

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

En Madrid, a 8 de junio de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de Talento Transformación Digital, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 12 de mayo de 2023, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “gestión de contenidos, mantenimiento y actualización del sitio web FC” de la Fundación Canal de Isabel II, expediente 1/23, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 28 de febrero de 2023 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado de contrato asciende a 140.000 euros y un plazo de ejecución de 48 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron once empresas, entre ellas la recurrente.

La Mesa de contratación, en su sesión de 12 de mayo de 2023, acordó la exclusión de la recurrente al comprobar que no habían incluido en el sobre 3 los CVs firmados de las personas que iban a asignar a cada uno de los perfiles mencionados en la tabla previa, a fin de poder verificar la correspondencia entre los años de experiencia adicionales propuestos y lo reflejado en los CVs, en consonancia con lo indicado en la Corrección de Errores de fecha 17 de marzo de 2023 de los pliegos que rigen la presente licitación publicada en el Perfil del Contratante de la Fundación Canal de Isabel II.

Tercero.- El 30 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por Talento Transformación Digital, S.L., (en adelante Talento), contra el Acuerdo de 12 de mayo de 2023, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación.

Cuarto.- El 1 de junio de 2023, el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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).

Quinto.- 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.- La recurrente se encuentra legitimada en base al artículo 48 de la LCSP para la formulación del recurso especial en materia de contratación al tratarse de una empresa excluida de la licitación.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión fue notificado el 16 de mayo de 2023 e interpuesto el recurso el 30 de mayo, por lo que 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 el Acuerdo de exclusión 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.b) de la LCSP.

Quinto.- La recurrente fundamenta su recurso en la indebida exclusión del procedimiento de licitación ya que en la presentación de la documentación se siguieron los pasos marcados en el apartado H. del CUADRO DE CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO, donde se indica la documentación que ha de presentarse en cada sobre, donde no daba lugar a poder presentar los CVs firmados, ya que, en todo momento se interpretó que la proposición relativa a criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas se incluía en la presentación de PROPOSICIÓN ECONÓMICA (ANEXO 11 1):

ANEXOS		
DOCUMENTACIÓN	DESCRIPCIÓN	CÓDIGO
Documentación administrativa	ACREDITACIÓN DE LA PERS DEL EMPRESARIO Y SU CAPACIDAD DE OBRAR	CLI05-D04B_1_1
Documentación administrativa	DECLARACIÓN SOBRE LA PERTENENCIA A UN GRUPO DE EMPRESAS	CS07-D34B_3_1
Documentación administrativa	DEUC	CS07-D62_4_1
Proposición relativa a criterios sujetos a juicio de valor	DOC. REL. A LOS CRIT. CUYA POND. DEPENDE DE JUICIOS DE VALOR	CS07-D36_1_1
Proposición relativa a criterios evaluables mediante la mera aplicación fórmulas	PROPOSICIONES ECONÓMICAS	CS07-D38_1_1

La exclusión se realizó en base a una corrección de errores del pliego que establecía la forma de acreditación de los años de experiencia adicionales a los

mínimos exigidos para cada uno de los perfiles requeridos para cubrir la solvencia técnica y profesional reflejada en el apartado G.b del Cuadro de características del contrato, indicando que *“en el sobre que ha de contener la propuesta evaluable mediante la aplicación de fórmulas (sobre 3) habrá de incluirse curriculum vitae firmado de las personas que vayan a cubrir cada uno de dichos perfiles, en el que quede acreditado el número de años de experiencia que aporte respecto del perfil de que se trate y que deberán cubrir los que se hubieren hecho constar en el modelo de Anexo III como años de experiencia adicional.*

En caso de que una misma persona vaya a cubrir más de un perfil, el curriculum vitae aportado deberá identificar, de forma clara e individualizada, los años de experiencia de dicha persona correspondientes a las labores propias de cada perfil.

La falta de inclusión de los currícula en el sobre que ha de contener la propuesta evaluable mediante la aplicación de fórmulas (sobre 3) -o su inclusión en cualquier otro sobre- implicará la inadmisión de la propuesta y, por tanto, la exclusión del licitador del procedimiento”.

Alega que, respecto a esta aclaración, no hubo una nueva publicación del cuadro de características del contrato, ni se realizó ninguna modificación en los apartados de la plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

En base a lo anterior, solicita se admita la propuesta presentada por Talento o, en su caso, el órgano de contratación realice el requerimiento de subsanación para que se puedan aportar los CVs de los perfiles.

Por su parte, el órgano de contratación alega, en primer lugar que al ser la Fundación Canal de Isabel II un Poder Adjudicador no Administración Pública (PANAP), de conformidad con lo dispuesto en el artículos 3.3.b) LCSP, el procedimiento de tramitación de dicha licitación no se rige con exactitud por todos los preceptos de la LCSP al tratarse de un contrato no SARA de un PANAP; lo que implica que en aplicación de lo dispuesto en los artículos 317 y 318 LCSP no existía sometimiento directo a los artículos 115 a 187. Señala que, pese a ello, la Fundación ha actuado conforme a los mismos.

Según lo dispuesto en el Cuadro de características del contrato, uno de los criterios que se tendrían en cuenta para la adjudicación del contrato serían los años de experiencia adicional a los mínimos requeridos en la solvencia técnica para una serie de perfiles.

Durante el periodo de preparación de propuestas por parte de los potenciales licitadores, se plantearon a la Fundación Canal diversas cuestiones. La propia entidad recurrente remitió un correo electrónico con fecha 15 de marzo de 2023, en el que, entre otras, planteaba la siguiente duda: *“Y, por último, ¿se debe acreditar la experiencia adicional puntuable de los diferentes perfiles en la propuesta? Si la respuesta es que sí, ¿de qué manera se haría?”*.

La Fundación Canal contestó a dicho correo electrónico con fecha 16 de marzo de 2023, dando respuesta a todas las dudas planteadas y contestando, en concreto, a la previamente referida lo siguiente: *“RESPUESTA FC: efectivamente debe acreditarse la experiencia adicional puntuable de los diferentes perfiles en el sobre que ha de contener la propuesta evaluable mediante la aplicación de fórmulas (sobre 3). A tal efecto habrá de incluirse en dicho sobre curriculum vitae firmado de las personas que vayan a cubrir cada uno de los perfiles, en el que quede acreditado el número de años de experiencia que aporten respecto del perfil de que se trate y que deberá cubrir los que se hubieren hecho constar en el modelo de Anexo III como años de experiencia adicional. En caso de que una misma persona vaya a cubrir más de un perfil, el curriculum vitae aportado deberá identificar, de forma clara e individualizada, los años de experiencia de dicha persona correspondientes a las labores propias de cada perfil. La falta de inclusión de los curricula en el sobre que ha de contener la propuesta evaluable mediante la aplicación de fórmulas (sobre 3) -o su inclusión en cualquier otro sobre- implicará la inadmisión de la propuesta y, por tanto, la exclusión del licitador del procedimiento”.*

Añade que sin perjuicio de que, según se ha indicado previamente, no sería de aplicación al contrato que nos ocupa lo previsto en los artículos 122 y 136 LCSP (*“122.1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares deberán aprobarse*

previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir esta, antes de su adjudicación, y solo podrán ser modificados con posterioridad por error material, de hecho o aritmético. En otro caso, la modificación del pliego conllevará la retroacción de actuaciones.”); la Fundación decidió dar al cambio el trato de corrección de errores y publicarlo como tal a fin de cumplimentar lo indicado en los artículos referidos y dejar constancia, de cara a las entidades que pudieran estar interesadas en concurrir a la licitación, que el contenido del documento publicado era relevante y corregía alguno de los documentos publicados. De este modo, se publicó en el Perfil del Contratante de la Fundación Canal con fecha 17 de marzo de 2023 la aclaración transcrita anteriormente.

No se consideró preciso volver a publicar el Cuadro de características del contrato en la medida en que la corrección previa era lo suficientemente clarificadora y no era significativa, pues se limitaba a hacer referencia a cuestiones formales. Debe tenerse en cuenta que, con la misma fecha, se amplió el plazo de presentación de ofertas, publicándose el siguiente texto: *“Considerando que diversos potenciales licitadores han puesto de manifiesto la escasez del plazo otorgado para la adecuada preparación de las ofertas en atención a lo requerido en los pliegos, se acuerda ampliar el plazo de presentación de ofertas hasta el miércoles 12 de abril de 2023 por entender que ello facilita la concurrencia y no perjudica a terceros”.*

Respecto a la alegación de que tampoco se modificó la estructura marcada en el sistema Licit@ para la presentación de la propuesta señala que no se estimó necesario en la medida en que, más allá de la denominación que se haga constar, los licitadores concurrentes han de aportar la documentación que les sea requerida en pliegos; no habiendo existido impedimento tecnológico al respecto como demuestra el hecho de que otros licitadores hayan aportado la documentación requerida.

Sobre la posibilidad de subsanación, manifiesta que el procedimiento a seguir debe respetar, siempre y en todo caso, las previsiones contenidas en los pliegos que lo regulan; a fin de garantizar la igualdad de trato entre todos los licitadores concurrentes. Es por ello que, en el supuesto que nos ocupa y en la medida en que

se determinaba con absoluta claridad la consecuencia de no incluir en el sobre que debía contener la propuesta evaluable mediante fórmula determinada documentación, y que no era otra que la exclusión; la Comisión de asistencia al órgano de contratación no podía adoptar una decisión diferente a la prevista en pliegos y, por tanto, a la exclusión, pues el respeto a lo previsto en los pliegos obliga a todas las partes involucradas en el procedimiento, esto es, a los licitadores que concurren a la licitación, pero también a la propia Fundación Canal.

Vistas las alegaciones de las partes, resulta de interés delimitar someramente el régimen jurídico aplicable a los contratos licitados por los PANAP que no tengan la condición de contratos SARA. El artículo 318 b) de la LCSP establece *“Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.382.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 215.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”*.

Del texto legal se desprende que se refiere únicamente a la adjudicación de estos contratos, sin mencionar el régimen jurídico referente a su la preparación. En definitiva el artículo 318 permite la utilización de los procedimientos establecidos en la sección 2ª para los no SARA no indicando la sujeción a la sección 1ª para este tipo de contratos (*“De preparación de los contratos de las Administraciones Públicas”*).

Dentro de este contexto, procede analizar las alegaciones de las partes a efectos de determinar si la exclusión del licitador fue ajustada a Derecho.

El cuadro de características del contrato establecía como criterio de adjudicación un mayor número de años de experiencia en determinados perfiles respecto a los exigidos inicialmente como criterio de solvencia. En dicho cuadro no se especificaba el modo de acreditar la oferta realizada respecto a este criterio.

Es el propio recurrente el que plantea una solicitud de aclaración al respecto, transcrita anteriormente, cuestionando cómo debe acreditarse. Consta en el expediente correo electrónico del órgano de contratación de fecha 16 de marzo de 2023 dirigido al ahora recurrente en el que se le informa de modo de acreditar su oferta, haciendo constar además que *“La falta de inclusión de los currícula en el sobre que ha de contener la propuesta evaluable mediante la aplicación de fórmulas (sobre 3) -o su inclusión en cualquier otro sobre- implicará la inadmisión de la propuesta y, por tanto, la exclusión del licitador del procedimiento”*.

El artículo 138.3 de la LCSP establece *“Los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro plazo distinto. En los expedientes que hayan sido calificados de urgentes, el plazo de seis días a más tardar antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas será de 4 días a más tardar antes de que finalice el citado plazo en los contratos de obras, suministros y servicios sujetos a regulación armonizada siempre que se adjudiquen por procedimientos abierto y restringido.*

En los casos en que lo solicitado sean aclaraciones a lo establecido en los pliegos o resto de documentación y así lo establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, las respuestas tendrán carácter vinculante y, en este caso, deberán hacerse públicas en el correspondiente perfil de contratante en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el procedimiento de licitación.

Los interesados podrán solicitar por correo electrónico aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estimen pertinente, que será contestada a más tardar 6 días naturales antes de la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que se haya solicitado 8 días naturales antes del último día de presentación de ofertas. Las respuestas serán publicadas en el perfil de contratación”.

La cláusula 7 del Cuadro de Características establece *“Los interesados podrán solicitar por correo electrónico aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que estimen pertinente, que será contestada a más tardar 6 días naturales antes de la fecha límite de presentación de ofertas, siempre que se haya solicitado 8 días naturales antes del último día de presentación de ofertas. Las respuestas serán publicadas en el perfil de contratación”*.

En contra de lo manifestado por la recurrente, con fecha 17 de marzo de 2023 la aclaración transcrita se publica en el Perfil del Contratante de la Fundación, si bien bajo el epígrafe poco afortunado de *“corrección de errores”*, pero en los mismos términos que en la respuesta personalizada realizada al recurrente.

Consta, así mismo, la publicación con esa misma fecha de la ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el 12 de abril de 2023, en lugar del 17 de marzo inicialmente previsto.

Pues bien, ante estas circunstancias, como señala el órgano de contratación, no podemos obviar que el ahora recurrente fue quien formuló la cuestión a la que se dio respuesta y que fue objeto de publicación como Corrección de Errores. Ello implica que no pueda alegarse disconformidad si presenta ulteriormente oferta, yendo ahora contra sus propios actos y en contra del principio de buena fe, manifestando su sorpresa porque el órgano de contratación actúe lisa y llanamente como se le respondió que se haría antes de la presentación de la oferta, con lo que la posibilidad de indefensión es inexistente. Al consentirse por el recurrente la respuesta a la consulta planteada y a su publicación en el Perfil de Contratista, los pliegos devienen de obligado cumplimiento tanto para los licitadores como para el propio órgano de contratación en cuanto constituyen la ley del contrato.

El artículo 139 de la LCSP establece *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como*

la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”.

Este Tribunal no puede proceder de oficio para anular una cláusula consentida, salvo supuesto de nulidad de pleno de derecho, que no se aprecia en el caso que nos ocupa ni ha sido alegada por la recurrente.

En consecuencia, la aplicación de la cláusula lleva apareja la exclusión del licitador al incumplir lo establecido en la misma.

Por consiguiente, 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 presentado por la representación de Talento Transformación Digital, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 12 de mayo de 2023, por el que se decide su exclusión del procedimiento de licitación del contrato de “gestión de contenidos, mantenimiento y actualización del sitio web FC” de la Fundación Canal de Isabel II, expediente 1/23.

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 multa 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.