

COMUNIDAD DE MADRID
CONSEJERÍA DE POLÍTICAS SOCIALES Y FAMILIA
Secretaría General Técnica

Nº expediente 096/2018.

Contrato de servicios denominado "*Gestión del Centro de Día nº 1 para mujeres víctimas de violencia de Género y/o en riesgo de exclusión social de la Comunidad Madrid*".

Acuerdo de la Mesa de Contratación

AL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACION PÚBLICA

Dña CLARA SUSANA LÓPEZ con Pasaporte de edad, actuando en nombre y representación de la asociación **INSTITUTO DE TRABAJO SOCIAL Y DE SERVICIOS SOCIALES (INTRESS)**, según se acredita mediante copia de escritura pública de poderes que se acompaña, con domicilio social en Barcelona, calle Villarroel número 45, entresuelo, 08011 Barcelona, y provista de CIF G.08.973.224, e inscrita en el registro Nacional de Asociaciones con el número 57.913, declarada de utilidad pública en fecha 30 de enero de 2004, mediante resolución del MINISTERIO DEL INTERIOR ORDEN INT/653/2004 de 30 de enero, publicada en el BOE número 62, de 12 de marzo de 2004, comparece y como mejor proceda en Derecho,

EXPONE

Que en fecha 10 de enero de 2018, se ha recibido la notificación de la Mesa de Contratación, del procedimiento arriba referenciado, con el siguiente contenido:

Que la Mesa de Contratación en su reunión del 9 de enero de 2019 ha acordado:

La inadmisión de la proposición del Instituto de Trabajo Social y de Servicios Sociales, INTRESS (G-08973224) al haber presentado la proposición en papel en el Registro de esta Consejería en fecha 21 de diciembre de 2018, número de referencia 48/593114.9/18.

(...)

Contra dicho acto podrá interponerse con carácter potestativo recurso especial en materia de contratación"

Por consiguiente, habiendo inadmitido la Mesa de Contratación en fecha 9 de enero de 2019, la propuesta de INTRESS presentada en el procedimiento de contratación referenciado, en fecha 21 de diciembre de 2018, de conformidad con el propio acuerdo de inadmisión así como el artículo 50 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por medio del presente

escrito interponemos **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, contra el acuerdo de inadmisión adoptado en fecha 9 de enero de 2019, anteriormente descrito, en el expediente arriba referenciado, en base a los siguientes

HECHOS

Primero.- En fecha 4 de diciembre de 2018 se publicó en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, la convocatoria para concurrir al procedimiento de licitación objeto del presente, cuyas características principales eran las siguientes:

- Objeto del Contrato: *Gestión del Centro de Día nº 1 para mujeres víctimas de violencia de Género y/o en riesgo de exclusión social de la Comunidad Madrid*”.
- Código CPV: 85312000-9
- Número de expediente 096/2018
- Procedimiento de Adjudicación Abierto
- Presupuesto base licitación sin impuestos, 904.254 euros
- Duración 26 Meses
- Fecha límite de presentación de ofertas o solicitudes, 2 de enero de 2019.

Segundo.- INTRESS entidad sin ánimo de lucro que desarrolla servicios como el referenciado desde hace años, presentó su proposición en papel en el Registro de la Consejería de Políticas Sociales y Familia, en fecha 21 de diciembre de 2018, es decir dentro del plazo habilitado al efecto.

En el acto de presentación de la propuesta la Consejería admitió a trámite la misma y la registró con el número de referencia 48/293114.9/18.

En el momento de admitir la proposición, ni en los 12 días posteriores que restaban hasta la finalización del plazo de presentación de ofertas, nadie le comunicó a INTRESS que la proposición no se había presentado correctamente, es decir durante 12 días la administración aceptó y admitió la presentación sin decir nada al respecto.

Tercero.- En fecha 9 de enero, la Mesa de Contratación, es decir 20 días después de su presentación, dicta una resolución en la que dice que inadmite la proposición presentada por INTRESS por no haberla presentado utilizando medios electrónicos.

Cuarto.- Entendemos que el defecto alegado por la Mesa de Contratación en su reunión de 9 de enero, es nulo por dictarse sin seguir el procedimiento legalmente previsto al producirse de manera extemporánea.

Entendemos que la Mesa de Contratación procede a revisar la propuesta de INTRESS una vez que ya ha aceptado y admitido la presentación de la misma, y por consiguiente no puede inadmitir posteriormente lo que ya ha admitido, es

decir, si el defecto es de presentación, la Administración no debería permitir la presentación de la proposición en papel.

Sin embargo, una vez registrada la proposición en papel, otorgándole el número de registro 48/593114.9/18, este acto administrativo ha de calificarse necesariamente como de admisión de la propuesta, por cuanto se ha registrado ya la misma, y por consiguiente, únicamente puede proceder a descalificarla si incumple los requisitos o criterios establecidos en los pliegos, o en su caso amparándose en un precepto legal, pero no existe precepto legal que determine la inadmisión respecto a las proposiciones presentadas en papel y no mediante medios electrónicos.

En este sentido, es menester recordar que el artículo 10 del Pliego de Cláusulas Administrativa no establece que en caso de realizarse la presentación en papel se inadmitirá la misma.

Subsidiariamente, esta parte entiende que el órgano de contratación podía haber advertido del defecto con anterioridad y haber facilitado la subsanación del mismo, a fin y efecto de salvaguardar los principios que informan los procedimientos de contratación, y en especial el de libertad de acceso de los licitadores a la licitación y de libre concurrencia.

Asimismo, debemos recordar que el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece el principio de subsanación de defectos como el determinado en el presente procedimiento.

En análogo sentido se pronuncia el artículo 81 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, que en análogos términos establece la subsanación de todo defecto de forma y no material, sin que quepa considerar la forma de presentación un defecto material.

A sensu contrario, los pliegos no establecen en ningún momento que la falta de presentación de la proposición en forma electrónica no podrá subsanarse y será sancionada con la inadmisión de la proposición presentada por escrito.

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El acto es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al calificarse como contrato de prestación de servicios de valor estimado superior a cien mil euros (art. 44.1a), y tratarse de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento (art. 44.2b)

Segundo.- El órgano competente para resolver es el Tribunal de Recursos Contractuales de la Comunidad de Madrid de conformidad con el artículo 45 de la LCSP.

Tercero.- INTRESS ostenta la legitimación para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

Cuarto.- En cuanto al fondo del asunto se alegan las siguientes circunstancias.

1. Nulidad del acto de Inadmisión de la proposición por carecer de fundamento legal y apartarse del procedimiento legalmente establecido. –

Establece el pliego que las proposiciones deberán presentarse por medios electrónicos, circunstancia en la que se fundamenta la Mesa de Contratación para 20 días después de la presentación, registro y admisión de la proposición inadmitir la misma.

En este sentido, entendemos que contrariamente a lo sostenido por la Mesa de Contratación, ni los pliegos, ni la LCSP establecen en ningún momento la posibilidad de inadmitir la proposiciones presentadas en papel.

El artículo 13 de los pliegos establece que *“se exige la presentación de las ofertas por medios electrónicos”*, mientras que el artículo 139 LCSP establece que *“las proposiciones de los interesados se sujetaran a lo establecido en los pliegos”*.

De una lectura de los pliegos y de la LCSP, se colige que si la presentación no se hubiera realizado por medios electrónicos, el órgano de contratación de la Administración podía negarse a admitir la misma en soporte papel, pero ni el artículo 13, ni la LCSP, establece en ningún momento que las proposiciones presentadas en papel serán sancionadas posteriormente con su inadmisión por no haberse presentado mediante medios electrónicos-

Es importante la diferencia, y resulta decisiva la diferencia entre inadmitir la presentación de la proposición presentada por escrito “ab initio”, de inadmitir con posterioridad a su admisión una propuesta presentada por escrito, por cuanto en este segundo caso la normativa no establece previsión expresa alguna y por consiguiente, no procede la inadmisión por lo que ha acordado la Mesa de Contratación no se acomoda a la normativa concurrente, es un acto nulo.

La proposición presentada en papel fue registrada y por consiguiente, admitida a trámite. Es una proposición que se ha unido al expediente administrativo, que ya forma parte del mismo, lo que comporta entre otros el efecto de habilitar el presente recurso. Por consiguiente, no nos hallamos ante una inadmisión, sino ante la expulsión del licitador

inicialmente admitido, por no cumplir un requisito de forma, como es la presentación en la forma establecida en los pliegos, es decir mediante medios electrónicos.

Como se advierte de la resolución recurrida, la Mesa de Contratación es incapaz de indicar que artículo de los pliegos o de la LCSP establece que un defecto de presentación formal determina automáticamente la inadmisión de la resolución, por cuanto precisamente como veremos posteriormente, lo que establece la normativa en esta materia es todo lo contrario, aplica el principio de subsanación de los defectos formales.

Por otro lado, en su resolución la Mesa de Contratación establece que *"no resula válida la presentación de la oferta en papel"*, sin embargo, contrariamente a lo resuelto, no concurre ninguna de las circunstancias que establece el artículo 38 y 39 de la LCSP que regulan el régimen de invalidez.

En definitiva, la proposición presentada en papel reúne todos y cada uno de los requisitos exigidos en los pliegos y en la LCSP, ha sido registrada y admitida a trámite por el órgano de contratación y no existe ni en los pliegos ni en la LCSP, ningún precepto que sancione con la inadmisión la falta de presentación de la proposición por medios electrónicos ni que establezca que dicha proposición deja de ser válida.

Insistimos, la previsión establecida en los pliegos de exigir la presentación por medios electrónicos, habilitaba al órgano de contratación a no admitir cualquier proposición que no se hubiera presentado por dichos medios, es decir a no admitir la presentación de una proposición en papel, pero no habilita al órgano de contratación que con posterioridad a la admisión de la proposición (recordemos se ha registrado y unido al expediente administrativo de contratación), pueda proceder después a su inadmisión, 20 días después.

Una vez admitida a trámite la proposición, el defecto de forma –la no presentación en la forma establecida en los pliegos– es un defecto de forma, y por lo tanto, subsanable, por dos motivos por un lado porque en la LCSP ni en los pliegos no se establece en ningún precepto que dicho defecto no pueda ser subsanado, y en segundo lugar, por cuanto la normativa concurrente precisamente establece el principio fundamental de subsanación de todos los defectos formales.

2. Subsanación del defecto.-

Como indicábamos en el antecedente, ni los pliegos ni la LCSP prevé la inadmisión de una proposición previamente admitida, por constatarse un defecto de forma, en estos casos la normativa concurrente precisamente prevé todo lo contrario, que en su caso se facilite al licitador la subsanación del referido defecto de forma.

Así el artículo 68.4 de la Ley 39/2015 establece, para un caso igual al presente el principio fundamental de subsanación: **4. Si alguno de los sujetos a los que hace referencia el artículo 14.2 y 14.3 presenta su solicitud presencialmente, las Administraciones Públicas requerirán al interesado para que la subsane a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.**

Por consiguiente, insistimos, el órgano de administración podía no haber admitido la presentación de la proposición en papel, pero una vez admitida la misma (acto que se realizó al registrar la proposición preentada en papel), ya no podía inadmitir la misma, en todo caso de conformidad con el antecitado artículo 68.4 de la Ley 39/2015, lo único que podía hacer era requerir a INTRESS para que subsanara el defecto a través de su presentación electrónica.

En este punto es menester recordar que de haber actuado de conformidad con el citado precepto legal, INTRESS disponía de tiempo suficiente para presentar la proposición por medios electrónicos ya que la presentó 12 días antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas.

El artículo 81.1 y 2 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, establece:

Artículo 81. Calificación de la documentación y defectos u omisiones subsanables.

- 1. A los efectos de la calificación de la documentación presentada, previa la constitución de la mesa de contratación, el Presidente ordenará la apertura de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley, y el Secretario certificará la relación de documentos que figuren en cada uno de ellos.*
- 2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, **concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación.***

En consecuencia, la normativa en materia de contratación pública, establece el derecho del licitador y la obligación para el órgano de contratación de permitir la subsanación de los defectos u omisiones subsanables, circunstancia que no se ha producido en el presente procedimiento.

Entendemos, coincidiendo con la doctrina y jurisprudencia de nuestros tribunales, que el derecho a la subsanación de los defectos de forma es un elemento de garantía de los principios de libertad de acceso a la licitación y del principio de concurrencia, con el que se trata de evitar que por defectos meramente formales se excluya del procedimiento a licitadores que a pesar de haber presentado una proposición que reúne los requisitos materiales exigidos, por un defecto formal sean excluidos del procedimiento.

En este punto, debe recordarse la resolución número 898/2016 del Tribunal Administrativo Central de Contratos del Sector Público, que establece: ***“Como dijimos en nuestra Resolución 217/2016, nuestro Ordenamiento ha venido distinguiendo entre la subsanación de defectos o errores que afectan a la denominada documentación administrativa y la de aquellos otros que afectan a la formulación de las ofertas. En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004–), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido que el artículo 81.2 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) sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vendando toda la posibilidad de conceder ocasión de salvar los que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas.”***

Por consiguiente, el defecto de presentación de forma, como los defectos formales de la documentación administrativa ha de ser subsanable.

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución 71/2016 del recurso 29/2016, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía:

Según se desprende del expediente administrativo remitido por el órgano de contratación a este Tribunal, IZASA aporta como documentación acreditativa de su capacidad de obrar tan solo el Documento Nacional de Identidad de su apoderada, Dª C.C.P. A la vista de la documentación facilitada, y al considerar la Mesa de contratación en sesión celebrada el 14 de enero de 2016 que la misma era insuficiente, concede plazo de subsanación a IZASA. Ello se desprende del acta de la mencionada sesión donde se recoge -refiriéndose a la recurrente- que debe presentar la siguiente documentación: “-Deberá acreditar la capacidad de contratar establecida y relacionada en la cláusula 6.3.2., del PCAP. a) Deberá aportar Anexo III de declaración responsable para contratar con las Administraciones Públicas conforme al modelo del PCAP. b) Deberá aportar Anexo V del PCAP, de declaración sobre incompatibilidades para contratar (Ley 3/2005, de 8 de abril) debiendo estar éste firmado por el secretario del Consejo de

Administración con el VºBº del Presidente del Consejo, o en su caso por el Administrador único, Administrador solidario o Administradores mancomunados, en su caso, documentación acreditativa de los citados cargos. c) Ficha de registro de licitadores o escrituras". El requerimiento se comunicó a la recurrente por medio de fax, concediéndole un plazo de subsanación hasta el 20 de enero de 2016 a las 14 horas. En la documentación enviada a este Tribunal, consta que IZASA, tras este segundo requerimiento, remite a la Mesa de Contratación: el Anexo III del PCAP debidamente firmado, escrituras públicas de apoderamiento y constitución de la sociedad, así como Anexo V del PCAP cumplimentado por Dª.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA 9 C.C.P., en calidad de apoderada, cargo que no se encuentra entre los recogidos en el mismo Anexo V del PCAP, ni en el requerimiento de subsanación, como los habilitados para realizar la mencionada declaración. La recurrente manifiesta en su escrito de recurso que el defecto en que incurría su documentación era meramente formal y claramente subsanable, y no le falta razón en su afirmación ya que ello fue el motivo por el que el órgano de contratación, a la vista de la documentación aportada por IZASA tras el primer requerimiento de 29 de diciembre de 2015, concedió plazo de subsanación mediante nueva notificación de fecha 18 de enero de 2016, y ello en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.2 del RGLCAP que prevé este procedimiento. Sin embargo la recurrente, como queda acreditado en la documentación remitida a este Tribunal y como ella misma reconoce, no aporta correctamente la documentación que le había sido requerida en vía de subsanación, por lo que lo único que podía hacer ya la Mesa de contratación era rechazar su oferta por finalmente no haber subsanado en el plazo concedido para ello, y esta actuación es ratificada por este Tribunal puesto que una vez que se ha concedido plazo de subsanación por un defecto detectado en la documentación presentada, siendo ese requerimiento manifiesto y concreto -como ocurre en el presente supuesto- no cabe conceder una subsanación de la subsanación. Esta es la postura que ha venido manteniendo este Tribunal, y que se desprende de sus Resoluciones 90/2015, de 5 de marzo, 287/2015 y 288/2015 ambas de 31 de julio, argumentando esta última que "por tanto, si bien es cierto, como ya se ha comentado, que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, (...) En este sentido el Tribunal Central de Recursos Contractuales en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero, señalaba que «parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA 10 de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido

dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno».

En conclusión, constatado un defecto de forma en la presentación de la proposición, una vez admitida la misma, ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico prevé que en el caso que el defecto consista en no haber presentado la proposición en forma electrónica, la sanción deba ser la posterior inadmisión de la misma.

Al contrario, tanto la normativa general –Ley 30/2015- como la normativa específica – RDL 1098/2001- establecen que los defectos de forma siempre deben ser subsanables y de manera especial en relación con la falta de presentación por medios electrónicos se establece el deber para la Administración de requerir al licitador para que proceda a presentar la proposición por medios electrónicos y así subsane su defecto, por consiguiente clarificada la naturaleza del defecto como formal y subsanable así debía haber actuado la administración, y no como lo ha hecho al admitir primero la proposición y después (20 días después) expulsar al licitador del procedimiento. Insistimos el marco normativo habilitaba al órgano de administración para que no admitiera la proposición por escrito pero no para que una vez admitida prohibiera al licitador continuar en el procedimiento, ya que este acto administrativo de expulsión no está expresamente previsto en la normativa vigente, al contrario, como hemos anticipado y reiterado, lo que está previsto es el derecho del licitador y el deber de la administración de permitir la subsanación del referido defecto de forma, en su caso.

En definitiva, entendemos que la Administración no puede ir contra sus propios actos y con posterioridad a la admisión de la propuesta de INTRESS en soporte papel, no puede –ir contra sus propios actos- e inadmitir, una vez admitida la proposición, en su caso, lo que debía hacer la Administración es requerir a INTRESS para que subsanara el defecto de forma advertido y presentara la proposición por medios electrónicos.

En virtud de cuanto antecede,

SOLICITO: Se tenga por presentado este escrito, se admita a trámite y se tenga por interpuesto en tiempo y forma RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN frente al acuerdo de fecha 9 de enero de 2019, notificado a esta parte el pasado 10 de enero, por el cual se inadmite la proposición presentada por INTRESS, y previa la tramitación legal que corresponda y con suspensión del expediente, se dicte resolución en la que se resuelva anular el referido acto de inadmisión con retroacción de las actuaciones al momento de presentación de las proposiciones por parte de los licitadores declarando la

admisión de la proposición presentada por INTRESS, o alternativa y subsidiariamente declarando la posibilidad de subsanar la presentación de la referida proposición y habilitando en su caso, los medios para que INTRESS pueda subsanar el defecto de forma permitiéndole la presentación de la misma oferta por medios electrónicos.

Madrid, a 15 de enero de 2018

INTRESS

