

Recursos nº 147 e 152/2018 (acumulados)**Resolución nº 1/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 3 de xaneiro de 2019.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por D. E.V.C. actuando en nome e representación de VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. contra o acordo de adxudicación do lote 2, recurso 147/2018, e por D. J.L.N.M. en nome e representación de MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS S.L. contra o acordo de adxudicación do lote 5, recurso 152/2018, ambos acordos ditados no procedemento de contratación dos servizos de conservación, mantemento e mellora das instalacións eléctricas dos portos pertencentes a Portos de Galicia, expediente 4/2018/CNTSE, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola entidade pública PORTOS DE GALICIA convocouse a licitación do contrato dos servizos de conservación, mantemento e mellora das instalacións eléctricas dos portos cun valor estimado declarado de 1.322.696,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 03.03.2018, DOGA do 06.03.2018 e BOE do 08.03.2018 e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 28.02.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adelante).

Terceiro.- En ambos recursos impugnase a adxudicación, se ben no recurso 147/2018 do lote 2, e no recurso 152/2018, do lote 5.

En base ao artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, procede acumular ambos recursos, a efectos da súa resolución conxunta.

Cuarto.- O día 11.12.2018 VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. interpuxo o recurso especial en materia de contratación 147/2018 contra o acordo de adxudicación do lote 2, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

O 13.12.2018 foi interposto por MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS S.L. o recurso 152/2018 contra o acordo de adxudicación do lote 5 ante o órgano de contratación, que o remitiu a este TACGal xunto co expediente da licitación o día 18.12.2018.

Quinto.- Con data 12.12.2018 reclamouse a PORTOS DE GALICIA o expediente e o informe do recurso 147/2018 ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adelante, LCSP). O expediente do recurso 147/2018 foi recibido neste Tribunal o día 18.12.2018 e o informe o día 19.12.2018. O informe do recurso 152/2018 foi recibido o día 20.12.2018.

Sexto.- Trasladados os recursos aos interesados os días 18 e 19 de decembro de 2018, recibíronse as alegacións da empresa EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL S.A ao respecto do recurso 152/2018.

Sétimo.- O 17.12.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión do procedemento de contratación para o lote 2 e o 27.12.2018 para o lote 5.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- A entidade recorrente no recurso 147/2018, VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C., foi a segunda clasificada no procedemento de licitación, polo que a estimación do recurso lle outorgaría un claro beneficio na súa esfera xurídica ao pretender a exclusión da actual adxudicataria.

Neste recurso, tamén solicita a exclusión doutra participante clasificada por detrás da recorrente, polo que neste caso, non existindo ese beneficio na impugnación ao que aludíamos, atoparíamosenos ante unha mera defensa da legalidade non permitida nesta vía de recurso, polo que nesta Resolución non se fará maior análise ao respecto desa alegación.

No recurso 152/2018, MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS S.L. dirixe a súa impugnación contra a primeira e a segunda clasificadas e solicita a exclusión de ambas, estando ela situada na terceira posición, polo que tamén a estimación do seu recurso lle suporía un evidente beneficio.

Cuarto.- Sendo notificadas as resolucións de adxudicación o día 22.11.2018, os recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Impugnándose nos recursos o acordo de adxudicación dun contrato de servizos por importe superior a 100.000€, os recursos son admisibles neses aspectos.

Sexto.- Ambos recorrentes alegan que varias empresas, entre elas as adxudicatarias, deberon ser excluídas do procedemento de licitación por ofertar varios prezos unitarios superiores aos fixados como máximos nos pregos da licitación.

Concretamente, no recurso 147/2018 o recorrente impugna o acordo de adxudicación do lote 2 á entidade ESQUEIRO S.L. por entender que a mesma tiña que ser excluída da licitación, por ofertar prezos unitarios superiores aos fixados como máximos.

Pola súa banda, no recurso 152/2018 impúgnase a adxudicación do Lote 5 á empresa EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL S.A (ESYCSA en adiante) igualmente por ofertar prezos unitarios excesivos. Tamén dirixe a mesma crítica contra a segunda clasificada no procedemento de licitación, ELECNOR INFRAESTRUCTURAS S.A.

Sétimo.- O órgano de contratación argumenta que a mesa de contratación adoptou o criterio de admitir esas ofertas, xa que esa concreta causa de exclusión por excederse nos prezos unitarios non estaba prevista nos pregos da licitación. Ademais, sinala que iso non supuxo modificar as ofertas, senón interpretar as mesmas á vista do contido dos pregos.

Oitavo.- ESYCSA defende nas súas alegacións que a súa oferta non superou o orzamento da licitación, que estaba fixado nos pregos por lotes e de xeito global, sen que os prezos unitarios previstos actuasen como máximos na licitación. Nese sentido, entende que a súa oferta é viable e que non procede a súa exclusión.

Noveno.- Como indicamos, o único motivo do recurso é a necesaria exclusión de diversas empresas por ofertar prezos unitarios por enriba dos fixados na licitación. O órgano de contratación reconece esta circunstancia e así consta no informe a este recurso, reducíndose a discrepancia ás posibles consecuencias desa situación.

A este respecto, unha vez procedida á apertura dos sobres C dos licitadores comprensivos das súas ofertas económicas, existe acordo da mesa de contratación de data 30.08.2018 no que se adoptan os seguintes criterios a efectos de valoración das ofertas:

“1.- Partidas sin valorar por parte de los licitadores, que aparecen en el PPTP y en el CCC de forma correcta.

Dada la multitud de precios solicitados, la Mesa acuerda, con el fin de no alterar la concurrencia de licitadores, no excluir a las empresas incursas en este tipo de error.

Respecto a cómo valorar estas partidas que carecen de valoración, la Mesa considera que valorar estas por el precio tipo favorecería a los licitadores que no valoraron determinadas partidas por lo que la Mesa acuerda puntuar con cero estas partidas. Sin embargo, dado que los licitadores están obligados a aceptar los Pliegos, el licitador o licitadores adjudicatarios tendrán que hacerse cargo de todas las partidas, con independencia de que no las valoraran en su oferta.

2.- Partidas sin valorar por los licitadores, que se contemplan en el PPT y no en el CCC, y/o viceversa. Respecto de estas partidas sin valorar, la Mesa acuerda proceder en el mismo sentido que en el punto 1, puntuando con cero (0) tales partidas.

3.- Partidas con precio de valoración de cero (0) euros.

Dado que en el presente procedimiento no se contemplan criterios que permitan considerar a ninguna oferta como incurso en presunción de temeridad, la Mesa considera que valorar con 0 euros una partida no es motivo de exclusión, acordando que estas partidas con valoración cero (0), tendrán el mismo tratamiento que cualquier otra partida, y conseguirán la máxima puntuación, como resultado de la aplicación de la fórmula establecida en el PPTP.

4.- Partidas con precios al tipo, excepto una, con precio superior al tipo.

En este supuesto, dado que el precio superior imposibilita la correcta aplicación de la fórmula de valoración, la Mesa acuerda que tal partida será considerada como nula, siendo de aplicación, en el caso de resultar adjudicatario, el precio base establecido en el PPTP (nunca superior).

5.- Partidas con precios superiores a los establecidos en el PPTP.

La mesa acuerda que tales precios serán considerados con puntuación nula, siendo de aplicación, en el caso de resultar adjudicatario, el precio base establecido en el PPTP (nunca superior)."

Os recurrentes alegan que ao valorar a mesa as ofertas de licitadores que presentaban prezos unitarios superiores aos fixados como máximos na licitación vulnerouse o disposto no artigo 84 Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo

que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas que sinala:

“Artículo 84. Rechazo de proposiciones.

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 la 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.”

Este Tribunal xa se ten pronunciado en diversas resolucións contrario a un excesivo formalismo no procedemento de licitación que supoña a existencia de trabas innecesarias que prexudiquen a libre competencia entre os operadores económicos e ao propio órgano de contratación no seu interese de obter e oferta máis vantaxosa.

Agora ben, igualmente sinalamos que á hora de valorar ás posibilidades de emenda das ofertas ou determinar a súa admisibilidade, debe terse sempre presente como límite que non se vulnere o principio de igualdade entre os licitadores ou que non se produza unha modificación nos termos nos que se realizou a oferta.

Pois ben, neste caso concreto o primeiro que debemos salientar é que a configuración da licitación que consta nos pregos non ofrece dúbidas ao respecto de que se fixan uns prezos máximos como topes da licitación, correspondentes a cada un dos prezos unitarios establecidos respecto aos diversos elementos a valorar.

Así, a cláusula 7.5 do Cadro de características técnicas sinala literalmente que o sistema de determinación de prezos o será “*en función de prezos unitarios*”. Ademais, a cláusula 14 en relación coa valoración da oferta económica tamén recolle que a mesma se efectuará mediante fórmula sobre “*todas aquellas partidas formadas por prezos e duración dos traballos*”. O PCAP na súa cláusula 4 indica tamén que “*o licitador presentará unha oferta económica á baixa en base ao orzamento das partidas recollidas nas operacións de TIPO A..., así como de todos os prezos unitarios*”. O PPT recolle igualmente como anexo un desglose de unidades cos seus prezos unitarios, e o modelo de oferta económica ao que se debían axustar os licitadores presenta como

parte integrante desa oferta económica a correspondente descrición das partidas ás que se debían incorporar os prezos ofertados.

Pero, por se estes aspectos non fose suficientes de por si, o propio Cadro de características da licitación na súa cláusula 14.1.A1 apartado 5 ao describir os criterios cuantificables mediante fórmulas que serán obxecto de puntuación sinala, expresamente e de xeito literal, que os prezos unitarios fixados operan como máximos ou topes na licitación:

“5.- menor prezo unitario dos distintos elementos a instalar, en relación cos máximos establecidos nos PPTXeP.....25 puntos”

Polo tanto, debemos rexeitar a alegación presentada pola mercantil ESYCSA que defende que os prezos unitarios previstos na licitación non eran prezos máximos. O propio informe do órgano de contratación ao respecto do recurso 152/2018 sinala expresamente: *“ESYCSA presenta 6 partidas con precios superiores al precio base del pliego”*.

Así, non ofrece dúbida que as condicións da licitación establecidas polo órgano de contratación fixan con claridade a operatividade dos prezos unitarios dos distintos elementos como prezos máximos da licitación e, como tales, de obrigado cumprimento polos licitadores, que doutro xeito se apartan das esixencias establecidas para todos os participantes.

Debemos reiterar novamente aquí que os pregos son a lei do contrato, e polo tanto vinculan aos licitadores pero tamén ao órgano de contratación, que non se pode afastar do previsto neles ao longo de todo o proceso contractual, pois doutra maneira se vulneraría o principio de igualdade de trato.

Como sinala a Sentenza do Tribunal Supremo de 12 de abril de 2000 (Rec.19884/1992):

“Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles son las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego”.

Neste caso, a actuación da mesa de contratación adoptando uns criterios interpretativos alleos ás condicións da licitación e, en consecuencia, valorando ofertas que incumprían os pregos da licitación vulnerou o principio de igualdade que rexe a contratación pública. No caso presente a cuestión ten aínda unha afectación máis cualificada ao observarse que aquel criterio se adoptou con posterioridade á apertura das ofertas económicas e, polo tanto, cando se podía coñecer as circunstancias concretas nas que se atopaban cada un dos licitadores.

Pois ben, recoñecido e non posto en cuestión nesta sede de recurso que as entidades ESQUEIRO S.L., adxudicataria no lote 2; e EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL S.A e ELECNOR INFRAESTRUCTURAS S.A., como primeira e segunda clasificadas no lote 5, excederon nas súas ofertas dos prezos máximos establecidos para varios dos prezos unitarios, non cabe senón concluír que as mesmas deberon ser excluídas do procedemento de contratación por aplicación do fixado no artigo 84 do RXLCAP, que establece que serán rexeitadas as propostas que excedan do orzamento base de licitación. E non se pode opoñer a isto que o orzamento da licitación veña sinalado na cláusula 7 do CCC de forma global e en función dos distintos lotes, posto que sendo clara a ordenación da licitación conforme a prezos unitarios, como vimos anteriormente, eses prezos individualizadamente configuran o orzamento para cada unha das prestacións integradas no obxecto contractual e, como tales deben ser respectados, aínda que non se supere o orzamento total de cada lote, pois doutro xeito carecería de sentido esa configuración (na mesma liña, entre outras, a Resolución do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais 509/2014 e a do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 92/2011). Ademais de que, como vimos anteriormente, eses prezos unitarios fíxanse como criterio de adxudicación, o que ratifica a clara imposibilidade de que se poida entender que poidan ser sobrepassados.

Nese sentido, debemos rexeitar o argumento do órgano de contratación no seu informe respecto a que os pregos da licitación non recollían expresamente ese exceso no prezo unitario como causa de exclusión. En primeiro lugar, porque non cabe un camiño que leve á non aplicación da lexislación contractual, que é clara ao determinar a exclusión dunha oferta que se excede do orzamento da licitación. Ademais, porque ante unha oferta que supera os importes da licitación *“debe descartarse que sea relevante que el PCAP no diga expresamente que la infracción de la cláusula 8.3.3 es causa de exclusión”* (Resolución 122/2014 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi). Pero é que o PCAP na súa cláusula 4.7.3 fai unha referencia expresa ao disposto no artigo 84 RXLCAP en canto aos motivos de

rexeitamento das proposicións, o que fai incluso máis difícil aceptar o argumento do órgano de contratación.

Como sinalan con acerto os recorrentes, a actuación do órgano de contratación excede do que sería unha mera interpretación das ofertas dos licitadores, procedendo a unha verdadeira modificación das proposicións, substituíndo nese aspecto a vontade do propio licitador expresada na concreta configuración da súa oferta conforme a uns prezos certos, que foron indefectiblemente variados pola mesa de contratación. E esa variación efectuada afectaría tamén á propia execución contractual, nunha proba máis de que efectivamente se reconfiguraron as ofertas, xa que segundo o criterio expresado pola mesa de contratación no caso de que o adxudicatario final tivese proposto prezos superiores aos máximos fixados, abonaráselle non o prezo por el ofertado, senón o prezo tipo da licitación.

En conclusión procede estimar os recursos presentados e, en consecuencia, anular a adxudicación dos lotes 2 e 5 debendo retrotraerse o expediente de licitación ao momento anterior á valoración das ofertas económicas dos licitadores e proceder, en cumprimento do sinalado nesta Resolución, á exclusión das ofertas das entidades ESQUEIRO S.L. no lote 2; e ESYCSA e ELECNOR INFRAESTRUCTURAS S.A. no lote 5, podendo conservarse a validez daqueles actos e trámites non afectados por esta Resolución.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso 147/2018 interposto por VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. contra o acordo de adxudicación do lote 2 e o recurso 152/2018 interposto por D. J.L.N.M. en nome e representación de MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS S.L. contra o acordo de adxudicación do lote 5, ambos acordos ditados no procedemento de contratación dos servizos de conservación, mantemento e mellora das instalacións eléctricas dos portos pertencentes a Portos de Galicia, anulando a adxudicación en ambos lotes e retrotraendo o procedemento de licitación segundo o disposto no Fundamento Xurídico último desta Resolución.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.