

Reclamación nº 150/2022

Resolución nº 181/2022

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

En Madrid, a 12 de mayo de 2022.

VISTA la reclamación interpuesta por la representación legal de Panorama Servicios Integrales, S.L., contra la propuesta de adjudicación del órgano de asistencia de Metro de Madrid, de 10 de marzo de 2022, en relación con el lote 2, del “Acuerdo marco para la producción de material gráfico”, número de expediente 6012100210, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 12 de agosto en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el BOCM, el 13 en el DOUE y el 17 en el BOE, se convocó la licitación del acuerdo marco de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en dos lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 800.000 euros y su plazo de duración será de dos años.

Segundo.- El 10 de marzo, el órgano de asistencia de Metro de Madrid propone la adjudicación del acuerdo marco de referencia. En concreto al lote 2 propone la adjudicación a las siguientes empresas. Conforme al apartado 26 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares, el acuerdo marco se adjudica a un máximo de 5 empresas en cada uno de los lotes.

- VALENCIA OUTDOOR, S.L.
- SOPORTES Y PRODUCCIONES INTEGRALES, S.L.
- GRAFISMOS Y PUBLICIDAD, BBF, S.L.
- FRANCO IMAGEN CORPORATIVA, S.L.
- ESTUDIOS DURERO, S.L.

El 22 de marzo de 2022, el comité ejecutivo mostró su conformidad a la propuesta de adjudicación siendo aprobada por la consejera delegada.

Tercero.- El 8 de abril de 2022, PANORAMA interpone reclamación contra la propuesta de adjudicación del lote 2 en el que solicita que se le adjudique dicho lote.

El 22 de abril de 2022, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el 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), solicitando la desestimación del recurso.

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida, para el lote 2, por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 26 de abril de 2022, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el

levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto.- La secretaría del Tribunal dio traslado de la reclamación a las empresas FRANCO IMAGEN CORPORATIVA, S.L. y ESTUDIOS DURERO, S.L., en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, al ser los licitadores que pudieran verse afectados por una eventual estimación del recurso, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Finalizado el plazo no han presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- En cuanto al régimen jurídico aplicable al contrato, tiene carácter privado y está sujeto al Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (en adelante RDLSE).

El artículo 121.1 del RDLSE establece, en cuanto al régimen jurídico de la reclamación, que le serán de aplicación a las reclamaciones que se interpongan ante los órganos mencionados en el artículo anterior contra alguno de los actos a que se refiere el artículo 119, las disposiciones de la LCSP que regulan el recurso especial en materia de contratación, incluido el artículo 49 relativo a la adopción de medidas cautelares, con determinadas especialidades.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del RDLSE, en relación con 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 la reclamación planteada.

Segundo.- De acuerdo con el artículo 48 de la LCSP al que se remite el artículo 121 del RDLSE *“podrá interponer la correspondiente reclamación 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 indirectamente por las decisiones objeto de reclamación”*.

La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada pues en el caso de estimarse el recurso resultaría adjudicataria del lote 2 del presente acuerdo marco.

Asimismo, se acredita la representación del firmante de la reclamación.

Tercero.- La reclamación se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 10 de marzo de 2022, publicado el 28, e interpuesta la reclamación el 8 de abril de 2022, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El acto objeto de reclamación, corresponde a un acuerdo marco de suministro sujeto al RDLSE al superar los umbrales establecidos en su artículo 1.1. *“b) 428.000 de euros en los contratos de suministro y de servicios distintos de los referidos en la letra anterior, así como en los concursos de proyectos”*.

Como reiteradamente se ha pronunciado este Tribunal, por todas la Reclamación 267/2020: La propuesta es un acto de trámite no cualificado porque no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento o no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, como reiteradamente recoge la doctrina de los Tribunales Administrativos de Contratación.

En Resolución nº 231/2020 de 3 de septiembre, por ejemplo, afirmamos: *“La propuesta de adjudicación elevada por la Mesa, como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones, no tiene la consideración de acto recurrible puesto que debe ser aceptada por el Órgano de contratación que pudiera separarse del criterio de la misma. Tampoco son actos recurribles de forma independiente, la valoración ni la clasificación de las proposiciones, ni la comprobación de la documentación por parte de la Mesa, ni el informe técnico cuyas valoraciones asume la Mesa. Se trata en esos casos de actos de trámite no cualificados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2 de la LCSP, ya que no deciden ni directa ni indirectamente la adjudicación, no determinan la imposibilidad de continuar en el procedimiento, y sobre todo no producen indefensión puesto que en todo caso cabe la interposición de recurso contra la adjudicación el contrato, en el momento en que esta se produzca”.*

No obstante lo anterior, como ya se ha producido la adjudicación, incluso en el momento en que se interpone la presente reclamación, por economía procesal procede analizar el fondo del asunto.

Quinto.- Alega la recurrente que conforme consta en la propuesta de adjudicación, presentó la correspondiente documentación técnica y económica en relación al denominado *“Lote 2”*, de forma que, tras la tramitación del procedimiento de licitación, y tras un requerimiento de subsanación en relación al Anexo IV, se le otorgó una puntuación total de 55,41 puntos, de los cuales 15 puntos corresponden al apartado técnico y los restantes a la parte económica.

Sin embargo, en los criterios cualitativos evaluables mediante la aplicación de fórmulas (cuya valoración es de cinco a cero puntos) obtuvo 0 puntos por presuntamente no ofrecer servicio de postventa y de atención al cliente.

Dicho criterio cualitativo se otorga automáticamente en caso de aportación del Anexo XI *“Declaración oferta Técnica: Criterio cualitativo evaluable mediante la aplicación de fórmulas”* incluido en el Pliego de Condiciones Particulares, pero por error no lo incluyó, a pesar de que cuenta con un servicio de atención al cliente y servicio postventa.

Considera que conforme a lo establecido en el apartado 8.2 de las Condiciones Particulares, en caso de que Metro Madrid hubiera advertido defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo debería haber notificado al licitador interesado para que éste hubiera corregido o subsanado la documentación, o presentado aclaraciones o documentos complementarios.

Metro de Madrid le requirió para que subsanara el Anexo IV, sin embargo no le hizo ninguna advertencia sobre la falta de presentación del Anexo XI que le hubiese permitido obtener 5 puntos y por lo tanto ser adjudicatario. Así, considera que la aportación del Anexo XI es de obligado cumplimiento por lo que también era obligado que se le hubiera solicitado subsanar la carencia del mismo.

Adjunta en vía de reclamación el Anexo XI firmado en el que ofrece el servicio postventa. Considera que dicha subsanación es posible pues no supone una alteración sustancial de la oferta presentada ya que en la propuesta técnica se pone de manifiesto la preocupación por su cliente, no sólo respecto a la calidad de los servicios prestados y de los bienes suministrados, sino en toda la relación comercial con sus clientes para obtener la máxima satisfacción de éstos.

Por su parte el órgano de contratación alega que revisada la Carpeta nº 1, correspondiente a la documentación administrativa, se solicitó subsanación a tres licitadoras, entre ellas, la recurrente.

En relación con la carpeta nº 2, documentación técnica, se elaboró el correspondiente informe técnico con el resultado que se excluyeron diversas empresas, entre ellas, SOPORTES Y PRODUCCIONES INTEGRALES, S.L. Esta exclusión fue objeto de reclamación por la misma y Metro a la vista de las alegaciones procedió a anular el acuerdo de exclusión.

En cuanto a la carpeta nº 3 correspondiente a la evaluación de los criterios sujetos a la aplicación de fórmulas. El único criterio era:

“Servicio de post-venta y atención al cliente: 5 puntos

- *Ofrece servicio post venta y de atención al cliente: 5 puntos*
- *No ofrece servicio post venta y de atención al cliente: 0 puntos*

Nota: esta documentación se presentará conforme a lo indicado en el apartado 43 del cuadro resumen de este PCP”.

Tras la suma de las puntuaciones obtenidas en los criterios evaluables mediante la aplicación de juicios de valor y de fórmulas, todas las ofertas superaron el umbral de suficiencia técnica establecido en 10 puntos, siendo calificadas como aptas o técnicamente aceptables.

Revisadas las ofertas económicas, se concedió trámite de subsanación de aspectos formales a nueve licitadoras, entre ellas, la recurrente. Finalmente se adjudica el lote 2 a las cinco empresas mejor clasificadas.

Añade que en el cuadro resumen del PCP se indica la documentación que debe incluir la carpeta 3:

“3. Carpeta N°3

Criterios de adjudicación evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (apartado 27 del cuadro resumen):

a. Declaración responsable del representante legal de la empresa conforme al modelo del anexo XI de este PCP.

b. Proposición económica conforme al modelo de anexo I de este PCP, así como cualquier otro fichero o documento de oferta económica que sea obligatorio aportar conforme a lo indicado en el apartado 27 del cuadro resumen del PCP”.

Manifiesta el órgano de contratación que en contra de lo alegado por el recurrente dicho Anexo XI no es de obligado cumplimiento, ya que la falta del mismo supone que se le otorga una valoración de 0 puntos por este criterio, pero no supone que la entidad sea excluida del procedimiento.

Por tanto, no ofertando en la mencionada carpeta nº 3 ni el referido Anexo XI ni ninguna otra información relativa al ofrecimiento de un servicio de postventa y de atención al cliente, la falta de puntuación positiva en este apartado de evaluación de forma automática por aplicación de fórmulas resultó inevitable y, por supuesto, ajustada al contenido de los pliegos de la licitación.

Alega que, como se ha expuesto en el desarrollo del procedimiento, se ha requerido a los licitadores para realizar subsanaciones y aclaraciones en diversos supuestos. Sin embargo, en relación con el referido Anexo XI, tal y como señala la jurisprudencia europea y las distintas resoluciones de tribunales administrativos y los diversos informes de las juntas consultivas de contratación, es posible la mera corrección de errores materiales y la aclaración de algunos aspectos de la oferta pero no cabe permitir la aportación de documentos exigidos en el pliego de condiciones ya que supondría otorgar un plazo adicional al licitador, lo que conculcaría los principios de no discriminación y de igualdad de trato consagrados en las normas de contratación pública de aplicación.

En defensa de sus pretensiones cita la Resolución 944/2021, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

“(…) Quinto.

(…)

No comparte este Tribunal el criterio defendido por los técnicos y por el órgano de contratación. A juicio de este Tribunal, la actuación de la mesa en sesión de 9 de diciembre de 2020 al solicitar la subsanación para la presentación de la documentación que se indica en los pliegos referentes a los Criterios 5 y 6 no es ajustada a Derecho por implicar una modificación de la oferta presentada, pese a no tener carácter baremable los documentos aportados.

Como ha señalado el TJUE, Sentencia de 11 de mayo de 2017, Archus sp. z o.o., Asunto C- 131/16, «una petición de aclaraciones no puede paliar la falta de un documento o de alguna información cuya aportación exigiesen los pliegos de la contratación, ya que la entidad adjudicadora debe cumplir estrictamente los criterios que ella misma ha establecido [...] El requerimiento dirigido por la entidad adjudicadora a otro licitador para que aporte los documentos y declaraciones exigidos no puede tener otro objeto, en principio que la aclaración de la oferta de ese licitador o la subsanación de un error manifiesto del que adolezca dicha oferta. Por tanto, no puede permitir con carácter general que un licitador aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigía el pliego de condiciones y que no fueron remitidos en el plazo establecido para la presentación de ofertas».

Concluye esta Sentencia con cita del apartado 40 de la sentencia de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros (C-599/10), «del cual se desprende que la oferta inicial solo puede ser corregida excepcionalmente para corregir errores materiales manifiestos, a condición de que esta modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta». La solicitud practicada por la mesa no implica una mera corrección de error material o aclaración, sino la aportación de documentos que, formando parte de la misma como requisito ineludible para la valoración de ésta, debieron ser aportados antes de que finalizara el plazo de presentación de ofertas. Se ha solicitado completar la oferta y no su mera corrección o aclaración. A este respecto, es menester recordar según ha declarado este Tribunal, que el establecimiento de un plazo común de presentación de proposiciones para todos los licitadores es una manifestación de los principios de no discriminación y de igualdad de trato consagrados en la LCSP, el reconocimiento de un plazo adicional a favor de alguno

de los licitadores para adaptar su situación a las exigencias del pliego debe considerarse como una clara ruptura de estos principios y, por consiguiente, contrario a la Ley.

(Resolución nº 184/2011, de 13 de julio).

En línea con lo hasta ahora expuesto, nos hemos pronunciado asimismo, en nuestra Resolución nº 264/2019, de 24 de marzo: «En efecto, la subsanación estaría prevista para el caso de defectos que se aprecien en la documentación administrativa no en la oferta técnica o en la económica (por todas, Resolución nº 151/2013), y ello, además, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (Resolución nº 74/2013, entre otras).

Respecto a la oferta técnica, este Tribunal ha declarado que: “no existe obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010). Lo que sí es posible es solicitar “aclaraciones que en ningún caso comporten alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos porque ello podría representar dar la opción al licitador afectado de modificar su proposición lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público” (Resolución 94/2013)”
En consecuencia, ha de estimarse este motivo de recurso, siendo el resultado de la falta de aportación de estos documentos, no la exclusión de la oferta, pues no se deriva de lo contemplado en los pliegos esta consecuencia, sino la no valoración de la oferta de la recurrente en estos dos criterios, habida cuenta de la omisión de la documentación que debía haber acompañado con su oferta. (...).”

Por ello, considera el órgano de contratación que en el supuesto de haber solicitado la pretendida subsanación se habría procedido a modificar la oferta

presentada. Nada se contenía en la Carpeta Nº 3 de la oferta de PANORAMA, que posibilitara, ni que permitiera siquiera atisbar, el ofrecimiento de un servicio de postventa y de atención al cliente, que fuera merecedor de una puntuación positiva al evaluar los criterios cualitativos por aplicación de fórmulas contenidos en el apartado 27 del cuadro resumen del PCP. Nada menciona el reclamante -quizás por ser consciente de que habría supuesto la exclusión de su oferta-, de que la inclusión en esta carpeta 2, de información relativa a los criterios evaluables mediante fórmulas, conllevaría la exclusión del licitador. De hecho, dos licitadores fueron excluidos del procedimiento por realizar el ofrecimiento de un servicio de postventa y atención al cliente, en un momento anterior al requerido en los pliegos.

Por todo lo expuesto concluye que no cabe la solicitud de subsanación requerida.

Vistas las alegaciones de las partes el tema se centra en determinar si el órgano de contratación debió requerir de subsanación a PANORAMA para que presentase el reiterado Anexo XI. Al respecto este Tribunal no puede más que acoger las pretensiones del órgano de contratación con referencia a las citas de las resoluciones de tribunales administrativos, pues la aportación de dicho Anexo hubiese supuesto una modificación de la oferta dado que recoge la información relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas y no se recoge en ningún otro documento el ofrecimiento del servicio postventa. Respecto a lo alegado por la recurrente, que la aportación del citado Anexo no supone modificación de su oferta ya que en su oferta técnica (criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor) se pone de manifiesto la preocupación por su cliente, no sólo respecto a la calidad de los servicios prestados y de los bienes suministrados, sino en toda la relación comercial con sus clientes para obtener la máxima satisfacción de éstos, si bien en la misma hace referencia a la existencia del equipo postventa no hace un ofrecimiento de dicho servicio al presente contrato, circunstancia que hubiese llevado a su exclusión tal y como ha sucedido con otros licitadores que sí hicieron un ofrecimiento expreso.

En consecuencia, se desestima la reclamación.

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.- Desestimar la reclamación interpuesta por la representación legal de Panorama Servicios Integrales, S.L., contra la propuesta de adjudicación del órgano de asistencia de Metro de Madrid, de 10 de marzo de 2022, en relación con el lote 2 del “Acuerdo marco para la producción de material gráfico”, número de expediente 6012100210.

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 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión, para el lote 2, acordada por este Tribunal el 26 de abril de 2022.

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.