

Recurso nº 107/2018**Resolución nº 100/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 2 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por F.J.M.M. actuando en nome e representación de KPMG AUDITORES S.L. contra o acordo de adxudicación do contrato de servizo consistente na realización de verificacións administrativas, control de calidade de verificacións administrativas e as verificacións sobre o terreo previstas no artigo 125.5 do regulamento (UE) 1303/2013 relativas a operacións aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) Galicia 2014-2020 e co Programa Operativo Fondo social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020, expediente FA14/2018 da Consellería de Facenda, 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 Consellería de Facenda convocouse a licitación do contrato de servizo consistente na realización de verificacións administrativa, control de calidade de verificacións administrativas e as verificacións sobre o terreo previstas no artigo 125.5 do regulamento (UE) 1303/2013 relativas a operacións aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) Galicia 2014-2020 e co Programa Operativo Fondo social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020, cun valor estimado declarado de 926.560,80 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 11.06.2018 e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 15.06.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017 de 8 de novembro, de contratos do sector público (LCSP, en adiante).

Terceiro.- O recorrente impugna o acordo de adxudicación de 25 de setembro de 2018.

Cuarto.- En data 15.10.2018 KPMG AUDITORES S.L. (KPMG en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 16.10.2018 reclamouse á Consellería de Facenda o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 19.10.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 22.10.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Este Tribunal o día 22.10.2018 acordou manter a suspensión do procedemento de licitación dos lotes 1 e 2 da contratación.

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.- 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 foi licitadora no procedemento de contratación e a súa impugnación se fundamenta na indebida valoración da súa oferta, polo que a hipotética estimación do recurso suporíalle a obtención dun beneficio na súa esfera xurídica, o que lle outorga interese lexítimo para a interposición deste recurso.

Agora ben, esta licitación está dividida en catro lotes, sen que o texto do recurso efectúe distinción expresa entre os distintos lotes da licitación, pois a súa pretensión recolle unha impugnación global da adxudicación. Esa omisión no recurso, referida a individualizar a súa posición xurídica para cada un dos lotes, fará que este Tribunal deba facer esa análise respecto as conclusións xurídicas ás que se cheguen.

En todo caso, estando aquí analizando a lexitimación, podemos avanzar que dado que KPMG non presentou oferta para o lote 3 debemos xa concluír que carece de lexitimación ad causam para a impugnación derivada dese lote, porque ningún beneficio lle podería outorgar a posible estimación do recurso. Procede a inadmisión do recurso aos efectos da impugnación dese lote 3.

Cuarto.- Dadas as datas anteriormente referenciadas, o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Impúgnase o acordo de adxudicación dun contrato administrativo especial cun valor estimado superior aos 100.000 euros, polo que o recurso é admisible segundo o previsto no artigo 44 da LCSP.

Sexto.- KPMG impugna que pola mesa de contratación non se valorase a súa documentación correspondente ao apartado de formación. Critica que esa decisión da mesa carece de motivación e que só telefonicamente se lle indicou que o motivo concreto residía en que a documentación presentada para a acreditación da formación non era orixinal nin copia compulsada como esixía o PCAP, senón que a sinatura dos documentos consta escaneada e non manuscrita.

A este respecto, o recorrente defende a orixinalidade dos documentos, indicando que a autenticidade da sinatura dixitalizada non foi posta en dúbida e que os documentos foron xerados dese xeito, sen que exista copia dos mesmos.

Sétimo.- O órgano de contratación ratifica no seu informe o criterio da mesa de contratación e oponse, en consecuencia, aos motivos alegados no recurso.

Sinala que o PCAP prevía expresamente que a formación se debería acreditar mediante documentos orixinais ou debidamente compulsados, e que iso non sucede na documentación presentada polo recorrente, na que a sinatura escaneada non permite que estea *“acreditada a autenticidade da sinatura da persoa que expediou os certificados”*.

Engade que non houbo indefensión do licitador pois este presentou con anterioridade á adxudicación un escrito ante a mesa de contratación no que defendía a autenticidade dos documentos presentados, polo que nese momento xa coñecía o motivo de que non fosen obxecto de valoración.

Oitavo.- Expostos así os termos do debate, o primeiro que debemos apuntar é o contido do PCAP, que no apartado referido aos criterios de adxudicación do contrato sinala como medio de acreditación da formación dos membros do equipo adscritos ao contrato, criterio avaliable automaticamente, o seguinte:

“A formación acreditarase mediante diplomas ou títulos orixinais ou debidamente compulsados, expedidos polas entidades encargadas de impartir a formación. Non se valorará a formación que non estea debidamente acreditada”.

O acordo de adxudicación que recolle a puntuación total dos licitadores nos distintos lotes indica:

“Respecto da formación, só se puntuou a que estaba debidamente acreditada”

O primeiro argumento do recorrente fundaméntase na carencia de motivación da puntuación outorgada e, polo tanto, do acordo de adxudicación, e que de feito, só coñeceu os defectos apreciados polo órgano de contratación na súa oferta a través de conversas telefónicas, sen que no momento de presentación do recurso teña certeza ao respecto.

Pois ben, a xuízo deste Tribunal non se pode concluír que a xustificación aportada para a valoración das ofertas sexa da amplitude e claridade necesaria para que un licitador obteña coñecemento dos motivos da puntuación outorgada. Hai que ter en conta que, se ben nos atopamos ante un criterio de avaliación automática, a documentación aportada por KPMG na súa oferta non foi obxecto de avaliación, o que esixe que a mesa de contratación xustifique axeitadamente os motivos desa actuación, motivos que só nese caso poderán ser discutidos polo licitador afectado. A expresión literal recollida no acordo de adxudicación non é mais que unha translación do esixido

nos pregos da licitación e se ben da mesma podería chegar a deducirse o defecto apreciado polo órgano de contratación, o certo é que o mesmo non consta indicado expresamente, na concepción máis garantista do dereito de defensa.

Agora ben, como sinala o órgano de contratación e recoñece o propio recorrente que acompaña o escrito presentado a este recurso, KPMG presentou con anterioridade ao acordo de adxudicación alegacións ante a mesa de contratación defendendo a validez dos documentos aportados na súa oferta e acreditativos da formación e opoñéndose aos argumentos da mesa. Polo que esas alegacións, se ben non consta no expediente remitido a este Tribunal que fosen obxecto de contestación, si permiten apreciar que no momento de interposición deste recurso especial o recorrente coñecía os concretos motivos da puntuación obtida pola súa oferta.

Noveno.- Pasando a analizar o fondo da cuestión exposta no recurso, como é a decisión do órgano de contratación de non valorar a documentación aportada polo recorrente respecto ao criterio da formación do persoal, debemos en primeiro lugar expoñer as circunstancias que se mostran ante este Tribunal.

Así, atopámonos ante un criterio de avaliación automática, que outorga segundo o PCAP *“1 punto ás actividades de formación igual ou superior a 20 horas...realizadas dentro dos dous anos anteriores..”*, establecéndose *“un máximo de dúas actividades formativas a valorar por cada membro do equipo verificador”*, cunha puntuación máxima total de 20 puntos.

Tamén observamos que por KPMG se presenta unha oferta onde constan expresamente recollidas as horas de formación correspondentes aos membros do equipo técnico. Así aparece ademais reflectido na acta nº 2 da mesa de contratación de data 02.08.2018 na que se recolle a listaxe das horas de formación presentadas por cada un dos licitadores.

Nunha sesión posterior, a mesa decide non puntuar a documentación presentada por entender que non se aportaron orixinais nin copias compulsadas, polo que *“non acreditan de maneira fidedigna a súa autenticidade”*, segundo expresa no informe a este recurso.

Polo tanto, atopámonos ante unha oferta dun licitador que contén o contido obxecto de puntuación, se ben a súa forma de presentación non se axusta, segundo o órgano de contratación, ás esixencias previstas no PCAP.



Entón, debemos examinar primeiramente se á vista da documentación presentada pola licitadora a actuación da mesa de contratación ao non proceder á avaliación do criterio de adxudicación foi correcta ou se, polo contrario, cabe apreciala como excesivamente formalista e debeu darlle ao licitador a posibilidade de presentar emenda ao respecto.

Xa na nosa Resolución 91/2018 analizamos un suposto similar e na mesma indicabamos os seguintes argumentos que deben ser tamén plenamente aplicables ao suposto que nos ocupa:

“Neste sentido, debemos partir de que o artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001 de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, prevé expresamente a posibilidade de corrixir “erros ou omisións emendables”, se ben referíndose exclusivamente á documentación administrativa.

Agora ben, o feito de que este precepto se refira unicamente a esa documentación non determina necesariamente que imposibilite a emendabilidade das ofertas, se ben neste ámbito debe existir un maior rigor que impida a vulneración do principio de igualdade. Así, a xurisprudencia ten considerado emendables erros como a sinatura da proposición económica (Sentenza do Tribunal Supremo de 06.07.2004) ou a representación de quen subscribiu a oferta (Sentenza do Tribunal Supremo 09.07.2002). Neste senso, o Tribunal Supremo ten establecido que a finalidade da preclusión de aportacións documentais ten por obxecto evitar estrataxemas pouco limpas pero tamén rexeita a existencia de posturas formalistas que conduzan á exclusión de licitadores por defectos facilmente emendables.

Igualmente, o TXUE na súa Sentenza de 11 de maio de 2017, C-131/16 sinala que o principio de igualdade de trato non se opón a que unha oferta se poida corrixir ou completarse de maneira puntual, cando sexa evidente que require unha aclaración ou para emendar erros materiais manifestos, coa condición de que non se pode presentar o que constituiría unha nova oferta:

“El principio de igualdad de trato de los operadores económicos (...) no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.”



Na Sentenza de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) especificamente indica 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”.

Debemos salientar a necesidade nestes supostos de ponderar as circunstancias de cada caso en concreto, para poder así determinar a aplicación da doutrina antes mencionada. Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 399/2015:

“ha de reconocerse que no es posible da una respuesta general. En definitiva, es cierto que la entidad contratante no está en todos los casos obligada a requerir aclaración de las ofertas en esta fase del procedimiento cuando las mismas resultan defectuosas, como si ocurre, por el contrario, en el caso de la documentación administrativa o en el caso de ofertas anormales o desproporcionadas, sino que habrá que ponderar si, a la vista de las circunstancias, era razonable el menos a priori suponer que el licitador podía ofrecer una aclaración sin variar su oferta, tal y como exige la doctrina antes señalada. Por el contrario, si la oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente”.

Nesa mesma Resolución xa facíamos especial referencia á Sentenza do Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) na que se conclúe:

“Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia. Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses

públicos. No hay, pues, razón para no aplicar a esta documentación el régimen general de subsanación”

Procede tamén indicar que o Tribunal Supremo en Sentenza de 21.09.2004 (Roj: STS 5838/2004) tamén considera emendable a falla de sinatura na proposición económica razoando ao respecto que:

“no existe un defecto sustancial de falta de presentación de la proposición económica, la omisión de firma es subsanable (...) El criterio expuesto toma en cuenta que una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965 , así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad”.

Así, e analizando xa este caso concreto, o que se mostra ante este Tribunal é que nos atopamos ante unha licitadora que aportou ante o órgano de contratación na súa oferta os elementos necesarios para a súa valoración, se ben acreditados de xeito incorrecto segundo a mesa de contratación, polo que unha posible emenda dese defecto non suporía a modificación da súa oferta, nin por tanto vulneraría o principio de igualdade, xa que o defecto apreciado non cambia, como tal, o contido material do documento en relación coas horas de formación, que é o elemento que necesariamente debe ser obxecto de avaliación.

Polo tanto, debemos concluír que o non conceder o órgano de contratación a posibilidade de emendar ese defecto supuxo unha actuación en exceso formalista e, nese aspecto, non acorde á liberdade de concurrencia dos licitadores.

Neste sentido, o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León, na súa Resolución 32/2018 indica:

“se trataría de que la empresa acreditara el cumplimiento de un requisito que ya existía y cuya concurrencia la Administración no tenía por cierto, esto es, de que aclarara tal indicio, sin que la aportación de dicho documento , como es el informe que posteriormene presentó, implique modificación alguna de la oferta.

Si bien es cierto que la deficiencia en la documentación presentada es imputable exclusivamente a la falta de diligencia de la licitadora, también lo es que deben rechazarse posturas excesivamente formalistas que implique que errores o defectos puramente formales y fácilmente subsanables, impidan adjudicar el contrato a las ofertas económicamente más ventajosas, pues ello determinaría una actuación administrativa excesivamente rigorista y contraria al principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación pública”.

En conclusión, procede estimar parcialmente o recurso presentado e retrotraer o procedemento de licitación ao momento posterior á apertura do sobre C, aos efectos de que polo órgano de contratación se conceda á licitadora un prazo non superior a tres días para a presentación da documentación conforme ao requirimento que ao respecto realice a mesa de contratación.

A este respecto, en relación coa configuración por lotes desta licitación e á vista de que o recurso formulado impugna o acordo global de adxudicación sen individualizar os lotes como correspondería, debemos precisar que a retroacción acordada afecta aos lotes 1 e 2, nos que o recorrente non foi adxudicatario e aos que se refire expresamente na argumentación do recurso indicando que:

“no es entendible que la Administración autonómica objete la firma digital de nuestra documentación relativa a la formación para excluirmos, por este motivo, de la adjudicación de los lotes 1 y 2 del contrato”.

Non afecta ao lote nº 3 conforme ao expresado no fundamento terceiro desta resolución.

E respecto do lote 4 no que o recorrente foi adxudicatario, tras a lectura e análise das condicións desta licitación e tendo en conta o previsto na cláusula A.2 do cadro de características referente á preferencia na adxudicación dos lotes do contrato, aparece como oportuno a tamén retroacción das actuacións aos efectos de proceder á adxudicación que finalmente corresponda nese lote, segundo resulte do conxunto de actuacións a realizar nos lotes 1 e 2, e, no seu caso, da aplicación entón da cláusula mentada.

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

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por KPMG AUDITORES S.L. contra o acordo de adxudicación do contrato de servizo consistente na realización de verificacións administrativa, control de calidade de verificacións administrativas e as verificacións sobre o terreo previstas no artigo 125.5 do regulamento (UE) 1303/2013 relativas a operacións aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desenvolvemento Rexional (FEDER) Galicia 2014-2020 e co Programa Operativo Fondo Social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020 da Consellería de Facenda, cos efectos descritos no último dos fundamentos.

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 del 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.