

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

En Madrid, a 23 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Genser CEE, contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades de la Comunidad de Madrid de fecha 23 de octubre de 2023, por el que se excluye la oferta de la recurrente al contrato de servicios de “Limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación y Universidades, adscritos a la D.G. de Educación Infantil, Primaria y Secundaria lote 2” número de expediente A/SER-017155/2023 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE el 18 de septiembre y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el 13 de septiembre ambos del corriente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 3 lotes

El valor estimado de contrato asciende a 837.742,28 euros y su plazo de duración será de veinticuatro meses.

A la presente licitación se presentaron seis licitadores y dos al lote 2, objeto de recurso.

Segundo.- Llegado al momento procesal de la apertura del archivo que contiene la oferta económica y los criterios de valoración mediante fórmula, se aprecia por la mesa de contratación que varias ofertas no han seguido las indicaciones establecidas en el PCAP para la formulación de la oferta económica, por lo que proceden a rechazar dichas ofertas y en consecuencia excluir las propuestas.

Este acuerdo no ha sido notificado a los licitadores excluidos, tan solo ha sido publicada el acta de la mesa de contratación celebrada el día 23 de octubre en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- El 16 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Genser C.E.E. en el que solicita la anulación de la exclusión y la oportunidad de subsanar la oferta económica presentada.

El 21 de noviembre de 2023, 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 (LCSP).

Cuarto.- Se ha solicitado la suspensión del procedimiento por parte del recurrente, medida cautelar que no ha lugar por entrar a resolver directamente el fondo del asunto.

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.- 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 23 de octubre de 2023, publicada en el perfil del contratante el 25 de octubre de 2023, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 16 de noviembre de 2023, 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 la mesa de contratación que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de licitación, en el marco 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.- En cuanto al fondo del recurso se basa en determinar si las omisiones de datos en la oferta económica es motivo suficiente para la exclusión de la propuesta sin dar lugar a una posible subsanación.

Manifiesta el recurrente que el acta de la mesa de contratación celebrada el 23 de octubre acuerda, en atención a lo establecido en los apartados 4 y 9 de la cláusula 1 del PACP rechazar su oferta al no aparecer desglosada y en consecuencia no poder comprobar que dicha propuesta no rebasa las bases impositivas establecidas para cada una de las sedes.

Considera que si bien debe aceptar un error a la hora de presentar la oferta económica, su subsanación en nada variaría la propuesta ya efectuada y por lo tanto no correspondería la exclusión de la oferta.

Por su parte el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que éste se ha formulado contra un acto no recurrible, toda vez que no es la mesa de contratación quien ostenta las competencias para excluir las ofertas, sino el órgano de contratación que aún no se ha pronunciado.

Entrando en el fondo del asunto manifiesta que: *“En relación con la pretensión de la interesada de que se le conceda un trámite de subsanación de la oferta económica con el fin de completar la oferta adjuntando el desglose por centros que no se incluyó por error, sin que ello suponga alteración del precio final ofertado, de la cláusula 12 del Pliego de Cláusulas Administrativas según el cual “No se aceptarán proposiciones económicas que contengan omisiones, errores o tachaduras que impidan conocer claramente lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta debiendo incluir, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 9 de la cláusula 1.”, resulta que la consecuencia que el pliego anuda a la oferta incorrecta o incompleta en este caso, es la no aceptación de la misma.*

Tal y como se señala en la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 745/2023, de 9 de junio, : “A este respecto, en cuanto a la existencia

o no de trámite de subsanación de la oferta, la subsanación que solicita el reclamante estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa, pero no en la oferta técnica o en la económica. Así lo ha declarado este Tribunal, afirmando que (Resolución nº 747/2017, de 5 de septiembre): “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)”.

Vistas las posiciones de las partes debemos determinar en primer lugar que órgano es competente para rechazar la oferta económica que a su vez alcanza la totalidad de la propuesta.

El art. 84 del RD 1098/2001, establece: *“Rechazo de proposiciones. Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o 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 (...)”.*

De la lectura del anterior precepto se deduce sin más que el órgano competente para el rechazo de las ofertas por los motivos indicados es la mesa de contratación, por lo que el acto recurrido es susceptible de revisión ante este Tribunal.

Determinada la competencia debemos examinar que establece el PCAP en relación a la presentación de las ofertas económica, acudiendo al apartado 4 y al 9 de su cláusula:

Apartado 4

“La distribución del presupuesto por lotes responde a las siguientes cantidades:

LOTES	BASE IMPONIBLE	IVA 21 5	TOTAL
1	176.461,95 €	37.057,01 €	213.518,96 €
2	134.179,09 €	28.177,61 €	162.356,70 €
3	108.230,10 €	22.728,32 €	130.958,42 €

Nota Importante: Las ofertas presentadas por las empresas licitadoras no podrán superar las Bases Imponibles establecidas individualmente para cada una de las sedes, y que figuran en las plantillas que se acompañan en el Anexo IX del presente Pliego, ni superar el presupuesto total de licitación, quedando excluída, toda oferta que incumpla esta condición. (...)

Apartado 9

“Criterio Precio

(...)Nota Importante: Las ofertas presentadas por las empresas licitadoras no podrán superar las Bases Imponibles establecidas individualmente para cada una de las sedes, y que figuran en las plantillas que se acompañan en el Anexo IX del presente Pliego, ni superar el presupuesto total de licitación, quedando excluida, toda oferta que incumpla esta condición”.

Debemos también acudir al anexo que recoge la formulación de la oferta económica y que se encuentra publicado junto con los pliegos de condiciones en el perfil de contratante, formando los tres documentos un todo.

SERVICIO DE LIMPIEZA DE DIFERENTES INMUEBLES DE LA VICEPRESIDENCIA, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y UNIVERSIDADES, ADSCRITOS A LA DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN INFANTIL, PRIMARIA Y ESPECIAL, DIVIDIDO EN TRES LOTES. (Exp.: A/SER-017155/2023)					
Lote 2 -G.IZDO./C.AIRE					
CÓDIGO	DENOMINACIÓN	DAT	Meses de facturación durante un año natural	Presupuesto máximo licitación (sin IVA)	Total ofertado (sinIVA)
28024460	CEIP GENERAL IZQUIERDO	ESTE	10	69.152,83 €	
28030447	CEIP CIUDAD DEL AIRE	ESTE	10	65.026,26 €	
Total				134.179,09 €	

El propio recurrente admite que su oferta ha sido formulada mediante un precio total por los dos centros, si bien este Tribunal no ha podido comprobar este extremo, toda vez que el expediente administrativo presentado por la Consejería, anuncia en su índice el documento de oferta, pero luego no lo integra en la documentación enviada. No obstante, el reconocimiento explícito de GENSER es considerado prueba suficiente.

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. 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.

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.

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.

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 Junta Consultiva de Contratación Administrativa viene entendiendo, desde 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 639/2020, 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 la oferta económica solo podrá ser subsanada con los límites infranqueables de su modificación, en el caso que nos ocupa, nada puede asegurar que la cantidad global hubiera sido calculada conforme a lo establecido en el PCAP o que llegado este momento se distribuya para conseguir su cumplimiento, por lo que no procede más que reconocer el acierto de la mesa de contratación en su acuerdo de rechazo de la proposición y en consecuencia 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 interpuesto por la representación legal de Genser CEE, contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación de la Consejería de Educación, Ciencia y Universidades de la Comunidad de Madrid de fecha 23 de octubre de 2023, por el que se excluye la oferta de la recurrente al contrato de servicios “Limpieza de diferentes inmuebles de la Consejería de Educación y Universidades, adscritos a la D.G. de Educación Infantil, Primaria y Secundaria lote 2” número de expediente A/SER-017155/2023.

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.