrente.

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 de la LCSP.