

Recurso nº 107/2018**Resolución nº 100/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por F.J.M.M. actuando en nombre y representación de KPMG AUDITORES S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicio consistente en la realización de verificaciones administrativas, control de calidad de verificaciones administrativas y las verificaciones sobre el terreno previstas en el artículo 125.5 del reglamento (UE) 1303/2013 relativas a operaciones aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Galicia 2014-2020 y con el Programa Operativo Fondo social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020, expediente FA14/2018 de la Consellería de Hacienda, 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 Consellería de Hacienda se convocó la licitación del contrato de servicio consistente en la realización de verificaciones administrativas, control de calidad de verificaciones administrativas y las verificaciones sobre el terreno previstas en el artículo 125.5 del reglamento (UE) 1303/2013 relativas a operaciones aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Galicia 2014-2020 y con el Programa Operativo Fondo social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020, con un valor estimado declarado de 926.560,80 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 11.06.2018 y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 15.06.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación de 25 de septiembre de 2018.

Cuarto.- En fecha 15.10.2018 KPMG AUDITORES S.L. (KPMG en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 16.10.2018 se reclamó a la Consellería de Hacienda el expediente y el informe a lo que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 19.10.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 22.10.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- Este Tribunal el día 22.10.2018 acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación de los lotes 1 y 2 de la contratación.

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.- El presente recurso se tramitó conforme a 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 fue licitadora en el procedimiento de contratación y su impugnación se fundamenta en la indebida valoración de su oferta, por lo que la hipotética estimación del recurso le supondría la obtención de un beneficio en su esfera jurídica, lo que le otorga interés legítimo para la interposición de este recurso.

Ahora bien, esta licitación está dividida en cuatro lotes, sin que el texto del recurso efectúe distinción expresa entre los distintos lotes de la licitación, pues su pretensión recoge una impugnación global de la adjudicación. Esa omisión en el recurso, referida a individualizar su posición jurídica para cada uno de los lotes, hará

que este Tribunal deba hacer ese análisis respecto de las conclusiones jurídicas a las que se lleguen.

En todo caso, estando aquí analizando la legitimación, podemos avanzar que dado que KPMG no presentó oferta para el lote 3 debemos ya concluir que carece de legitimación ad causam para la impugnación derivada de ese lote, porque ningún beneficio le podría otorgar la posible estimación del recurso. Procede la inadmisión del recurso a los efectos de la impugnación de ese lote 3.

Cuarto.- Dadas las fechas anteriormente referenciadas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato administrativo especial con un valor estimado superior a los 100.000 euros, por lo que el recurso es admisible según lo previsto en el artículo 44 de la LCSP.

Sexto.- KPMG impugna que por la mesa de contratación no se valorara su documentación correspondiente al apartado de formación. Critica que esa decisión de la mesa carece de motivación y que solo telefónicamente se le indicó que el motivo concreto residía en que la documentación presentada para la acreditación de la formación no era original ni copia compulsada como exigía el PCAP, sino que la firma de los documentos consta escaneada y no manuscrita.

A este respecto, el recurrente defiende la originalidad de los documentos, indicando que la autenticidad de la firma digitalizada no fue puesta en entredicho y que los documentos fueron generados de esa manera, sin que exista copia de los mismos.

Séptimo.- El órgano de contratación ratifica en su informe el criterio de la mesa de contratación y se opone, en consecuencia, a los motivos alegados en el recurso.

Señala que el PCAP preveía expresamente que la formación se debería acreditar mediante documentos originales o debidamente compulsados, y que eso no sucede en la documentación presentada por el recurrente, en la que la firma escaneada no permite que esté *“acreditada la autenticidad de la firma de la persona que expidió los certificados”*.

Añade que no hubo indefensión del licitador pues este presentó con anterioridad a la adjudicación un escrito ante la mesa de contratación en el que defendía la autenticidad de los documentos presentados, por lo que en ese momento ya conocía el motivo de que no fueran objeto de valoración.

Octavo.- Expuestos así los términos del debate, lo primero que debemos apuntar es el contenido del PCAP, que en el apartado referido a los criterios de

adjudicación del contrato señala como medio de acreditación de la formación de los miembros del equipo adscritos al contrato, criterio evaluable automáticamente, el siguiente:

“La formación se acreditará mediante diplomas o títulos originales o debidamente compulsados, expedidos por las entidades encargadas de impartir la formación. No se valorará la formación que no esté debidamente acreditada”.

El acuerdo de adjudicación que recoge la puntuación total de los licitadores en los distintos lotes indica:

“Respecto de la formación, solo se puntuó la que estaba debidamente acreditada”

El primer argumento del recurrente se fundamenta en la carencia de motivación de la puntuación otorgada y, por lo tanto, del acuerdo de adjudicación, y que de hecho, solo conoció los defectos apreciados por el órgano de contratación en su oferta a través de conversaciones telefónicas, sin que en el momento de presentación del recurso tenga certeza al respecto.

Pues bien, a juicio de este Tribunal no se puede concluir que la justificación aportada para la valoración de las ofertas sea de la amplitud y claridad necesaria para que un licitador obtenga conocimiento de los motivos de la puntuación otorgada. Hay que tener en cuenta que, si bien nos encontramos ante un criterio de evaluación automática, la documentación aportada por KPMG en su oferta no fue objeto de evaluación, lo que exige que la mesa de contratación justifique adecuadamente los motivos de esa actuación, motivos que solo en ese caso podrán ser discutidos por el licitador afectado. La expresión literal recogida en el acuerdo de adjudicación no es más que una traslación de lo exigido en los pliegos de la licitación y si bien de la misma podría llegar a deducirse el defecto apreciado por el órgano de contratación, lo cierto es que el mismo no consta indicado expresamente, en la concepción más garantista del derecho de defensa.

Ahora bien, como señala el órgano de contratación y reconoce el propio recurrente que acompaña el escrito presentado a este recurso, KPMG presentó con anterioridad al acuerdo de adjudicación alegaciones ante la mesa de contratación defendiendo la validez de los documentos aportados en su oferta y acreditativos de la formación y oponiéndose a los argumentos de la mesa. Por lo que esas alegaciones, si bien no consta en el expediente remitido a este Tribunal que fueran objeto de contestación, sí permiten apreciar que en el momento de interposición de este recurso especial el recurrente conocía los concretos motivos de la puntuación obtenida por su oferta.

Noveno.- Pasando a analizar el fondo de la cuestión expuesta en el recurso, como es la decisión del órgano de contratación de no valorar la documentación aportada por el recurrente respecto al criterio de la formación del personal, debemos en primer lugar exponer las circunstancias que se muestran ante este Tribunal.

Así, nos encontramos ante un criterio de evaluación automática, que otorga según el PCAP *“1 punto a las actividades de formación igual o superior a 20 horas...realizadas dentro de los dos años anteriores..”*, estableciéndose *“un máximo de dos actividades formativas a valorar por cada miembro del equipo verificador”*, con una puntuación máxima total de 20 puntos.

También observamos que por KPMG se presenta una oferta donde constan expresamente recogidas las horas de formación correspondientes a los miembros del equipo técnico. Así aparece además reflejado en el acta nº 2 de la mesa de contratación de fecha 02.08.2018 en la que se recoge el listado de las horas de formación presentadas por cada uno de los licitadores.

En una sesión posterior, la mesa decide no puntuar la documentación presentada por entender que no se aportaron originales ni copias compulsadas, por lo que *“no acreditan de manera fidedigna su autenticidad”*, según expresa en el informe a este recurso.

Por lo tanto, nos encontramos ante una oferta de un licitador que contiene el contenido objeto de puntuación, si bien su forma de presentación no se ajusta, según el órgano de contratación, a las exigencias previstas en el PCAP.

Entonces, debemos examinar primeramente si a la vista de la documentación presentada por la licitadora la actuación de la mesa de contratación al no proceder a la evaluación del criterio de adjudicación fue correcta o si, por el contrario, cabe apreciarla como excesivamente formalista y debió darle al licitador la posibilidad de presentar enmienda al respecto.

Ya en nuestra Resolución 91/2018 analizamos un supuesto similar y en la misma indicábamos los siguientes argumentos que deben ser también plenamente aplicables al supuesto que nos ocupa:

“En este sentido, debemos partir de que el artículo 81.2 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, prevé expresamente la posibilidad de corregir “errores u omisiones enmendables”, si bien refiriéndose exclusivamente a la documentación administrativa.

Ahora bien, el hecho de que este precepto se refiera únicamente a esa documentación no determina necesariamente que imposibilite la enmienda de las ofertas, si bien en este ámbito debe existir un mayor rigor que impida la vulneración del principio de igualdad. Así, la jurisprudencia ha considerado enmendables errores como la firma de la proposición económica (Sentencia del Tribunal Supremo de 06.07.2004) o la representación de quien suscribió la oferta (Sentencia del Tribunal Supremo 09.07.2002). En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la finalidad de la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar estratagemas poco limpias pero también rechaza la existencia de posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente enmendables.

Igualmente, el TJUE en su Sentencia de 11 de mayo de 2017, C-131/16 señala que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta se pueda corregir o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para enmendar errores materiales manifiestos, con la condición de que no se puede presentar lo que constituiría una nueva 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 .”

En la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) específicamente 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 destacar la necesidad en estos supuestos de ponderar las circunstancias de cada caso en concreto, para poder así determinar la aplicación de la doctrina antes mencionada. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su 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”.

En esa misma Resolución ya hacíamos especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) en la que se concluye:

“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 también indicar que el Tribunal Supremo en Sentencia de 21.09.2004 (Roj: STS 5838/2004) también considera enmendable la falta de firma en la proposición económica razonando al 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 estrategias 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, y analizando ya este caso concreto, lo que se muestra ante este Tribunal es que nos encontramos ante una licitadora que aportó ante el órgano de contratación en su oferta los elementos necesarios para su valoración, si bien acreditados de manera incorrecta según la mesa de contratación, por lo que una posible enmienda de ese defecto no supondría la modificación de su oferta, ni por tanto vulneraría el principio de igualdad, ya que el defecto apreciado no cambia, como tal, el contenido material del documento en relación con las horas de formación, que es el elemento que necesariamente debe ser objeto de evaluación .

Por lo tanto, debemos concluir que el no conceder el órgano de contratación la posibilidad de enmendar ese defecto supuso una actuación en exceso formalista y, en ese aspecto, no acorde a la libertad de concurrencia de los licitadores.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en su 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 posteriormente 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 el recurso presentado y retrotraer el procedimiento de licitación al punto posterior a la apertura del sobre C, a los efectos de que por el órgano de contratación se conceda a la licitadora un plazo no superior a tres días para la presentación de la documentación conforme al requerimiento que al respecto realice la mesa de contratación.

A este respecto, en relación con la configuración por lotes de esta licitación y a la vista de que el recurso formulado impugna el acuerdo global de adjudicación sin individualizar los lotes como correspondería, debemos precisar que la retroacción

acordada afecta a los lotes 1 y 2, en los que el recurrente no fue adjudicatario y a los que se refiere expresamente en la argumentación del 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”.

No afecta al lote nº 3 conforme a lo expresado en el fundamento tercero de esta resolución.

Y respecto del lote 4 en el que el recurrente fue adjudicatario, tras la lectura y análisis de las condiciones de esta licitación y teniendo en cuenta lo previsto en la cláusula A.2 del cuadro de características referente a la preferencia en la adjudicación de los lotes del contrato, aparece como oportuno la también retroacción de las actuaciones a los efectos de proceder a la adjudicación que finalmente corresponda en ese lote, según resulte del conjunto de actuaciones a realizar en los lotes 1 y 2, y, en su caso, de la aplicación entonces de la cláusula mentada.

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

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por KPMG AUDITORES S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicio consistente en la realización de verificaciones administrativas, control de calidad de verificaciones administrativas y las verificaciones sobre el terreno previstas en el artículo 125.5 del reglamento (UE) 1303/2013 relativas a operaciones aprobadas para cofinanciar con Programa Operativo Fondo europeo de Desarrollo Regional (FEDER) Galicia 2014-2020 y con el Programa Operativo Fondo Social Europeo (FSE) Galicia 2014-2020 de la Consellería de Hacienda, con los efectos descritos en el último de los fundamentos.

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.