

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

Resolución nº 178/2018

En Madrid, a 20 de junio de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.I.L., en nombre y representación del Centro Atención Integral Sociofamiliar, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 18 de abril de 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del Acuerdo Marco “Gestión del servicio público especializado de atención temprana”, número de expediente: AM-004/2018, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia , este Tribunal ha adoptado la siguiente RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 1 de marzo de 2018 se publicó en el BOCM la convocatoria de licitación del Acuerdo Marco de referencia, calificado como de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, con un valor estimado de 68.083.923,60 euros, a adjudicar mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

Interesa destacar en relación con el objeto del recurso que el pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece las exigencias mínimas de solvencia en relación con las plazas ofertadas, y en concreto en su cláusula 1.7 establece “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.4.b) 1º del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, los licitadores deberán acreditar un volumen anual de negocio en los tres últimos ejercicios naturales (2015, 2016 y 2017) por importe igual o superior al 10% del presupuesto anual de las plazas que oferte, estimando esta cifra en función del precio de licitación de la plaza ocupada sin IVA (399 euros las plazas de tratamiento y 99,75 euros las plazas de apoyo”.

Segundo.- A la licitación convocada se presentaron 38 licitadoras, entre ellas la recurrente.

De acuerdo con escrito de la recurrente de fecha 27 de marzo de 2018, que forma parte de su oferta, las plazas que propone asumir son 105 de tratamiento y 4 de apoyo y seguimiento.

Consta en el acta correspondiente a la sesión de la Mesa de contratación de 11 de abril de 2018, que la recurrente no acreditaba los siguientes requisitos de solvencia: “La declaración de cifra de negocios aportada no cumple con el importe mínimo necesario en función de las plazas ofertadas (186.093,60 euros) en ninguno de los 3 años (2015, 2016 y 2017).

Solvencia técnica o profesional: El certificado aportado de la Dirección General de Atención a Personas con Discapacidad, junto con la declaración de trabajos “privados” aportada, no cubren el importe mínimo necesario en función de las plazas ofertadas (116.308,49 euros) en cualquiera de los últimos 5 años (2013, 2014, 2015, 2016, 2017)”.

Por lo que se concede un plazo de tres días para aportar la documentación pertinente al efecto.

En cumplimiento del indicado requerimiento la recurrente dirige un escrito el 12 de abril de 2018 al órgano de contratación con el siguiente tenor literal: “hemos detectado un error matemático en el número de plazas licitadas por esta Entidad, consistente en que en la documentación presentada aparecen licitadas 105 plazas de Tratamiento y 4 plazas de Seguimiento, cuando LAS PLAZAS QUE PRETENDEMOS SOLICITAR Y SOLICITAMOS SON 58 (CINCUENTA Y OCHO) DE TRATAMIENTO Y 4 (cuatro) DE SEGUIMIENTO”, solicitando que se dé por corregido el error material padecido y aportando documentación acreditativa de la solvencia resultante.

Ante esta solicitud el órgano de contratación, el 18 de abril de 2018, en el acto público de apertura del sobre que contiene las proposiciones económicas y los criterios de adjudicación valorables de forma automática, acuerda la exclusión de la licitación de la recurrente exponiendo como motivación que “La citada entidad, aporta como documentación de subsanación requerida por la Mesa de contratación en fecha 11 de abril de 2018, entre otra, una solicitud de subsanación de error material en su oferta indicando que ‘se realice dicha corrección en toda la documentación presentada por la Entidad CENTRO DE ATENCIÓN INTEGRAL SOCIOFAMILIAR S.L. sobres 1 y 2 de la licitación correspondiente al expediente arriba indicado, resultando el número de plazas licitadas en: 58 (Cincuenta y ocho) Plazas de Tratamiento y 4 (Cuatro) Plazas de Seguimiento’. La Mesa comprobó que en toda la documentación presentada dentro del sobre 1 y los exteriores de los sobre 1 y 2, aparecen las cifras de 105 plazas de tratamiento y 4 plazas de Apoyo y Seguimiento, ante lo cual se decide que ese error es insubsanable. La Mesa examina el resto de la documentación aportada y comprueba que, aún si se tuviese en cuenta el número de plazas corregido, la solvencia económica y financiera y la solvencia técnica o profesional requeridas para poder licitar no se cumpliría, 103.580,40 € como volumen anual de negocios en los tres últimos ejercicios naturales (2015, 2016

y 2017), y 64.737,74 € en el año de mayor ejecución de los últimos cinco años, en servicios de igual o similar naturaleza”.

Este acuerdo fue notificado a la recurrente con fecha 23 de abril de 2018.

Tercero.- Con fecha 11 de mayo de 2018 se ha recibido en este Tribunal recurso especial en materia de contratación formulado por la representación de Centro Atención Integral Sociofamiliar, S.L., en el que solicita que se anule la certificación (sic) de la Mesa de contratación por la que se excluye su oferta de la licitación, y se retrotraiga la situación del mismo a la de la fecha de la presentación de la licitación y que se acepte íntegramente la petición de subsanación del error material matemático en el número de plazas solicitadas y que en consecuencia se le adjudiquen dichas plazas. Subsidiariamente solicita que sean mantenidas las 26 plazas que le fueron adjudicadas en el Acuerdo marco del año 2014.

El 11 de mayo 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, Contratos del Sector Público, (en adelante LCSP), de cuyo contenido se dará cuenta al examinar el fondo del recurso.

Cuarto.- Con fecha 16 de mayo de 2018, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones, sin que se haya presentado ninguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.2 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.

A la tramitación del recurso le es de aplicación la LCSP en virtud de lo establecido en la disposición transitoria primera, apartado 4 de dicha norma, puesto que el acto recurrido, acuerdo de fecha 18 de abril de 2018, por el que se declara la exclusión de la recurrente, fue dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, el 9 de marzo de 2018.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica que presentó su proposición a la licitación del contrato de referencia, resultando excluida y “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta por las decisiones objeto del recurso” (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 impugnado fue adoptado el 18 de abril de 2018, practicada la notificación el mismo día, e interpuesto el recurso, el 11 de mayo, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación de un contrato de gestión de servicios de valor estimado superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) del LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra la exclusión del procedimiento de la oferta de la licitadora al haber sido modificada mediante la subsanación de la documentación solicitada por la Mesa de contratación.

Argumenta la recurrente prolijamente sobre su situación como actual adjudicataria del acuerdo marco para la prestación del servicio y lo que considera un trato discriminatorio por parte del órgano de contratación, consistente en que la ausencia de plazas derivadas en el año 2015 genera un evidente perjuicio económico que afecta de manera directa a la explotación del Centro de Atención Integral Sociofamiliar S.L., que ha determinado que el volumen de facturación no haya podido aumentar al contrario que con otras empresas. Explica que si por parte de la Consejería se hubieran derivado las 26 plazas de usuarios que en principio fueron adjudicadas, no de forma escalonada sino inicialmente, la facturación al objeto de acreditar solvencia hubiera sido mucho mayor. A ello añade que a su juicio la fijación de la acreditación de la solvencia en los pliegos es arbitraria y discriminatoria. Por último en relación con los pliegos de la licitación señala que vulneran los principios de confianza legítima y buena fe en la comparación de la presente licitación con la anterior.

Por su parte el órgano de contratación señala que la recurrente parece desconocer el funcionamiento de los Acuerdos Marco, ya que una vez adjudicadas las plazas mediante dicho acuerdo la Consejería no tenía la obligación de contratar con la recurrente las 26 plazas adjudicadas desde el primer día de vigencia del Acuerdo, sino en función de las necesidades de la Administración a lo que añade que la solvencia se puede acreditar también con trabajos hechos para terceros.

Debe destacarse en primer lugar que las circunstancias por las que la recurrente no ha sido capaz de acreditar la solvencia correspondiente a las plazas inicialmente ofertadas es indiferente a la hora de abordar la resolución del presente recurso, en tanto se trata de circunstancias ajenas a la licitación en la que se ha producido el acto impugnado. Tanto si se trata de circunstancias vinculadas con la actuación de la Administración fuera del proceso de licitación, como de particulares o propias, no eximen a los licitadores del sometimiento a las normas del procedimiento de la licitación en el que participan.

Tampoco es ahora el momento procedimental oportuno para esgrimir cuestiones atinentes al carácter discriminatorio de los niveles de solvencia exigidos, -amén de no concretar en qué modo considera que se produce la vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad en los pliegos- ya que como ha declarado este Tribunal en múltiples ocasiones, como es sabido, 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. Por tanto, los Pliegos constituyen la base del contrato y sus determinaciones las reglas conforme a las cuales debe ser cumplido al determinar el contenido de la relación contractual.

Es cierto que en ocasiones este Tribunal ha procedido a la anulación de los pliegos no impugnados cuando de la aplicación de los mismos se deriva la vulneración de los principios que rigen la contratación pública, que no pudo ser advertida de la lectura diligente de los mismos, sino hasta su efectiva aplicación. En caso contrario, se impone inexorablemente el recurso contra el PCAP para declarar su nulidad, en virtud de la vinculación que producen los pliegos para los licitadores. Esta solución es la aplicada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, Asunto C-538/13 “eVigilo Idt”, cuando señala “En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”.

No se dan en el presente caso las circunstancias precisas para aplicar esta doctrina, puesto que, además de que se trata de exigencias de solvencia y no de criterios de adjudicación que se prestan a mayor interpretación subjetiva como en el caso de contraste, la exigencia de los pliegos era clara y no dejaba lugar

a dudas de su alcance por lo que debe ser aplicada sin excepción ya que no se impugnaron los pliegos en el momento oportuno, sino que se aceptaron con la presentación incondicionada de la oferta.

En cuanto a la pretendida vulneración del principio de confianza legítima, este principio que tiene su origen en el derecho administrativo alemán, constituye desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk), un principio general del derecho comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo y por nuestra legislación (con la Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, artículo 3.1.2).

Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999 y de 26 de abril de 2012 recuerdan que “la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy, de la Unión Europea- y la jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, o dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento y este criterio se reitera en la STS de 16 de Mayo de 2012, al resolver el recurso de casación núm. 4003/20082”.

Este principio ha de ser aplicado “no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego -interés individual e interés general-, la revocación o la dejación sin efectos del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa unos perjuicios que no tiene por qué soportar, derivados de unos gastos o inversiones que sólo puede ser restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica”.

Ninguna de los elementos que conforman el principio invocado confluyen en el presente caso ya que por su propia naturaleza el contenido de la actividad contractual de la Administración es cambiante y debe adaptarse a las necesidades que demande el interés público, sin que el alcance de contrataciones anteriores pueda ser invocado para su mantenimiento o reproducción en las ulteriores, sin perjuicio de que esta circunstancia debió en su caso ser invocada así mismo mediante una eventual impugnación de los pliegos.

Se alega también falta de motivación del acto que la recurrente cifra en la falta de contestación a la petición de subsanación del error material efectuada el día 18 de abril de 2018.

Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal las exigencias de motivación, son instrumentales del ejercicio del derecho de defensa y suponen la necesidad de que la administración exteriorice la ratio decidendi de su acción, sin embargo no implican la necesidad de que deba hacerse una motivación profunda o exhaustiva de cada fundamento del acto notificado, sino que basta con la fundamentación somera de cuáles han sido los criterios seguidos para su adopción, con el parámetro anteriormente indicado de que los interesados puedan tener conocimiento cabal de las causas por las que se ha adjudicado el contrato a un determinado licitador, las de exclusión en su caso y las de no adjudicación al resto, al objeto de permitirle ejercitar de forma fundada las acciones que en Derecho le correspondan. Tampoco exige la adecuada motivación de la toma de decisión como pretende la recurrente, en este caso la contestación en dos ocasiones distintas a la misma solicitud, que además la recurrente vincula en su propio escrito dirigido a la Mesa.

De esta forma contando la decisión de exclusión con todos los elementos que justifican su adopción que han sido sobradamente conocidos por la recurrente, no puede apreciarse la falta de motivación invocada.

Sexto.- La recurrente fundamenta sus pretensiones asimismo en el principio pro actione y en la subsanabilidad de los defectos padecidos a lo que añade que “no hay más centros de atención temprana en Villaviciosa de Odón y que por tanto muchos usuarios de la zona deberán desplazarse mucho más lejos con los perjuicios y el absentismo que esto conlleva por no hablar de la continuidad de los tratamientos que se interrumpen”.

Por su parte el órgano de contratación señala en su informe que de admitirse lo anterior se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas.

Conforme al principio antiformalista que debe regir la contratación y a la vista de lo dispuesto en 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, cabe subsanar, aclarar o completar las ofertas presentadas en un procedimiento de licitación. Si bien para ello es necesario respetar una serie de límites. En este sentido resulta de aplicación la doctrina del TJUE expuesta en los considerandos 29 a 31 de la Sentencia de 11 de Mayo de 2017, C-131/16, “29. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de declarar que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta pueda corregirse o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos,

siempre, no obstante, que se respeten una serie de requisitos (véanse, en este sentido, en el contexto de los procedimientos de licitación restringida sujetos a la Directiva (CE) 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114), las sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartados 35 a 45 -por lo que respecta a la fase de evaluación de las ofertas-, y de 10 de octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartados 30 a 39 -por lo que respecta a la fase de preselección de los licitadores-) (...).

31 Además, esa petición no puede tener como consecuencia que el licitador afectado presente lo que constituiría en realidad una nueva oferta (véanse las Sentencias de 29 de marzo de 2012, SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 40, y de 10 octubre de 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, apartado 36)".

La Mesa de contratación aplicando los anteriores criterios procedió a requerir a la recurrente para que procediera a subsanar el defecto de acreditación de la solvencia padecido, lo que nos llevaría a la necesidad de examinar si en dicho trámite la misma ha procedido a corregir un error material tal y como afirma o si por el contrario se presentado una nueva oferta, como aduce el órgano de contratación. Sin embargo en este caso es indiferente que realmente se trate de un error sustancial o no, o que encaje en el concepto de error aritmético al estar relacionado con operaciones de este tipo en la oferta, puesto que la alteración o modificación de la oferta, constituye un límite para tal corrección. A ello cabe añadir que al estar vinculadas de forma proporcional las plazas ofertadas y la solvencia exigida cualquier operación matemática que realice la recurrente con tales magnitudes no tiene la virtualidad de probar el carácter "accidental del error".

La modificación de la oferta durante el proceso de licitación constituye un límite intangible a los licitadores en garantía del principio de igualdad, transparencia y libre concurrencia por lo que habiéndose modificado sustancialmente la oferta solo cabe desestimar el recurso.

Séptimo.- Considera también la recurrente que la interpretación de la cláusula 1.7 del PCAP que hace la Mesa no es correcta, en tanto que según su criterio dicha cláusula implica que se deberá acreditar un volumen anual de negocio en cada uno de los ejercicios contemplados en el pliego y solo en uno de ellos se deberá ser superior al 10% del presupuesto anual ofertado.

El órgano de contratación manifiesta que la recurrente tampoco acreditaba la solvencia para las 58 plazas ofertadas para tratamiento y 4 de apoyo, así que la redacción del PCAP es clara e implica que no cabe entender que sea la necesidad de acreditar un umbral de solvencia mínima en cada uno de los tres últimos años como se desprende del distinto tratamiento que se da a la solvencia técnica en la que sí se indica que la solvencia de referencia será el año de mayor volumen.

En primer lugar el requisito de solvencia técnica no estaría afectado por la pretendida oscuridad de los pliegos invocada por la recurrente, puesto que como señala el órgano de contratación para la misma se establece como parámetro el año de mayor ejecución de los cinco últimos, luego claramente solo un año, que tampoco cumple la recurrente lo que por sí solo justifica la desestimación del recurso. Pero es que además respecto de la solvencia económica lo cierto es que con independencia de la interpretación que se adopte no alcanzaba el nivel exigido para las 105 plazas inicialmente ofertadas (186.093,60 euros), ya que la cifra negocio declarada para el ejercicio de los tres de mayor volumen es de 105.081,79 euros.

Octavo.- Por último en relación con la solicitud subsidiaria de continuar con la prestación del servicio en ejecución del anterior acuerdo marco, carece este Tribunal de competencia alguna respecto de la ejecución de un contrato en vigor y de su posible continuidad durante la ejecución del nuevo Acuerdo Marco, sin perjuicio de lo cual cabe señalar que la pretensión ejercitada con carácter subsidiario, es contraria a cualquiera de los principios por los que ha de regirse la contratación pública, la legislación de contratos públicos, nacional y europea e incluso la normativa general de contratos.

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 doña M.I.L., en nombre y representación del Centro Atención Integral Sociofamiliar, S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 18 de abril de 2018, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del Acuerdo Marco “Gestión del servicio público especializado de atención temprana”, número de expediente: AM-004/2018, tramitado por la Consejería de Políticas Sociales y Familia.

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.