

Recurso nº 97/2019**Resolución nº 102/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 6 de maio de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por ANA NAYA GARCÍA S.L. contra a inadmisión da súa oferta na contratación das actividades necesarias para a prestación do servizo da “Escola infantil municipal de Outeiro de Rei”, expediente 904/2018, do Concello de Outeiro de Rei, 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.- Polo Concello de Outeiro de Rei convocouse a licitación das actividades necesarias para a prestación do servizo da “Escola infantil municipal de Outeiro de Rei”, expediente 904/2018, cun valor estimado declarado de 780.000 euros.

Segundo.- O 12.04.2019 ANA NAYA GARCÍA S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal. O 15.04.2019 solicitouse emenda ao recorrente no referido a súa representación por tres días hábiles, sendo cumprimentado nesa mesma data.

Terceiro.- Con data 15.04.2019 reclamouse ao Concello de Outeiro de Rei 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 24.04.2019.

Cuarto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 25.04.2019, recibíndose as alegacións da empresa AURORA, PILAR Y ANA S.L.

Quinto.- O 24.04.2019 acordouse a medida cautelar de oficio de suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis 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 aos 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.- Presenta o recuso aquel a quen non se lle admitiu a súa proposición para a licitación, polo que ostenta lexitimación.

Cuarto.- O recurso especial xunta o acordo da Xunta de Goberno Local de 21.03.2019 o cal declara a inadmisión da oferta da recorrente, se ben tamén cita que *“a mesa de contratación, por unanimidade dos membros presentes, na sesión celebrada o día 14 de marzo de 2019, acordou inadmitir a oferta presentada por ANA NAYA GARCÍA S.L.”* En todo caso, dado que isto foi notificado o 26.03.2019 o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Impúgnase un acordo de inadmisión dunha proposición nun contrato de servizos de valor estimado superior a 100.000 €, polo que o recurso é admisible.

Sexto.- O recurso expresa o seguinte:

“Se arguye como justificación de la referida exclusión la presentación extemporánea de la oferta por parte de este licitador. Se indica que aunque el

anuncio de presentación sí llegó dentro del plazo (28/2/2019), la documentación física no llegó hasta el día 1/03/19, y consideran que debería entrar por registro antes de la finalización del plazo de presentación establecido (no en el plazo de diez días como se hacía hasta ahora).

Hacen mención al expediente 71/18 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Por tanto, el argumento es que si bien cabe la remisión a través del servicio de Correos no obstante, como la presentación de documentos debe realizarse en el Registro del órgano contratante sólo servirá la presentación por Correos siempre y cuando llegue al registro del órgano contratante dentro del plazo de la convocatoria.”

Considera tamén o recorrente, como argumento a maiores, que esta licitación non permitía a presentación electrónica, e que tal Expediente 71/2018 da Xunta Consultiva é sobre o procedemento aberto simplificado.

Polo tanto, conclúe que dado que non negando o órgano que era posible a presentación por correos e que o prego non recollía unha expresa mención de que necesaria e unicamente cabía a presentación no Rexistro do Concello, ao axustarse ao establecido no artigo 80.4 do Real Decreto 1098/2001 debía ser admitido.

Sétimo.- O acordo da Xunta de Goberno Local de 21.03.2019 contén a seguinte explicación:

“Logo da tramitación do correspondente expediente de licitación, mediante procedemento aberto, do procedemento de licitación do servizo de escola infantil municipal, conséntase a presentación das seguintes ofertas:

AURORA, PILAR Y ANA S.L.

ANA NAYA GARCÍA S.L.

Advírtese que a oferta presentada por ANA NAYA GARCÍA S.L, se ben anunciou a súa presentación dentro do prazo de licitación (28/2/2019), tivo entrada no rexistro municipal fora de dito prazo:

A xunta consultiva de contratación administrativa, na resolución do expediente 71/18, de 10 de outubro de 2018, ditaminou:

“La presentación de la documentación física correspondiente a las proposiciones de los licitadores, en los casos en que sea posible conforme a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberá hacerse necesariamente en el registro establecido en el anuncio de la licitación y sólo será eficaz si se realiza ante este registro antes de la finalización del plazo de presentación establecido”.

Polo tanto, dende a entrada en vigor da Lei 9/2017, de 8 de novembro, xa non está en vigor a previsión da anterior lexislación contractual que permitía a remisión do anuncio de presentación sempre que a oferta chegase dentro dos dez días naturais seguintes.

Por tal motivo, a mesa de contratación, por unanimidade dos membros presentes, na sesión celebrada o día 14 de marzo de 2019, acordou inadmitir a oferta presentada por ANA NAYA GARCÍA S.L.”

O primeiro que debemos significar é que non compartimos a interpretación que fai o órgano de contratación do informe 71/2018 da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, interpretación reiterada nas alegacións presentadas pola empresa adxudicataria.

Da lectura dese informe aparece claramente que a súa conclusión vai referida ao procedemento aberto simplificado e chega á mesma porque existe unha referencia legal explícita, a do artigo 159.4.c), a que as proposicións dos licitadores no seo dese específico procedemento deberán presentarse “necesaria e unicamente” no rexistro indicado no anuncio de licitación, especificidade, sexa dito, amparada no carácter simplificado e temporalmente acurtado deste procedemento, non propio do aberto en cambio. Por outro lado, incluso así recomenda expresar no prego as consecuencias da súa non atención.

Esta consideración non só aparece da lectura de tal informe senón que existen elementos evidentes que o ratifican como que a pregunta que se lle formulara fora sobre tal procedemento simplificado, que sexa neste onde existe esa referencia legal do artigo 159.4.c), que se aluda novamente a este simplificado cando recolle “*Esta obligación tajante que establece la ley en el procedimiento abierto simplificado...*”, non noutro polo tanto, e pola remisión e reprodución que se fai ao Informe 28/2018 da mesma Xunta Consultiva, onde a parte reproducida deste estaba referido exclusivamente ao procedemento aberto simplificado e ao artigo 159.4.c) -apartado VII de tal informe, páxinas 7 e 8-.

Descartado entón tal camiño interpretativo pois non estamos nese procedemento simplificado, isto xa podería amparar a estimación do recurso, posto que ese foi o único motivo no que se fundamenta o acordo de exclusión, como vimos anteriormente.

Unamos a isto que ningún precepto da LCSP 9/2017 se nos traslada para entender imposibilitado no procedemento aberto, cando a presentación non é telemática – pois con esta o debate carecería de virtualidade-, a posibilidade da presentación por correos e entón da aplicabilidade do artigo 80.4 do Real Decreto 1098/2001.

Neste sentido, non é indiferente comezar reflexionando sobre que o principio de concorrência é un alicerce na contratación pública e que esta licitación non permitía a presentación electrónica das ofertas, que é a clara regra xeral na LCSP na súa Disposición adicional décimo quinta, sobre o que non procede pronunciarse pois non foi impugnado no seu momento nin o é en si mesmo agora, pero si é preciso indicalo para significar que o Concello se aparta xa do réxime xeral de presentación previsto na normativa.

Aquí entón é oportuno expresar que de someterse este procedemento a tal regra xeral telemática, os licitadores poderían presentar as súas proposicións sen necesidade de acudir fisicamente ao Rexistro do Concello, polo que dificilmente sería axustado ao principio de concorrência que non someterse ao que tal regra xeral implicaría poida derivar nun resultado claramente restritivo para ese principio, onde non caiba nin a presentación por correos.

Pero é que ademais as condicións da licitación sempre deben ser interpretadas en base a que a súa aplicación leve a un cumprimento do ordenamento, como é lóxico, e que as mesmas sexan coherentes entre si.

O PCAP recollía o seguinte:

“15.- PRAZO E LUGAR DE PRESENTACIÓN DE PROPOSICIÓNS

Os licitadores presentarán as súas proposicións no Rexistro Xeral do Concello de Outeiro de Rei dentro do prazo de TRINTA E CINCO DÍAS NATURAIS contados desde a publicación expresada no apartado anterior.

Con todo, se o último día do prazo fose inhábil este entenderase prorrogado ao primeiro día hábil seguinte.”

O primeiro que se observa dos mesmos é que non se recolle unha literalidade clara e expresa impeditiva do envío postal, para que un licitador dilixente puidera entender que o que permite a normativa e práctica das licitacións da presentación por correos estaba aquí impedida, e máis cando, como acabamos de ver, o Concello non se acollía á regra xeral actual da opción telemática, nin existe para o procedemento aberto un precepto como o artigo 159.4.c), nin o quixo introducir o lexislador.

Na nosa Resolución TACGal 87/2018 expresabamos:

“Hai que ter en conta tamén que o fixar un lugar concreto para a presentación das ofertas é unha excepción ao réxime ordinario establecido para o envío de documentación ás Administracións Públicas, polo que, como elemento que pode incidir no principio de concorrencia, impón aos licitadores unha carga adicional, polo que a concreta publicidade desa obriga é especialmente relevante, así como a súa exactitude da información de buscarse esta concreción.”

En realidade, non é só isto, senón que ese licitador dilixente o que maiores podía observar no PCAP é unha referencia explícita á aplicabilidade do Real Decreto 1098/2001 pois é textualmente citado e traído no apartado 5 PCAP, como propio do réxime xurídico para este procedemento de adxudicación. Aínda a maiores, o certo é que se acudimos á publicidade desta licitación, concretamente na Plataforma de Contratación do Sector Público (expediente 904 na mesma), dentro do apartado dese anuncio sobre “Recepción de Ofertas” hai un subapartado sobre “Dirección Postal”, onde a consecuencia lóxica dun lector disto é que entón cabe a presentación postal, precisamente.

Como tamén dicíamos naquela Resolución 87/2018:

“Pero ademais, como sinala o recorrente no seu escrito de impugnación, de existir disfuncións na información facilitada polo órgano de contratación aos licitadores, esa deficiencia non pode actuar no seu prexuízo, pois suporía quebrantar os principios de boa fe e confianza lexítima. Non cabe aceptar neste sentido que un licitador dilixente deba comprobar que a información facilitada polo órgano de contratación a través do anuncio é, a súa vez, congruente co propio contido do PCAP.”

A este respecto, xa indicabamos na nosa anterior Resolución 15/2018 do TACGal:

“Dada a importancia deste prazo, é importante que as diferentes formas de publicidade tendan á identidade plena, pois un licitador pode acceder á información

por calquera delas, non tendo que consultar todas elas para poder entón ter unha idea definitiva do que se quere transmitir. Esta circunstancia non opera entón a favor da postura municipal de inadmisión da oferta presentada.”

Pero ademais hai que ter en conta que o artigo 14 da Lei 43/2010, de 30 de decembro, do servizo postal universal, dos dereitos dos usuarios e do mercado postal, establece con claridade que a presentación nunha oficina de correos equivale á realizada no rexistro administrativo á que se dirixa a comunicación, polo que tamén por esta vía e ante a falta dunha mención expresa do prego impeditiva desta presentación postal, fai inviable amparar un resultado contrario ao principio de concorrência:

“Artículo 14. Derecho de presentación de escritos dirigidos a las Administraciones Públicas.

Los usuarios tendrán derecho a presentar solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidas a las Administraciones Públicas, en los términos y a los efectos previstos en el artículo 38.4.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, únicamente a través de las oficinas del operador designado para la prestación del servicio postal universal, que deberá recibirlos y dirigirlos al destinatario con carácter preferente y acreditar, a solicitud del interesado, tanto su presentación en las citadas oficinas como su entrega en destino, con expresa mención de la fecha y hora en que se produzcan ambos eventos.

Esta presentación surtirá los mismos efectos que en el registro del órgano administrativo al que se dirijan.”

Unha vez mostrado que nin a razón dada polo órgano de contratación para a exclusión cabe ser acollida, nin se aporta precepto legal para permitir interpretar o prego conforme se pretende para defender a exclusión, nin tampouco que un licitador dilixente puidera entender impedida a presentación por correos, é evidente que, unha vez chegados a ese punto, unha presentación por correos que se axusta a tal artigo 80.4 do RD 1098/2001, que é o que regula isto, non podía ser inadmitida impedindo a concorrência neste procedemento de adxudicación, que, como principio básico da contratación pública, debe ser unha guía para interpretación da norma no suposto, en todo caso.

De feito, se a intención do Concello era establecer, nun ámbito tan transcendental para una licitación como a forma de presentación das ofertas, un réxime diferente ao xeral e legalmente previsto, debeuno fixar dunha forma clara e

destacada e con plena coherencia co resto de apartados e no anuncio da licitación, para que un licitador dilixente e suficientemente informado puidese ser coñecedor desa característica e ate recorrela por tal afastamento. Só a efectos exemplificativos non vemos, por exemplo, nos pregos os termos “necesaria e unicamente” como recolle o artigo 159.4.c), se a súa intención era acoller ese réxime tan limitativo e, polo tanto, ate cuestionable na súa viabilidade xurídica. Non sendo así, o prego debe ser interpretado para que se axuste a tal réxime xurídico vixente e principios da contratación.

En conclusión, acollemos a pretensión do recorrente de que se revogue a exclusión decretada. Agora ben, sendo certo que existen supostos nos que é posible permitir unha retroacción do procedemento aos efectos de valorar, de forma separada, unha oferta que se reincorpora á licitación como consecuencia dunha decisión de revisión ulterior, neste caso esa retroacción é imposible, posto que a oferta técnica da outra licitadora existente non foi obxecto de valoración, senón que simplemente se constatou “o cumprimento dos requisitos de admisión”, tal e como consta no acordo de adxudicación, e xa se produciu lóxicamente á apertura da súa oferta económica.

Polo tanto, neste momento do procedemento e non sendo posible a valoración do sobre B dunha oferta unha vez se ten coñecemento do contido do sobre C, posto que quebrantaríanse os principios esenciais que rexen toda licitación pública, como son o de igualdade e libre concorrência, este Tribunal só pode acordar a anulación da licitación. Efectivamente a particularidade do caso é que a inclusión da recorrente implicaría valorar o sobre B non só deste senón tamén do que fora declarado adxudicatario, sobre a que acabamos de ver que abriron os seus sobres pero que non se lle puntuaron por ser a única que quedaba. Así non é posible que a esta se lle valore o seu sobre B coñecendo xa o contido do seu sobre C, ao que hai que engadir que a oferta técnica do recorrente se puntuaría cando os sobres B e C daquel outro licitador están abertos pero, sobre todo, sen puntuar, polo que todo iso impide garantir os principios da contratación nesa valoración das ofertas técnicas, os sobres B.

En igual sentido e consecuencia anulatoria, a Resolución TACGal 23/2018, 118/2018 ou 32/2019. Tal criterio tamén é seguido por outros Tribunais de Recursos Contractuais. A modo de exemplo: Resolución TACRC 342/2017 ou 423/2018, Resolución 328/2017 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resolución 183/2017 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía, Resolución 157/2018 do Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi, Resolución 214/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias, Resolucións 227 e 259/2018 do Tribunal Catalán de Contratos do Sector

Público ou Resolución 18/2017 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por citar algunhas recentes.

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

1. **Estimar** o recurso interposto por ANA NAYA GARCÍA S.L. contra a inadmisión da súa oferta na contratación das actividades necesarias para a prestación do servizo da “Escola infantil municipal de Outeiro de Rei”, expediente 904/2018, segundo o explicitado no fundamento último desta Resolución, con anulación da adxudicación e do procedemento de licitación.

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.