

Recurso nº 42/2018**Resolución nº 42/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 5 de xullo de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por M.L.I. actuando en nome e representación de A BILLARDA S.L. contra a exclusión da súa oferta dos lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 ,9, 10 ,11, 12 e 13 do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 da Consellería de Política Social, expediente 28/2018, 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.- A Consellería de Política Social convocou a licitación do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018, cun valor estimado declarado de 1.194.136,37 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no perfil do contratante o 02.04.2018 e no DOUE o 30.03.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP).

Terceiro.- Por Resolución de 28 de maio de 2018 decídese o rexeitamento das ofertas e a exclusión de A BILLARDA S.L. dos lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 ,9, 10 ,11, 12 e 13 do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 da Consellería de Política Social, expediente 28/2018. Tal resolución foi notificada por Notifica.gal con posta a disposición o 29.05.2018 e aberta o 30.05.2018.

Cuarto.- En data 14.06.2018 A BILLARDA S.L (en adiante, A BILLARDA) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra tal exclusión, a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 15.06.2018 reclamouse da Consellería de Política Social 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 19.06.2018.

Dado que non estaban completos os datos dos licitadores, a efectos de proceder ao seu trámite de audiencia, recabouse do órgano que o completara, recibíndose o 22.06.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 26.06.2018, 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.- 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.- Sendo o recorrente aquel cuxas ofertas foron excluídas dos lotes indicados, cabe atribuírlle lexitimación, segundo o art. 48 LCSP.

Cuarto.- Descritas as datas nos apartados anteriores, este recurso foi interposto no prazo dos 15 días recollidos no artigo 50.1.c) LCSP.

Quinto.- Estamos perante un contrato de servizos de valor estimado de 1.194.136,37 euros, polo que o recurso é admisible ao abeiro do artigo 44.1.a) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O recorrente alega que as razóns da exclusión derivan dunha incompleta ou incomprendida valoración da súa oferta. Afirmar que non se ten en conta que nas quendas se ofreceron ata tres monitores por encima da cociente mínima esixida no

prego, o que permite combinacións suficientes, de modo que o persoal poida descansar, dentro da quenda concreta de que se trate, e gozar vacacións, sen baixar deses mínimos.

Considera que se o que achaca é que eses todos monitores ofertados deben estar no campamento, isto non está nos pregos e implica unha permanencia continua de 24 horas.

Sétimo.- O informe do órgano de contratación explica que o propio recorrente admite que non vai respectar o número exixido de monitores, porque os pregos establecían que deben estar todos os monitores recollidos na súa oferta, polo que ao apreciarse que algúns destes, na oferta do recorrente, estarían destinados a cubrir descansos ou vacacións, esa premisa esixida nas condicións da licitación non se cumpriría.

Oitavo.- O informe do órgano de contratación remitido a este recurso especial comeza explicando que, para a decisión que nos ocupa, primeiramente recabouse un informe técnico, cunha parte xeral e outra específica das empresas excluídas.

Efectivamente, a mesa de contratación, en sesión de 07.05.2018, acordou facer uso da facultade establecida no artigo 326.5 in fine da LCSP, e solicitar o asesoramento de técnicos/as ou expertos/as independentes con coñecementos acreditados nas materias relacionadas co obxecto do contrato e, nomeadamente, con coñecementos acreditados en materia laboral, para que informasen sobre a viabilidade das ofertas presentadas á licitación e ao cumprimento dos requisitos establecidos nos pregos no relativo ao respecto das obrigas que resulten aplicables en materia laboral, incluíndo o cumprimento do convenio colectivo sectorial vixente. De feito, acadouse autorización ao órgano de contratación para, en virtude do acordo da mesa, solicitar o devandito informe a unha empresa de consultoría con acreditada experiencia e coñecementos en materia de supervisión de operacións de contratas intensivas en man de obra directa.

En todo caso, xa a cláusula 7.7 do prego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establecía que *“a mesa de contratación poderá solicitar, antes de formular a súa proposta, cantos informes técnicos considere precisos co fin de verificar que as ofertas cumpren coas especificacións técnicas do prego”*.

É importante resaltar que tal informe técnico, parte xeral e específica, foi trasladada ao recorrente, antes da interposición deste recurso especial. De feito, incorpora tales documentos ao seu recurso, recurso que aborda as diferentes cuestións do debate alegando sobre elas, polo que non vemos descoñecemento no mesmo das causas que motivaron a decisión.

Tanto naquel informe solicitado como logo na propia resolución de exclusión se aprecia que, no que respecta á empresa recorrente, todos os días de descanso e vacacións dos monitores se disfrutaban durante as quendas, alterando entón a ratio esixida. Tal informe, na súa parte xeral, e particularmente no punto 7 sobre “Número global de monitores nos campamentos e monitores en activo diariamente”, xa advertía: *"Se han detectado ofertas que reducen la presencia de los monitores efectivos y los ofertados adicionalmente para establecer correturnos y dar los descansos, alterando la ratio exigida por la Dirección Xeral de Xuventude o su oferta en cuanto al número de monitores"*.

Efectivamente, observamos como das condicións da licitación resulta a existencia de mantemento do número de monitores recollidos na oferta presentada. En definitiva, a existencia era de manter os monitores ofertados, cun mínimo de monitores que non se podían rebaixar nesas proposicións, pero sen que este mínimo puidera operar como cifra ou límite á que se podía chegar en determinados momentos, a pesar de estar ofertados máis.

Así, o punto 2.4 do prego de prescricións técnicas (PPT) establecía que *"Deberá achegarse ao contrato o equipo especificado na proposta presentada pola empresa adxudicataria"*, e no apartado 12.1 do PCAP refería que *"a empresa contratista garantizará a cobertura, en todo momento, dos postos de traballo e das súas correspondentes funcións ofertadas para a contratación"*.

Non estamos, polo tanto, perante cláusulas escuras e máis cando observamos que, despois do prezo, o segundo criterio máis valorado era, precisamente, os monitores, pero sempre acompañado do termo “permanentes” (cláusula 1.2 folia de especificacións PPT, “Recursos humanos: monitores/as permanentes”):

"Recursos humanos: monitores/as permanentes: Valorarase a inclusión de monitorado permanente no equipo de animación que aumente o mínimo esixido nos PPT para o lote correspondente, do seguinte xeito:

(....)

Os monitores ofertados neste apartado deberán ser contratados a xornada completa e para o conxunto das quendas do lote correspondente, conforme ao PPT. "

Como explica o órgano de contratación, os pregos recollían uns requisitos de persoal mínimo, medidos en termos de ratio, e o persoal ofertado a maiores debía prestar os seus servizos nos mesmos termos (a xornada completa medida en termos de ratio). Baixo esta condición, de aumento e non de complementariedade da ratio de persoal mínima, era como se formulaba a oferta. Así resultaba das condicións de licitación e así o entendeu o recorrente, como agora veremos. Efectivamente, se



acudimos a súa oferta, cando aludía á relación de persoal tamén o titulaba como persoal “permanente” e “a maiores” do mínimo, ao definilo como “Relación de persoal permanente a maiores da ratio mínima, por quenda”.

En definitiva, constamos que se ofertaron 13 monitores “permanentes”, que é ao que se refire o prego, pero que logo non eran, en realidade, 13 monitores de tal condición. Como recolle a Administración ao respecto:

“a propia recorrente recoñece no seu escrito de interposición do recurso a inviabilidade da súa oferta, xa que os/as tres monitores/as teoricamente ofertados a maiores (e que suporían a valoración máxima de 40 puntos) non supoñen realmente un aumento do mínimo exixido nos pregos, senón que se utilizan para cubrir os descansos semanais e vacacións do resto de monitores/as e, alega a recorrente, manter así a ratio mínima durante toda a quenda. A licitadora recoñece a intención de incumplir os termos da súa oferta, en tanto en canto non se trataría de monitores efectivos a disposición do campamento, pois nalgún caso estarían descansando ou gozando das súas vacacións durante os días de actividade. Se a licitadora achega monitores a maiores do esixido como equipo mínimo no prego de prescricións técnicas, non pode admitirse que eses efectivos ofertados a maiores sexan empregados para cubrir descansos ou vacacións dos demais membros do equipo, pois dese xeito non se estaría cumprindo coa oferta en canto ao número de efectivos postos a disposición do contrato.”

O recorrente, para rexeitar a interpretación aquí recollida de que había que manter todos os monitores ofertados, xunto á referencia de que non o observa nas condicións da licitación, o que xa foi tratado, considera que aquela tese leva ao absurdo de que estes ofertados teñan que estar as 24 horas ao día, sen descanso. Ao respecto, sinala o informe do órgano de contratación:

“En primeiro lugar, cumpre sinalar que a recorrente volta a confundir o persoal mínimo co ofertado. En segundo lugar, o órgano de contratación non entende que o persoal teña que prestar servizos 24 horas senón unicamente durante as horas establecidas na normativa legal e convencional aplicable, estando o resto do día en situación de dispoñibilidade e cobrando o plus de dispoñibilidade por iso. Como establece o convenio colectivo “o complemento retribúe as especiais circunstancias e condicións dos traballadores e traballadoras cando realizan servizos presenciais con dispoñibilidade de 24 horas en casas de colonias, albergues infantís e xuvenís, campamentos e/ou outros equipamentos similares”.

Perante unha eventual alegación de que o persoal ofertado permanece durante toda a duración da quenda nas instalacións aínda que estea desfrutando o descanso semanal ou as vacacións, hai que dicir que o complemento de dispoñibilidade non substitúe estes descansos obrigatorios e a licitadora incumpliría a normativa laboral....”



Ou como se explica noutra pasaxe: *“Este órgano de contratación admite que se disfruten períodos de descanso durante a quenda, mais isto non pode supor unha alteración da ratio ofertada. Se para manter unha ratio permanente de 10 monitores/as fose necesario contratar a 13, a ratio ofertada deberían ser 10 monitores/as e non 13.”*

En todo caso, o que está acreditado aquí é a inviabilidade da oferta como foi presentada, onde os tres monitores “permanentes” ofertados a maiores, non eran un aumento do mínimo, aos efectos preconizados polos pregos (permanente, como vimos), polo que non se pode considerar como contrario a dereito a exclusión decretada ao abeiro do artigo 84 do Real Decreto 1098/2011, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas.

Como recollimos, entre outras, na Resolución TACGal 4/2018:

“tal 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 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).”

Para pechar o debate, significar que na Resolución TACGal 31/2018 tamén explicamos:

“Sobre a posibilidade de subsanar ou aclarar as ofertas tamén os Tribunais de recursos contractuais teñen unha doutrina asentada, da que é mostra a Resolución 212/2017 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía:

“... Al respecto, es necesario poner de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual solo concibe como regla general la subsanación de los defectos que se aprecien en la documentación administrativa, en el sentido de que la subsanación se refiere a la justificación de un requisito que ya se ha cumplido y no a una nueva oportunidad para hacerlo (artículo 81 RGLCAP), pero no regula la subsanación de la oferta técnica o de la económica.

Por tanto, respecto de la oferta técnica y/o económica, no existe obligación alguna 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.

(...)



Lo que sí es posible es solicitar aclaraciones que en modo alguno supongan alteración de la oferta, pero no la adición de otros elementos pues ello podría suponer dar la opción al licitador afectado de modificar su oferta lo que traería como consecuencia una notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 10 de diciembre de 2009, (asunto T-195/08) que aborda con detalle el ejercicio de la facultad de solicitar aclaraciones en relación con las ofertas, pudiendo resumirse su doctrina del modo siguiente:

1. Si bien es cierto que un órgano de contratación está obligado a redactar las condiciones de una licitación con precisión y claridad, no está obligado a prever todos los supuestos, por raros que sean, que puedan presentarse en la práctica.

2. Cabe tomar la iniciativa de ponerse en contacto con el licitador cuando una oferta requiera aclaraciones suplementarias, o cuando se trate de corregir errores materiales en la redacción de la oferta, pues es esencial, en aras de la seguridad jurídica, que pueda asegurarse con precisión el contenido de la oferta y, en particular, la conformidad de esta con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones

3. El principio de igualdad de trato entre los licitadores no puede impedir el ejercicio de esta facultad siempre que se trate por igual a todos los licitadores y que ello no suponga la modificación del contenido de la oferta presentada.”

Remata tal Resolución coa seguinte afirmación: “En conclusión, la solicitud de aclaraciones a las ofertas no es una obligación impuesta al órgano de contratación o, en su caso, a la mesa de contratación, sino una posibilidad que tienen cuando entienden que una oferta requiere aclaraciones suplementarias o cuando entienden que se han de corregir errores materiales en la redacción de la oferta; en caso contrario, no están obligados a solicitarla si entienden que la misma es lo suficientemente clara y precisa.” Igual na Resolución 51/2018, por citar algunha moi recente, do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público.”

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 A BILLARDA S.L. contra a exclusión da súa oferta dos lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13 do contrato do servizo de execución da programación das actividades de educación non formal da campaña de verán 2018 da Consellería de Política Social, expediente 28/2018.

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.