

Recursos nº 125 y 126/2024

Resolución nº 141/2024

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

En Madrid, a 4 de abril de 2024

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U. y Actua Servicios y Medio Ambiente S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 20 de febrero de 2024 por el que se excluyen las ofertas presentadas por las recurrentes al contrato de “Servicios de conservación y limpieza del parque Polvoranca y zonas colindantes de arco verde” promovido por la Consejería de Medio Ambiente, Agricultura e Interior de la Comunidad de Madrid número de expediente A/SER-010984 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el día 26 de enero de 2024 en el DOUE y el día 25 de enero de 2024 en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 3.647.387,06 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se han presentado 35 propuestas, entre las que se encuentran las de los recurrentes

Segundo. - El 13 de febrero se celebra mesa de calificación administrativa de la documentación aportada por las empresas, y al día siguiente se publica en el Tablón para la subsanación de los defectos observados.

El 20 de febrero de 2024 se reúne la Mesa de Contratación para realizar la apertura de las proposiciones económicas y documentación relativa a los criterios valorables de forma automática por aplicación de fórmulas, procediendo, en primer lugar, a la calificación de la documentación presentada a efectos de subsanar lo requerido.

Seguidamente, tras la lectura de la base imponible de las proposiciones económicas y los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas en acto público, la Mesa procede a desechar las ofertas presentadas por las empresas ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES, S.A.U. y ACTUA SERVICIOS Y MEDIO AMBIENTE, S.L., de conformidad con lo establecido en el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP). Este acuerdo no se notifica individualmente a las empresas, siendo publicitado en el perfil del contratante mediante la inserción del acta de la sesión con fecha 26 de febrero.

Se indica a este respecto en el propio Acta (documento nº 12) que, con fecha 19 de febrero de 2024, las empresas citadas presentan escritos de aclaración a las

ofertas presentadas el 9 de febrero de 2024, consignando que el importe ofertado por cada una de ellas, que se indica en el cuadro “Base Imponible (en euros)”, es anual.

Tercero. - El 18 de febrero de 2024 tuvieron entrada en este Tribunal los recursos especiales en materia de contratación, formulados por la representación de Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U. y Actua Servicios y Medio Ambiente S.L., en el que solicitan la anulación de la exclusión de sus ofertas y en consecuencia su permanencia en el procedimiento de licitación.

El 22 de marzo el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y los 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. - 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 personas legitimadas para ello, al tratarse de unas personas jurídicas excluidas de la licitación, “*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 de los firmantes de los recursos.

Tercero. - El artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Asimismo, el artículo 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, establece que *“Podrá acordarse la acumulación de dos o más recursos en cualquier momento previo a la terminación, tanto de oficio como a solicitud del recurrente o de cualquiera de los interesados comparecidos en el procedimiento”*.

La acumulación de diversos recursos administrativos constituye una facultad del órgano competente para su resolución que puede acordar de propia iniciativa. Vistos los recursos objeto de la presente resolución, se aprecia identidad en el asunto, se trata del mismo expediente de contratación y se basan en motivos de impugnación coincidentes. Por ello, este Tribunal considera necesaria la acumulación de las mismas.

Cuarto. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 20 de febrero de 2024 y publicado en el perfil de contratante el 26 de febrero, momento en que ambas empresas se dan por notificadas

e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 18 de marzo de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Quinto. - El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, 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.

Sexto. - En cuanto al fondo del recurso se limita a pretender que las ofertas económicas presentadas por ambas empresas no sean excluidas, teniéndose en cuenta para ello las alegaciones presentadas ante el órgano de contratación con anterioridad a la apertura de dichas proposiciones.

Los recurrentes admiten y manifiestan que formularon sus propuestas económicas referidas a una anualidad. Esta decisión fue tomada en atención a que el presupuesto base de licitación se encontraba desglosado en anualidades, las mejoras como criterios de adjudicación también estaban referidas a anualidades.

Con fecha anterior a la apertura de oferta económicas presentan ante el órgano de contratación por los cauces establecidos al efecto, escrito donde manifiestan que la oferta económica propuesta se encuentra referida a una anualidad.

Sin embargo, nada de esto fue tenido en cuenta por la mesa de contratación que procedió a excluir ambas ofertas en aplicación del art. 84 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Argumentan, que en el modelo de oferta económica nada se expresa sobre el carácter anual o bianual de la oferta, lo que les llevo por analogía al resto de documentos ya mencionados a formular su oferta para un periodo anual.

Se invoca la Resolución de este Tribunal 31/2022, de 20 de enero que en un caso, según ellos, similar considero que la mesa de contratación, ante la evidencia, podía entender sin esfuerzo interpretativo alguno que la oferta se había formulado sobre una anualidad y no sobre dos. Admitiendo en consecuencia la oferta propuesta.

Sobre la misma Resolución destaca la coincidencia con el recurso que nos ocupa y concretamente en la inalterabilidad de la oferta, pues era evidente que la sola multiplicación por dos lograba conocer la propuesta certera.

Se considera que en caso de duda la mesa de contratación ha de solicitar aclaraciones a la oferta, aclaraciones que en este caso se prestaron antes de la apertura de las ofertas.

Se invoca asimismo la Resolución 306/2019 de 10 de julio de este Tribunal que establece: *“De la lectura del modelo de proposición económica no se deduce en ningún momento el carácter anual o bianual del canon a ofertar. (...) Comprobamos que el PCAP no establece claramente la fórmula a emplear para la determinación del canon ofertado, toda vez que si bien en el modelo de proposición económica nada se dice ni de una opción ni de otra, el presupuesto base de licitación se determina bajo la fórmula anual, motivo suficiente para hacer dudar a los licitadores de cuál debe ser la opción a elegir”, como en el presente caso. Y concluye “De todo lo cual se deduce que si bien la propia Mesa de Contratación podría haber advertido el error y corregirlo de oficio, en todo caso hubiera sido preceptivo la solicitud de una aclaración de la oferta que alcanzase solamente la concreción del canon ofertado como anual o bianual y a resultas de esta aclaración obrar en consecuencia”, anulando la adjudicación por la indebida exclusión del licitador.*

Por último, ponen de manifiesto que el conocimiento del número de licitadores ni aporta ni quita información alguna a la hora de proponer una oferta económica, mostrando su desacuerdo con el criterio del órgano de contratación.

Por su parte la Consejería en su escrito de contestación a los recursos defiende la actuación de la mesa de contratación invocando la misma resolución de este Tribunal que los recurrentes y en concreto la parte en que considera esencial que la entidad adjudicadora pueda asegurarse con precisión el contenido de las ofertas y su conformidad con los requisitos establecidos para la licitación.

Considera que en el caso que nos ocupa a diferencia de otros invocados por los recurrentes el modelo de proposición económica hace alusión a que la baja ofertada por los licitadores “se aplicara a la totalidad de los trabajos objeto del contrato”, expresión que ha sido comprobada por este Tribunal y que efectivamente forma parte del modelo de oferta económica.

Ante esta situación el órgano de contratación considera que cualquier interpretación por parte de la mesa de contratación puede alterar y modificar la oferta presentada, vulnerando así los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal la controversia se reduce a la viabilidad de la oferta económica presentada por los recurrentes y aclarada previamente a su conocimiento.

En primer lugar, se constata que la oferta presentada no se ajusta al contenido de los pliegos, tal como manifiesta el órgano de contratación.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza.

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 JCCA viene entendiendo, valga 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, múltiples Resoluciones de este Tribunal desde la 64/2012 hasta la más reciente 249/2021.*

Según estableció este Tribunal en su Resolución 141/2023 de 13 de abril: “*La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 30/08, de 2 de diciembre, afirmó que la invocación de un error no es causa para que la Mesa de contratación deseche la oferta. Sólo podrá procederse al rechazo de la oferta cuando se compruebe que el error hace inviable la misma. También en su informe 23/08, de 29 de septiembre sobre la admisión o rechazo de proposiciones, regulado en el artículo 84 del RGLCAP, cita la doctrina consolidada del Tribunal Supremo relativa a que en los procedimientos de adjudicación se tienda a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos*”.

En el presente caso, la falta de comprensión de las reglas contenidas en el modelo de proposición económica, ha llevado a ambas empresas a dudar de haber cumplimentado bien este documento, de tal forma que con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas comunican a la mesa de contratación que su oferta esta formulada como anual. Es clara en este caso la voluntad del licitador, que no ha precisado ni de aclaraciones a solicitud de la mesa ni de la actuación de esta para interpretar la oferta. Su voluntad era ofrecer en el caso de Orthem 654.999,85 euros al año o 1.309.991,70 euros y en el caso de Actua Servicios 693.391,29 euros al año o un total de 1.386.782,58 euros para el periodo total del contrato de veinticuatro meses. Esa voluntad debe estar presente a la hora de interpretar como error subsanable o como error que produzca el rechazo de la oferta en la actuación de la mesa de contratación, tal y como manifestamos en la Resolución 141/2023, de 13 de abril.

En el presente caso no se trata de haberse alejado totalmente del modelo establecido para la plasmación de la oferta económica, sea en cifra alzada o desglosada o con documentación adicional, como si ocurría en el recurso que dio lugar a la Resolución 41/2024 de 1 de febrero, sino de haber cometido el error de no fijarse en el texto que acompañaba la casilla para incluir la oferta económica.

Es también necesario indicar que los órganos de contratación han de poner la mayor de las atenciones a la hora de redactar los modelos de proposición económica, pues si bien es indudable que el que nos ocupa refiere: “*se aplicará a la totalidad de los trabajos objeto del contrato*”, tampoco es un ejemplo de concreción y claridad.

Por todo lo cual se estiman los recursos interpuestos, teniendo que ser admitidas las ofertas propuestas por los licitadores y valoradas previamente a la clasificación de la totalidad de las presentadas.

Este Tribunal no se manifiesta sobre las medidas cautelares solicitadas al haber procedido a la Resolución de los recursos interpuestos directamente.

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.- Acumular los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la representación legal de Orthem Servicios y Actuaciones Ambientales S.A.U. y Actua Servicios y Medio Ambiente S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación adoptado el 20 de febrero de 2024 por el que se excluye la oferta presentada por las recurrentes al contrato de “Servicios de conservación y limpieza del parque Polvoranca y zonas colindantes de arco verde” promovido por la CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, AGRICULTURA E INTERIOR de la Comunidad de Madrid número de expediente A/SER-010984.

Segundo.- Estimar los recursos especiales en materia de contratación interpuestos, anulando la exclusión de ambas empresas en el procedimiento de licitación.

Tercero.- 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 de la LCSP.

Cuarto.- 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.