

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, EMPLEO Y HACIENDA DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE MADRID

Asunto: Recurso especial.

Expte. C-336A/008-18 (A/SER-011797/2018)

D. Enrique Merino Pérez, con **D.N.I. 3 .9 6 -S**, email de contacto jblanco@ebone.es, en nombre y representación de **EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L.**, con **C.I.F. B-73405599**, y domicilio a efectos de notificaciones en Avda. Fernando de los Ríos nº 11, portal 1, oficina 4, 18100 Armilla (Granada), en calidad de administrador único de la misma, lo que acredita mediante escritura de constitución de la sociedad otorgada el 18 de noviembre de 2005 ante el Notario de Murcia Don Agustín Navarro Núñez, bajo el nº 6618 de su Protocolo, que se acompaña como **documento nº 1**, ante ese Tribunal Administrativo comparece y como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que por medio del presente escrito interpone **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, de conformidad con los artículos 44 y siguientes 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) así como con, en lo que no se oponga a ésta, el R.D. 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, de creación del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, modificada por la Ley 5/2016, de 22 de julio, así como por el Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, adoptado en sesión celebrada el 8 de febrero de 2019 para proceder a la

apertura de las proposiciones presentadas electrónicamente que contienen la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y las ofertas económicas presentadas para optar al procedimiento abierto relativo al contrato de “Servicios para la realización de cursos y campus deportivos de la Dirección General de Deportes, en la temporada 2019/2020”, expte. nº C-336A/008-18 (A/SER-011797/2018), publicado en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el 18 de febrero de 2019, por el que se excluye la oferta presentada por EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. Se acompaña, como **documento nº 2**, copia del Acta de la Mesa de Contratación de 8 de febrero de 2019. Asimismo, se adjunta enlace al perfil del contratante:

http://www.madrid.org/cs/Satellite?op2=PCON&idPagina=1204201624785&c=CM_ConvocaPrestac_FA&pagename=PortalContratacion%2FPage%2FPCONcontratosPublicos&language=es&idConsejeria=1109266187224&cid=1354752388075

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de la LCSP, con fecha de **7 de marzo de 2019** se presentada ante ese Tribunal **solicitud de medida cautelar** de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Que la formulación del presente recurso especial en materia de contratación se fundamenta en los siguientes,

HECHOS

PRIMERO.- Que en la referida sesión celebrada el 8 de febrero de 2019, la Mesa de Contratación efectuó el descryptado de las proposiciones económicas y documentación técnica de los licitadores admitidos, de las que se hizo pública lectura. Concluido el acto público, estudió detenidamente las proposiciones económicas recibidas, determinando que las realizadas por EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. y otros licitadores no se ajustan al modelo establecido en el PCAP, al no haber facilitado un porcentaje de reducción único aplicable a las prestaciones incluidas en el contrato y, en su lugar, haber rebajado directamente el precio unitario máximo de licitación para cada categoría de servicio A) y B).

SEGUNDO.- Que la presentación de ofertas por parte de los licitadores, por exigencia del PCAP, hubo de efectuarse por medios electrónicos, a través de “Licita@”, sistema de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid, a cuya web se accedía a través del link https://gestion6.madrid.org/nx02_licita

TERCERO.- Que, si bien el PCAP exige formular la oferta facilitando un porcentaje de reducción único aplicable a las prestaciones incluidas en el contrato, el sistema de licitación electrónica generó un documento en pdf ajustado al modelo de proposición económica facilitado por la Administración contratante que, sin embargo, no permitía la introducción de ese porcentaje único sino el precio ofertado para cada categoría de servicio A) y B), motivo por el que la proposición económica fue cumplimentada de esa manera. Es dicho sistema de licitación electrónica el que generó un documento en pdf ajustado al modelo de proposición económica facilitado por la Administración contratante, viniendo el licitador obligado a cumplimentarlo en los términos en que previamente había sido confeccionado.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El contrato objeto de licitación tiene un valor estimado de 912.418,98 € y, en consecuencia, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP, es susceptible de recurso especial en materia de contratación. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44.2.b) de la LCSP, puede ser objeto del mencionado recurso el acto de exclusión de ofertas.

SEGUNDO.- La mercantil en cuyo nombre y representación se interpone el presente recurso goza de legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, por resultar perjudicado su interés legítimo al serle impedido continuar el procedimiento.

TERCERO.- Con arreglo a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por la que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid, dicho Tribunal es competente para conocer del recurso especial en materia de contratación contra actos de la Administración de la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- El presente recurso se interpone dentro del plazo previsto en el artículo 50.1.c) de la LCSP para su interposición, así como en el lugar de presentación requerido por el artículo 51.3 de la LCSP.

QUINTO.- En cuanto al fondo del asunto, ha de ponerse de manifiesto que tanto el apartado 9 de la cláusula 1 del PCAP como el propio Anexo I al PCAP exigen que el licitador presente su proposición económica indicando un único porcentaje de reducción aplicable a los dos precios/hora de licitación. Por otro lado, el apartado 13 de la cláusula 1 y la cláusula 11 del PCAP requieren la formulación de oferta por medios electrónicos a través del sistema de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid, “Licit@”.

Al haber generado dicho sistema un documento en pdf ajustado al modelo de proposición económica facilitado por la Administración contratante, no puede imputarse al licitador el defecto en la formulación de la oferta consistente en no ajustarse al modelo exigido por el PCAP. En este sentido, procede traer a colación el informe emitido con fecha de 18 de septiembre de 2018 por la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica que, aunque referido a la herramienta de licitación electrónica de la Plataforma de Contratación del Sector Público, resulta aplicable a las herramientas de licitación electrónica facilitados por plataformas autonómicas, al ser similar su funcionamiento. En dicho informe se pone de manifiesto que la herramienta de preparación y presentación de ofertas de la Plataforma es un artefacto único por licitación e idéntica para todos los licitadores que concurren a ella, que se estructura en virtud de la configuración que el órgano de contratación haya establecido en la Plataforma. Dicha herramienta se descarga en el equipo local del usuario después de haber accedido a la Plataforma, para empezar a preparar su oferta.

En otros términos, debe también tenerse en cuenta el principio antiformalista que rige las licitaciones públicas. La Mesa de contratación, según el artículo 22.b) del Real Decreto 817/2009 de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público, tiene la función de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos, y debe actuar de forma que no limite la concurrencia evitando, en la medida de lo posible, excluir a licitadores por cuestiones formales, respetando a la vez los principios de igualdad de trato a los candidatos y transparencia en el procedimiento. Pero el principio antiformalista se entiende respecto de la posibilidad de subsanación de los defectos de las proposiciones presentadas por los licitadores sólo 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. Como señalaba el Tribunal Central de Recursos Contractuales en Resoluciones como la número 319/2014, <<Sobre esta cuestión relativa a las ofertas, en el ámbito de la contratación pública nos encontramos con el principio básico de inalterabilidad de las proposiciones económicas, que proscribiera cualquier modificación de las mismas por el licitador que las formula una vez que los sobres que las contienen hayan sido presentados, y que sólo le permite al órgano de contratación, con fundamento en la doctrina antiformalista, la subsanación de los defectos de las ofertas que tengan este carácter de subsanables. En relación con este particular, el artículo 84 del Real Decreto 1098/2001, de 21 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, RGLCAP) dispone que: “Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que le hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”. De una interpretación conjunta y sistemática de este precepto, unido al principio de inalterabilidad de las proposiciones económicas, hemos de anticipar que ni la mesa ni el órgano de contratación pueden admitir la alteración de las propuestas económicas, pues tal actuación supondría un quebranto de los principios esenciales de la contratación administrativa contenidos en los artículos 1 y 139 del

TRLCSP. Sobre la cuestión objeto de este recurso se ha pronunciado también reiteradamente este Tribunal en diversas resoluciones, entre las que podemos citar la 164/2011, referida a presuntos errores materiales en la garantía, la 137/2012, sobre errores en la oferta económica, o 147/2012 y 156/2012, sobre errores en la oferta técnica. En las mencionadas resoluciones, lo que hemos manifestado es que lo que se trata de dilucidar es si el incumplimiento de algunos de los requisitos en la oferta exigidos por el pliego, puede ser achacado a un error tipográfico intrascendente y acceder a su subsanación o si, por el contrario, su revisión supone una alteración de la proposición inicial y no debe admitirse. Para ello deberemos acudir al análisis de las previsiones legales respecto a la subsanación de defectos o deficiencias. Y en este sentido, el artículo 81 del RGLCAP, establece en su apartado segundo que “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”. Ahora bien, la posibilidad de corrección contemplada en el citado artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la documentación del artículo 146 del TRLCSP, puesto que a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo se hace al artículo 79.2 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, generalmente actuando a través de la mesa de contratación, para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a las ofertas técnica o económica propiamente dichas. Aun en el supuesto de que se entendiera que el precepto mencionado puede aplicarse por analogía también a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, no debe perderse de vista que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Como viene señalando este Tribunal en la resolución de recursos sobre la misma cuestión, cfr. Resolución nº 090/2013, esto es lógico, pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas; y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los

procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP. En este mismo sentido cabe citar la Sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial que se presentó en el marco de unos litigios entre la Agencia eslovaca de contratación pública y varias empresas excluidas de una licitación de servicio de cobro de peajes. Dicha sentencia, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, señala, entre otras cuestiones, que “en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”. La citada Sentencia admite que el artículo 2 de la Directiva no se opone a que “excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”. Y en otro apartado señala que los candidatos afectados no pueden quejarse de que el órgano de contratación no tenga obligación de pedirles aclaración sobre su proposición “la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos>>.

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, cabe concluir que la oferta formulada mediante rebaja de los precios A) y B) de licitación en lugar de la indicación de un porcentaje de reducción único aplicable a ambos precios no puede ser excluida por la Mesa de Licitación por cuanto la conversión de dichos precios a porcentaje de reducción requiere únicamente de una operación matemática sencilla que no supone en ningún caso la reformulación de la oferta. El porcentaje de reducción único a ofertar por EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. era el 10,10%, porcentaje con decimales que no es proscrito por el PCAP, si bien ello se vio imposibilitado por el modelo de proposición generado por el sistema de licitación electrónica, motivo por el

que se aplicó el mismo porcentaje de reducción sobre cada precio de licitación y se indicó el precio ofertado una vez aplicado dicho descuento.

Precio A) $15,71 \text{ €} * 10,10\% = 15,71 - 1,5867 = 14,12 \text{ €}$

Precio B) $19,28 \text{ €} * 10,10\% = 19,28 - 1,9472 = 17,33 \text{ €}$

Entiende, además, esta parte, que la Mesa de Contratación no ha requerido a los licitadores cuyas ofertas han sido excluidas la aclaración de los términos de las mismas, sino que ha efectuado una valoración de las ofertas y, sin incorporar los cálculos de conversión realizados al acta, ha concluido la imposibilidad de conversión de los precios ofertados a un porcentaje único de reducción, lo que genera indefensión y desigualdad y pugna con el principio antiformalista en los términos en que acaba de exponerse. De haber sido requerida la aclaración, se habría facilitado a la Mesa de Contratación el porcentaje con decimales -10,10%-, perfectamente admisible de acuerdo con el PCAP, que habría permitido la conversión de los precios ofertados a porcentaje de reducción.

De conformidad con los hechos expuestos y las disposiciones legales citadas,

SOLICITA: Tenga por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, y, en su virtud, por formulado en tiempo y forma **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN** contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de la Consejería de Cultura, Turismo y Deportes, adoptado en sesión celebrada el 8 de febrero de 2019 para proceder a la apertura de las proposiciones presentadas electrónicamente que contienen la documentación relativa a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas y las ofertas económicas presentadas para optar al procedimiento abierto relativo al contrato de “Servicios para la realización de cursos y campus deportivos de la Dirección General de Deportes, en la temporada 2019/2020”, expte. nº C-336A/008-18 (A/SER-011797/2018), publicado en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid el 18 de febrero de 2019, por el que se excluye la oferta presentada por EBONE SERVICIOS EDUCACIÓN DEPORTE, S.L. y, previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada Resolución en la que se acuerde anular dicha decisión, se ordene retrotraer las actuaciones del procedimiento hasta el momento de la exclusión de la oferta de la recurrente, admitiéndose la misma y siguiendo el

procedimiento para proponer la adjudicación del contrato a favor del licitador que, en su conjunto, presente la mejor oferta.

ASIMISMO SOLICITA: Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPA), a efectos probatorios, se solicite por parte de ese Tribunal a la plataforma de licitación electrónica de la Comunidad de Madrid que sea expedida copia del modelo de proposición económica que el órgano de contratación haya facilitado a “Licit@” con motivo de la presente licitación para la posterior generación por el sistema del documento pdf ajustado a dicha proposición al objeto de ser cumplimentado por los licitadores.

Por ser de justicia que respetuosamente pido en Madrid, a 8 de marzo de 2019.

3 9 6 S
ENRIQUE
MERINO (R:
B73405599)

Firmado
digitalmente por
3 9 6 S ENRIQUE
MERINO (R:
B73405599)
Fecha: 2019.03.11
11:39:52 +01'00'

Fdo.: Enrique Merino Pérez.