

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

En Madrid, a 6 de marzo de 2019.

VISTO el escrito de don J.V.G., en nombre y representación de Servicios Empresariales Arquímedes, S.L.P. (en adelante Arquímedes), formulando recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución de 27 de diciembre de 2018 de la empresa pública Obras de Madrid, Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A. (en adelante OMGOI), por la que se acuerda adjudicar el “Contrato de servicios de auditoria externa de obras de Madrid, gestión de obras e infraestructuras S.A. para el ejercicio 2018, 2019, y 2020”, número de expediente 19/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 31 de octubre de 2018 se publicó en el perfil de contratante del Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, la convocatoria para la licitación del contrato de referencia, mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios y un valor estimado de 220.000 euros.

Segundo.- A la licitación de referencia han concurrido seis empresas, entre ellas la recurrente.

El 7 de noviembre de 2018 ante las consultas recibidas y para facilitar la presentación de ofertas, se publica en el Perfil del Contratante, “Nota informativa”, en la que entre otras cuestiones aclaraba: *“En relación a la proposición económica Anexo I, en la misma se hará constar los datos recogidos en el apartado 4 de la Cláusula 1 del Pliego Administrativo, relativos al presupuesto base de licitación, que engloba la base imponible, el IVA y el importe total. El presupuesto base de licitación del contrato se distribuye linealmente en 3 anualidades de contrato, prorrogables anualmente hasta un total de 5 años. En la oferta se hará constar el desglose de los 3 años de contrato más los 2 años de posible prórroga, teniendo en cuenta que todas las anualidades son lineales.”*

El 29 de noviembre de 2018 se reúne la Mesa de contratación para el acto público de apertura de proposiciones económicas, determinando no válidas las ofertas presentadas por dos licitadores Arquímedes y Grant Thornton S.L.P., acta que fue publicada en el perfil de contratante el 13 de diciembre de 2018.

El 13 de diciembre la Mesa de contratación propone al órgano de contratación la adjudicación del contrato a la empresa PKF Atiest Servicios Empresariales S.L. (en adelante PKF), por importe de 123.750 euros (24.750*5) importe total IVA incluido 149.737,5 euros, plazo: 5 años (3 años, más 2 de prórroga), Acta publicada en el Perfil del Contratante el 18 de diciembre de 2018.

Arquímedes el 14 de diciembre de 2018, por mail, insta a la Mesa de contratación a revisar con la mayor urgencia posible la valoración de la oferta y la propuesta de adjudicación del contrato por haber detectado error en las observaciones del Acta publicada el 13 de diciembre sobre su proposición económica, indicando que la oferta presentada corresponde a 5 años, y que la denominación del objeto que aparece en la oferta presentada no es otra que la denominación oficial del contrato publicado en la plataforma de contratación del sector público y pliegos oficiales.

El mismo día 14 de diciembre de 2018, la Mesa de contratación se reúne con carácter de urgencia para volver a revisar la oferta y las posibles actuaciones que se pudieran llevar a cabo, concluyendo que no es posible admitir aclaración alguna respecto de la oferta económica, sin que ello suponga una total y absoluta vulneración de los principios de igualdad, transparencia e invariabilidad de la oferta. El Acta correspondiente a esta sesión no se publica.

El 27 de diciembre de 2018 la Consejera Delegada de OMGOI acuerda adjudicar el Contrato de Servicios denominado “*Auditoría externa de OBRAS DE MADRID. GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A. para el ejercicio 2018, 2019 y 2020*”, a PKF, por un importe de 123.750 euros IVA no incluido y un plazo de ejecución de 3 años, con posibilidad de 2 años de prórroga a razón de 24.750euros/año, IVA no incluido, notificado el 28 de diciembre de 2018 y publicado en el perfil de contratante el 11 de enero de 2019.

Tercero.- Con fecha 18 de enero de 2019 se ha recibido en este Tribunal, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de la representación de Arquímedes solicitando se declare nula o subsidiariamente anulable la actuación de la Mesa de contratación, se ordene retrotraer las actuaciones del proceso de licitación al momento de exclusión de su oferta, y la suspensión del procedimiento.

Cuarto.- Con fecha 29 de enero de 2019 este Tribunal recibió del órgano de contratación el expediente de contratación completo acompañado del informe preceptivo establecido en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone 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).

El órgano de contratación en su informe manifiesta que Arquímedes carece de interés legítimo para interponer recurso especial en materia de contratación, contra la Resolución de Adjudicación, solicitando que se inadmita el recurso por ser

extemporáneo y sólo subsidiariamente que sea desestimado por los motivos que se verán en los fundamentos de derecho.

Quinto.- Solicitadas alegaciones a los interesados por la Secretaría de este Tribunal, con fecha 25 de febrero de 2019 se recibe escrito del adjudicatario manifestando que Arquímedes formalmente plantea recurso contra la adjudicación a favor de PKF pero que lo único que pretende, de forma extemporánea, es recurrir una exclusión previa, alegando que no tiene legitimación para plantear recurso contra el Acuerdo de adjudicación, puesto que no recurrió en tiempo y forma su exclusión cuyo plazo dio comienzo el 17 de diciembre de 2018 finalizando el día 8 de enero de 2019. Asimismo alega que existe error en la oferta económica de la recurrente que no se reduce a un simple error material o de cálculo que pueda apreciarse de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solo, sino que, al contrario, imposibilita apreciar la verdadera propuesta realizada sin llevar a cabo una interpretación que afecta y, eventualmente, modifica la oferta. Por ello solicita la inadmisión del recurso sin pronunciamiento respecto al fondo, y subsidiariamente, que el recurso sea desestimado por carecer de fundamento, confirmándose íntegramente el Acuerdo de adjudicación por ser ajustado a Derecho.

Sexto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMT), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

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, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

El contrato por ser OMGOI una empresa pública con forma de sociedad mercantil tiene carácter privado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26.1 b) de la LCSP, y según establece la cláusula 2 del pliego de condiciones particulares (PCP) por el que se rige, que al regular su régimen jurídico determina que las partes quedan sometidas expresamente o lo establecido en este pliego y en su correspondiente de prescripciones técnicas particulares. Asimismo, al tratarse de un contrato no sujeto a regulación armonizada la citada cláusula dispone que la preparación y adjudicación del contrato se regirá por lo señalado en el Título 1 del Libro Tercero de la Ley, concretamente en los artículos 316 a 318 de la LCSP. Supletoriamente, se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las de derecho privado. En cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato, se regirán por lo establecido en el propio contrato, en la documentación contractual, en el Derecho privado y por aquellas normas a las que expresamente se refiere el artículo 319 de la LCSP.

Segundo.- Arquímedes formalmente impugna la adjudicación del contrato aunque lo que realmente recurre es su exclusión del procedimiento de contratación. El artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*. Se considera acreditada la legitimación de la recurrente para la interposición del recurso especial, por tratarse de una empresa licitadora al contrato, cuya proposición podría llegar a ser adjudicataria del contrato de estimarse el recurso, atendiendo a la ponderación de su oferta, a la que no le ha sido notificada su exclusión del procedimiento hasta la

notificación de la adjudicación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- La interposición del recurso se ha producido el 18 de enero de 2019 ante este Tribunal, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.d) de la LCSP, pues la resolución de adjudicación se notificó el 28 de diciembre de 2018, publicándose el 11 de enero de 2019 en el perfil de contratante.

Se desestima la pretensión del órgano de contratación de presentación extemporánea del recurso dado que la recurrente no ha podido ejercer su derecho a recurrir su exclusión por no haber sido notificada formalmente hasta la adjudicación, teniendo en cuenta además que no se contestó a su escrito y que ni siquiera se publicó el acta de 14 de noviembre.

El artículo 19.3 del RPERMC establece que *“Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión.”*, es claro que en el presente caso no se ha dado tal circunstancia puesto que como ya se ha indicado con anterioridad el acto no ha sido notificado.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de adjudicación de un poder adjudicador de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Resulta de interés para la resolución del presente recurso las cláusulas del PCP del contrato que a continuación se transcriben y el escrito de aclaraciones de OMGOI publicado en el perfil de contratante:

La Cláusula 1 que regula las características del contrato en su apartado 18 dispone lo siguiente respecto al plazo de ejecución:

“Total: A partir del día siguiente a la formalización del contrato hasta la finalización de los trabajos del último ejercicio contratado.

Procede la prórroga del contrato: SI.

Duración máxima del contrato Incluidas las prórrogas: cinco (5) años.

La prórroga se aplicará, atendiendo a las necesidades del servicio con el máximo establecido de 2 (dos) años.

La prórroga será obligatoria para el adjudicatario siempre que su preaviso se produzca al menos, con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato (...).”

La cláusula 12 del PCP al regular la forma y contenido de las proposiciones, en el apartado C) sobre nº 3 “Proposición económica y documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”.

Este sobre contendrá: I. La proposición económica, según el modelo establecido en el anexo 1 de este Pliego, incluyendo también el plazo de entrega al que se compromete el licitador, así como, en su caso, el desglose de costes exigido en el apartado 9 de la cláusula 1.

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. Si alguna proposición no guardase concordancia con lo documentación examinado y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variase sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la Mesa de contratación, sin que sea causa bastante para el rechazo

el cambio u omisión de algunas palabras del modelo si ello no altera su sentido. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.

ASUNTO: RESPUESTA A LAS ACLARACIONES SOLICITADAS EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE AUDITORÍA EXTERNA DE OBRAS DE MADRID, GESTIÓN DE OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S.A. PARA EL EJERCICIO 2018, 2019 Y 2020 (EXPEDIENTE: 19/ 2018).

1. Cuentas anuales 2017 de la entidad. Se procede a su publicación en el Perfil de Contratante de la Sociedad en la Plataforma de Contratación de la Comunidad de Madrid.

2. Criterios de adjudicación Estabilidad en el empleo. Se tendrán en cuenta para la puntuación los contratos sujetos al Estatuto de los Trabajadores y al Convenio Colectivo correspondiente.

3. En relación a la proposición económica Anexo 1, en la misma se hará constar los datos recogidos en el apartado 4 de la Cláusula 1 del Pliego Administrativo, relativos al presupuesto base de licitación, que engloba la base imponible, el IVA y el importe total. El presupuesto base de licitación del contrato se distribuye linealmente en 3 anualidades de contrato, prorrogables anualmente hasta un total de 5 años.

Denominación/ objeto	Base Imponible	% IVA	Importe de IVA	Importe total

En la oferta se hará constar el desglose de los 3 años de contrato, más los 2 años de posible prórroga, teniendo en cuenta que todas las anualidades son iguales.

La recurrente alega que el 14 de diciembre de 2018, envió un mail a OMGOI indicando que *“Tras recibir en el día de ayer el acta de apertura del sobre 3 del contrato (...), queremos dar traslado del error detectado en las observaciones de la proposición*

económica de nuestra entidad.” Además manifiesta que el 2 de noviembre de 2018 remitieron consulta relativa a las anualidades a ofertar: Cuando se establece valor estimado del contrato (sin /VA) 220.000 euros, se ha calculado por 5 anualidades. En el Anexo I (Proposición económica) debe ponerse “el coste total por 5 anualidades o el coste desglosado por anualidad. Dicho anexo indica “lote”, ese concepto sería la anualidad solo hay 3 líneas, por lo que querría aclarar si la oferta es por anualidad, por 3 años o por 5. El 5 de noviembre de 2018, tras no recibir respuesta, nos ponemos en contacto telefónico, y se nos indica que efectivamente, la oferta debe ser total para 5 años, respuesta que se confirmó por email el martes 6 de noviembre. En la citada llamada del 5 de noviembre igualmente se traslada que el ANEXO 1 (Proposición económica), no correspondía al procedimiento, en tanto en cuanto indica “Lotes” a lo que se nos responde que realicemos uno nosotros. Por ello les indicamos que la oferta presentada por nuestra entidad, corresponde a 5 años, y que la denominación del objeto que aparece en la oferta presentada no es otra que la denominación oficial del contrato publicado en la plataforma de contratación del sector público y pliegos oficiales. E instamos a la mesa de contratación a revisar con la mayor urgencia posible la valoración de la oferta y la propuesta de adjudicación del contrato”.

El órgano de contratación manifiesta en su informe que no es posible admitir aclaración alguna respecto de la oferta económica, sin que ello suponga una total y absoluta vulneración de los principios de igualdad, transparencia e invariabilidad de la oferta. Asimismo alega que la recurrente omitió en la oferta, como se exigía en la aclaración, el desglose de los 3 años de contrato, más los 2 años de posible prórroga. Dado que en la denominación/objeto de dicha oferta solo se citaban las anualidades 2018, 2019 y 2020, sin que figure ninguna otra información que diera lugar a interpretar la oferta por tres anualidades más dos anualidades correspondientes a la prórroga, la Mesa de Contratación declaró inválida dicha oferta por hacer referencia tan solo a tres anualidades.

Asimismo alega que no procedía solicitar aclaración sobre la oferta económica puesto que podría implicar la reconducción de la misma una vez conocidas el resto de

ofertas económicas, vulnerando el principio de inalterabilidad de las ofertas, ya que el requerimiento de mera aclaración, se habría convertido en una nueva oportunidad para que el licitador efectuara una nueva oferta. La Mesa de contratación ante la imposibilidad de determinar a qué correspondía efectivamente la oferta, no tuvo otra elección que rechazarla.

Este Tribunal comprobado el documento de aclaraciones del órgano de contratación publicado el 7 de noviembre y que la redacción de la oferta económica presentada por Arquímedes puede considerarse coincidente con el modelo indicado en el citado escrito de aclaración, considera que la exclusión de la empresa no está justificada o cuando menos generar dudas razonables, teniendo en cuenta además que la aclaración dada por la recurrente al acta de 29 de noviembre publicada el 13 de diciembre, podría entenderse que no desvirtúa la oferta presentada.

En este sentido conviene traer a colación la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en el asunto T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV/Comisión apartados 56 y 57) que señala que cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias o cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indican que probablemente la ambigüedad puede explicarse de modo simple y disiparse fácilmente, es contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime dicha oferta sin ejercer su facultad de solicitar aclaraciones. Además, el principio de proporcionalidad obliga al órgano de contratación, cuando se enfrenta a una oferta ambigua a pedir aclaraciones al licitador afectado sobre el contenido de dicha oferta lo que podría garantizar la seguridad jurídica en vez de optar por la desestimación inmediata de la oferta de que se trate.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ha manifestado reiteradamente su criterio sobre la subsanación de defectos en sucesivos informes, entre los que cabe citar: 3/2009, de 10 de junio; 1/2008, de 4 de abril; 3/2008, de 30 mayo, 4/2007, de 31 de mayo o 4/2009, determinando que *“La calificación de la documentación mira a excluir las proposiciones de los empresarios*

que no cumplan con los requisitos esenciales e indispensables previstos en el artículo 130 de la LCSP y los incluidos en su caso en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, exclusión que en todo caso, debe responder a criterios objetivos y no a un rigorismo formalista. Si el error producido en la proposición económica no implica la imposibilidad de determinar por la Mesa de contratación cuál es el precio ofrecido para la ejecución del contrato, la proposición no debe ser desechada, no siendo causa bastante para el rechazo el cambio u omisión de palabras en el modelo de proposición, si no alteraba el sentido de la oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del RGLCAP.”

Como dictamina la doctrina y la jurisprudencia una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que establece la normativa contractual. Asimismo la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para la Administración y los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que son subsanables sin dificultad.

Asimismo el artículo 1.266 del Código Civil, dispone que para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. El simple error en cuenta solo dará lugar a la corrección.

Por otra parte hay que reconocer que la regulación del plazo y el modelo de oferta del pliego no gozan precisamente de claridad, por lo que también conviene citar que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer a los intereses de quien los ha ocasionado.

Por lo expuesto este Tribunal considera que se ha de estimar el recurso presentado retrotrayendo el procedimiento al momento de clasificación de las ofertas, admitiendo la proposición de la recurrente.

Sin perjuicio de lo anterior, si se dan las circunstancias para apreciar desproporción en la oferta, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 1.9.3ª del PCP, y una vez seguido el procedimiento previsto, OMGOI resolverá sobre la aceptación o no de la oferta.

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 don J.V.G., en nombre y representación de Servicios Empresariales Arquímedes, S.L.P., contra la Resolución de 27 de diciembre de 2018 de la empresa pública Obras de Madrid, Gestión de Obras e Infraestructuras, S.A., por la que se acuerda adjudicar el “Contrato de servicios de auditoria externa de obras de Madrid, gestión de obras e infraestructuras S.A. para el ejercicio 2018, 2019, y 2020”, número de expediente 19/2018, lo que supone dejar sin efecto la adjudicación del contrato debiendo retrotraer las actuaciones al momento de clasificación de las proposiciones presentadas.

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 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación

prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar esta Resolución a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma solo 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 lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP.