

Recursos nº 147 y 152/2018 (acumulados)**Resolución nº 1/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. E.V.C. actuando en nombre y representación de VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. contra el acuerdo de adjudicación del lote 2, recurso 147/2018, y por D. J.L.N.M. en nombre y representación de MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del lote 5, recurso 152/2018, ambos acuerdos dictados en el procedimiento de contratación de los servicios de conservación, mantenimiento y mejora de las instalaciones eléctricas de los puertos pertenecientes a Portos de Galicia, expediente 4/2018/CNTSE, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la entidad pública PORTOS DE GALICIA se convocó la licitación del contrato de los servicios de conservación, mantenimiento y mejora de las instalaciones eléctricas de los puertos con un valor estimado declarado de 1.322.696,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 03.03.2018, DOGA del 06.03.2018 y BOE del 08.03.2018 y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 28.02.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- En ambos recursos se impugna la adjudicación, si bien en el recurso 147/2018 del lote 2, y en el recurso 152/2018, del lote 5.

En base al artículo artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Pública, procede acumular ambos recursos, a efectos de su resolución conjunta.

Cuarto.- El día 11.12.2018 VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. interpuso el recurso especial en materia de contratación 147/2018 contra el acuerdo de adjudicación del lote 2, a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

El 13.12.2018 fue interpuesto por MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS, S.L. el recurso 152/2018 contra el acuerdo de adjudicación del lote 5 ante el órgano de contratación, que lo remitió a este TACGal junto con el expediente de la licitación el día 18.12.2018.

Quinto.- Con fecha 12.12.2018 se reclamó a PORTOS DE GALICIA el expediente y el informe del recurso 147/2018 al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). El expediente del recurso 147/2018 fue recibido en este Tribunal el día 18.12.2018 y el informe el día 19.12.2018. El informe del recurso 152/2018 fue recibido el día 20.12.2018.

Sexto.- Trasladados los recursos a los interesados los días 18 y 19 de diciembre de 2018, se recibieron las alegaciones de la empresa EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A. al respecto del recurso 152/2018.

Séptimo.- El 17.12.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación para el lote 2 y el 27.12.2018 para el lote 5.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 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.

Tercero.- La entidad recurrente en el recurso 147/2018, VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C., fue la segunda clasificada en el procedimiento de licitación, por lo que la estimación del recurso le otorgaría un claro beneficio en su esfera jurídica al pretender la exclusión de la actual adjudicataria.

En este recurso, también solicita la exclusión de otra participante clasificada por detrás de la recurrente, por lo que en este caso, no existiendo ese beneficio en la impugnación al que aludíamos, nos encontraríamos ante una mera defensa de la legalidad no permitida en esta vía de recurso, por lo que en esta Resolución no se hará mayor análisis al respecto de esa alegación.

En el recurso 152/2018, MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS, S.L. dirige su impugnación contra la primera y la segunda clasificadas y solicita la exclusión de ambas, estando ella situada en la tercera posición, por lo que también la estimación de su recurso le supondría un evidente beneficio.

Cuarto.- Siendo notificadas las resoluciones de adjudicación el día 22.11.2018, los recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Impugnándose en los recursos el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios por importe superior a 100.000€, los recursos son admisibles en esos aspectos.

Sexto.- Ambos recurrentes alegan que varias empresas, entre ellas las adjudicatarias, debieron ser excluidas del procedimiento de licitación por ofertar varios precios unitarios superiores a los fijados como máximos en los pliegos de la licitación.

Concretamente, en el recurso 147/2018 el recurrente impugna el acuerdo de adjudicación del lote 2 a la entidad ESQUEIRO, S.L. por entender que la misma tenía que ser excluida de la licitación, por ofertar precios unitarios superiores a los fijados como máximos.

Por su parte, en el recurso 152/2018 se impugna la adjudicación del Lote 5 a la empresa EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A (ESYCSA en adelante) igualmente por ofertar precios unitarios excesivos. También dirige la misma crítica contra la segunda clasificada en el procedimiento de licitación, ELECNOR INFRAESTRUCTURAS, S.A.

Séptimo.- El órgano de contratación argumenta que la mesa de contratación adoptó el criterio de admitir esas ofertas, ya que esa concreta causa de exclusión por excederse en los precios unitarios no estaba prevista en los pliegos de la licitación. Además, señala que eso no supuso modificar las ofertas, sino interpretar las mismas a la vista del contenido de los pliegos.

Octavo.- ESYCSA defiende en sus alegaciones que su oferta no superó el presupuesto de la licitación, que estaba fijado en los pliegos por lotes y de manera global, sin que los precios unitarios previstos actuaran como máximos en la licitación. En ese sentido, entiende que su oferta es viable y que no procede su exclusión.

Noveno.- Como indicamos, el único motivo del recurso es la necesaria exclusión de diversas empresas por ofertar precios unitarios por encima de los fijados en la licitación. El órgano de contratación reconoce esta circunstancia y así consta en el informe a este recurso, reduciéndose la discrepancia a las posibles consecuencias de esa situación.

A este respecto, una vez procedido a la apertura de los sobres C de los licitadores comprensivos de sus ofertas económicas, existe acuerdo de la mesa de contratación de fecha 30.08.2018 en el que se adoptan los siguientes criterios a efectos de valoración de las 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 incursa 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 cómo 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).”

Los recurrentes alegan que al valorar la mesa las ofertas de licitadores que presentaban precios unitarios superiores a los fijados como máximos en la licitación se vulneró lo dispuesto en el artículo 84 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 señala:

“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 ya se ha pronunciado en diversas resoluciones contrario a un excesivo formalismo en el procedimiento de licitación que suponga la existencia de trabas innecesarias que perjudiquen la libre competencia entre los operadores económicos y al propio órgano de contratación en su interés de obtener la oferta más ventajosa.

Ahora bien, igualmente señalamos que a la hora de valorar las posibilidades de enmienda de las ofertas o determinar su admisibilidad, debe tenerse siempre presente como límite que no se vulnere el principio de igualdad entre los licitadores o que no se produzca una modificación en los términos en los que se realizó la oferta.

Pues bien, en este caso concreto lo primero que debemos destacar es que la configuración de la licitación que consta en los pliegos no ofrece dudas al respecto de que se fijan unos precios máximos como topes de la licitación, correspondientes a cada uno de los precios unitarios establecidos respecto a los diversos elementos a valorar.

Así, la cláusula 7.5 del Cuadro de características técnicas señala literalmente que el sistema de determinación de precios lo será *“en función de precios unitarios”*. Además, la cláusula 14 en relación con la valoración de la oferta económica también recoge que la misma se efectuará mediante fórmula sobre *“todas aquellas partidas formadas por precios y duración de los trabajos”*. El PCAP en su cláusula 4 indica también que *“el licitador presentará una oferta económica a la baja en base al presupuesto de las partidas recogidas en las operaciones de TIPO A..., así como de todos los precios unitarios”*. El PPT recoge igualmente como anexo un desglose de

unidades con sus precios unitarios, y el modelo de oferta económica al que se debían ajustar los licitadores presenta como parte integrante de esa oferta económica la correspondiente descripción de las partidas a las que se debían incorporar los precios ofertados.

Pero, por si estos aspectos no fueran suficientes de por sí, el propio Cuadro de características de la licitación en su cláusula 14.1.A1 apartado 5 al describir los criterios cuantificables mediante fórmulas que serán objeto de puntuación señala, expresamente y de manera literal, que los precios unitarios fijados operan como máximos o topes en la licitación:

“5.- menor precio unitario de los distintos elementos a instalar, en relación con los máximos establecidos en los PPTXeP.....25 puntos”

Por lo tanto, debemos rechazar la alegación presentada por la mercantil ESYCSA que defiende que los precios unitarios previstos en la licitación no eran precios máximos. El propio informe del órgano de contratación al respecto del recurso 152/2018 señala expresamente: *“ESYCSA presenta 6 partidas con precios superiores al precio base del pliego”*.

Así, no ofrece duda que las condiciones de la licitación establecidas por el órgano de contratación fijan con claridad la operatividad de los precios unitarios de los distintos elementos como precios máximos de la licitación y, como tales, de obligado cumplimiento por los licitadores, que de otro modo se apartan de las exigencias establecidas para todos los participantes.

Debemos reiterar nuevamente aquí que los pliegos son la ley del contrato, y por lo tanto vinculan a los licitadores pero también al órgano de contratación, que no se puede alejar de lo previsto en ellos a lo largo de todo el proceso contractual, pues de otra manera se vulneraría el principio de igualdad de trato.

Como señala la Sentencia del 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”.

En este caso, la actuación de la mesa de contratación adoptando unos criterios interpretativos ajenos a las condiciones de la licitación y, en consecuencia, valorando ofertas que incumplían los pliegos de la licitación vulneró el principio de igualdad que rige la contratación pública. En el caso presente la cuestión tiene aun una afectación más cualificada al observarse que aquel criterio se adoptó con posterioridad a la apertura de las ofertas económicas y, por lo tanto, cuando se podía conocer las circunstancias concretas en las que se encontraban cada uno de los licitadores.

Pues bien, reconocido y no puesto en cuestión en esta sede de recurso que las entidades ESQUEIRO, S.L., adjudicataria en el lote 2; y EQUIPOS DE SEÑALIZACIÓN Y CONTROL, S.A y ELEC NOR INFRAESTRUCTURAS, S.A., como primera y segunda clasificadas en el lote 5, excedieron en sus ofertas de los precios máximos establecidos para varios de los precios unitarios, no cabe sino concluir que las mismas debieron ser excluidas del procedimiento de contratación por aplicación de lo fijado en el artículo 84 del RGLCAP, que establece que serán rechazadas las propuestas que excedan del presupuesto base de licitación. Y no se puede oponer a esto que el presupuesto de la licitación venga señalado en la cláusula 7 del CCC de forma global y en función de los distintos lotes, puesto que siendo clara la ordenación de la licitación conforme a precios unitarios, como vimos anteriormente, esos precios individualizadamente configuran el presupuesto para cada una de las prestaciones integradas en el objeto contractual y, como tales deben ser respetados, aunque no se supere el presupuesto total de cada lote, pues de otro modo carecería de sentido esa configuración (en la misma línea, entre otras, la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 509/2014 y la del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid 92/2011). Además de que, como vimos anteriormente, esos precios unitarios se fijan como criterio de adjudicación, lo que ratifica la clara imposibilidad de que se pueda entender que puedan ser sobrepasados.

En ese sentido, debemos rechazar el argumento del órgano de contratación en su informe respecto a que los pliegos de la licitación no recogían expresamente ese exceso en el precio unitario como causa de exclusión. En primer lugar, porque no cabe un camino que lleve a la no aplicación de la legislación contractual, que es clara al determinar la exclusión de una oferta que se excede del presupuesto de la licitación. Además, porque ante una oferta que supera los importes de la 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 del Órgano

Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi). Pero es que el PCAP en su cláusula 4.7.3 hace una referencia expresa a lo dispuesto en el artículo 84 RGLCAP en cuanto a los motivos de rechazo de las proposiciones, lo que hace incluso más difícil aceptar el argumento del órgano de contratación.

Como señalan con acierto los recurrentes, la actuación del órgano de contratación excedió de lo que sería una mera interpretación de las ofertas de los licitadores, procediendo a una verdadera modificación de las proposiciones, sustituyendo en ese aspecto la voluntad del propio licitador expresada en la concreta configuración de su oferta conforme a unos precios ciertos, que fueron indefectiblemente variados por la mesa de contratación. Y esa variación efectuada afectaría también a la propia ejecución contractual, en una prueba más de que efectivamente se reconfiguraron las ofertas, ya que según el criterio expresado por la mesa de contratación en caso de que el adjudicatario final hubiera propuesto precios superiores a los máximos fijados, se le abonará no el precio por él ofertado, sino el precio tipo de la licitación.

En conclusión procede estimar los recursos presentados y, en consecuencia, anular la adjudicación de los lotes 2 y 5 debiendo retrotraerse el expediente de licitación al punto anterior a la valoración de las ofertas económicas de los licitadores y proceder, en cumplimiento de lo señalado en esta Resolución, a la exclusión de las ofertas de las entidades ESQUEIRO, S.L. en el lote 2; y ESYCSA y ELECNOR INFRAESTRUCTURAS, S.A. en el lote 5, pudiendo conservarse la validez de aquellos actos y trámites no afectados por esta Resolución.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso 147/2018 interpuesto por VÍCTOR AMOR Y OTRO, S.C. contra el acuerdo de adjudicación del lote 2 y el recurso 152/2018 interpuesto por D. J.L.N.M. en nombre y representación de MONTAJES ELÉCTRICOS SALNÉS, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del lote 5, ambos acuerdos dictados en el procedimiento de contratación de los servicios de conservación, mantenimiento y mejora de las instalaciones eléctricas de los puertos pertenecientes a Puertos de Galicia, anulando la adjudicación en ambos lotes y retrotrayendo el procedimiento de licitación según lo dispuesto en el Fundamento Jurídico último de esta Resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.