

Recurso nº 45/2018**Resolución nº 36/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. R. G. S. actuando en nombre y representación de BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra el acuerdo de adjudicación y de exclusión de su oferta de la contratación del servicio de un seguro privado que cubra los riesgos patrimoniales, personales y de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos a motor que componen la flota de la Administración de la Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018, 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.- La Consellería de Hacienda convocó la licitación del contrato de servicio de un seguro privado que cubra los riesgos patrimoniales, personales y de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos a motor que componen la flota de la Administración de la Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018, con un valor estimado declarado de 4.000.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante el 01.03.2018, en el DOUE el 06.03.2018 y en el BOE el 15.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Tercero.- La mesa de contratación, en su sesión de 27.04.2018 decide excluir de la licitación a BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS

(SEGUROS BILBAO en adelante) por presentar en su oferta para las motocicletas con seguro a terceros un precio (prima) superior al establecido como máximo.

La resolución de 25.05.2018 de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Hacienda decreta:

a) Excluir de la licitación a SEGUROS BILBAO por presentar su oferta para las motocicletas con seguro a terceros un precio (prima) superior al establecido como máximo.

b) Adjudicarle el contrato a ZURICH INSURANCE PLC SUCURSAL EN ESPAÑA.

Según el recurrente tanto el acuerdo de la mesa como esta resolución fueron notificadas, en unidad de acto, el 28.05.2018, lo cual no niega el informe del órgano de contratación.

Cuarto.- En fecha 18.06.2018 SEGUROS BILBAO interpuso recurso especial en materia de contratación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 19.06.2018 se reclamó a la Consellería de Hacienda 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 20 y el informe, el 21 de junio de 2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 20.06.2018, recibéndose alegaciones de ZURICH INSURANCE PLC, Sucursal en España (ZURICH en adelante).

Séptimo.- El 25.06.2018 el TACGal acuerda mantener la suspensión automática del art. 53 LCSP.

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.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP 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.- Ostenta legitimación el recurrente, en base al art. 48 LCSP, por cuanto que es su oferta la que fue excluida.

Cuarto.- Dadas las fechas señaladas, el recurso fue presentado en plazo.

Quinto.- Estamos ante un contrato de servicios de valor estimado de 4.000.000 €, el recurso es admisible al amparo del artículo 44.1.a) y 2.c) LCSP.

Sexto.- Recurre, en definitiva, SEGUROS BILBAO la decisión de excluir su oferta, siendo la razón el hecho de que para las motocicletas con seguro a terceros había establecido un precio (prima) superior al establecido como máximo.

No niega la recurrente esta circunstancia, pero entiende que el apartado 15.2.1 del cuadro de características exigía dos elementos para exclusión, que las ofertas superen el presupuesto máximo de licitación y, a la vez, superar alguno de los precios unitarios, aludiendo que hay base a tal interpretación si atendemos, a mayores, a la literalidad del apartado 23 de ese cuadro de características.

En todo caso, expresa que estaríamos ante una cláusula oscura que no le puede perjudicar y que también se llegaría a la revocación de la exclusión por el principio de proporcionalidad, dada la escasa cuantía de la desviación respecto de la propuesta económica global.

Séptimo.- El informe del órgano de contratación expresa que en los pliegos se establece un doble condicionante que han de cumplir las ofertas de las empresas para ser aceptadas: las ofertas no pueden superar el presupuesto máximo de licitación y no pueden superar en ningún caso la prima máxima establecida para cada tipo vehículos, siendo esto último lo incumplido en lo tocante a las motocicletas.

Expresa también que la mesa decidió que no se le podía dar opción a la subsanación pues supondría alterar la oferta inicial y tendría repercusión para los otros licitadores.

Octavo.- ZURICH alega que el apartado 15.2.1 del Cuadro de Características no significa que se deban incumplir las dos premisas para ser excluida, bastando la falta de una sola.

Noveno.- Como ya expresamos en diversas resoluciones, por todas Resolución TACGal 31/2018, sobre la vinculación a los pliegos:

“Para resolver el debate que se nos presenta el primer punto de partida es que los pliegos son la ley del contrato, por lo que este es un aserto que, no por ampliamente conocido, podemos aquí perder de vista.

Por todas, la 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”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 128/2011, de 14 de febrero, FX 3, es muy clara al 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)”.

Pues bien, en el Cuadro de Características, observamos:

- punto 9: *“Las primas máximas que se oferten por cada vehículo no pueden superar en ningún caso los siguientes importes...Motocicleta Terceros 159,53 €”*

- punto 15.2.1: *“ Las ofertas que superen tanto el presupuesto máximo de licitación como alguno de los precios unitarios (prima máxima por vehículo) serán excluidas”*

El recurrente reconoce la extralimitación de su oferta en cuanto 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 exigía, para la exclusión, dos circunstancias acumulativas: que las ofertas superen el presupuesto máximo de licitación y, a la vez, superar alguno de los precios unitarios.

Este TACGal considera que ese entendimiento de las condiciones de la licitación no se compadece con las cláusulas transcritas, pues de su literalidad queda claro que basta cualquiera de las dos circunstancias, que las ofertas superen el presupuesto máximo de licitación o superar alguno de los precios unitarios (primas máximas por vehículos), para que proceda la exclusión, sin que quepa apreciar oscuridad ninguna a estos efectos. Así la cláusula 9 es explícita y la 15.2.1, definitiva, pues para eso usa las palabras “tanto....como...”.

Como dijimos en la Resolución TACGal 34/2018:

“Ciertamente es, que también es doctrina consolidada que la oscuridad de las cláusulas no puede favorecer a quien es responsable de ocasionarla. Ahora bien, hay que precisar que este principio no puede suponer una exagerada interpretación del sentido propio de las palabras hasta el punto de argumentar una posible oscuridad que no es tal. Lo que no se puede pretender es un estrangulamiento del significado de una cláusula que permita acercarla a una conclusión favorable al recurrente, cuando esa conclusión se aleja de una lectura lógica de su contenido.”

Frente a la claridad de las cláusulas transcritas, el apartado 23 del cuadro de características del PCAP no causa ningún equívoco ni tiene la virtualidad que le busca la recurrente, como explica el informe del órgano de contratación:

“La finalidad de este apartado consiste en imponerle un límite al alcance del importe de las regularizaciones resultantes de las altas, bajas y modificación de cobertura de los vehículos de modo que si el importe de estas sumado al importe de las anualidades contractuales fuera superior al valor estimado del contrato autorizado por el órgano de contratación habría que resolver el contrato e iniciar una nueva contratación a la que pudieran optar todos licitadores que lo desearan. Esta cláusula viene a reforzar la importancia que el órgano de contratación le dio a la fijación de precios unitarios máximos porque el importe anual de las primas globales y de las regularizaciones contractuales se va a determinar, precisamente, a partir de los precios unitarios ofertados por el adjudicatario dentro de los límites máximos establecidos en el PCAP multiplicados por los números de vehículos existentes con un tipo determinado de cobertura. Es decir, que la facturación del contrato se va a realizar siempre a partir de los precios unitarios que se establezcan en el contrato que se firme no pudiendo variar estos precios durante la vigencia del contrato mientras que sí va a variar, dada la naturaleza de este contrato, el importe total del contrato.”

Lo dicho no puede ser obviado en base a una llamada al principio de proporcionalidad, pues siendo los pliegos la ley del contrato el valor superior es el de sujeción a los mismos en base a la necesaria igualdad de trato a los licitadores, como establecen de una forma imperativa las Sentencias antes reproducidas.

En este sentido, también en aquella Resolución TACGal 31/2018, advertíamos que es el licitador quien debe responsabilizarse de su oferta y de las consecuencias por las incorrecciones en la misma:

“... como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su oferta: “a 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” y como señala la ya citada STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) al 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”. La Resolución 1203/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) añade, al 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, recordar que en materia contractual sólo se recoge como regla general la subsanación de los defectos en la documentación administrativa (y sólo en lo tocante a la justificación de un requisito que ya se cumplió, artículo 81 RGLCAP), pero no la de la oferta técnica o de la económica. Por lo tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación ninguna por parte del órgano de contratación, o en su caso de la mesa de contratación, de solicitar subsanación de la misma, debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta.

Como recoge la Sentencia TJUE de 11 de mayo 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...”

Cierto que esa y otras sentencias del TJUE, junto con esta regla general de carácter muy taxativa, permite que *“la entidad adjudicadora requiera a un licitador...para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta”*, pero aquí no estamos en este supuesto, pues la cifra incompatible con los pliegos también aparece en la oferta cuando recoge la cantidad total para con las tres motocicletas existentes en la actualidad. De hecho, ni siquiera el recurso busca esta línea argumentativa.

En definitiva, fue el recurrente que voluntariamente configuró su oferta, en relación a unas condiciones de licitación suficientemente claras para un licitador diligente, por lo que si la misma introdujo un parámetro incompatible con lo requerido, que en modo ninguno es residenciable en un error material, por consecuencia ha de ser la exclusión al amparo del artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por BILBAO COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra el acuerdo de adjudicación del contrato de servicio de un seguro privado que cubra los riesgos patrimoniales, personales y de responsabilidad civil derivada de la circulación de los vehículos a motor que componen la flota de la Administración de la Xunta de Galicia, Exp. FAC06/2018.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

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 jurisdicción contencioso-administrativa.