

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

En Madrid, a 16 de mayo 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad Consultora de Energías Renovables SA, (en adelante CONERSA) contra el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de abril de 2024 por el que se le excluye de la licitación del contrato de “Servicio de trabajos de soporte al mantenimiento de equipos de climatización” de Metro de Madrid, S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Con fecha 13 de marzo de 2024 se publicó en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el anuncio de licitación y los pliegos que habrán de regir la adjudicación y ejecución del contrato.

El valor estimado del contrato asciende a 101.460,44 euros y un plazo de ejecución de 4 años.

Segundo. - A la presente licitación se presentaron dos empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 29 de abril de 2024 la mesa de contratación acuerda su exclusión de la licitación por no aportar la documentación relativa al contenido mínimo especificado en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP.

El 7 de mayo de 2024 se presentó recurso especial en materia de contratación contra el citado acuerdo.

Tercero. - El 10 de mayo de 2024 el órgano de contratación remitió el informe y el expediente de contratación, de conformidad con 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 (en adelante 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.

El apartado 5 del cuadro resumen del Pliego de Condiciones Particulares establece que la preparación y adjudicación de este contrato se regirá por lo señalado en el Título I del Libro Tercero 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 (en adelante, la LCSP), concretamente por los artículos 316 a 318

de la LCSP. En cuanto a la ejecución, efectos y extinción del contrato, éstos se registrarán 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. - La recurrente está legitimada para la interposición del recurso al tratarse de un licitador excluido de la licitación con un interés legítimo, conforme al artículo 48 de la LCSP.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo de exclusión se notificó el 29 de abril de 2024, e interpuesto el recurso el 7 de mayo, por lo que se encuentra dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra el acuerdo de exclusión 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.

Quinto. - Antes de entrar en el fondo del asunto, resulta de interés transcribir el Pliego de Condiciones Particulares, donde en el apartado 25 del cuadro resumen se indica:

“¿Se exige contenido mínimo de la oferta técnica? Sí.

La oferta técnica deberá presentarse con el contenido mínimo siguiente:

- 1. Organización del trabajo.*
- 2. Documentación descriptiva y alcance de los trabajos.*
- 3. Plan de ejecución.*

Nota: esta documentación se presentará conforme a lo indicado en el apartado 42 del cuadro resumen de este PCP.”

El I citado apartado 42 se indica que las ofertas se depositarán en la aplicación SRM de la siguiente forma: *“Carpeta nº 2 Documentación relativa al contenido mínimo de la oferta técnica especificada en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP.”*

Condición 8.3 *“Apertura y valoración de la documentación de la carpeta Nº2.*

En los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP, proceda la presentación de oferta técnica, Metro de Madrid:

- Comprobará que la oferta técnica cumple los requisitos técnicos contemplados en el PPT.*
- Comprobará que la oferta técnica contiene los documentos mínimos que se exigen, en su caso, en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP.*

Será excluida de la licitación aquella proposición que no incluya los documentos indicados como contenido mínimo en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP, así como aquellas proposiciones que sean consideradas inviables desde el punto de vista técnico por no cumplir los requerimientos del PPT.

En el caso de que se hayan establecido criterios de adjudicación cualitativos evaluables mediante juicios de valor en el apartado 27 del cuadro resumen, la puntuación correspondiente a dichos criterios se asignará conforme a lo previsto en el citado apartado”.

El recurso se fundamenta en que existe una controversia en el concepto de “Oferta Técnica”. En el apartado 25 del cuadro resumen del PCP se especifican la “necesidad” de presentar una oferta técnica cuya valoración técnica se realizará de acuerdo a los criterios especificados en el apartado 27 del cuadro resumen del PCP.

El apartado 27 del cuadro resumen del PCP, hace referencia a la evaluación de las ofertas en cuanto a Oferta Técnica se refiere, indicando “no procede” en criterios evaluables mediante juicios de valor (sobre 2); y el descriptivo de los criterios

cualitativos evaluables mediante la aplicación de fórmulas, especificando que estos serán objeto de valoración técnica dentro del Anexo XII (sobre 3).

Entiende que hay un error de forma en la redacción del pliego, pues a pesar de no existir criterios sujetos a juicios de valor, se exige presentar un documento haciendo referencia al apartado 27 del cuadro resumen, con la expresión: *“Criterios cualitativos evaluables mediante juicios de valor: no procede”*.

Añade que, con fecha 8 de abril de 2024 enviaron mail solicitando aclaración sobre la documentación a presentar, en concreto trasladaban la siguiente pregunta: *“Tengo una duda con respecto a la oferta técnica ya que en el apartado 25 del PCAP dice que es necesaria? Aunque en el apartado 27 del mismo PCAP dice que no procede: "criterios cualitativos evaluables mediante juicios de valor: no procede". ¿Mi pregunta es el sobre 2 que contiene la oferta técnica hay que presentarlo?”*

El órgano de contratación contestó *“teniendo en cuenta que la licitación de referencia vence la recepción de ofertas el próximo 12 de abril de 2024, queremos informarles que ha sido recibida fuera de plazo y en consecuencia no procede su contestación de acuerdo con lo especificado en la condición “5.2 Consultas previas a la formulación de las ofertas” del Pliego de Condiciones Particulares, en donde se especifica que “Los licitadores podrán formular consultas y solicitar información adicional sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria con una antelación mínima de diez días naturales respecto a la fecha de presentación de las ofertas, establecida en el apartado 16 del cuadro resumen del PCP. Metro de Madrid facilitará las respuestas a las consultas formuladas, así como la información adicional solicitada, si procediera, con una antelación mínima de seis días naturales respecto a la fecha de presentación de las ofertas.”*

Señala que intentó resolver la duda sin éxito. Finalmente, atendiendo a la cláusula 27 de “no procede” juicios de valor, no incorpora documentación, precisamente por temor a una exclusión.

Concluye su argumentación manifestando que, ya que no se trata de documentación valorable mediante la aplicación de fórmulas y/o juicios de valor, esta documentación podría considerarse como subsanable en el plazo de 3 días hábiles, de acuerdo con el artículo 142 de la LCSP.

Por su parte, el órgano de contratación alega que en la documentación presentada como oferta en la Carpeta Nº 2 de la empresa recurrente no se aporta la documentación relativa al contenido mínimo especificado en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP. En consecuencia, de conformidad con lo previsto en la condición 8.3. del PCP, la oferta presentada fue excluida de la licitación el día 29 de abril de 2024.

El PCP resulta meridianamente claro respecto a la necesidad de presentar una oferta técnica en la carpeta 2, con un determinado contenido mínimo que no fue aportado por el recurrente.

Añade que el análisis de las ofertas técnicas formuladas por cada licitador, la mesa de contratación realiza varias comprobaciones, a saber: (i) se comprueba que se haya incluido en la oferta técnica el contenido mínimo exigido; (ii) se comprueba que la oferta técnica no contenga previsiones que contradigan los pliegos; (iii) se realiza la valoración de la oferta que puede ser realizada, a su vez y por el siguiente orden, mediante juicios de valor o por fórmulas.

Por otra parte, pone de manifiesto que no existe, como afirma el recurrente, error de forma en la redacción del pliego. Es innegable que las previsiones del mismo son claras y expresas. En cualquier caso, de haber entendido que existe ese defecto de forma, CONERSA pudo haber formulado recurso contra los Pliegos en el momento oportuno. Al no haber tenido lugar dicha impugnación, el hecho de presentarse a la licitación supone la aceptación incondicionada de su contenido sin salvedad o reserva alguna en base a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP.

Concluye manifestando que una interpretación distinta a la realizada por el órgano de contratación vulneraría los principios de igualdad, transparencia y libre competencia, que deben concurrir en todo procedimiento de contratación pública, regulados en el artículo 132 de la LCSP.

Respecto al plazo para formular consultas previas a la presentación de las ofertas señala que se le contestó el 9 de abril de 2024, al día siguiente, indicándole que el plazo para formular consultas previas a la presentación de las ofertas, conforme a lo especificado en la condición “5.2 Consultas previas a la formulación de las ofertas” del Pliego de Condiciones Particulares, debía haberse efectuado con una antelación mínima de diez días naturales respecto a la fecha de presentación de las ofertas, limitándose a cumplir el contenido establecido en los Pliegos, contenido conocido y aceptado por todos los licitadores, respetando los principios inspiradores de los procedimientos de contratación pública.

Respecto a la posibilidad de subsanar el contenido de la documentación mínima exigida en los pliegos, sostiene que la labor del órgano y de la mesa de contratación no es suplir omisiones negligentes en las ofertas presentadas por los licitadores, que deben en todo caso, ajustarse a lo señalado en los Pliegos que tienen un carácter preceptivo y vinculante para ambas partes. A este respecto cita doctrina del TACRC.

Concluye su alegato manifestando que no existe previsión en los pliegos que contemple la posibilidad de otorgar al licitador, que no haya incluido la documentación relativa al contenido mínimo exigido en la oferta técnica, 3 días hábiles para subsanar. No estamos ante un error insignificante o que afecte a un requisito formal, sino ante un error material que afecta a un elemento esencial de la oferta no siendo, por tanto, subsanable.

Vistas las alegaciones de las partes procede dilucidar si la exclusión del licitador fue ajustada a Derecho.

En primer término, es preciso determinar la documentación que, conforme a lo dispuesto en los pliegos, es obligatorio presentar por los licitadores.

En este sentido, el apartado 25 del cuadro resumen transcrito anteriormente señala de manera expresa e inequívoca que se exige un contenido mínimo de la oferta técnica que incluirá necesariamente Organización del trabajo, Documentación descriptiva y alcance de los trabajos y Plan de ejecución.

La Condición 8.3 establece que, en los casos en que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP, proceda la presentación de oferta técnica, Metro de Madrid:

- Comprobará que la oferta técnica cumple los requisitos técnicos contemplados en el PPT.
- Comprobará que la oferta técnica contiene los documentos mínimos que se exigen, en su caso, en el apartado 25 del cuadro resumen del PCP.

Por tanto, se aprecia que la documentación técnica será objeto de comprobación respecto al cumplimiento de las prescripciones técnicas y contenido de documentos técnicos, sin que se haga referencia a su valoración como criterio de adjudicación.

Ciertamente, en la citada condición se hace referencia a que en el caso de que se hayan establecido criterios de adjudicación cualitativos evaluables mediante juicios de valor en el apartado 27 del cuadro resumen, la puntuación correspondiente a dichos criterios se asignará conforme a lo previsto en el citado apartado, lo que supone que se aplicará cuando existan dichos criterios, que no figuran en el caso que nos ocupa.

Por consiguiente, no se aprecia contradicción en el contenido de los pliegos que exigen de modo inequívoco la presentación de una documentación técnica con el contenido que se detalla.

Dado que el recurrente no ha presentado esa documentación obligatoria, se plantea la cuestión alegada por la recurrente referida a la posibilidad de subsanación, concediéndole un plazo para su presentación.

La LCSP dispone en su artículo 139.1 sobre las proposiciones de los interesados que *"1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea"*.

Por su parte, el artículo 176.1 de la LCSP relativo a la presentación y examen de las oferta, señala que *"La mesa podrá solicitar precisiones o aclaraciones sobre las ofertas presentadas, ajustes en las mismas o información complementaria relativa a ellas, siempre que ello no suponga una modificación de los elementos fundamentales de la oferta o de la licitación pública, en particular de las necesidades y de los requisitos establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, cuando implique una variación que pueda falsear la competencia o tener un efecto discriminatorio"*.

La jurisprudencia se ha mostrado favorable a la posibilidad de solicitar aclaraciones a las ofertas presentadas. Así cabe citar la sentencia del Tribunal Supremo de 65 de febrero de 2007 (recurso de casación 5294/2004, RJ/2007/1595), la sentencia del TJUE 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.), la sentencia TGUE de fecha 10 de diciembre de 2009 (asunto T-195/08 Antwerpse Bowwerken NV) y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 27 de septiembre de 2002, Tideland Signal/Comisión, dictada en el asunto T-211/02, que en su apartado 37 ha señalado que, aun cuando los comités de evaluación no estén obligados a solicitar aclaraciones, cada vez que una oferta esté redactada de modo ambiguo, tienen la obligación de actuar con una determinada

prudencia al examinar el contenido de cada oferta, cuando la formulación de la oferta y las circunstancias del asunto indiquen que la ambigüedad puede explicarse probablemente de modo simple y que puede ser fácilmente disipada, siendo contrario, en principio, a las exigencias de una buena administración que se desestime la oferta de que se trate sin ejercitar la facultad de solicitar aclaraciones.

Este Tribunal, en su Resolución 490/2021, de 21 de octubre, en la línea doctrinal señalada, manifestaba: *“Respecto a la subsanación de defectos o errores que afecten a la documentación administrativa se ha mantenido por la doctrina y jurisprudencia un criterio unánime favorable, admitiendo la absoluta subsanabilidad. Sin embargo, el criterio ha sido mucho más restrictivo respecto a la subsanación de los defectos de las proposiciones económicas o técnicas. No obstante, ninguna disposición establece la prohibición de subsanación. En este sentido, el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1089/2001, de 12 de octubre, se refiere únicamente a la subsanación de defectos de la documentación administrativa, de lo que no deriva necesariamente la interdicción de la subsanación de las propuestas económicas y técnicas, aunque si debe utilizarse como un criterio interpretativo restrictivo de dicha posibilidad.*

La eficiencia en la asignación del gasto público y la adjudicación a la oferta de mejor relación calidad precio, no deben ceder ante criterios formalista o rigoristas en la gestión de las licitaciones públicas. Solo en aquellos casos en que se produzca una evidente vulneración de los principios de la contratación pública debería quedar postergada. En definitiva, no se debe limitar la concurrencia, que sin duda favorece el interés público, al permitir conseguir la mejor oferta en relación calidad precio, por un formalismo claramente subsanable”.

En el caso que nos ocupa, no estamos ante una oferta redactada de modo ambiguo, sino ante la ausencia total de un documento exigido en los pliegos. Cosa distinta hubiera sido si la documentación técnica se hubiera presentado y la mesa observase deficiencias en su contenido, circunstancia que no se da en este caso.

Como señala la Resolución 371/2021, de 9 de abril del TACRC “*Conforme a dicha doctrina, debe desestimarse tal pretensión, compartiendo el criterio del órgano de contratación puesto que lo que se pretende por la recurrente no constituiría una subsanación sino una modificación de la oferta prohibida por el ordenamiento.*”

En efecto, no se trata de la subsanación de un defecto u omisión advertido en algún documento presentado, sino que constituiría una subsanación “del efectivo cumplimiento del requisito” o una “subsanación de la proposición propiamente dicha”.

Junto a lo anterior, el artículo 141.2 de la LCSP alude expresamente al trámite de subsanaciones en relación a la declaración responsable y documentación administrativa, no con respecto a los defectos de oferta técnica, que es el caso planteado en este recurso, pues establece que: “2. En los casos en que se establezca la intervención de mesa de contratación, esta calificará la declaración responsable y la documentación a la que se refiere el artículo anterior” (...) Cuando esta aprecie defectos subsanables, dará un plazo de tres días al empresario para que los corrija”.

Por todo lo anterior, la exclusión de la recurrente fue ajustada a Derecho, procediendo la desestimación del recurso.

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 el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la sociedad Consultora de Energías Renovables SA, (CONERSA) contra el acuerdo de la mesa de contratación de 29 de abril de 2024 por

el que se excluye de la licitación del contrato de “Servicio de trabajos de soporte al mantenimiento de equipos de climatización” de Metro de Madrid, S.A.

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 multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

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 59 de la LCSP.