

Recurso nº 151/2018**Resolución nº 3/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 3 de xaneiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. D.G-P.G. actuando en nome e representación de EULEN S.A contra a exclusión da súa oferta na contratación duns servizos complementarios e administrativos específicos necesarios para o correcto funcionamento do centro de información das mulleres (CIM) do Concello da Coruña, expediente 237/2018/36, 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 da Coruña convocouse a licitación duns servizos complementarios e administrativos específicos necesarios para o correcto funcionamento do centro de información das mulleres (CIM), expediente 237/2018/36, cun valor estimado declarado de 164.468,25 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratación do Sector Público o 22.08.2018.

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 pide a revogación da exclusión da súa oferta, acordada porque o persoal aportado non ten o curso básico de primeiros auxilios.

Cuarto.- En data 14.12.2018 EULEN S.A presentou o recurso especial no Concello da Coruña. O 18.12.2018 foi remitido ao TACGal, xunto co expediente e o informe do artigo 56.2 LCSP. Ese mesmo día TACGal solicitou que se complementara o expediente, que se recibiu o 19.12.2018.

Dado que non constaba nesas remisións que o recorrente accedera ao documento onde se desenvolvían as exclusións decretadas, cal era o informe de avaliación de 26.10.2018, de acordo co establecido no artigo 88.1 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, de procedemento administrativo común das Administracións Públicas, de aplicación segundo o artigo 56.1 LCSP, o 19.12.2018 o TACGal trasladou tal documento ao recorrente e ao órgano de contratación para que por prazo de 5 días hábiles formularan as alegacións que estimaran convenientes sobre o mesmo e a información que subministraba.

O Concello aporta entón que a empresa recorrente, EULEN, S.A. presentou un escrito en fecha 12.12.2018 no Concello no que solicitaba o acceso ao escrito de exclusión e que ese mesmo día se informa á empresa do seu dereito de acceso ao expediente e a obter copias do mesmo. Finalmente que nesa mesma data o representante de EULEN S.A se persoou no Servizo de Contratación ao obxecto de examinar o expediente citado, constando dilixencia disto, de todo o cal xunta documentación. Pola súa banda, EULEN S.A non presentou alegacións neste trámite.

Quinto.- Trasládouse o recurso aos interesados, sen que se recibiran alegacións.

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.- A entidade recorrente foi licitadora no procedemento de contratación e a súa impugnación é contra a exclusión da súa oferta, polo que a hipotética estimación do recurso lle suporía a obtención dun beneficio na súa esfera xurídica, o que lle outorga interese lexítimo para a interposición deste recurso.

Cuarto.- En relación á interposición en prazo do recurso, debemos facer unha serie de consideracións. A este respecto, o 18.12.2018 solicitouse ao Concello que completara o expediente para incluír as comunicacións que houbera á recorrente sobre a súa exclusión, co resultado que describiremos neste apartado.

En primeiro lugar, foi o informe de avaliación de 26.10.2018 o que inicialmente aprecia que determinadas proposicións non cumpren, no criterio desta técnico, con aspectos esixidos nos pregos. Tal informe remata cun listado final das *“licitadoras que pasarán á fase de valoración”*, que son as únicas que se avalían.

En segundo lugar, na sesión da mesa de contratación de apertura do sobre 3, de 22.11.2018, se recolle que se *“notifica a los presentes el resultado de la cualificación de los documentos presentados indicando que todas las proposiciones fueron admitidas, a excepción de las siguiente: Número cinco.- EULEN S.A.....”*. Ao final dese listado de empresas de empresas se recolle a frase *“que quedan excluidas, por incumplir cláusulas 4 del pliego de prescripciones técnicas y 10, apdo. 1.4 del pliego de cláusulas administrativas”*, se ben a mesma está na aliña que se refire a outra empresa distinta de EULEN S.A. En todo caso, nesta mención non se individualiza o defecto de cada unha delas, algo que si aparece no informe de avaliación antes reseñado. Finalmente esa acta non aparece publicada na Plataforma ate o 27.11.2018.

No Concello, como resposta ao complemento de expediente solicitado sobre a comunicación da exclusión á recorrente, recolle estes episodios descritos e engade que:

“En fecha 18/12/2018 el Tribunal Central solicita a este Servicio la documentación relativa a la notificación o comunicación de la exclusión de la empresa recurrente. Tal y como figura en la documentación enviada, en fecha 27/11/2018 a las 12:20:32 horas se comunicó a través de la Plataforma del Estado al acta de apertura

del Sobre 3, en la cual se señala que la empresa recurrente queda excluida del procedimiento "(...)por incumplir cláusulas 4 del pliego de prescripciones técnicas y 10, apdo. 1.4 del pliego de cláusulas administrativas.(...)".

La empresa recurrente no fue notificada expresamente de la exclusión del procedimiento, teniendo conocimiento de la misma través del acceso al expediente y a través de la publicación en la plataforma de licitación.

Esta administración notificará la exclusión junto con la adjudicación, una vez que esta recaiga, ya que el estado de tramitación del procedimiento, que no está finalizado, es de elaboración del informe sobre las ofertas económicas."

Do expediente inicialmente remitido, este TACGal observa a maiores que existiu unha sesión da mesa de contratación do 30.10.2018, onde consta unha decisión de exclusión pois expresa (se ben non coinciden as referencias ao expediente):

"Asunto número uno.- Examen del informe de valoración de las propuestas sujetas a juicio de valor en la licitación para la contratación de servicios complementarios y administrativos necesarios para el correcto funcionamiento operativo del CIM, emitido por la Coordinadora de Centros y Programas, Mercedes B. Rico Rodríguez (REFERENCIA 237/2018/36)

(...)

La Presidenta dispone pasar al debate y votación del primer asunto del orden del día, asunto número uno (REFERENCIA 232/2018/1), dando la palabra a la Coordinadora de Centros y Programas, Mercedes B. Rico Rodríguez, quien procede a exponer el informe emitido.

La Mesa de Contratación, tras ponderar los razonamientos contenidos en el mismo, acuerda, por unanimidad, aprobar el informe emitido, y, en consecuencia, excluir a los licitadores Itinere 2 Servicios y Obras, S.L., Campa, S.L., Servipertu Limpieza EIL, S.L., Eulen, S.A., Osventos Innovación en Servicios, S.L. y Randstad Project Services, S.L.U. por incumplir lo dispuesto en la cláusula 4 del pliego de prescripciones técnicas y en la cláusula 10, apartado 1.4. del pliego de cláusulas administrativas."

Non se nos aporta que esta acta fora trasladada ao recorrente e, no seu caso, en que momento, e non consta publicada na Plataforma.

O Concello, tras o trámite aberto por este TACGal o 19.12.2018, aporta que a empresa recorrente, EULEN, S.A. presentou un escrito en fecha 12.12.2018 no que solicitaba o acceso ao escrito de exclusión e que nese mesmo día se informa á empresa do seu dereito de acceso ao expediente e a obter copias do mesmo. Finalmente que nesa mesma data, o representante de EULEN S.A se personou no Servizo de Contratación ao obxecto de examinar o expediente citado, constando dilixencia disto, que se nos traslada.

Isto é, en definitiva, o que resulta do remitido e informado polo Concello, así como do expediente trasladado.

Do visto observamos entón que houbo unha decisión de exclusión da recorrente, se ben sen unha notificación en si da mesma de carácter individualizada, e, sobre todo, con información dos recursos que procedían. Polo tanto, corresponde, en todo caso, entender interposto en prazo o presente recurso.

Sobre o momento de notificar a exclusión, son de interese as reflexións recollidas no Informe 59/2018 da Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, onde conclúe: *“1. No existe en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, una obligación de notificación inmediata y separada del acto de exclusión de un licitador, aun cuando parece recomendable por razones de eficacia y prudencia”*, tendo en conta que o artigo 51.1.c) establece que o comezo do prazo para o recuso especial require da súa posta en coñecemento, ao que engadimos tamén, con información das vías impugnatorias, sen ánimo de ser exhaustivo aquí pois a temporalidade do recurso no caso aparece con claridade, e non é cuestionada.

Quinto.- Impúgnase entón a exclusión nun contrato administrativo de servizos cun valor estimado superior aos 100.000 euros, polo que o recurso é admisible segundo o previsto no artigo 44 da LCSP.

Sexto.- EULEN S.A expresa no seu recurso que non coñecía a concreta causa de exclusión, aínda que engade:

“SEGUNDA.- Con independencia de ello, y suponiendo que el defecto en la oferta de mi representada haya sido en relación con los curriculum presentados, cumple manifestar que los que la sociedad recurrente presentó en la documentación del procedimiento de licitación comprendían toda la formación adicional a la explícitamente requerida por los pliegos, dándose por sentado que esta última era cumplida por todas las personas, como así era. Y ello era así por la sencilla razón de

que los conceptos objeto de valoración eran, precisamente, la formación adicional, y por ello eso es lo que se indicó, exclusivamente, en dichos curriculum, lo cual no significa que no cumplieran con los requisitos mínimos que exigían los pliegos, entre otras cosas porque, además, en la mayoría de los CV presentados la titulación que figura ya incluye de por sí la necesidad de haber cursado los módulos específicos exigidos en los pliegos.

TERCERA.- Por otro lado, suponiendo que existiera algún defecto, no cabe duda de que el mismo es subsanable, razón por la cual la mesa de contratación debería haber otorgado un plazo para subsanarlo, al tratarse de un mero defecto formal que en nada impide el acceso de la misma al proceso de licitación, al haberse cumplido con todos los restantes requisitos.”

Sétimo.- O órgano de contratación considera que os currículo vitae presentados polas licitadoras deben cumprir cos requisitos mínimos esixidos na cláusula 4 do prego técnico, sendo o devandito cumprimento previo á valoración dos devanditos currículo. Apuntan que a oferta de EULEN S.A non cumpre un dos requisitos mínimos sinalados no prego técnico en ningún dos dous currículo presentados. Concretamente, que non cumpre o requisito 4.7, dispoñer dun curso básico de primeiros auxilios; isto é, as candidatas propostas da empresa non acreditan no currículo contar con formación básica en primeiros auxilios, aspecto que para o Concello é de especial importancia en relación aos servizos que debe desempeñar a profesional seleccionada nun centro da natureza do CIM, no que a maior porcentaxe de atencións son mulleres que sofren violencia de xénero.

Oitavo.- Expostos así os termos do debate, no PCAP figuraba:

“Punto 1.4. Experiencia y cualificación de las (s) profesional(es) que se adscribirán a la ejecución del contrato, por encima de los requisitos mínimos exigidos en el perfil profesional que se señalan en la cláusula 4 del Pliego Técnico. Será necesario aportar, para cada persona miembro del equipo técnico propuesto, los currículums vitae debidamente firmados por cada una de las personas propuestas.

Punto 12 “...SOBRE Nº DOS: Propuesta sujeta a evaluación de los criterios que dependan de un juicio de valor. En este sobre se incluirán los currículums vitae debidamente firmados, para la valoración del equipo técnico en lo que mejore los mínimos previstos en la cláusula 4ª del pliego técnico al constituir un criterio de valoración subjetiva la composición, organización y cualificación de dicho equipo técnico....”

No punto 4 do PPT, recóllese:

“4.- PERFIL PROFESIONAL DO PERSOAL ASIGNADO Á PRESTACIÓN DO CONTRATO

A adxudicataria deberá empregar o persoal que precise para o cumprimento do horario e número de horas sinalado na cláusula anterior, sempre que todo o que propoña reúna os seguintes requisitos:

(...)

4.7. Curso básico de primeros auxilios

Os requisitos sinalados serán exisibles en caso de substitución por enfermidade, licenzas, vacacións ou causas similares, sendo o seu incumprimento causa de imposición das penalidades sinaladas no prego de cláusulas administrativas.

Estes requisitos deberán ser cumpridos en todo caso para a cobertura de vacacións, licenzas, permisos, situación de baixa por enfermidade ou accidente, ou por calquera situación de vacante.”

Entrando entón nas alegacións do recorrente, non podemos acoller como causa invalidante a falta de motivación da decisión de exclusión porque se ben non constaba a concreta causa na acta da sesión pública onde se trasladou a mesma, pois estaba no informe de valoración do 26.10.2018, EULEN S.A puido ter coñecemento da mesma en canto ao seu acceso ao expediente o 12.12.2014, e, en último caso, este TACGal deulle traslado deste informe de avaliación de 26.10.2018, con prazo para presentar alegacións, como xa se describiu en apartados precedentes desta Resolución.

A causa de exclusión da oferta da recorrente foi, en verbas do órgano de contratación, que *“non cumpre un dos requisitos mínimos sinalados no prego técnico en ningún dos dous currículos presentados, concretamente non cumpre o requisito 4.7, dispoñer dun curso básico de primeiros auxilios; isto é, as candidatas propostas da empresa non acreditan no currículo contar con formación básica en primeiros auxilios”*.

Ante todo, este TACGal considera que, para un licitador dilixente, os pregos eran claros no que se solicitaba respecto do persoal a aportar, e, concretamente, na

necesidade de que este contara co curso básico de primeiros auxilios, sendo este aspecto *lex contractus* para este debate, por canto eses pregos son firmes e consentidos.

Unamos a isto que é responsabilidade do licitador a correcta configuración da súa oferta e de que a mesma reflectise entón o requirido polos pregos. Pois ben, en ningún momento se nos traslada que a proposición do recorrente tivera algunha mención que permita denotar que ese persoal tivera ese curso, polo que estamos de acordo co órgano de contratación en que neste suposto foi conforme a dereito partir de que ese persoal aportado carecía deste requisito e que iso conlevaba a exclusión por non adecuarse aos pregos. Como sinala a STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), é o licitador quen debe responsabilizarse da corrección da súa oferta: *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*.

Certamente, este TACGal considera que aínda que o artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001 de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, prevé expresamente a posibilidade de corrixir *“erros ou omisións emendables”* referíndose exclusivamente á documentación administrativa, isto non determina necesariamente que se imposibilite a emendabilidade das ofertas, se ben neste ámbito debe existir un maior rigor que impida a vulneración do principio de igualdade (por todas, Resolución TACGal 93/2018).

Agora ben, non estamos aquí perante un mero defecto formal na proposición deste licitador que caiba ser formalmente emendado sen afectación aos principios de igualdade e de inmutabilidade da oferta, senón no suposto onde a oferta, tal como foi presentada, carece dun dos requisitos esixidos. Non é, polo tanto, desproporcionado que isto implique aplicar a consecuencia ligada a que o persoal presentado non teña o curso básico de primeiros auxilios– a exclusión–, sen que fora obrigado solicitar entón unha emenda ou aclaración como solicita o recorrente.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por EULEN S.A contra a exclusión da súa oferta na contratación duns servizos complementarios e administrativos específicos necesarios para o correcto funcionamento do centro de información das mulleres (CIM) do Concello da Coruña, expediente 237/2018/36.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

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 del 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.