

Recursos nº 140/2018 e 144/2018 (acumulados)**Resolución nº 131/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 20 de decembro de 2018.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por D. J.C.O. actuando en nome e representación de EMPRESA MONFORTE SAU contra ao acordo de exclusión da súa oferta nos lotes 1 e 2 (recurso 140/2018), e contra o acordo de declaración de deserto do lote 2 (recurso 144/2018), do procedemento de licitación dun contrato de subministración de vehículos mediante arrendamento na modalidade de renting, expediente 13/2018 PN da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda, 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 Medio Ambiente, Territorio e Vivenda convocouse a licitación do contrato de subministración de vehículos mediante arrendamento na modalidade de renting, cun valor estimado declarado de 2.480.880,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 14.08.2018 e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 17.08.2018.

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 no recurso 140/2018 impugna o acordo da mesa de contratación de 05.11.2018 que decide a exclusión das súas ofertas aos lotes 1 e 2 da licitación, por apreciar que o recorrente no trámite de aclaracións concedido ao efecto procedeu a modificar a súa oferta. No recurso 144/2018 impugna o acordo de declaración de deserto do lote 2.

Cuarto.- O 30.11.2018 EMPRESA MONFORTE SAU interpuxo o recurso especial en materia de contratación, numerado como 140/2018, e o 05.12.2018 o recurso 144/2018, ambos a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Respecto ao recurso 140/2018, con data 30.11.2018 reclamouse á Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda 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 07.12.2018. No tocante ao recurso 144/2018, reclamouse en data 05.12.2018, recibíndose neste Tribunal o 11.12.2018.

Sexto.- Trasladáronse os recursos aos interesados con datas 07.12.2018 e 11.12.2018, sen que se recibiran alegacións.

Sétimo.- Esta TACGal acordou en sesión de data 05.12.2018 a suspensión do procedemento de licitación.

Oitavo.- Dado que os recursos descritos requiren dun estudo e tratamento conxunto, co obxecto de garantir a máxima coherencia, eficacia e economía procesal na actuación deste Tribunal, así como a congruencia coas peticións contidas nos recursos, procede acumular a resolución dos recursos 140 e 144/2018, ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas.

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.- O recorrente é o directamente excluído pola decisión da mesa de contratación, polo que ten lexitimación.

Cuarto.- O acordo de exclusión notificouse ao recorrente o día 09.11.2018 e a declaración de deserto o 16.11.2018, de maneira que ambos recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Tratándose dun acto de exclusión e dun acordo de finalización do procedemento ditados nunha licitación dun contrato de subministración cun valor estimado superior aos 100.000 euros, os recursos son admisibles.

Sexto.- O recorrente alega en ambos recursos que non modificou a oferta presentada, senón que o que fixo no trámite de aclaracións concedido foi recoñecer un erro existente nun criterio de valoración, polo que procedería a non valoración dese criterio pero non a exclusión da súa oferta.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao recurso indicando que o recorrente non cometeu un erro formal, e que a súa aclaración supón unha alteración da súa oferta por modificar os termos da mesma.

Oitavo.- O cadro de características da licitación establece os seguintes criterios de adxudicación, tanto para o lote 1 como para o lote 2:

“As ofertas valoraranse segundo os seguintes criterios de puntuación cuantificables de forma automática, ata a suma total máxima de 100 puntos:

Criterio Puntuación

10.1. Oferta económica. Ata 50 puntos

10.2 Número de vehículos ofertados a maiores sobre o número mínimo esixido no apartado 1 do prego de prescricións técnicas. Ata 18 puntos

10.3 Criterios técnicos de aplicación automática. Ata 32 puntos

1. Criterios medioambientais: consumo de combustible por cada 100 km. e emisións de CO2. Ata 10 puntos



2. Características mecánicas.

2.1 Potencia ata 5 puntos

2.2 Diferencial traseiro bloqueante 3 puntos

2.3 Caixa de cambios automática 2 puntos

3. Seguridade.

3.1 Airbags laterais 2 puntos

3.2 Airbags de cortina 2 puntos

3.3 Sistema de alerta de cambio de carril 2 puntos

3.4. Avisador de ángulo morto 2 puntos

3.5. Control do descenso en pendentes 2 puntos

4. Equipamento. Ata 2 puntos”

Polo que afecta ao debate aquí presentado, a oferta do recorrente para o lote 1 marcaba cun “SI”, ademais doutros, nos criterios de “*diferencial traseiro bloqueante*” e “*avisador de ángulo morto*”, e para o lote 2 no criterio “*avisador de ángulo morto*”. Acompaña para ambos lotes o catálogo técnico dos vehículos ofertados.

A mesa de contratación unha vez producida a apertura do sobre B referido aos criterios de valoración automáticos observa discrepancia entre o sinalado polo licitador e o catálogo dos vehículos, polo que lle solicita aclaración ao respecto. Nesa aclaración, o licitador recoñece un erro na información aportada indicando que:

“en atención a lo expuesto, se manifiesta que la contradicción existente entre las previsiones ofertadas en el Anexo III de la oferta y el documento acreditativo de las características del vehículo (catálogo oficial comercial) aportado como parte integrante de la oferta técnica, debe aclararse en el sentido de que ha de prevalecer éste último (catálogo oficial).”

Á vista do escrito de aclaracións aportado, a mesa de contratación decide a exclusión de EMPRESA MONFORTE SAU por “*alterar a oferta presentada*”.

Fixados así os termos do debate, a única cuestión a dilucidar por este Tribunal é se o erro producido na configuración da proposta polo licitador e a posterior aclaración determinan a exclusión da contratación por supoñer unha modificación da oferta presentada.

Este Tribunal xa se pronunciou en numerosas ocasións contrario a un excesivo formalismo na licitación pública evitando, na medida do posible, excluír a licitadores por cuestións formais, respectando á súa vez, os principios de igualdade de trato aos candidatos e transparencia no procedemento.

Nun suposto como o que se nos presenta hai que ter en conta necesariamente o principio de proporcionalidade, que esixe que cando se ofrezca unha elección entre varias medidas axeitadas deberá optarse pola menos gravosa e que as desvantaxes ocasionadas non deben ser desproporcionadas con respecto aos obxectivos buscados.

Aquí nos atopamos ante un licitador que na súa oferta, formulada segundo o modelo fixado polo órgano de contratación, debe expresar unicamente cun “SI” ou “NON”, sen polo tanto maior desenvolvemento, se o vehículo por el ofertado cumpre unha serie de criterios de adxudicación, configurados como criterios técnicos de aplicación automática, polos que a proposta recibiría uns puntos determinados por cada criterio cumprido.

Comprobado pola mesa de contratación á vista do catálogo técnico presentado o erro producido na declaración referente a algunha das melloras técnicas dos vehículos configuradas como criterios de adxudicación e recoñecido polo licitador no trámite de aclaracións ao respecto, este Tribunal entende que ese feito non supón unha alteración da súa proposta.

A súa oferta substantiva, referida a un vehículo determinado por un prezo certo, non sufriu variación tras o trámite de aclaracións. O licitador ofertou un concreto ben físico, neste caso un modelo de vehículo claramente especificado na súa oferta e que cumpre a xuízo do órgano de contratación con todos os requirimentos técnicos fixados nos pregos da licitación. Polo tanto, a incongruencia na oferta da recorrente, que marca que o seu produto si cumpre un criterio de adxudicación e aporta catálogo comercial que demostra que non é así, non pode ser determinante da súa exclusión.

Reiteramos nese sentido que é claro o produto ofertado, non existindo na proposta presentada dúbida ao respecto e, como tal produto, ten por si mesmo unhas determinadas características técnicas. De feito, da propia solicitude de aclaracións remitida pola mesa resulta que no caso do lote 2 o cumprimento do requisito técnico estaba fóra do ámbito de actuación do propio licitador, e polo tanto da súa vontade, xa que esa configuración técnica puntuable non era posible integrala no vehículo ofertado pois non estaba prevista no catálogo comercial.

Hai que ter en conta que a prohibición de alteración da oferta xa formulada supón unha defensa do principio de igualdade entre os licitadores, evitando estratagemas irregulares que prexudiquen aos restantes participantes na licitación.

Pero neste caso non podemos observar vulneración desa igualdade polo feito de que o modelo de vehículo ofertado inicialmente non cumpra algún dos criterios de adxudicación, e non reciba polo tanto puntuación neses apartados, sen que a simple constatación desa realidade supoña ningunha alteración da proposta, algo que si sucedería, por exemplo, se o licitador, nese trámite de aclaracións, pretendese a substitución do concreto modelo ofertado por outro similar que cumprise cos criterios de adxudicación cuestionados. Sen embargo, ningún beneficio obtén EMPRESA MONFORTE SAU no caso que examinamos como consecuencia da súa aclaración.

Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 348/2018, na que tras configurar as melloras nunha licitación como criterio de adxudicación, establece:

“corresponde analizar, y con ello dar respuesta a la cuestión planteada por el recurrente, cuáles son los efectos jurídicos de la alteración de la oferta llevada a cabo por el adjudicatario en lo tocante al extremo de la mejora técnica y en el momento en que aconteció. Es decir, si la alteración que hizo ULLA SAR en su proposición de mejora técnica, con ocasión de la evacuación del trámite de subsanación, conlleva la no valoración de la mejora, como hizo la mesa, o debe acarrear la exclusión del licitador, como sostiene el recurrente, para quien el contenido de la aclaración en relación con las ayudas técnicas implica una evidente modificación de la oferta, por lo que la proposición de la entidad adjudicataria tendría que haber sido excluida.

Pues bien, este Tribunal entiende que la Mesa de contratación ha actuado conforme a derecho habida cuenta que la oferta del licitador en su aspecto esencial de proposición económica y técnica no ha variado con la alteración de la mejora técnica, pues esta mejora se fija en el PCAP como un criterio adicional de valoración, cuya cumplimentación no afecta a contenido principal de la proposición. Tan es así que el propio PPT exige que el licitador cumpla con una serie de aspectos técnicos mínimos, que el adjudicatario lógicamente está obligado a cumplir, y que ULLA SAR además ha asumido expresamente en su proposición técnica, y con independencia de que hubiera ofrecido o no mejoras técnicas en el apartado de “mejoras”.

En conclusión, debemos anular a resolución de exclusión debendo procederse á retroacción deste procedemento e efectuar a clasificación segundo proceda das ofertas presentadas, incluída a do recorrente. En consecuencia, decretamos a inadmisión do segundo recurso presentado dirixido á impugnación do acordo de declaración de deserto do lote 2, por carencia sobrevida de obxecto.

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

1. **Estimar** o recurso 140/2018 interposto por EMPRESA MONFORTE SAU contra ao acordo de exclusión da súa oferta nos lotes 1 e 2, con efectos recollidos no último dos fundamentos e **inadmitir** por falta de obxecto o recurso 144/2018, relativos ao procedemento de licitación dun contrato de subministración de vehículos mediante arrendamento na modalidade de renting, da Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Vivenda .

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.