

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

En Madrid, a 2 de febrero de 2018.

VISTO el escrito presentado por don F.B.C., actuando en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., y, don J.H.R., en nombre y representación de Sanivida, S.L., licitadoras en compromiso de UTE contra la admisión de la oferta de Cruz Roja en el acto público de la Mesa de contratación de fecha 16 de enero de 2018, respecto del lote 3 del procedimiento de licitación del contrato, “*Servicio de teleasistencia en la Comunidad de Madrid. 3 Lotes. Expediente: 09712017*”, convocado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 5 de octubre de 2017, fue publicada en el BOCM la convocatoria de licitación del contrato de servicios mencionado, dividido en 3 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto y criterios valorables mediante cifras o porcentajes. El valor estimado del contrato es 34.612.070,40 euros.

Interesa destacar que de acuerdo con lo previsto en la cláusula 9.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) “*Se deberán presentar tantos sobres nº 3 como lotes a los que se licite (...) Los licitadores deberán indicar en el EXTERIOR de cada uno de los tres sobres que componen la proposición el número y denominación del Lote al que liciten*”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron ocho licitadoras incluidas las dos recurrentes en compromiso de UTE.

Consta en el acta de la Mesa de contratación correspondiente al acto público de apertura de proposiciones económicas y de los criterios de adjudicación valorables por aplicación de fórmulas matemáticas celebrado el día 16 de enero de 2018 que para el lote 1 “*Zona metropolitana Este*”, la oferta económica de mayor baja sería la de Quavitae, seguida de Servicios de Teleasistencia, Televida, Cruz Roja y Asispa. Habiendo ofertado todas ellas llevar a cabo las mejoras que se establecen desglosadas en el PCAP, esto es, mejoras en organización y funcionamiento y en medios materiales y técnicos.

Para el lote 3 “*Zona periférica*” la oferta de Cruz Roja es la que oferta menor precio tanto para terminales fijos como móviles, por su parte la oferta económica de la recurrente es la que realiza la segunda mejor baja para ambos tipos de terminales, y en tercer lugar Eulen Servicios Sociosanitarios, ofertando asimismo todas las licitadoras la totalidad de las mejoras.

En el acta se hace constar asimismo en el apartado correspondiente al lote 1 respecto de la oferta de Cruz Roja que “*si bien en la parte inferior de la oferta figura ‘Lote 3’; en el encabezamiento de la misma, en su parte central y en el sobre correspondiente, así como el precio total de oferta corresponden al ‘Lote 1’*”.

Tercero.- La representación de Ferrovial Servicios, S.A. y de Sanivida, S.L., presentaron un escrito de alegaciones ante la Mesa de contratación el 18 de enero de 2017, en virtud de lo establecido en el artículo 87.1 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (en adelante RGLCAP), en el que considerando que Cruz Roja había presentado más de una proposición por lo que su oferta debía haber sido rechazada, y no admitida, solicita que proceda a excluir las propuestas presentadas por Cruz Roja a los lotes 1 y 3 del contrato.

El órgano de contratación remitió dicho escrito de alegaciones a este Tribunal acompañado de su informe y de copia del expediente administrativo con fecha 23 de enero de 2018 exponiendo que de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales respecto de la derogación tácita del indicado artículo 87.1 RGLCAP, *“este órgano de contratación considera procedente remitir este escrito de la UTE compuesta por las entidades FERROVIAL SERVICIOS, S.A. Y SANIVIDAD, S.L. para que, en su caso, determine ese Tribunal si corresponde o no admitirlo como recurso especial en materia de contratación, al tratarse, en definitiva, de la impugnación de una decisión de la Mesa de contratación y resuelva, en su caso, si procede la exclusión de la oferta de CRUZ ROJA ESPAÑOLA.”* Asimismo argumenta sobre el fondo de lo alegado en el escrito mencionado

Cuarto.- Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado a Cruz Roja para que efectuara las alegaciones que tuviera por convenientes, lo que verificó el 1 de febrero de 2018, aduciendo en primer lugar que la petición formulada por las mercantiles recurrentes no cabe calificarla de Recurso Especial en Materia de Contratación (previsto en el artículo 40 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)), dada la inexistencia de un acto administrativo objeto de

recurso, que el estudio y la resolución de la solicitud presentada debe recaer en la Mesa de contratación y por último invoca el carácter subsanable del error cometido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, en principio corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso al tratarse de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada.

Segundo.- Especial análisis merece el acto objeto de recurso, ya que siendo el contrato de servicios susceptible de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP al estar sujeto a regulación armonizada, se plantea si el acto de admisión de ofertas, es susceptible de recurso.

Establece el artículo 40 del TRLCSP que son susceptibles de recurso especial los relacionados en el apartado 2 del mismo: *“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”.*

En el caso que analizamos, el acto objeto del recurso no aparece recogido en el elenco de actos susceptibles de recurso especial del artículo 40 del TRLCSP, de manera que de forma sistemática, tanto este Tribunal, como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y el resto de Tribunales autonómicos, han venido inadmitiendo los recursos presentados contra la admisión

de ofertas. Así por ejemplo en la Resolución 6/2017, de 11 de enero, del TACPCM. Señalábamos al respecto en la Resolución 218/2014, de 3 de diciembre, que en el procedimiento de licitación hay una resolución final que pone fin, la adjudicación, y para llegar a la misma se han de seguir una serie de fases con intervención de órganos y con actos diferentes. Estos actos previos a la resolución son los que la Ley denomina actos de trámite. Son actos instrumentales de la resolución. No quiere decirse que los actos de trámite no sean impugnables, o que constituyan una suerte de dominio soberano de la Administración, sino que en principio no son impugnables separadamente salvo que la ley los considere de una importancia especial (que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos), de manera que por el principio de concentración procedimental habría que esperar a la resolución del procedimiento de adjudicación para plantear todas las discrepancias del recurrente sobre el procedimiento tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos de trámite. Esto no obstante conviene advertir que en 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, se establece como uno de los nuevos actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación en su artículo 44.2.b) *“(...)los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas”*

Sin embargo, no cabe desconocer que tras las indicadas Resoluciones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la Sentencia, de 5 de abril de 2017, en el Asunto C-391/15, Marina del Mediterráneo, S.L., y otros contra la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial en la que el TJUE recuerda que *“toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de*

contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional previsto en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la misma Directiva. (Directiva 89/665 de recursos). Así pues, esta disposición se refiere con carácter general a las decisiones de los poderes adjudicadores, sin distinguir entre ellas en función de su contenido o del momento de su adopción (véase la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 28 y jurisprudencia citada), (...) De lo anterior se deduce que la decisión de admitir a un licitador a un procedimiento de adjudicación, como es la decisión controvertida en el litigio principal, constituye una decisión a efectos del artículo 1, apartado 1, de la citada Directiva.(...) aunque la Directiva 89/665 no ha determinado formalmente el momento a partir del cual existe la posibilidad de recurso prevista en su artículo 1, apartado 1, el objetivo de la mencionada Directiva, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau (C-26/03, EU:C:2005:5, apartado 38))”.

De acuerdo con todo lo anterior resulta claro que el TJUE admite el recurso especial contra cualquier decisión de un poder adjudicador al que se apliquen normas de derecho de la Unión Europea, y así lo ha reconocido al caso concreto en preservación del efecto útil de la Directiva de recursos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo 64/2017, de 22 de mayo.

También señala la indicada Sentencia en su considerando 36 que “Además, incumbe al Tribunal remitente determinar si concurren las restantes condiciones relativas a la accesibilidad de los procedimientos de recurso previstas en la Directiva 89/665”, lo que necesariamente exige el examen conjunto tanto de la recurribilidad del acto como de la legitimación del recurrente en relación con el mismo, legitimación que la propia Directiva de recursos reconoce en su artículo 1.3 “como

mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción". Debe por tanto cohonestarse la posibilidad genérica de interponer recurso contra los actos de admisión de ofertas, con la legitimación de los recurrentes definida en tales términos.

Por otro lado reconoce la Sentencia que el legislador europeo no se ha pronunciado sobre el momento en que puede deducirse el recurso especial, de manera que corresponde al nacional *"configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables"*, en sus propias palabras, siempre con salvaguarda de los principios de equivalencia y de efectividad, de manera que son estos dos principios los parámetros de la legalidad desde la óptica del derecho de la Unión, de la regulación de los procedimientos jurisdiccionales. En este caso el principio de equivalencia no se cumple entre el recurso administrativo ordinario y el recurso especial configurado su objeto tal y como resulta de la Sentencia Marina del Mediterráneo, puesto que la previsión de recurso únicamente respecto de los actos de trámite cualificados resulta contraria a lo establecido en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el artículo 25 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Quizá sea más importante el principio de efectividad puesto que se trata a la postre de no privar a la Directiva de su efecto útil, que tal y como se expone en la propia Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, en definitiva consiste, en la lucha contra la adjudicación directa ilegal, práctica que el Tribunal de Justicia ha calificado como la infracción más importante del Derecho comunitario, para la cual establece la ineficacia o, en nuestro ordenamiento, nulidad del acto de adjudicación. A este respecto considera el Tribunal que la circunstancia de acumulación procedimental por mor de la economía

de trámites y la sencillez en la tramitación, no afectaría al derecho de defensa que podrá ejercerse cuando el licitador afectado de una causa de inadmisión tras ser admitido al procedimiento resulte adjudicatario, como venimos sosteniendo los órganos de recursos contractuales. Además el derecho de defensa en nuestro ordenamiento se residencia en esta fase del procedimiento de licitación en la posibilidad de plantear ante la Mesa de contratación las reclamaciones previstas en el artículo 87 del RGLCAP.

Tampoco cabe por otro lado desconocer que desde el punto de vista de la gestión contractual se abre un panorama difícil sobre todo en licitaciones como la que ahora nos ocupa, con ocho empresas licitadoras y 3 lotes, frente al supuesto que sirve para plantear la cuestión prejudicial en que solo había dos licitadoras, dos Uniones Temporales de Empresas, puesto que al ser posible la impugnación vía recurso especial de los actos de admisión y publicarse por efecto de la Ley de Transparencia los distintos actos que se produzcan en el procedimiento de licitación resultará imposible “evitar” recursos contra admisiones que a la postre no tendrán ninguna virtualidad al no ser el admitido adjudicatario, habiendo sin embargo introducido un trámite meramente dilatorio del procedimiento cuya falta ninguna afectación tendría sobre el derecho de defensa de los licitadores; si bien la misión de los Tribunales de recursos contractuales es la revisión de la actividad contractual desde parámetros exclusivamente normativos.

Esto no obstante este Tribunal debe resolver ateniéndose únicamente al derecho vigente en la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia conformado en este caso tanto por la Directiva de recursos y la Sentencia Marina del Mediterráneo.

Tercero.- Resulta preciso examinar si concurre la necesaria legitimación activa para proceder a la aplicación de la doctrina sentada en la Sentencia comentada. En este caso son dos los lotes respecto de los que se solicita la inadmisión de la oferta de

Cruz Roja, el 1 y el 3. En el primer caso como se ha recogido en el relato fáctico de la presente resolución la oferta de Cruz Roja queda situada por detrás de la de las recurrentes que por lo tanto no ostentan interés legítimo alguno en la estimación del recurso. Caso distinto es el que sucede en el lote 3 en el que de ser excluida la oferta de Cruz Roja las recurrentes se encontrarían en posición de ser propuestas como adjudicatarias y eventualmente obtener, tras la tramitación contemplada en el artículo 151.2 del TRLCSP, la adjudicación del contrato.

Cuarto.- El recurso se contrae a solicitar la exclusión de la oferta de Cruz Roja por considerar que se ha producido la presentación de dos proposiciones para el lote 3 con incumplimiento de lo establecido en la cláusula 10 del PCAP y que uno de éstos sobres, a pesar de que en el mismo figura expresamente que era para el lote nº 3, se agrupó antes de la apertura en los sobres correspondientes al lote nº 1, y el otro sobre nº 3 donde figuraba que era para el lote nº 3, se incluyó en el grupo de sobres correspondiente al lote nº 3.

Por su parte el órgano de contratación, explica que *“En el momento de abrir la oferta económica del Lote 1 de CRUZ ROJA ESPAÑOLA, se observa que en el cuadro donde se establecen los precios unitarios de la oferta se hace referencia de forma errónea al lote 3. No obstante al figurar en la parte externa del sobre la mención al LOTE 1, al señalarse en el encabezamiento del modelo de oferta la referencia al lote 1 y al coincidir el precio total con el fijado para el lote 1 (4.339.188,00 euros) la mesa considera que se trata de un error formal que no impide deducir sin lugar a dudas que la oferta de CRUZ ROJA ESPAÑOLA se refería al Lote 1”* concluyendo que *“CRUZ ROJA ESPAÑOLA presentó dos sobre nº 3, figurando en el exterior de uno de ellos LOTE 1-ZONA METROPOLITANA ESTE y en el otro LOTE 3-ZONA PERIFERICA”*.

Comprueba este Tribunal que, tal como aduce en su escrito de alegaciones, Cruz Roja presentó un sobre nº 3 para el lote 1 con referencia de entrada

08/002006.9/18 u otro sobre nº 3 para el lote 3 con referencia de entrada 08/002016.9/18. Por tanto queda claro que contra lo alegado por las recurrentes cada sobre indicaba correctamente en su exterior el lote al que correspondía la oferta que incluía.

En realidad el error padecido radica en que en la oferta correspondiente al lote 1 incluida en el sobre cuya carátula contiene la mención, lote 1, se consigna como encabezamiento de la proposición, lote 1, pero en el cuadro que la acompaña se indica lote 3, aunque el presupuesto base de licitación que se recoge es de 4.339.180 euros esto es el correspondiente al lote 1. De tal forma que el error padecido no es más que un defecto en el cuadro inserto en el anexo de oferta económica.

Aclarados los hechos acaecidos, cabe recordar que, 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. En este caso no se aprecia incumplimiento de la previsión relativa al número de ofertas que pueden presentarse a cada lote y la exigencia de identificación externa de los sobres.

Lo que se ha producido es un error que no impide conocer cuál es la oferta efectivamente realizada a cada uno de los lotes, de manera que ni siquiera precisa de subsanación puesto que la Mesa de contratación a la vista de las proposiciones puede conocer sin ningún género de duda su alcance y contenido.

Los principios de libre concurrencia, y proporcionalidad exigen una apreciación antiformalista y pro concurrencia del defecto padecido, en aras a la consecución de la máxima eficiencia en la contratación pública, procediendo por tanto la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 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 en materia de don F.B.C., actuando en nombre y representación de Ferrovial Servicios, S.A., y, don J.H.R., en nombre y representación de Sanivida, S.L., licitadoras en compromiso de UTE contra la admisión de la oferta de Cruz Roja Española en el acto público de la Mesa de contratación de fecha 16 de enero de 2018, respecto del lote 3 del procedimiento de licitación del contrato, “Servicio de teleasistencia en la Comunidad de Madrid. 3 Lotes. Expediente: 09712017”, convocado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid.

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 47.5 del TRLCSP.

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 49 del TRLCSP.