

Recurso nº 45/2018

Resolución nº 36/2018

RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA

En Santiago de Compostela, a 28 de xuño de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. R. G. S. actuando en nome e representación de BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra o acordo de adxudicación e de exclusión da súa oferta da contratación do servizo dun seguro privado que cubra os riscos patrimoniais, persoais e de responsabilidade civil derivada da circulación dos vehículos a motor que compoñen a frota da Administración da Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- A Consellería de Facenda convocou a licitación do contrato de servizo dun seguro privado que cubra os riscos patrimoniais, persoais e de responsabilidade civil derivada da circulación dos vehículos a motor que compoñen a frota da Administración da Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018, cun valor estimado declarado de 4.000.000 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante o 01.03.2018, no DOUE o 06.03.2018 e no BOE o 15.03.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao Texto Refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado por Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (en adiante TRLCSP).

Terceiro.- A mesa de contratación, na súa sesión de 27.04.2018 decide excluír da licitación a BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (SEGUROS BILBAO en adiante) por presentar na súa oferta para as motocicletas con seguro a terceiros un prezo (prima) superior ao establecido como máximo.

A resolución de 25.05.2018 da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Facenda decreta:

a) Excluír da licitación a SEGUROS BILBAO por presentar a súa oferta para as motocicletas con seguro a terceiros un prezo (prima) superior ao establecido como máximo.

b) Adxudicarlle o contrato a ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA.

Segundo o recorrente tanto o acordo da mesa como esta resolución foron notificadas, en unidade de acto, o 28.05.2018, o cal non nega o informe do órgano de contratación.

Cuarto.- En data 18.06.2018 SEGUROS BILBAO interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 19.06.2018 reclamouse á Consellería de Facenda 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 diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 20 e o informe, o 21 de xuño de 2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 20.06.2018, recibíndose alegacións de ZURICH INSURANCE PLC, Sucursal en España (ZURICH en adiante).

Sétimo.- O 25.06.2018 o TACGal acorda manter a suspensión automática do art. 53 LCSP.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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.- Ostenta lexitimación o recorrente, en base ao art. 48 LCSP, por canto que é a súa oferta a que foi excluída.

Cuarto.- Dadas as datas sinaladas, o recurso foi presentado en prazo.

Quinto.- Estamos perante un contrato de servizos de valor estimado de 4.000.000 €, o recurso é admisible ao abeiro do artigo 44.1.a) e 2.c) LCSP.

Sexto.- Recorre, en definitiva, SEGUROS BILBAO a decisión de excluír a súa oferta, sendo a razón o feito de que para as motocicletas con seguro a terceiros establecera un prezo (prima) superior ao establecido como máximo.

Non nega a recorrente esta circunstancia, pero entende que o apartado 15.2.1 do cadro de características esixía dous elementos para exclusión, que as ofertas superen o orzamento máximo de licitación e, á vez, superar algún dos prezos unitarios, aludindo que hai base a tal interpretación se atendemos, a maiores, á literalidade do apartado 23 dese cadro de características.

En todo caso, expresa que estaríamos perante unha cláusula escura que non lle pode prexudicar e que tamén se chegaría á revogación da exclusión polo principio de proporcionalidade, dada a escasa contía da desviación verbo a proposta económica global.

Sétimo.- O informe do órgano de contratación expresa que nos pregos se establece un dobre condicionante que han de cumprir as ofertas das empresas para

seren aceptadas: as ofertas non poden superar o orzamento máximo de licitación e non poden superar en ningún caso a prima máxima establecida para cada tipo vehículos, sendo isto último o incumplido no tocante ás motocicletas.

Expresa tamén que a mesa decidiu que non se lle podía dar opción á emenda pois suporía alterar a oferta inicial e tería repercusión para os outros licitadores.

Oitavo.- ZURICH alega que o apartado 15.2.1 do Cadro de Características non significa que se deban incumplir as dúas premisas para ser excluída, bastando a falta dunha soa.

Noveno.- Como xa expresamos en diversas resolucións, por todas Resolución TACGal 31/2018, sobre a vinculación aos pregos:

“Para resolver o debate que se nos presenta o primeiro punto de partida é que os pregos son a lei do contrato, polo que este é un aserto que, non por amplamente coñecido, podemos aquí perder de vista.

Por todas, a STS de 12 de abril de 2000 (Rec.19884/1992) establece que:

“Estas bases contenidas en el pliego son la ley del concurso y obligan por igual a la Administración y a los concursantes. El eludirlas en relación con uno de ellos supone una infracción de los principios de seguridad jurídica y de igualdad, pues se crea, por un lado, una incertidumbre entre los interesados sobre cuáles son las consecuencias que hay que atribuir al incumplimiento de las bases y, por otro, se produce un privilegio en favor del incumplidor frente al resto de los participantes que han sido escrupulosos en respetar los mandatos del pliego”.

A Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Madrid 128/2011, de 14 de febreiro, FX 3, é moi clara ao respecto:

“...si bien la Administración ostenta, en un primer momento, un margen de discrecionalidad en la fijación de los criterios que han de reunir los que concurren al concurso así como en la determinación de la puntuación atribuible a cada uno de aquellos, no acontece lo propio con la asignación particularizada a cada uno de los concursantes a la vista de la documentación presentada. En esta segunda fase la Administración debe respetar absolutamente las reglas que ella estableció en el correspondiente pliego. Es incontestable que en materia de concursos el pliego de condiciones se constituye en la ley del concurso (SsTS de 28 de Junio de 2.004,



recurso de casación 7106/00, y de 24 de Enero de 2.006, recurso de casación 7645/00)”.

Pois ben, no Cadro de Características, observamos:

- punto 9: *“As primas máximas que se oferten por cada vehículo non poden superar en ningún caso os seguintes importes...Motocicleta Terceiros 159,53 €”*

- punto 15.2.1: *“As ofertas que superen tanto o orzamento máximo de licitación como algún dos prezos unitarios (prima máxima por vehículo) serán excluídas”*

O recorrente recoñece a extralimitación da súa oferta en canto que *“Es cierto que los pliegos que regían el procedimiento de contratación establecían una prima máxima para este tipo de vehículos de 159,53 euros (la de Seguros Bilbao es, por tanto, 7,16 euros superior)”*, pero considera que esta cláusula 15.2.1 esixía, para a exclusión, dúas circunstancias acumulativas: que as ofertas superen o orzamento máximo de licitación e, á vez, superar algún dos prezos unitarios.

Este TACGal considera que ese entendemento das condicións da licitación non se compadece coas cláusulas transcritas, pois da súa literalidade queda claro que basta calquera das dúas circunstancias, que as ofertas superen o orzamento máximo de licitación ou superar algún dos prezos unitarios (primas máximas por vehículos), para que proceda la exclusión, sen que caiba apreciar escuridade ningunha a estes efectos. Así a cláusula 9 é explícita e a 15.2.1, definitiva, pois para iso usa as verbas *“tanto....como...”*.

Como dixemos na Resolución TACGal 34/2018:

“Certo é, que tamén é doutrina consolidada que a escuridade das cláusulas non pode favorecer a quen é responsable de ocasionala. Agora ben, hai que precisar que este principio non pode supoñer unha esaxerada interpretación do sentido propio das palabras ata o punto de argumentar unha posible escuridade que non é tal. O que non se pode pretender é un estrangulamento do significado dunha cláusula que permita achegala a una conclusión favorable ao recorrente, cando esa conclusión se afasta dunha lectura lóxica do seu contido.”



Fronte á claridade das cláusulas transcritas, o apartado 23 do cadro de características do PCAP non causa ningún equívoco nin ten a virtualidade que lle busca a recorrente, como explica o informe do órgano de contratación:

“A finalidade deste apartado consiste en impoñerlle un límite ao alcance do importe das regularizacións resultantes das altas, baixas e modificación de cobertura dos vehículos de modo que se o importe destas sumado ao importe das anualidades contractuais fose superior ao valor estimado do contrato autorizado polo órgano de contratación habería que resolver o contrato e iniciar unha nova contratación á que puidesen optar todos licitadores que o desexasen. Esta cláusula vén reforzar a importancia que o órgano de contratación lle deu á fixación de prezos unitarios máximos porque o importe anual das primas globais e das regularizacións contractuais vaise determinar, precisamente, a partir dos prezos unitarios ofertados polo adxudicatario dentro dos límites máximos establecidos no PACP multiplicados polos números de vehículos existentes cun tipo determinado de cobertura. É dicir, que a facturación do contrato vaise realizar sempre a partir dos prezos unitarios que se establezan no contrato que se asine non podendo variar estes prezos durante a vixencia do contrato mentres que si vai variar, dada a natureza deste contrato, o importe total do contrato.”

O dito non pode ser obviado en base a unha chamada ao principio de proporcionalidade, pois sendo os pregos a lei do contrato o valor superior é o de suxeición aos mesmos en base á necesaria igualdade de trato aos licitadores, como establecen dunha forma imperativa as Sentenzas antes reproducidas.

Neste sentido, tamén naquela Resolución TACGal 31/2018, advertíamos que é o licitador quen debe responsabilizarse da súa oferta e das consecuencias polas incorreccións na mesma:

“.... 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” e como sinala a xa citada STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) ao indicar que “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ser ya modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”. A Resolución 1203/2017 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC) engade, ao respecto: “Respecto a la oferta técnica, hemos declarado...debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión

que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010)."

Finalmente, lembrar que en materia contractual só se recolle como regra xeral a enmenda dos defectos na documentación administrativa (e só no tocante á xustificación dun requisito que xa se cumpriu, artigo 81 RGLCAP), pero non a da oferta técnica ou da económica. Polo tanto, respecto da oferta técnica e/ou económica, non existe obriga ningunha por parte do órgano de contratación, ou no seu caso da mesa de contratación, de solicitar enmenda da mesma, debendo soportar o licitador as consecuencias do incumprimento do seu deber de dilixencia na redacción da oferta.

Como recolle a Sentenza TXUE de 11 de maio de 2017, asunto C-131/16:

"el principio de igualdad de trato de los operadores económicos que se recoge en el artículo 10 de la Directiva 2004/17 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aporte los documentos y declaraciones cuya presentación exigiese el pliego de condiciones y que no hayan sido remitidos en el plazo fijado para presentar las ofertas..."

Certo que esa e outras sentenzas do TXUE, xunto con esta regra xeral de carácter moi taxativa, permite que *"la entidad adjudicadora requiera a un licitador...para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta"*, pero aquí non estamos neste suposto, pois a cifra incompatible cos pregos tamén aparece na oferta cando recolle a cantidade total para coas tres motocicletas existentes na actualidade. De feito, nin sequera o recurso busca esta liña argumentativa.

En definitiva, foi o recorrente que voluntariamente configurou a súa oferta, en relación a unhas condicións de licitación suficientemente claras para un licitador dilixente, polo que se a mesma introduciu un parámetro incompatible co requirido, que en modo ningún é residenciable nun erro material, a consecuencia ha de ser a exclusión ao abeiro do artigo 84 do Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas aprobado polo Real decreto 1098/2001, de 12 de outubro.

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 BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra o acordo de adxudicación do contrato de servizo dun seguro privado que cubra os riscos patrimoniais, persoais e de responsabilidade civil derivada da circulación dos vehículos a motor que compoñen a frota da Administración da Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. 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.