

Recurso nº 42/2018**Resolución nº 42/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.L.I. actuando en nombre y representación de A BILLARDA S.L. contra la exclusión de su oferta de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 de la Consellería de Política Social, expediente 28/2018, 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 Política Social convocó la licitación del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018, con un valor estimado declarado de 1.194.136,37 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el perfil del contratante el 02.04.2018 y en el DOUE el 30.03.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- Por Resolución de 28 de mayo de 2018 se decide el rechazo de las ofertas y la exclusión de A BILLARDA S.L. de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 de la Consellería de Política Social, expediente 28/2018. Tal resolución fue notificada por Notifica.gal con puesta a disposición el 29.05.2018 y abierta el 30.05.2018.

Cuarto.- En fecha 14.06.2018 A BILLARDA S.L (en adelante, A BILLARDA) interpuso recurso especial en materia de contratación contra tal exclusión, a través sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 15.06.2018 se reclamó de la Consellería de Política Social el expediente y el informe a lo 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 19.06.2018.

Dado que no estaban completos los datos de los licitadores, a efectos de proceder a su trámite de audiencia, se pidió al órgano que lo completara, recibándose el 22.06.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 26.06.2018, sin que se recibieran alegaciones.

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.- Siendo el recurrente aquel cuyas ofertas fueron excluidas de los lotes indicados, cabe atribuirle legitimación, según el art. 48 LCSP.

Cuarto.- Descritas las fechas en los apartados anteriores, este recurso fue interpuesto en el plazo de los 15 días recogidos en el artículo 50.1.c) LCSP.

Quinto.- Estamos ante un contrato de servicios de valor estimado de 1.194.136,37 euros, por lo que el recurso es admisible al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) LCSP.

Sexto.- El recurrente alega que las razones de la exclusión derivan de una incompleta o incomprendida valoración de su oferta. Afirma que no se tiene en cuenta que en los turnos se ofrecieron hasta tres monitores por encima de la ratio mínima exigida en el pliego, lo que permite combinaciones suficientes, de modo que el personal pueda descansar, dentro del turno concreto de que se trate, y disfrutar vacaciones, sin bajar de esos mínimos.

Considera que si lo que atribuye es que esos todos monitores ofertados deben estar en el campamento, esto no está en los pliegos e implica una permanencia continua de 24 horas.

Séptimo.- El informe del órgano de contratación explica que el propio recurrente admite que no va a respetar el número exigido de monitores, porque los pliegos establecían que deben estar todos los monitores recogidos en su oferta, por lo que al apreciarse que algunos de estos, en la oferta del recurrente, estarían destinados a cubrir descansos o vacaciones, esa premisa exigida en las condiciones de la licitación no se cumpliría.

Octavo.- El informe del órgano de contratación remitido a este recurso especial comienza explicando que, para la decisión que nos ocupa, primeramente se recabó un informe técnico, con una parte general y otra específica de las empresas excluidas.

Efectivamente, la mesa de contratación, en sesión de 07.05.2018, acordó hacer uso de la facultad establecida en el artículo 326.5 in fine de la LCSP, y solicitar el asesoramiento de técnicos/as o expertos/as independientes con conocimientos acreditados en las materias relacionadas con el objeto del contrato y, sobre todo, con conocimientos acreditados en materia laboral, para que informaran sobre la viabilidad de las ofertas presentadas a la licitación y al cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos en lo relativo al respeto de los deberes que resulten aplicables en materia laboral, incluyendo el cumplimiento del convenio colectivo sectorial vigente. De hecho, se consiguió autorización al órgano de contratación para, en virtud del acuerdo de la mesa, solicitar el dicho informe a una empresa de consultoría con acreditada experiencia y conocimientos en materia de supervisión de operaciones de contrata intensivas mano de obra directa.

En todo caso, ya la cláusula 7.7 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establecía que *“la mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos con el fin de verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego”*.

Es importante resaltar que tal informe técnico, parte general y específica, fue trasladado al recurrente, antes de la interposición de este recurso especial. De hecho, incorpora tales documentos a su recurso, recurso que aborda las diferentes cuestiones del debate alegando sobre ellas, por lo que no vemos desconocimiento en el mismo de las causas que motivaron la decisión.

Tanto en aquel informe solicitado como luego en la propia resolución de exclusión se aprecia que, en lo que respecta a la empresa recurrente, todos los días de descanso y vacaciones de los monitores se disfrutaban durante los turnos, alterando entonces la ratio exigida. Tal informe, en su parte general, y particularmente en el punto 7 sobre "Número global de monitores en los campamentos y monitores en activo diariamente", ya 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 General de Juventud o su oferta en cuanto al número de monitores"*.

Efectivamente, observamos como de las condiciones de la licitación resulta la exigencia de mantenimiento del número de monitores recogidos en la oferta presentada. En definitiva, la exigencia era de mantener los monitores ofertados, con un mínimo de monitores que no se podían rebajar en esas proposiciones, pero sin que este mínimo pudiera operar como cifra o límite a la que se podía llegar en determinados momentos, a pesar de estar ofertados más.

Así, el punto 2.4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) establecía que *"Deberá presentarse al contrato el equipo especificado en la propuesta presentada por la empresa adjudicataria"*, y en el apartado 12.1 del PCAP refería que *"la empresa contratista garantizará la cobertura, en todo momento, de los puestos de trabajo y de sus correspondientes funciones ofertadas para la contratación"*.

No estamos, por lo tanto, ante cláusulas oscuras y más cuando observamos que, después del precio, el segundo criterio más valorado era, precisamente, los monitores, pero siempre acompañado del término "permanentes" (cláusula 1.2 hoja de especificaciones PPT, "Recursos humanos: monitores/as permanentes"):

"Recursos humanos: monitores/as permanentes: Se valorará la inclusión de monitorizado permanente en el equipo de animación que aumente el mínimo exigido en los PPT para el lote correspondiente, de la siguiente manera:

(....)

Los monitores ofertados en este apartado deberán ser contratados la jornada completa y para el conjunto de los turnos del lote correspondiente, conforme al PPT. "

Como explica el órgano de contratación, los pliegos recogían unos requisitos de personal mínimo, medidos en términos de ratio, y el personal ofertado a mayores debía prestar sus servicios en los mismos términos (la jornada completa medida en términos de ratio). Bajo esta condición, de aumento y no de complementariedad de la ratio de personal mínima, era como se formulaba la oferta. Así resultaba de las condiciones de licitación y así lo entendió el recurrente, como ahora veremos. Efectivamente, se acudimos su oferta, cuando aludía a la relación de personal también lo titulaba como personal “permanente” y “a mayores” del mínimo, al definirlo como Relación de personal permanente a mayores de la ratio mínima, por turno”.

En definitiva, constatamos que se ofertaron 13 monitores “permanentes”, que es a lo que se refiere el pliego, pero que luego no eran, en realidad, 13 monitores de tal condición. Como recoge la Administración al respecto:

“la propia recurrente reconoce en su escrito de interposición del recurso la inviabilidad de su oferta, ya que los/las tres monitores/las teóricamente ofertados a mayores (y que supondrían la valoración máxima de 40 puntos) no suponen realmente un aumento del mínimo exigido en los pliegos, sino que se utilizan para cubrir los descansos semanales y vacaciones del resto de monitores/las y, alega la recurrente, mantener así la ratio mínima durante todo el turno. La licitadora reconoce la intención de incumplir los términos de su oferta, en tanto en cuanto no se trataría de monitores efectivos la disposición del campamento, pues en caso alguno estarían descansando o disfrutando de sus vacaciones durante los días de actividad. Si la licitadora aporta monitores a mayores de lo exigido como equipo mínimo en el pliego de prescripciones técnicas, no puede admitirse que esos efectivos ofertados a mayores sean empleados para cubrir descansos o vacaciones de los demás miembros del equipo, pues de esa manera no se estaría cumpliendo con la oferta en cuanto al número de efectivos puestos a disposición del contrato.”

El recurrente, para rechazar la interpretación aquí recogida de que había que mantener todos los monitores ofertados, junto a la referencia de que no lo observa en las condiciones de la licitación, lo que ya fue tratado, considera que aquella tesis lleva al absurdo de que estos ofertados tengan que estar las 24 horas al día, sin descanso. Al respecto, señala el informe del órgano de contratación:

“En primer lugar, cumple señalar que la recurrente vuelve a confundir el personal mínimo con el ofertado. En segundo lugar, el órgano de contratación no entiende que el personal tenga que prestar servicios 24 horas sino únicamente durante las horas establecidas en la normativa legal y convencional aplicable, estando el resto del día en situación de disponibilidad y cobrando el plus de disponibilidad por eso. Como establece el convenio colectivo “el complemento

retribuye las especiales circunstancias y condiciones de los trabajadores y trabajadoras cuando realizan servicios presenciales con disponibilidad de 24 horas en casas de colonias, albergues infantiles y juveniles, campamentos y/u otras equipaciones similares”.

Ante una eventual alegación de que el personal ofertado permanece durante toda la duración del turno en las instalaciones aunque esté disfrutando el descanso semanal o las vacaciones, hay que decir que el complemento de disponibilidad no sustituye estos descansos obligatorios y la licitadora incumpliría la normativa laboral....”

O como se explica en otro pasaje: *“Este órgano de contratación admite que se disfruten períodos de descanso durante el turno, pero esto no puede suponer una alteración de la ratio ofertada. Si para mantener una ratio permanente de 10 monitores/las fuera necesario contratar a 13, la ratio ofertada deberían ser 10 monitores/as y no 13.”*

En todo caso, lo que está acreditado aquí es la inviabilidad de la oferta como fue presentada, donde los tres monitores “permanentes” ofertados a mayores, no eran un aumento del mínimo, a los efectos preconizados por los pliegos (permanente, como vimos), por lo que no se puede considerar como contrario a derecho la exclusión decretada al amparo del artículo 84 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por lo que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como recogimos, entre otras, en la Resolución TACGal 4/2018:

“tal y como señala a 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 TACRC añade, al respeto: «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 cerrar el debate, significar que en la Resolución TACGal 31/2018 también explicamos:

“Sobre la posibilidad de subsanar o aclarar las ofertas también los Tribunales de recursos contractuales tienen una doctrina asentada, de la que es muestra la Resolución 212/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales 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 con la siguiente 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 en la Resolución 51/2018, por citar alguna muy reciente, do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público.”

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 A BILLARDA S.L. contra la exclusión de su oferta de los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del contrato del servicio de ejecución de la programación de las actividades de educación no formal de la campaña de verano 2018 de la Consellería de Política Social, expediente 28/2018.

2. 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.