

Reclamación nº 232/2018

Resolución nº 245/2018

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

En Madrid, a 30 de julio de 2018.

VISTA la Reclamación interpuesta por doña C.J.G., en nombre y representación de la mercantil Cobra Servicios Auxiliares, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 20 de abril de 2018, por el que se acuerda no tomar en consideración la oferta de la reclamante a la licitación del contrato “Servicios de lectura de contadores de agua”, número de expediente: 116/2017, lote 3, convocado por Canal de Isabel II, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- En fecha 13 de febrero de 2018 se publicó en el DOUE, el 2 de marzo en el BOCM y el 20 de febrero en el Portal de contratación Pública de la Comunidad de Madrid la licitación correspondiente al contrato de referencia.

El contrato está dividido en 3 lotes con un valor estimado de 5.365.780 euros.

Segundo.- El apartado 8 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), donde se recoge el modelo de proposición económica establece los precios unitarios que deben constar en la propuesta y que son:

“3.4 Normas para la presentación de ofertas:

Los licitadores deberán presentar su proposición económica siguiendo el formato establecido en el Anexo II - Modelo de Proposición Económica para el lote correspondiente.

En dicho modelo, se ha previsto una columna con 6 conceptos cuyos precios unitarios deben introducirse y que corresponden a distintas tipologías de lectura:

- Contador único de lectura manual leído (Precio unitario 1 o P1).*
- Contador secundario de lectura manual leído (Precio unitario 2 o P2).*
- Contador de lectura automática leído con perfil de lectura básica (Precio unitario 3 o P3).*
- Contador de lectura automática leído con perfil de lectura extendida (Precio unitario 4 o P4).*
- Contador de lectura automática leído con perfil de lectura completa o parcial (Precio unitario 5 o P5).*
- Contador en ruta de lectura para seguimiento de grandes consumos leído (Precio unitario 6 o P6).*
- Contador en ruta de lectura especial de control leído (Precio unitario 7 o P7).*

En el apartado 5 del Pliego de Prescripciones Técnicas se define cada tipo de contador y lectura.

Los precios unitarios definidos anteriormente deben cumplir necesariamente las siguientes condiciones:

- El precio unitario ofertado por cada contador secundario de lectura manual no podrá superar el 40% del precio unitario ofertado para contadores únicos de lectura manual. Es decir, $P2 \leq 0,4 \times P1$.*
- El precio unitario ofertado por cada contador leído de forma automática con perfil de lectura básica no podrá superar el 20% del precio unitario ofertado para contadores secundarios de lectura manual. Es decir, $P3 \leq 0,2 \times P2$.*

- *El precio unitario ofertado por cada contador leído de forma automática con perfil de lectura extendida no podrá superar el 20% de incremento sobre el precio unitario ofertado para contadores de lectura automática con perfil de lectura básica. Es decir, $P4 \leq 1,2 \times P3$.*
- *El precio unitario ofertado por cada contador leído de forma automática con perfil de lectura completa o parcial no podrá superar el 50% de incremento sobre el precio unitario ofertado para contadores de lectura automática con perfil de lectura básica. Es decir, $P5 \leq 1,5 \times P3$.*
- *El precio unitario ofertado por cada contador en ruta de lectura de grandes consumos leído no podrá superar en más de cuatro veces el precio unitario ofertado para contadores únicos de lectura manual. Es decir, $P6 \leq 4 \times P1$.*
- *El precio unitario ofertado por cada contador en ruta de lectura especial de control leído no podrá superar en más de dos veces el precio unitario ofertado para contadores únicos de lectura manual. Es decir, $P7 \leq 2 \times P1$.*

Los importes unitarios que se hagan constar en la proposición económica deberán tener como máximo dos (2) decimales.

Por su parte, los resultados de operaciones de precios unitarios multiplicados por número de unidades, así como de sumas de partidas/capítulos parciales y el importe total para 1 año de la proposición económica del lote correspondiente, siempre se realizarán truncando al SEGUNDO decimal, es decir sin redondeos en base al TERCER decimal.

Las ofertas en las que alguno de los precios unitarios supere los porcentajes establecidos anteriormente no se tendrán en cuenta en el presente procedimiento de licitación para el lote donde se haya superado”.

Con fecha 20 de abril de 2018 la Mesa de contratación, procede a la apertura de las ofertas económicas presentadas por los licitadores a todos los lotes,

resultando que para los lotes 1 y 2 se consideran directamente superiores al tipo de licitación las propuestas por Cobra. En el caso del lote 3, no se pronuncia la Mesa sobre la posibilidad de ofertas excluidas por el mismo motivo, pero advierte su Secretaria de que se estudiarán los precios unitarios presentados y se dará cuenta de posibles defectos en la próxima sesión.

La Mesa de Contratación en su sesión celebrada el 22 de mayo, procede a estudiar las ofertas presentadas a todos los lotes y concretando en el lote número tres, que es el que interesa, declara la oferta de Cobra superior al tipo de licitación en sus precios unitarios P4 y P5 y la excluye de la licitación.

Con fecha 27 de junio, el Acta de la sesión mencionada en el anterior párrafo es publicada en el Portal de licitación de la Comunidad de Madrid.

Tercero.- Con fecha 12 de julio de 2018 la reclamante presentó ante este Tribunal reclamación contra la exclusión de su oferta para el lote tres en el contrato de referencia, en base a la aceptación de su oferta en sesión celebrada por la Mesa de contratación en fecha 20 de abril, en la ausencia de solicitud de aclaración de ésta y en el incumplimiento del procedimiento de licitación recogido en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, que en su apartado 14 establecen el plazo para adjudicar la licitación.

El 13 de julio el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 105.2 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre Procedimientos de Contratación en los Sectores del Agua, la Energía, los Transportes y los Servicios Postales (en adelante LCSE), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo de la reclamación.

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado de la reclamación al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 105.3 de la LCSE, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que transcurrido el plazo se haya recibido ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la presente reclamación.

Segundo.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* al ser licitadora al contrato objeto de la reclamación.

Se acredita asimismo la representación con que actúa la firmante de la reclamación.

Por la reclamante se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE.

Tercero.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, el mismo se dirige formalmente contra el Acta de la sesión de la Mesa de Contratación celebrada el 22 de mayo y publicada el 27 de junio en el Portal de Contratación de la Comunidad de Madrid, si bien debe entenderse que el acto recurrido es la exclusión de la oferta. Por su parte la reclamación se interpone ante este Tribunal el 12 de julio.

El artículo 104.2 de la LCSE, establece que el plazo para la interposición de la reclamación será de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

Considerando el día 27 de junio como *dies a quo* para el cómputo del plazo de interposición de la reclamación, la misma, presentada el día 12 de julio, está en plazo.

El Acto impugnado proviene de la Mesa de contratación de una sociedad anónima, Canal de Isabel II.

El Canal de Isabel II, S.A., es una entidad sujeta a la LCSE, que a tenor del apartado 1 de la Disposición Adicional Segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3, cuando se trate de las actividades a que se refiere su artículo 7, circunstancia que concurre en el presente caso.

Así consta en el PCAP que señala en cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato que: *“El presente contrato tiene carácter privado. El contrato está sujeto a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y en su defecto al derecho privado. Lo señalado anteriormente se entiende sin perjuicio de las remisiones expresas hechas en el presente Pliego al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Las reclamaciones que se presenten por infracción de las normas contenidas en la Ley 31/2007, se tramitarán de conformidad con lo establecido en el Título VII de la referida Ley en redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación (...).”

Igualmente los anuncios publicados en el DOUE hacen constar que el órgano competente para los procedimientos de recurso será el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y que la presentación de los recursos se realizará en el plazo de 15 días hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 104.2 de la LCSE.

Por cuanto respecta al objeto de la reclamación debe indicarse que ésta se ha interpuesto contra la exclusión de la licitación de la oferta de la reclamante en el procedimiento abierto correspondiente a un contrato sujeto a la LCSE al superar los umbrales establecidos en el artículo 16 de la misma.

Cuarto.- En primer lugar y como punto de partida del análisis de las alegaciones debe tenerse en cuenta que la reclamante alega que en la Mesa de Contratación celebrada el día 20 de abril del presente, indicó que el Acta sería publicada en el plazo de 10 días en el Portal de contratación de la Comunidad de Madrid, hecho este que ha acontecido casi dos meses después. Razón por la que considera que en base a lo establecido en la cláusula 14 del PCAP, donde se establece la duración de la licitación, se ha prescindido de las formalidades propias de este tipo de procedimientos administrativos. Asimismo manifiesta que su oferta para el lote 3 no fue excluida a la licitación en el citado acto sino con posterioridad, no solicitándose en ningún momento aclaración a su oferta.

Por su parte el órgano de contratación rebate estas alegaciones afirmando que en relación a la duración del procedimiento, establece el apartado 14 del PCAP la posibilidad de que los licitadores retiren sus ofertas si la adjudicación se demora en más de dos meses desde su presentación, no se trata de una norma imperativa de plazo para el órgano de contratación.

En cuanto a la publicación del Acta, admiten su retraso justificando su diligencia mediante nota de envío al Portal de Licitación de la Comunidad de Madrid, de forma inmediata a la celebración de la sesión.

En relación con la única razón de la exclusión de la propuesta de esta empresa, la oferta económica presentada, el órgano de contratación indica que en el PCAP figura claramente la forma de presentación y que en referencia a los precios unitarios P4 y P5 en ningún caso deberán sobrepasar el 20% de incremento sobre el precio ofertado por cada contador de lectura automática con perfil de lectura básica.

Expuestas las posturas de las partes debemos recordar que, 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 145.1 del TRLCSP, 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 del PPT y las reglas para el establecimiento de las prescripciones técnicas de los contratos se contiene en los artículos 116 y 117 del TRLCSP, debiendo incluir aquellas instrucciones de orden técnico que han de regir la realización de la prestación y definen 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. En este sentido debemos destacar *la sentencia de 2 de junio de 1999 (RJ 1999, 5749, recurso. casación 4727/1993 al sostener que el Pliego de Condiciones es la ley del contrato añade que ha de tenerse en cuenta “la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas”.*

Como ha señalado este Tribunal en anteriores resoluciones, como la Resolución 56/2011, de 11 de septiembre y 35/2012, de 28 de marzo, cabe aplicar también al ámbito de la contratación pública, tal y como previene, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 julio 2009, RJ 2010\331, los principios y normas que rigen la interpretación de los contratos privados.

Entrando al fondo de la reclamación y vista la determinación de los precios que se efectúan en los PCAP y la oferta presentada por la reclamante, se puede afirmar al igual que lo hace el órgano de contratación, que los precios P4 y P5 propuestos por Cobra, exceden el 20% de incremento sobre el precio P3. Concretando en cifras, la oferta de Cobra debería haber sido como máximo de 0,036 y 0,045 euros respectivamente en lugar de la efectuada por 0,040 y 0,050 euros.

Por todo lo cual, se desestima la reclamación por este motivo.

En relación a la formulación de la hoja excel que elaboró el órgano de contratación, efectivamente, el mismo reconoce que impedía incluir precios por encima de los límites impuestos, en garantía de la formulación de la oferta correctamente.

Por lo que se desestima la reclamación por este motivo.

En relación con la inicial admisión de la oferta por la Mesa de contratación en el Acto de apertura de las ofertas económicas, ya en la sesión fue advertido por la Secretaria la consideración de provisionales a las admisiones, toda vez que las ofertas deben ser estudiadas e informadas por los servicios técnicos. De dicho estudio se comprueba la deficiencia de la propuesta de Cobra, la cual se pone de manifiesto en la siguiente sesión.

A este respecto hay que advertir que las ofertas económicas no pueden ser aclaradas ni subsanadas, tal y como recoge el PCAP en su apartado 12, donde solo

se faculta al órgano de contratación a solicitar aclaración cuando exista algún término confuso, circunstancia que no corresponde al presente caso.

En este sentido resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, “29. *Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-) (...). 31. Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las Sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)”.*

Por lo que se desestima la reclamación por este motivo.

En relación al plazo de dos meses para culminar la licitación que prevé el apartado 14 de los PCAP no es un plazo ni de caducidad ni de prescripción de acciones, es un plazo que se otorga al licitador para retirar su oferta sin perjuicio para él, bien por la existencia de garantías provisionales, que en caso contrario quedarían incautadas, e incluso para evitar una circunstancia que le prohíba contratar con el sector público. Todo ello en base a que dos meses después de

presentada la oferta, las condiciones económicas, de mercado o de oportunidad pueden haber variado hasta el extremo de preferir no licitar.

Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal considera que la actuación del Canal de Isabel II, S.A., fue adecuada a Derecho, procediendo la desestimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 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 la reclamación interpuesta por doña C.J.G., en nombre y representación de la mercantil Cobra Servicios Auxiliares, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación, de fecha 20 de abril de 2018, por el que se acuerda no tomar en consideración la oferta de la reclamante a la licitación del contrato “Servicios de lectura de contadores de agua”, número de expediente: 116/2017, lote 3, tramitada por Canal de Isabel II, S.A.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

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 108 de la LCSE.