

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

En Madrid, a 30 de noviembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Gruporaga, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 11 de octubre de 2023, por la que se excluye la oferta presentada por Eulen, S.A. e Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U., al lote 5 del contrato de servicios “conservación integral de parques y viveros municipales”, número de expediente 300/2022/00034, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, en fechas 21 y 18 de diciembre de 2022 respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 7 lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 508.305.011,61 euros y su plazo de duración será de cuatro años más uno de posible prórroga.

A la licitación del lote cinco se presentaron siete licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo.- En el trámite de licitación, la UTE Eulen e Ingeniería y Diseños Técnicos S.A.U., cometió un error a la hora de presentar digitalmente sus ofertas a los lotes 4 y 5. Dicho error consistió en incluir ambas ofertas como propias del lote 4.

La UTE alertó al órgano de contratación mediante la presentación de escrito que relataba los hechos y solicitada que la primera de las ofertas presentadas se considerase como propuesta al lote 4 y la segunda como propuesta al lote 5, siendo así admitida por la mesa de contratación.

Este hecho dio lugar a la presentación de un recurso especial en materia de contratación por parte de Sacyr Grenn, S.L., que fue desestimado mediante nuestra Resolución 81/2023, de 23 de febrero.

Una vez considerado que se presenta una oferta al lote 4 y otra oferta al lote 5, se procede a la apertura del primer archivo de la propuesta, que contenía las declaraciones responsables y demás documentación de la empresa solicitada.

Admitidas las ofertas se procedió al conocimiento del segundo archivo, el denominado B, que contenía el proyecto y demás méritos de la oferta que serían calificados mediante un juicio de valor. Por problemas de dimensiones de los archivos se articuló un sistema de entrega de esta documentación recogida en un pendrive y entregada en el registro del órgano de contratación. En este caso la documentación técnica presentada al lote 5 por la UTE, si bien el encabezamiento o inicio manifestaba que se trataba del lote 4, su fondo verdaderamente se refería al lote 5.

Con fecha 13 de enero de 2023, la UTE remite a la mesa de contratación escrito en los siguientes términos: *“Ante la posibilidad de que a través de la Plataforma, y debido a un error en la misma, se haya podido desvirtuar la documentación contenida*

en los sobres C de los lotes 4 y 5, y con la precaución de no revelar datos o cifras de la información contenida en ellos, queremos aclarar que asumimos expresamente que la documentación recogida en el sobre C de la presentación realizada en la Plataforma de Contratación con fecha 23/12/2022 15:39:44 corresponde al Lote 5, independientemente de la posible existencia de contradicciones en la redacción de la misma.

Queremos dejar constancia, que no hay ningún tipo de error en materias sustanciales, los cuales podrían determinar que la proposición fuera rechazada, como en lo relativo al porcentaje de baja ofertada, incremento del importe destinado a medición/suministro y en el orden de preferencia de lotes, aspectos estos últimos citados que no están afectados por ningún tipo de defecto formal y que se mantienen expresamente por el licitador en los mismos términos recogidos en la documentación presentada en el sobre C.

En este sentido, y de conformidad con el artículo 84 del RGLCAP, podría existir un cambio en algunas palabras de la proposición presentada, que podrían ser subsanables, puesto que no afectan sustancialmente al modelo establecido”.

Reunida la mesa de contratación el día 11 de octubre de 2023, se da cuenta a todos sus miembros y licitadores asistentes dicho comunicado, recogándose así en el acta levantada de aquella reunión y sin que se produzca alegación alguna.

El día 13 de octubre de 2023, la mesa de contratación procede a analizar la oferta económica presentada por la UTE para el lote 5, observando que:

En todo momento se refiere al lote 4.

Utiliza el anexo de oferta económica del lote 4.

La oferta económica al lote 5 es idéntica a la propia del lote 4 y además han sido firmadas a la misma hora, incluyendo segundos por los dos apoderados que la suscriben, lo que ineludiblemente concluye que es la misma oferta presentada para el lote 4 y para el 5.

Consideran asimismo que admitir la oferta económica tal y como consta precisaría de unas subsanaciones que entrarían en colisión con el principio de no modificación de la oferta, por lo que en base a lo establecido en el artículo 84 del RD 1098/2001, rechazan la oferta económica y en consecuencia excluyen de la licitación del lote 5 la propuesta presentada por la UTE.

Tercero.- El 3 de noviembre de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de Gruporaga, S.A., en el que solicita la anulación de la exclusión de la oferta presentada por la UTE al lote 5, al entender que pueden y deben subsanarse los errores que se hayan cometido. Esta admisión de la oferta de la UTE al lote 5, le haría ganar la adjudicación del lote 4 combinando su posición en la clasificación de ofertas con la preferencia de lotes de los dos que como máximo pueden ser adjudicados a la misma licitadora.

El 13 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 (en adelante LCSP).

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 licitador, *“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 y notificado el 11 de octubre de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 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 la exclusión de una oferta mediante el acuerdo de la mesa de contratación, que se encuentra expresadamente reconocido como recurrible 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.b) de la LCSP.

Quinto.- El único motivo del recurso interpuesto por Gruporaga, S.A., es la exclusión de la oferta al lote 5 propuesta por otro licitador, UTE Eulen-Inditec, toda vez que la inadmisión de su oferta se proyecta en la elección de lotes a adjudicar y conlleva la imposibilidad de que la propuesta de la recurrente pueda alcanzar dicha situación.

Para entender la situación creada por la UTE debemos de partir de la descripción de los antecedentes enumerados en el fundamento dos de hecho de esta Resolución.

Parece claro que si bien inicialmente y tal y como se estimó desde este Tribunal la presentación de dos ofertas al lote 4, por haberlas incluido en el mismo espacio digital, obedeció a un error en el manejo de la aplicación informativa. Este error fue comunicado a la mesa de contratación con anterioridad a la apertura, hecho este que tanto para el órgano de contratación como para este Tribunal justificaba sobradamente la realidad del error material y del cual no se podía producir más consecuencias que la admisión de una oferta para el lote 4 y otra para el lote 5.

Esta certeza interpretativa se vio avalada por la incorporación de la documentación técnica referida en un caso al lote 4 y en otro al lote 5.

No obstante la certeza se vuelve interrogante con el recibo de la mesa de un escrito de la UTE alertando de que la oferta económica también adolece de errores que producen la confusión, nuevamente, las ofertas a ambos lotes.

Ante la oferta económica presentada por la UTE en relación al lote 5, la mesa de contratación considera que dicha propuesta debe ser excluida, toda vez que no alberga errores materiales sino errores de fondo, concretando estos en:

“En primer lugar, la proposición se realiza para el LOTE 4: parques singulares oeste; cuando si se hubiera hecho para el lote 5, tendría que haberse indicado en el anexo II: lote 5.

En segundo lugar, la UTE EULEN, S.A. e INGENIERÍA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. oferta el mismo porcentaje de baja único y el mismo incremento en el importe destinado a conservación por medición / suministro sobre el importe anual (IVA incluido) para cada una de las anualidades: 4,87% y 150%, respectivamente, para el lote 4 y para la proposición que según su escrito del día 13 de enero correspondería al lote 5.

Por último, la Mesa de Contratación comprueba que ambos archivos PDF del anexo II están firmados electrónicamente en la misma fecha y exactamente a la misma hora: 22 de diciembre de 2022, a las 11:00:32 por D. Jaime Mansilla y el 22 de diciembre de 2022, a las 10:25:32 por D. José María Aguilera. Es decir, no se trata de un documento idéntico firmado dos veces sino que es el mismo documento (un único documento) empleado en la licitación de ambos lotes.

Todo ello lleva a la Mesa de Contratación a concluir que no se trataba de un error de hecho o meras contradicciones en la redacción de la oferta como manifestó la UTE EULEN, S.A. e INGENIERÍA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. en su escrito, sino que se trataba del mismo anexo II presentado dos veces debido a una errónea presentación en la Plataforma de Contratación del Sector Público de la oferta para el lote 5”.

Manifiesta asimismo que: *“La Mesa de Contratación excluye a la UTE EULEN, S.A. e INGENIERÍA Y DISEÑOS TÉCNICOS, S.A.U. del lote 5 al considerar que no es posible subsanar la oferta económica y que el requerimiento para subsanar la proposición supondría la modificación total de la oferta.*

La Mesa no accede a la pretensión de la UTE de entender que la voluntad del licitador fuera la de ofertar los mismos porcentajes para los criterios de adjudicación de ambos lotes, cuando los dos anexos se refieren a un único lote (lote 4) y se trata del mismo documento.

Haber aceptado el mismo documento para ambos lotes hubiera sido como aceptar una proposición económica referida a otra licitación y permitir que cambiasen el número de expediente tras un requerimiento de subsanación”.

Es necesario destacar que la UTE no ha impugnado su exclusión ni tampoco ha presentado alegación alguna a este recurso cuando ha sido requerida por este Tribunal.

Es criterio de este Tribunal en relación con las subsanaciones y valiendo por todas la Resolución 476/2022, de 22 de diciembre: “Respecto a la subsanación de defectos o errores que afecten a la documentación administrativa se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia un criterio unánime favorable, admitiendo la absoluta subsanabilidad. Sin embargo el criterio ha sido mucho más restrictivo respecto a la subsanación de los defectos de las proposiciones económicas o técnicas. No obstante, ninguna disposición establece la prohibición de subsanación. En este sentido, el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, se refiere únicamente a la subsanación de defectos de la documentación administrativa, de lo que no deriva necesariamente la interdicción de la subsanación de las propuestas económicas y técnicas, aunque si debe utilizarse como un criterio interpretativo restrictivo de dicha posibilidad”.

En el presente caso después de subsanar distintos errores materiales que afectaban tanto a la presentación, como al contenido de alguno de los documentos y todos ellos referidos a una confusión entre la propuesta al lote 4 y lote 5, culmina con la inclusión de una oferta económica única, que demuestra la hora expresada hasta en segundos de la firma de dicha oferta, que ha sido utilizada para ambos lotes, lo que conllevaría irremediablemente a que la oferta económica correspondiente al lote 5 no existe, por lo que en ningún caso procedería una subsanación, sino su creación y aportación.

Esta realidad nos lleva la aplicación del artículo 84 del RD 1098/2001:

“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. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

En consecuencia debe desecharse la oferta en su conjunto procediendo tal y como la mesa de contratación ha entendido y acordado a la exclusión de la oferta presentada por la UTE Eulen-Inditec al lote 5 de la contratación que nos ocupa.

En relación con la suspensión cautelar solicitada por el recurrente no ha lugar a manifestarse sobre ella al haber entrado directamente a resolver el recurso.

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 la representación legal de Gruporaga, S.A., contra el acuerdo de la mesa de contratación de fecha 11 de octubre de 2023, por la que se excluye la oferta presentada por Eulen, S.A. e Ingeniería y Diseños Técnicos, S.A.U., al lote 5 del contrato de servicios “conservación integral de parques y viveros municipales”, número de expediente 300/2022/00034.

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.