

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

En Madrid, a 20 de noviembre de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de la sociedad CLECE, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 15 de octubre de 2014, por el que se excluye a dicha empresa de la licitación del expediente de contratación, “Gestión Integral de los servicios complementarios de los edificios adscritos al Distrito de Moncloa-Aravaca”, expediente 300/2014/00280, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante Decreto del Concejal Presidente del Distrito de Moncloa-Aravaca de 10 de julio de 2014 se aprobaron los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas del expediente de contratación “Gestión Integral de los servicios complementarios de los edificios adscritos al Distrito de Moncloa-Aravaca”, a adjudicar con pluralidad de criterios, y con un valor estimado de 9.851.063,51 euros, IVA excluido.

El anuncio previo de licitación se envió al DOUE el 17 de julio de 2014 y publicó en el Perfil de Contratante del Ayuntamiento de Madrid, el 21 de julio de 2014 y en Boletín Oficial del Estado el 23 de julio. Finalizado el plazo de presentación de ofertas se han presentado a la licitación cuatro empresas entre las que se encuentra la recurrente.

Segundo.- Según el punto 3 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el Presupuesto del contrato es el siguiente:

“Valor estimado: 9.851.063,51 euros (IVA excluido)

Tipo de presupuesto: Máximo determinado

Presupuesto base de licitación: 3.788.870,58 euros

IVA: 21% 787.717,07 euros

IVA:10% 3.783,69 euros

TOTAL IVA: 791.500,76 euros

Presupuesto total (IVA incluido): 4.580.371,34 euros

Sistema de determinación del presupuesto: Por componentes de la prestación”.

A continuación se incluye un cuadro de las distintas prestaciones incluyendo los metros construidos de los distintos edificios y el precio/hora de licitación, indicando al final del cuadro:

“El importe total resultante de la suma de estas cantidades, se ha incrementando con un 13% en concepto de gastos generales y un 3% en concepto de beneficio industrial. Sobre el importe resultante se ha aplicado el 21% del IVA.

Para la determinación del precio de la prestación Servicio de suministro y reposición de contenedores higiénicos sanitarios, se ha tenido en cuenta la cantidad alzada de 16.309,01euros, incrementando con un 13% en concepto de gastos generales y un 3% en concepto de beneficio industrial. Sobre el importe resultante se ha aplicado el 10% del IVA. El importe resultante incrementado con el importe a que se refiere el párrafo anterior, ha determinado el presupuesto del contrato. El

precio unitario medio por contenedor se ha calculado a razón de 68,31 euros, teniendo en cuenta la tipología de la duración de cada contenedor”.

Por su parte el Anexo II del PCAP incluye el Modelo de Proposición económica con el siguiente formato:

*“D./Dña....., con DNI número.....en nombre (propio) o (de la empresa que representa)..... con CIF/NIF..... y domicilio fiscal en.....calle..... número.....enterado del anuncio publicado en el (perfil de contratante, BOE, BOCM, DOUE)1 del día..... de..... de..... y de las condiciones, requisitos y obligaciones sobre protección y condiciones de trabajo que se exigen para la adjudicación del contrato de ejecución de los servicios de..... se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y obligaciones, por un precio de Euros (en número), al que corresponde por IVA la cuantía deEuros, (en número), totalizándose la oferta enEuros (en número), todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y cláusulas administrativas particulares que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente. En la elaboración de esta oferta se han tenido en cuenta las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales.
Porcentaje de subcontratación: %
Fecha y firma del licitador”.*

Además consta de una segunda página en la que se deben desglosar los precios con el siguiente formato:

Importe de los componentes de la prestación	01/12/2014**- 30/11/2015	01/12/2015**- 30/11/2016	TOTAL**
1. Mantenimiento			
1.1 Mantenimiento de colegios	Precio Unitario*		
M ² Superficie construida			
M ² Superficie parcela libre			
M ² Zona s Verdes			
1.2 Mantenimiento de edificios	Precio Unitario*		
M ² Superficie construida			
M ² Superficie parcela libre			
M ² Zonas Verdes			
1.3 Mantenimiento de instalaciones deportivas	Precio Unitario*		
M ² Superficie construida			
M ² Superficie parcela libre			
M ² Zonas Verdes			
2. Limpieza			
2.1 Limpieza de colegios	Precio Unitario*		
Limpiador/horas			
Cristalero/horas			
Encargado/horas			
2.2 Limpieza de edificios	Precio Unitario*		
Limpiador/horas			
Cristalero/horas			
Encargado/horas			
3. Servicios de portería/ Auxiliar información	Precio Unitario*		
Auxiliar información Horas diurno			
Auxiliar información Horas nocturno			
4. Otras prestaciones	Precio Unitario*		
4.1 Contenedores higiénico-sanitarios colegios			
4.2 Contenedores higiénico-sanitarios edificios			
4.3 Contenedores higiénico-sanitarios polideportivos			
TOTAL IMPORTE DEL CONTRATO			

*** Precio unitario sin repercusión de gastos generales ni beneficio industrial.**

**** Con repercusión de gastos generales, beneficio industrial e IVA.**

Tercero.- Tras las reuniones de la Mesa de contratación para la apertura de los sobres correspondientes a la documentación administrativa, a los criterios no valorables en cifras o porcentajes y a los valorables en dichas cifras o porcentajes, se volvió a reunir la Mesa el día 10 de septiembre de 2014 para dar lectura al informe relativo a los criterios valorables en cifras y porcentajes y de acuerdo con las puntuaciones totales obtenidas, elevar propuesta de adjudicación a favor de la empresa INGESAN, S.A. al haber obtenido la mayor puntuación. CLECE, S.A., aparece clasificada en segundo lugar. Igualmente se acuerda solicitarle la documentación establecida en el art.151.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto.- El 14 de octubre de 2014 se reúne nuevamente la Mesa y se acuerda rechazar las proposiciones presentadas por FERROVIAL SERVICIOS, S.A. y por CLECE, S.A.

En el caso de CLECE, S.A., los motivos alegados son:

“El desglose de la oferta de CLECE resulta erróneo en cada uno de los cálculos; se ha aplicado como beneficio industrial y gastos generales un 6% en lugar de un 16% : $4,71 \times 29.270,66 = 137.864,81 \times 1,06 = 146.136,70 \times 1.21 = 176.825,40$) mientras que el cálculo correcto según el pliego es precio unitario por metros cuadrados u horas y sobre esta cantidad se aplica el 16% de beneficio industrial y gastos generales y sobre la cantidad resultante se aplica el 21% de IVA ($4,71 \times 29.270,66 \text{ m}^2 = 137.864,81 \times 1.16 = 159.923,18 \times 1.21 = 193.507,05\text{€}$). La oferta resulta inviable al haber presentado de facto dos proposiciones económicas. La oferta global del Anexo II es de 3.970.822,96 euros y la oferta calculada con el desglose correctamente con el 16 % de beneficio industrial y gastos sería de de 4.328.305,02 euros. Desvío: 345.399,36 €”.

Se le otorga un plazo de dos días para realizar alegaciones y se le notifica el acuerdo el día 15 de octubre.

CLECE, S.A., presentó escrito de alegaciones el 17 de octubre de 2014, manifestando que su proposición se atenía al modelo establecido en el PCAP y que había incluido unos gastos generales y beneficio industrial que suponían conjuntamente un 6%.

El 21 de octubre mediante escrito de la Jefe de Departamento Oficina Auxiliar de Aravaca se da respuesta a las alegaciones presentadas, ratificando el criterio expresado por la Mesa indicando que *“la oferta económica ha de ser concordante con el presupuesto de licitación que determina específicamente la proposición económica”*.

En consecuencia, mediante Decreto de 20 de octubre de 2014 se acuerda a la adjudicación del contrato a INGESAN, S.A., y se rechazan las ofertas de CLECE, S.A. y de FERROVIAL SERVICOS, S.A.

Quinto.- El 3 de noviembre de 2014, tuvo entrada en el Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación contra el Acuerdo de 15 de octubre que determina la exclusión de CLECE, S.A., del procedimiento de licitación.

Considera la recurrente que su proposición económica es conforme a los parámetros establecidos en el Pliego y los Anexos ya que *“en ninguna cláusula o Anexo del Pliego se determina un límite obligatorio del importe total (precio) en un porcentaje fijo del 16%, ni tampoco el desglose que se exige y que se interpreta por el órgano de contratación que es de un 13 % Gastos Generales y un 3 % de Beneficio Industrial”*.

Sexto.- El órgano de contratación remite una copia del expediente de contratación y su informe el día 5 de noviembre de 2014.

Séptimo.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a todos los licitadores admitidos, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 del TRLCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya formulado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.4 del TRLCSP 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 y en cuanto al objeto también resulta competente ya que se trata del Acuerdo de exclusión de un contrato de servicios, clasificado en la categoría 1 del Anexo II del TRLCSP, sometido a regulación armonizada, por lo que es susceptible de recurso al amparo del artículo 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Segundo.- Cabe examinar la incidencia que puede tener sobre el recurso el plazo de alegaciones concedido por la Mesa de contratación.

El artículo 87.1 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP) dispone que *“determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato”*.

En este caso, no se ha considerado que el plazo concedido como reclamación contra el acuerdo de la mesa puesto que en ese caso, habiéndose resuelto la misma ya no cabría interponer recurso especial. Se ha interpretado que las alegaciones presentadas son aclaraciones y que la contestación de la Mesa es de mera información por lo que procede la interposición del recurso especial.

Tercero.- Especial análisis debe hacerse sobre la legitimación de la entidad recurrente, licitadora que ha quedado clasificada en segundo lugar pero que no impugna la clasificación o la adjudicación a la primera, INGESAN, S.A., sino únicamente su propia exclusión.

El artículo 42 del TRLCSP, establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

En consecuencia, para que pueda haber legitimación resulta preciso que del resultado del recurso pueda derivarse algún beneficio, aunque sea hipotético, para la recurrente

En este caso la recurrente ha sido excluida de un procedimiento de licitación en el que tras la valoración de su oferta ha quedado clasificada en segundo lugar y por lo tanto ningún beneficio podría obtener de la estimación del presente recurso, ya que su puntuación no cambiaría y su admisión solo implicaría que pudiese ser adjudicataria, en el caso que la primera clasificada no cumpliera con la obligación de presentación de documentos del art. 151.2 del TRLCSP.

Sin embargo, no cabe duda de su interés en el resultado del recurso y en caso de estimarse ser incluida en el procedimiento, pues de no ser así, en el

supuesto de incumplimiento o posterior excusión o renuncia de la adjudicataria no podría en ningún caso ser propuesta como adjudicataria ya que al estar excluida queda fuera del procedimiento y recaería tal propuesta en la empresa que está en tercer lugar. De ahí su interés en que se estime el recurso sea admitida en el procedimiento.

Por ello, debemos concluir que por las razones expuestas, la recurrente tiene legitimación para le interposición del recurso.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión fue notificado el 15 de octubre, habiendo sido interpuesto el recuso el 1 de noviembre, dentro del plazo de 15 días hábiles a que se refiere el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, este se concreta en determinar si la exclusión de la oferta económica de la recurrente por no ajustarse al modelo del PCAP se ajusta a derecho.

Como se ha indicado, el PCAP al determinar el presupuesto del contrato incluye, un 13% en concepto de gastos generales y un 3% en concepto de beneficio industrial. Se añade expresamente que sobre el importe resultante se ha aplicado el IVA correspondiente.

En el modelo de proposición económica consta el compromiso por un precio total y solo en la segunda página se exige la indicación de tres columnas con los precios unitarios. La primera con el precio unitario, indicándose sin repercusión de gastos generales ni beneficio industrial y las dos siguientes, “con repercusión de gastos generales, beneficio industrial e IVA”.

No consta expresamente qué porcentajes deben aplicarse por esos conceptos ni que deban ser los señaladas en el presupuesto. Debe tenerse en cuenta que el presupuesto del contrato no es un concepto idéntico al de proposición económica.

En la proposición operan las bajas que pueden afectar a todos los conceptos incluidos salvo que se diga otra cosa o que se trate de impuestos o cantidades legalmente exigibles que por su naturaleza no permiten variación.

Los conceptos de gastos generales y de beneficio industrial, a diferencia del IVA que tiene un porcentaje fijado legalmente, no son cantidades invariables sino que cada empresa puede aplicar los que considere conveniente dependiendo de sus circunstancias. Por otro lado, nada se indica en la proposición económica sobre su carácter de invariable en la oferta.

El artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara 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 la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

En este caso, no podemos apreciar que exista una discordancia en la propuesta económica presentada por la recurrente ya que respeta el modelo establecido en el PCAP.

La discrepancia que alega la Mesa y que motiva la exclusión es debida a que el presupuesto de licitación contempla unos conceptos que pretendía se incluyesen sin cambio en la proposición económica pero que no se ha hecho constar con la suficiente claridad en el texto del PCAP o en el propio modelo de posición.

En consecuencia, dado que no existe error y la variación del % de gastos generales y de beneficio industrial no invalida en ningún caso el contenido de la misma, procede la admisión de la oferta y de la entidad recurrente en el procedimiento de licitación

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 41.4 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.- Estimar el recurso especial, interpuesto por don M.G.G., en nombre y representación de la sociedad CLECE,S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de 15 de octubre de 2014, por el que se excluye a dicha empresa de la licitación del expediente de contratación, “Gestión Integral de de los servicios complementarios de los edificios adscritos al Distrito de Moncloa-Aravaca”, anulando dicho acuerdo y retrotrayendo las actuaciones a fin de que la oferta de CLECE,S.A., sea incluida en el procedimiento.

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.