XUNTA DE GALICIA

TACGal
Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Recursos acumulados nº 123 y 124/2018 (acumulados)

Resolución nº 116/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.A.S.P., recurso 123/2018, y por D. J.J.C., recurso 124/2018, ambos contra el acuerdo de exclusión de sus ofertas del lote 15 en el procedimiento de licitación del contrato de servicio de traslado de personal sanitario desde centros dependientes de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos, del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-EIL-1-18-007, 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 Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos, del Servicio Gallego de Salud (Gerencia de la EOXI, en adelante) se convocó la licitación del contrato de servicio de traslado de personal sanitario, con un valor estimado declarado de 2.520.710,00 euros, dividido en 22 lotes.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia y en el perfil del contratante el día 13.09.2018.

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).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- D. J.A.S.P y D. J.J.C impugnan el acuerdo de fecha 26.10.2018, notificado a los recurrentes el 30.10.2018, que decide su exclusión del lote 15 de este procedimiento de licitación por desvelar en la documentación del sobre A datos correspondientes a su oferta. Concretamente se señala:

> *"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.- El 14.11.2018, J.A.S.P., recurso 123/2018, y D. J.J.C. interpusieron sendos recursos especiales en materia de contratación a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

Quinto.- El mismo 14.11.2018 se reclamó a la Gerencia de la EOXI el expediente y el informe 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). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 22.11.2018.

Sexto.- Mediante Resolución de 15.11.2018 se decide la acumulación de los recursos 123/2018 y 124/2014.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 22.11.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- El 21.1.2018 el TAGCal decide adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento, en lo referido al lote 15.

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.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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.- Los recurrentes son los directamente excluidos por la decisión de la mesa de contratación, por lo que su legitimación es evidente.

Cuarto.- Según las fechas señaladas anteriormente, los recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Tratándose de un acuerdo de exclusión adoptado en la licitación de un contrato de servicios por importe superior a 100.000, el recurso es admisible.

Sexto.- Ambos recurrentes en su escrito de impugnación alegan que no incluyeron en el sobre A documentación que debía constar en el sobre B, ya que en este lo que se pedía era la antigüedad del vehículo a través del permiso de circulación, no su matrícula que nada revela al respecto.

Séptimo.- El órgano de contratación, en su informe, se ratifica en la corrección de la exclusión decretada, significando que era claro cuál era el contenido a aportar con el sobre A, en lo referente a la declaración de compromiso de adscripción de medios.

Octavo.- Lo primero a lo que debemos hacer referencia es al contenido del PCAP, que en sus cláusulas 4.3 y 4.4 refieren la documentación a presentar por los licitadores.

Así, la cláusula 4.3 describe así la declaración de compromiso de adscripción de medios, a incluir en el sobre A :

"(...)

c) declaración de compromiso de adscripción 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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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."

Las cláusulas 3 PPT recogían exigencias para el 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 otra parte, la cláusula 4.4 PCAP, relativa a la documentación a incluir en el 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).

Además, la 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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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

Otro dato que también consideramos de sumo interés para el debate es que solo había dos sobres, el A y el B, o dicho de otra forma, que en la misma no había criterios sujetos a juicios de valor, solo criterios evaluables de forma automática, mediante fórmulas. Dentro de estos, el peso más importante era el de la oferta económica (70 sobre 100), siendo la antigüedad puntuable hasta un máximo de 10 puntos. Concretamente, en lo referido a la antigüedad del vehículo los puntos se otorgan automáticamente según el tramo de años en que esté este incluido.

Con todas estas referencias de los pliegos y la propia configuración de la licitación, tenemos que resolver el debate presentado, para lo cual, como expresamos en varias ocasiones, *"este TACGal, como ya avanzamos en nuestra Resolución 24/2018, considera que, en aras a los bienes jurídicos que se dan en la licitación, y en el equilibrio y proporcionalidad que se debe buscar en los mismos, la literalidad es un valor, sin duda, especialmente relevante pero siempre ligado a una interpretación conforme en relación, tanto al conjunto de las condiciones de la concreta licitación, para que sea una totalidad coherente entre sí, como en relación con aquellos bienes jurídicos y mandatos normativos que no se pueden desatender"* (Resolución TACGal 45/2018).

Sobre la problemática referida a adelantar información en un sobre equivocado ya dictamos varias Resoluciones, donde expresamos que no cabe un directo automatismo de que toda anticipación implique necesariamente el efecto más gravoso de la exclusión, sino que hay que analizar, en el caso concreto, la trascendencia de esa incorrección dentro de los principios de la licitación y en relación a la concreta configuración de ese procedimiento de adjudicación.

En este punto interesa recordar que la mayor concurrencia posible es un principio también transversal en la contratación pública, S. TJUE 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 redunda 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,

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

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).”

La Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de noviembre de 2012, recurso contencioso 92/2012, advierte de la improcedencia de la exclusión automática, por ser excesivamente formalista y contraria al principio de libre concurrencia:

“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”.

El Consejo de Estado sigue ese criterio en su dictamen 670/2013, de 11 de julio 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”.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

En la Resolución TACGal 14/2018 expresamos:

"...hoy no rige una visión tan automatista sobre que toda confusión en los sobres obliga a la exclusión de ofertas que incurrieran en ese supuesto, pues impera la línea que obliga a ponderar las circunstancias del caso. ...

Muestra de la línea actual son referencias como las contenidas en la Resolución 67/2018 del 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 otra parte, informes como el nº12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, también llamaron la atención en que lo más relevante es analizar si esa anticipación de documentación afectó a los principios de la licitación pública (en la misma dirección Informe 8/2014 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña). Destacamos como se recalcaba que la problemática más cualificada es anticipar aspectos de la oferta económica, en cuanto que puede influir en la valoración de los sometidos a juicios 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.*
>
> *...*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

> *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"*

En esta línea a Resolución TACRC 114/2015, ante el debate de si "la inclusión de documentación del sobre B en el sobre A hubiera debido suponer la exclusión del licitador" revoca 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".

Dicho lo anterior, retomamos aquí la mención de que estamos ante una licitación en la que no hay criterios sometidos a juicios de valor, que es donde tiene mayor dimensión la problemática de anticipar información, concretamente en lo referido a que en la evaluación de lo sometido a juicios de valor influyan datos que solo se conocen con posterioridad, con el sobre C, sobre la oferta económica.

También en nuestra Resolución 14/2018 indicábamos expresamente como la problemática tenía cualificada incidencia entre los llamados sobres B y C:

> *"Por otra parte, informes como el nº12/2013, de 22 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, también llamaron la atención en que lo más relevante es analizar si esa anticipación de documentación afectó a los principios de la licitación pública (en la misma dirección Informe 8/2014 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña). Destacamos como se recalcaba que la problemática más cualificada es anticipar aspectos de la oferta*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

económica, en cuanto que puede influir en la valoración de los sometidos a juicios 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".*

Si en el presente caso la antigüedad, y demás criterios, eran puntuables de forma directamente matemática o automática, no se nos traslada cómo una anticipación de la información sobre el tiempo que tiene el vehículo podía influir en esto, lo cual nos aleja de avalar la postura tan restrictiva para el principio de concurrencia como la de la exclusión de un licitador.

A lo anterior, y a efectos de agotar la cuestión, debemos unir que el hecho de que el dato al que se achaca anticipación de información no era directamente uno sobre la antigüedad, sino un elemento, la matrícula, que requeriría de una voluntad de pesquisa para, en base a esta, sacar de la misma la referida antigüedad. De esta idea también participa la Resolución 848/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, cuando 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."*

También incorporar la reflexión de que en el sobre B el documento que debía acompañarse, y por tanto, lo que otorgaba certeza sobre la antigüedad, era el permiso de circulación del vehículo – de hecho, aunque no sea frecuente, no es imposible que

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

puedan existir cambios en la matrícula en un vehículo, de ahí esa petición de ese permiso-, lo que no fue anticipado en el sobre primero. La cláusula 4.4 PCAP, referida al sobre B, establecía al 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 virtud de lo dicho, procede estimar los recursos y anular las exclusiones de los recurrentes, manteniéndose a tales efectos la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido permanecería igual de no cometerse la infracción.

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 interpuesto por D. J.A.S.P., recurso 123/2018, y por D. J.J.C., recurso 124/2018, ambos contra el acuerdo de exclusión de sus ofertas del lote 15 en el procedimiento de licitación del contrato de servicio de traslado de personal sanitario desde centros dependientes de la Gerencia de Gestión Integrada de Lugo, Cervo y Monforte de Lemos, del Servicio Gallego de Salud, expediente AB-EIL-1-18-007, y anular tales exclusiones.

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 dar 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 jurisdición contencioso-administrativa.