

Recursos acumulados nº 123 e 124/2018 (acumulados)**Resolución nº 116/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 30 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.A.S.P., recurso 123/2018, e por D. J.J.C., recurso 124/2018, ambos contra o acordo de exclusións das súas ofertas do lote 15 no procedemento de licitación do contrato de servizo de traslado de persoal sanitario dende centros dependentes da Xerencia de Xestión Integrada de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos, do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-EIL-1-18-007, 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 Xerencia de Xestión Integrada de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos, do Servizo Galego de Saúde (Xerencia da EOXI, en adiante) convocouse a licitación do contrato de servizo de traslado de persoal sanitario, cun valor estimado declarado de 2.520.710,00 euros, dividido en 22 lotes.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia e no perfil do contratante o día 13.09.2018.

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.- D. J.A.S.P e D. J.J.C impugnan o acordo de data 26.10.2018, notificadas aos recorrente o 30.10.2018, que decide a súa exclusión do lote 15 deste procedemento de licitación por desvelar na documentación do sobre A datos correspondentes á súa oferta. Concretamente se sinala:

“en la declaración de compromiso de adscripción de medios se desvelan datos relativos a la oferta, al aportar información del vehículo con el que se va a prestar el servicio (marca y matrícula), incumpliendo lo estipulado en la cláusula 4.1.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares que prevé: “el contenido de los sobres deberá ajustarse a lo señalado en las cláusulas 4.3 a 4.4; el incumplimiento de lo anterior, incluyendo en el sobre A documentación que deba constar en el sobre B, dará lugar a la exclusión del licitador del procedimiento”

Cuarto.- O 14.11.2018, J.A.S.P., recurso 123/2018, e D. J.J.C. interpuxeron sendos recurso especial en materia de contratación a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- O mesmo 14.11.2018 reclamouse á Xerencia da EOXI 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 22.11.2018.

Sexto.- Mediante Resolución de 15.11.2018 decídese a acumulación dos recursos 123/2018 e 124/2014.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 22.11.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- O 21.1.2018 o TAGCal decide a adoptar a medida cautelar de suspensión do procedemento, no tocante ao lote 15.

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.- Os recorrentes son os directamente excluídos pola decisión da mesa de contratación, polo que a súa lexitimación é palpable.

Cuarto.- Segundo as datas sinaladas anteriormente, os recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Tratándose dun acordo de exclusión adoptado na licitación dun contrato de servizos por importe superior a 100.000, o recurso é admisible.

Sexto.- Ambos recorrentes no seu escrito de impugnación alegan que non incluíu no sobre A documentación que debiera constar no sobre B, xa que neste o que se pedía era a antigüidade do vehículo a través do permiso de circulación, non a súa matrícula que nada revela ao respecto.

Sétimo.- O órgano de contratación, no seu informe, ratifícase na corrección da exclusión decretada, significando que era claro cal era o contido a aportar co sobre A, no referente á declaración de compromiso de adscrición de medios.

Oitavo.- O primeiro ao que debemos facer referencia é ao contido do PCAP, que nas súas cláusulas 4.3 e 4.4 refiren a documentación a presentar polos licitadores.

Así, a cláusula 4.3 describe así a declaración de compromiso de adscrición de medios, a incluír no sobre A :

“(…)

c) declaración de compromiso de adscrición de medios: los licitadores deberá aportar una declaración, con el compromiso de adscribir, como mínimo, a la ejecución del contrato, los medios personales y materiales, atendiendo al artículo 76.2 de la LCSP. Los medios materiales y personales mínimos que se deben adscribir al contrato son los recogidos en la cláusula 3 y 4 del pliego de prescripciones técnicas.”



As cláusulas 3 PPT recollían esixencias para o vehículo como:

“Los vehículos deberán cumplir en todo momento los requisitos leales necesarios para la circulación y prestación de los servicios contratados (estar homologado, contar con los permisos y autorizaciones correspondientes, cumplir con las revisiones técnicas periódicas obligatorias...) y contar con el equipamiento exigido por la normativa de transporte público (extintor de fuegos, cinturones de seguridad, herramientas para la atención y mantenimiento del vehículo, etc.); en el caso de que el vehículo comprometido fuese un vehículo de transporte sanitario, el mismo deberá ser de la modalidad prevista para el traslado de personal y material sanitario de acuerdo con la normativa sectorial.

(...)

Los vehículos adscritos al servicio deberán cumplir, en materia medioambiental relativa a la emisión de CO2 con lo establecido por la normativa europea y, en caso de cambio de vehículo, el nuevo vehículo deberá cumplir con el requisito de emitir menos de 130 gr/km de CO2.”

Por outra banda, a cláusula 4.4 PCAP, relativa á documentación a incluír no sobre B establece:

“(…)

Anexo IV debidamente cubierto y firmado por quien represente al licitador en el presente expediente, en el que deberá marcar con una X las características que presente el vehículo que vaya a adscribir a la prestación del servicio para el lote correspondiente, en lo relativo a:

Antigüedad del vehículo (años): deberá indicar los años que tiene el vehículo contados desde la fecha de matriculación del vehículo.

Deberá acompañarse necesariamente del permiso de circulación del vehículo, debiendo coincidir la fecha que figure en ésta como de primera matriculación del vehículo con la reseñada en apartado antigüedad del Anexo IV (de lo contrario, prevalecerá la que figure en el permiso de circulación).

Ademais, a cláusula 4.1.6 expresaba:

“El contenido de los sobres deberá ajustarse a lo señalado en las cláusulas 4.3 y 4.4; el incumplimiento de lo anterior, incluyendo en el sobre A documentación que

deba de constar en el sobre B, dará lugar a la exclusión del licitador del procedimiento.”

Outro dato que tamén consideramos de sumo interese para o debate é que só había dous sobres, o A e o B, ou dito doutra forma, que na mesma non había criterios suxeitos a xuízos de valor, só criterios avaliáveis de forma automática, mediante fórmulas. Dentro destes, o peso máis importante era o da oferta económica (70 sobre 100), sendo a antigüidade puntuable ate un máximo de 10 puntos. Concretamente, no referido á antigüidade do vehículo os puntos se outorgan automaticamente segundo o tramo de anos que estea este incluído.

Con todas estas referencias dos pregos e a propia configuración da licitación, temos que resolver o debate presentado, para o cal, como expresamos en varias ocasións, *“este TACGal, como xa avanzamos na nosa Resolución 24/2018, considera que, en aras aos bens xurídicos que se dan na licitación, e no equilibrio e proporcionalidade que se debe buscar nos mesmos, a literalidade é un valor, sen dúbida, especialmente relevante pero sempre ligado a unha interpretación conforme en relación, tanto ao conxunto das condicións da concreta licitación, para que sexa unha totalidade coherente entre si, como en relación con aqueles bens xurídicos e mandatos normativos que non se poden desatender”* (Resolución TACGal 45/2018).

Sobre a problemática referida a adiantar información nun sobre equivocado xa ditamos varias Resolucións, onde expresamos que non cabe un directo automatismo de que toda anticipación implique necesariamente o efecto máis gravoso da exclusión, senón que hai que analizar, no caso concreto, a transcendencia desa incorreccións dentro dos principios da licitación e en relación á concreta configuración dese procedemento de adxudicación.

Neste punto interesa lembrar que a maior concorrencia posible é un principio tamén transversal na contratación pública, S. TXUE 23.10.2009, *Consorzio Nazionales Interuniversitario per le Scienze del Mare*, C-305/08:

“ El Tribunal de Justicia ha declarado que uno de los objetivos de las normas comunitarias en materia de contratos públicos es la apertura a la competencia más amplia posible (véase, en particular, en este sentido, la sentencia Bayerischer Rundfunk y otros, antes citada, apartado 39) y que redunde en interés del Derecho comunitario que se garantice la participación más amplia posible de licitadores en una licitación (sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, Rec. p. I-0000, apartado 26). A este respecto, es necesario añadir que dicha apertura a la



competencia más amplia posible se pretende no únicamente en aras del interés comunitario en materia de libre circulación de bienes y servicios, sino también en interés de la propia entidad adjudicadora implicada, que dispondrá así de una elección más vasta en cuanto a la oferta más ventajosa y mejor adaptada a las necesidades de la colectividad pública de que se trate (véase, en este sentido, por lo que respecta a las ofertas anormalmente bajas, la sentencia de 15 de mayo de 2008, SECAP y Santorso, C-147/06 y C-148/06, Rec. p. I-3565, apartado 29)."

A Sentenza da Sala do Contencioso-administrativo da Audiencia Nacional de 6 de novembro de 2012, recurso contencioso 92/2012, advirte da improcedencia da exclusión automática, por ser excesivamente formalista e contrario ao principio de libre concorrência:

"resulta excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia, también formulado en el art. 1 de la Ley, pues ha de ser interpretada a la luz de los preceptos mencionados que justifican el carácter secreto de las proposiciones, lo que exige la comprobación de que esa actuación realmente ha vulnerado el secreto y ha podido influir en la valoración de los criterios cuantificables mediante fórmula".

O Consello de Estado segue ese criterio no seu ditame 670/2013, de 11 de xullo de 2013:

"Del sucinto examen realizado cabe colegir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erróneamente información propia de un sobre en otro distinto), en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato".



Na Resolución TACGal 14/2018 expresamos:

“...hoxe non rexe unha visión tan automatista sobre que toda confusión nos sobres obriga á exclusión de ofertas que incorreran nese suposto, pois impera a liña que obriga a ponderar as circunstancias do caso. ...

Mostra da liña actual son referencias coma as contidas na Resolución 67/2018 do TACRC de que:

“Precisamente por ser ésta la razón de ser de tan drástica medida, ésta no puede acordarse de manera automática, prescindiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012 –Rj SAN 5035/2012–), y, así, hemos venido negando su pertinencia en los casos en los que no se haya comprometido la objetividad en la evaluación de los criterios subjetivos por ser la información suministrada a destiempo intrascendente (cfr.: Resolución 89/2015), además de en los supuestos –obvios– en los que los interesados se han limitado a cumplir lo exigido en los Pliegos (cfr.: Resolución 1108/2015) o éstos, por su ambigüedad, han propiciado la indebida revelación de la oferta (cfr.: Resolución 254/2012)”

(...)

Por outra banda, informes como o nº12/2013, de 22 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, tamén chamaron a atención en que o máis relevante é analizar se esa anticipación de documentación afectou aos principios da licitación pública (na mesma dirección Informe 8/2014 Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña). Destacamos como se recalcaba que a problemática máis cualificada é anticipar aspectos da oferta económica, en canto que pode influír na valoración dos sometidos a xuízos de valor:

“La razón de ser, de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios.

...

La exclusión de los licitadores que incluyan información evaluable mediante formulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor es automática,...

...

Como puso de relieve esta Junta en su Recomendación 1/2011, de 6 de abril, es necesario que los pliegos que rigen la contratación contemplen adecuadamente las exigencias relativas al secreto y publicidad de las ofertas, de manera que no se genere confusión a los licitadores por ambigüedad o falta de claridad en los mismos”

Nesta liña a Resolución TACRC 114/2015, ante o debate de se “la inclusión de documentación del sobre B en el sobre A hubiera debido suponer la exclusión del licitador” revoga tal exclusión porque “Estima este Tribunal, por tanto, que incluso en el hipotético supuesto de que se hubiera podido considerar incorporado alguna información en el sobre 1 correspondiente al sobre 2, relativo a criterios que dependen de un juicio de valor, no se infringe con ello en este caso los artículos 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo y 145.2 y 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sobre el secreto de las proposiciones, ni el principio de igualdad de los licitadores, citados con anterioridad. Como consecuencia de ello, procede la estimación de este motivo del recurso”.

Dito o anterior, retomamos aquí a mención de que estamos perante unha licitación no que non hai criterios sometidos a xuízos de valor, que é onde ten maior dimensión a problemática de anticipar información, concretamente no referido a que na avaliación do sometido a xuízos de valor inflúan datos que só se coñecen con posterioridade, co sobre C, sobre a oferta económica.

Tamén na nosa Resolución 14/2018 indicabamos expresamente como a problemática tiña cualificada incidencia entre os chamados sobres B e C:

“Por outra banda, informes como o nº12/2013, de 22 de maio, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, tamén chamaron a atención en que o máis relevante é analizar se esa anticipación de documentación afectou aos principios da licitación pública (na mesma dirección Informe 8/2014 Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña). Destacamos como se recalcaba que a



problemática máis cualificada é anticipar aspectos da oferta económica, en canto que pode influír na valoración dos sometidos a xuízos de valor:

“La razón de ser, de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer la oferta económica y demás criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar que ese conocimiento pueda influenciar en la valoración a realizar mediante criterios sujetos de valor, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de estos criterios”.

Se no presente caso a antigüidade, e demais criterios, eran puntuables de forma directamente matemática ou automática, non se nos traslada como unha anticipación da información sobre o tempo que ten o vehículo podía influír nisto, o cal nos afasta de avalar a postura tan restritiva para o principio de concorrencia como a da exclusión dun licitador.

Ao anterior, e a efectos de esgotar a cuestión, debemos unir que o feito de que o dato ao que se achaca anticipación de información non era directamente un sobre a antigüidade, senón un elemento, a matrícula, que requiría dunha vontade de pescuda para, en base a esta, sacar da mesma a referida antigüidade. Desta idea tamén participa a Resolución 848/2018 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, cando explica:

“Pues bien, la anticipación de información, de darse, como reconoce el órgano de contratación, no surge clara, directa e inmediatamente de los datos contenidos en la parte de la oferta relativa a los criterios evaluables mediante juicio de valor, la marca y modelo expresamente exigidos por el PPT como contenido de la oferta técnica, sino de una posible investigación ulterior, de la realización de una expresa búsqueda a través de Internet con tal objeto, que así lo permitiría. Así resulta que, en ningún momento las recurrentes han anticipado al órgano de contratación datos, sino que sería el propio órgano de contratación, si llegase a realizar esas posibles operaciones ulteriores de investigación, el que podría hipotéticamente llegar a conocerlos.

No ha existido por tanto anticipación de los datos en la oferta por los licitadores, sino la posibilidad incierta de su deducción mediante operaciones ulteriores que tengan en cuentas datos no obrantes en aquellas ofertas.”

Tamén incorporar a reflexión de que no sobre B o documento que debía acompañarse, e por tanto, o que outorgaba fehaciencia sobre a antigüidade, era o permiso de circulación do vehículo – de feito, aínda que non sexa frecuente, non é

imposible que poida existir cambios na matrícula nun vehículo, de aí esa petición dese permiso-, o que non foi anticipado no sobre primeiro. A cláusula 4.4 PCAP, referida ao sobre B, establecía ao respecto: *“Deberá acompañarse necesariamente del permiso de circulación del vehículo, debiendo coincidir la fecha que figure en ésta como de primera matriculación del vehículo con la reseñada en apartado antigüedad del Anexo IV (de lo contrario, prevalecerá la que figure en el permiso de circulación)”*.

En virtude do dito, procede estimar os recursos e anular as exclusións dos recorrentes, manténdose a tales efectos a validez daqueles actos e trámites cuxo contido permanecería igual de non cometerse a infracción.

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 D. J.A.S.P., recurso 123/2018, e por D. J.J.C., recurso 124/2018, ambos contra o acordo de exclusións das súas ofertas do lote 15 no procedemento de licitación do contrato de servizo de traslado de persoal sanitario dende centros dependentes da Xerencia de Xestión Integrada de Lugo, Cervo e Monforte de Lemos, do Servizo Galego de Saúde, expediente AB-EIL-1-18-007, e anular tales exclusións.

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.