

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

En Madrid, a 8 de julio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa Andover Comedores y Limpiezas, S.L. (en adelante ANDOVER), contra el acuerdo de la mesa de contratación de 17 de junio de 2021 por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del “Acuerdo marco para la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid y actuaciones complementarias inherentes al mismo, dividido en 266 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios”, este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio publicado en Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid y en el DOUE, con fecha 12 y 14 de abril de 2021, respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto y con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 463.750.458,39 euros, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Segundo.- Con fecha de 13 de mayo de 2021, se constituye la mesa de contratación para proceder a la calificación de los documentos presentados, en el sobre nº 1 de documentación administrativa, por los empresarios interesados en la licitación. Una vez examinada la documentación, se emite y publica en el tablón de anuncios electrónico del Perfil de Contratante, el certificado de defectos en el que se indica, respecto a la empresa recurrente que *“deberá presentar Declaración sobre pertenencia a grupo de empresas, indicando, en su caso, las empresas del grupo que participan en la licitación del presente Acuerdo marco”*. Dentro del plazo de subsanación, la empresa ANDOVER presenta escrito en el que señala que *“dicha sociedad, desde sus comienzos, no ha pertenecido nunca a grupos de empresas, si bien es cierto, que el administrador le une un vínculo familiar con la administradora de la empresa Colectividades Chabe, ya que son hermanos pero no existe ninguna relación empresarial entre ambas empresas”*.

Con motivo de la apertura, en sesión de la mesa de contratación, de 20 de mayo de 2021, del sobre nº 2, relativo a la documentación técnica de los criterios de juicio de valor, se emplaza a la unidad promotora del contrato a la emisión del correspondiente informe, que se emite con fecha de 31 de mayo de 2021, en el que se recoge la valoración de la puntuación asignada a las ofertas de las licitadoras. En dicho informe consta que la puntuación asignada a la empresa ANDOVER es de cero puntos porque la documentación contenida en dicho sobre corresponde a la empresa Colectividades Chabe, empresa también presentada a la licitación, por lo que ha sido imposible realizar la valoración de su oferta. En términos similares, se pronuncia en su informe de 17 de junio de 2021, respecto a la valoración de la documentación contenida en el sobre nº 3, relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante la aplicación de fórmula, cuya apertura tuvo lugar en acto público celebrado el día 2 de junio de 2021.

A la vista de la suma de las puntuaciones obtenidas por las ofertas de las empresas licitadoras, la mesa de contratación acuerda que la empresa ANDOVER no pueda continuar en el procedimiento por no superar el umbral técnico de 32 puntos establecido en el apartado 6 de la Cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Este acuerdo se adopta en sesión de la mesa celebrada el 17 de junio de 2021, cuya acta es publicada en el Perfil en la misma fecha.

Con fecha 28 de junio de 2021, se presentó ante el órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión del acuerdo marco de referencia.

Tercero.- El 2 de julio del 2021, el órgano de contratación remitió al expediente de contratación y el informe, así como el recurso, 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 transpone 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.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una empresa excluida de la licitación, de acuerdo con lo previsto en el 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 fue notificado el 17 de junio del 2021, interponiéndose el recurso el 28 del mismo mes, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de la licitación de un acuerdo marco. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.b) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente lo fundamenta en la indebida exclusión de la licitación.

A este respecto, señala que conforme a lo dispuesto en los pliegos se procedió a preparar la documentación correspondiente y mediante el programa “licita”, se procedió el día 10 de mayo de 2021 a remitir toda la documentación. El primer envío se produce a las 18:51 horas; dado que, informáticamente, parecía que podía existir un error en el envío y la importancia de la documentación, se reitera el envío a las 19:24 horas y una tercera vez a las 20:19 horas, esta última vez desde un ordenador diferente. Igualmente se constata en el programa “Note” que se han remitido 12 bloques de archivos, a razón de 4 en cada uno de los envíos.

Días después son informados que los sobres 2 y 3 del último envío no pertenecen a nuestra empresa sino a una tercera, Colectividades Chave S.L. que

había utilizado el mismo ordenador que se usó para el tercer envío. Manifiesta que la única constancia que tienen se produce al constatar que la valoración técnica que se da a ANDOVER es 0. Así mismo, se les informa que los envíos primero y segundo estaban incompletos al faltar los sobres 2 y 3. Sin embargo, reitera que en sistema NOTE figuran 12 grupos de archivos, no los 8 que ahora sostiene la Administración.

A su juicio, se ha producido un error en los programas de esta Comunidad de Madrid ya que se insiste que hay 12 grupos de archivos, frente a los 8 que dice el órgano de contratación. La discordancia en los propios sistemas informáticos de la Comunidad no puede penalizar a esta empresa.

Concluye señalando que, en el peor de los casos, se le debió dar plazo para que subsanara dichos errores.

Por su parte, el órgano de contratación alega que conforme consta en los documentos obrantes en el expediente, extraídos de la plataforma electrónica LICIT@ como herramienta establecida por la Comunidad de Madrid para la licitación electrónica de los procedimientos de contratación, los sobres 2 y 3 presentados por la empresa ANDOVER contienen las ofertas técnicas de la empresa Colectividades Chabe, por tanto, de otra de las empresas licitadoras en el procedimiento.

Así mismo manifiesta *“La empresa cuestiona el correcto funcionamiento de la herramienta electrónica de la Comunidad de Madrid, LICIT@, para que se le conceda un plazo para subsanar el error de presentar la documentación de otra empresa cuando debía haber presentado la suya propia. Como indicó el propio representante de la empresa recurrente en el escrito presentado con fecha de 17 de mayo, para atender la solicitud de aclaración formulada por Mesa a la empresa sobre la pertenencia o no a grupo de empresas, le une un vínculo familiar con la representante de la empresa COLECTIVADES CHABE, por lo que cabría considerar al respecto que la intención de atribuir el error al funcionamiento de la plataforma electrónica no es otra cosa que un error de la persona que incorporó la*

documentación en la plataforma LICIT@ que incluyó documentación de una empresa, con la que la recurrente sí mantiene una relación por el vínculo familiar señalado y que conduce a suponer que al presentar la documentación de la empresa recurrente se equivocó y presentó la de la otra empresa, de cuya documentación disponía”.

A su juicio, no puede aceptarse conceder un nuevo plazo para la presentación de la documentación de la empresa recurrente pues ello vulneraría los principios de la contratación pública de no discriminación y de igualdad de trato de los licitadores o candidatos en el procedimiento. Asimismo, cabe invocar la doctrina de los Tribunales de Contratación Pública, de las Juntas Consultivas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las que se destaca la necesidad de respetar la igualdad entre las empresas concurrentes.

Concluye señalando que no se puede cuestionar la herramienta electrónica para justificar un error propio, pues esta circunstancia sólo le ha ocurrido a la recurrente, de un total de 86 empresas presentadas a la licitación.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la exclusión del recurrente es ajustada a derecho.

El motivo de la exclusión es el no haber alcanzado la puntuación mínima exigida para pasar a la segunda fase al haber obtenido cero puntos de valoración. Esta circunstancia se produce al haber incluido en los sobre dos y tres documentación referida a otra empresa que así mismo, se había presentado a la licitación.

Alega la recurrente que realizó tres envíos: el primer envío se produce a las 18:51 horas; dado que, informáticamente, parecía que podía existir un error en el envío y la importancia de la documentación, se reitera el envío a las 19:24 horas y una tercera vez a las 20:19 horas, esta última vez desde un ordenador diferente.

Igualmente que se han remitido 12 bloques de archivos, a razón de 4 en cada uno de los envíos.

Sin embargo, en la plataforma electrónica LICIT@, los sobres 2 y 3 presentados por la empresa ANDOVER contienen las ofertas técnicas de la empresa Colectividades Chabe, como consta en el expediente de contratación remitido por el órgano de contratación. Antes esta circunstancia, la valoración otorgada a la recurrente no puede ser sino de cero puntos, ya que su oferta corresponde a otra empresa licitadora. No queda acreditado que se haya producido un error en la citada plataforma, siendo lo más plausible que se haya producido un error al adjuntar la documentación, máxime vista las circunstancias de que las ofertas de ambas empresas se enviaron desde un mismo ordenador, tal como señala el propio recurrente.

A mayor abundamiento, podría incluso plantearse la inadmisión de la oferta de la recurrente por inconsistente, de acuerdo con 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.

Respecto a la posibilidad de subsanar el error, como acertadamente alega el órgano de contratación, no puede aceptarse conceder un nuevo plazo para la presentación de la documentación de la empresa recurrente pues ello vulneraría los principios de no discriminación y de igualdad de trato de los licitadores o candidatos en el procedimiento.

El artículo 176 LCSP relativo a la presentación, examen de las ofertas y adjudicación, 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”.

Respecto a la subsanación de las ofertas, el criterio del TACP, compartido por este Tribunal, puede resumirse en la Resolución 651/2018, de 6 de julio, que dispuso que:

“Pero, este principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores, pero solo cuando se trate de defectos puramente formales, esto es, de errores u omisiones en aspectos no esenciales de la oferta, que puedan ser susceptibles de ser corregidos, sin que dicha corrección o subsanación implique una modificación de la oferta. Así resulta de lo dispuesto por este Tribunal en diversas resoluciones, como son, entre otras, la Resolución número 831/2017, de 15 de septiembre de 2017, en la que se relaciona el principio antiformalista con un verdadero derecho de subsanación atribuible al licitador, pero solo respecto de defectos puramente formales de su proposición. Así, podemos leer allí lo siguiente (Fundamento de derecho sexto): “(...) derecho de subsanación que corresponde a ese licitador, so pena de infringir el principio “pro actione” que ha de presidir todo contrato público y de la aplicación en todo contrato de un criterio favorable a la admisión de las ofertas presentadas, lo que va en línea con una interpretación antiformalista del art. 151 del TRLCSP y del 81 de su Reglamento de desarrollo. Es decir, en un contrato público deben ser cumplidas unas exigencias de forma, que todo licitador asegure la aplicación al caso del principio de igualdad entre todos los licitadores que concurren a un contrato. Pero estas exigencias formales no deben ser tan estrictas que constituyan barreras de acceso a las licitaciones, haciendo que la falta de subsanación de una deficiencia formal, limite un derecho de los licitadores. Y todo ello, en el bien entendido de que se trate de una deficiencia meramente formal, esto es, en ningún caso este criterio antiformalista que se propugna puede atentar contra la acreditación de los requisitos más básicos de personalidad o representación de las empresas licitadoras, lo que ocurriría en casos como en los supuestos en que no

se hubiera presentado la escritura de constitución de una sociedad, o la de apoderamiento de un representante, etc”.

En el caso que nos ocupa, la concesión de un trámite de subsanación llevaría indefectiblemente a una modificación de la oferta una vez finalizado el plazo de presentación de ofertas, lo que vulneraría los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Por todo ello, la valoración realizada por el órgano de contratación fue ajustada a derecho, por lo que procede 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 empresa la empresa Andover Comedores y Limpiezas, S.L., contra el acuerdo de la mesa de contratación de 17 de junio de 2021, por el que se acuerda su exclusión del procedimiento de licitación del “Acuerdo marco para la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid y actuaciones complementarias inherentes al mismo, dividido en 266 lotes, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios.

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 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.