

Recurso nº 44/2019**Resolución nº 48/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de febreiro de 2019.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por D. J.L.R.P. actuando en nome e representación de COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. contra o acordo de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación da xestión parcial das escolas infantís de Tomas Alonso e de Bouzas, expediente 21847-332 do Concello de Vigo, 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.- O Concello de Vigo convocou a contratación dun servizo de xestión parcial das escolas infantís de Tomas Alonso e de Bouzas, expediente 21847-332, 2 lotes, cun valor estimado declarado de 2.624.055,90 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación na Plataforma de Contratos do Sector Público e no DOUE o 20.07.2018.

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

Terceiro.- O recorrente impugna a decisión da mesa de contratación de data 24.01.2019 de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación.

Cuarto.- O día 12.02.2019 a entidade COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. interpuxo recurso especial en materia de contratación ante o órgano de contratación.

Quinto.- Con data 15.02.2019 recibíuse neste Tribunal o texto do recurso e o expediente ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). O informe do órgano de contratación foi recibido o día 22.02.2019.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 18.02.2019, presentándose alegacións pola empresa CLECE, S.A.

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.- O recorrente foi excluído do procedemento polo acordo aquí impugnado, polo que a súa lexitimación é incuestionable.

Cuarto.- O acordo de exclusión foi notificado o día 01.02.2019, polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legal.

Quinto.- Tratándose dun acto de exclusión ditado nunha licitación de servizos cun valor estimado superior a 100.000 euros, o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- O recorrente alega que a súa oferta non incumpre o establecido nos pregos da licitación, posto que non excede o límite de páxinas fixado como máximo.

Sinala que o seu proxecto educativo só supera ese máximo sumando o índice e a portada e que os anexos que presentou no sobre B non estaban prohibidos nas condicións da licitación e non se tiveron en conta na valoración da súa oferta.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao expresado no recurso, indicando que o recorrente excede en 591 o número máximo de páxinas sinaladas nos pregos da licitación, sendo indiferente que ese exceso se presentase como anexos, pois formaban parte da oferta técnica do licitador.

Oitavo.- A empresa alegante, CLECE, S.A., defende a exclusión realizada polo órgano de contratación e entende igualmente que os anexos formaban parte integrante da proposta do recorrente.

Noveno.- Debemos facer referencia á nosa anterior Resolución 113/2018, na que anulábamos a adxudicación recaída nesta mesma licitación nunha oferta que excedía o máximo de páxinas establecido, e na que a agora recorrente instaba a exclusión da adxudicataria.

Ante todo, naquel previo axuízamento xa delimitamos cal era no mesmo o noso marco revisor:

“Polo tanto, para enmarcar o debate que nos ocupa debemos aludir a determinados aspectos. Así, en primeiro lugar, nos corresponde unha función revisora respecto da cuestión que nos trae o recorrente, neste caso que o adxudicatario presentara unha memoria educativa cun exceso dunhas 50 páxinas sobre o límite esixido. E, segundo, que non procede que as alegacións para opoñerse a un recurso se poidan deslizar cara unha reformatio in peius ou cara a tentativa de introducir unha especie de reconvención inexistente nesta vía administrativa (tampouco aceptada na xurisdición contencioso-administrativa). Por exemplo, así dito en Resolución 187/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resolución 215/2018 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais da Junta de Andalucía, ou na Resolución 54/2017 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Castela e León. Por isto consideramos fóra dese marco, e deste axuízamento, alegacións referidas á oferta do recorrente do órgano de contratación e de CLECE, S.A.”

Neste sentido, o Acordo 41/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón expresa: “Así, la resolución que dicta el órgano de resolución de recursos contractuales ha de limitarse a realizar un examen de la legalidad del acto que se recurre”, neste caso a adxudicación a favor de PROMOCIÓN FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L.”

Entón, polo principio de congruencia e en base ao dito, debemos limitarnos a analizar se nesta licitación podía ser adjudicatario PROMOCIÓN FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L, en canto á alegación de que presentou un proxecto educativo con exceso de páxinas.”

Entrando entón agora no que nos ocupa, a revisión da exclusión da oferta de COLEGIO LOS MILAGROS S.L., debemos mencionar que, sobre o debate do exceso de folios, naquela Resolución 113/2018 indicábamnos que *“nas condicións da licitacións que se plasmaron había claridade suficiente”* sobre o número de páxinas esixido, *“sendo a extensión máxima de 100 páxinas unha condición que, como vimos, aparece fixada de forma clara e expresa no PPT”*.

Centrados así no ámbito do concreto debate deste recurso, sobre o Proxecto Educativo os pregos tiñan unha determinación moi específica en canto a súa extensión:

Apartado 6 da folia de especificacións do PCAP:

“A) Contido do sobre B:

Incluirá o Proxecto Educativo do Centro (PEC) individualizado para cada unha das escolas, co contido descrito no apartado 7.A.1 desta FEC. Non poderá exceder de 100 follas, tamaño letra 12”

Apartado Cuarto PPT:

“CUARTA.- REFERENCIAS TÉCNICAS

O adjudicatario aterase ao contido nas Normas Xerais incluídas como Anexo 1 do presente prego. Non embargantes, presentará obrigatoriamente na súa oferta a seguinte documentación:

1.- PROXECTO EDUCATIVO DE CENTRO

Presentarase necesariamente coa seguinte estrutura e epígrafes, aos que o licitador engadirá, se o considera oportuno, outros baixo o epígrafe xenérico de Outros, como derradeiro apartado do PEC aportado. A extensión máxima do PEC non poderá exceder as 100 páxinas (tamaño papel A4 e tamaño letra 12)”

O informe no que se fundamenta o acordo de exclusión da oferta da recorrente sinala que:

“O seu PEC contén 101 follas e 590 páxinas en Anexos. Esta circunstancia puxoa de manifesto o licitador CLECE, SA, nas alegacións formuladas ó recurso. No entanto, o Tribunal, aclarou no fundamento xurídico noveno (páxina 6) que “non procede que as alegacións para opoñerse a un recurso se poidan deslizar cara unha reformatio in peius ou cara a tentativa de introducir unha especie de reconvención inexistente nesta vía administrativa”, e non as tivo en conta.

Sen embargo, a xuízo da informante, se ben non procedía en vía de recurso excluír do procedemento ó recorrente, se procede facelo ó retrotraer o expediente e reformular a clasificación de ofertas. Sería contrario ó principio de non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores recollido no artigo 1 da LCSP excluír deste procedemento a PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L., por non axustarse ó PPT, e non facelo con COLEGIO LOS MILAGROS, S.L., cuxa oferta tampouco se axusta ó mesmo, e por ende, ten unha extensión moi superior, 691 follas.”

O recorrente alega dous motivos de defensa:

- Que o seu proxecto educativo consta de 101 páxinas contando portada e índice, polo que en todo caso ese mínimo exceso non afecta ao contido material do proxecto.

- Que os anexos que aportou no sobre B non estaban prohibidos nin limitados nas condicións da licitación, que se refería unicamente á extensión no proxecto educativo, e que os mesmos non foron tidos en conta polo técnico que efectuou a valoración das ofertas.

Xa na nosa anterior Resolución 113/2018 facíamos expresa referencia ao valor do principio de proporcionalidade nun debate como o que aquí se nos presenta, se ben sen obviar o resto de bens xurídicos afectados. Como indicamos na nosa outra Resolución 132/2018:

“Unha vez determinado o anterior, é certo que as regras de extensión da documentación hai que compaxinalas co principio de proporcionalidade en relación ao resto dos principios da contratación, pero sen que isto implique que unha determinación deste tipo non sexa, de por si, relevante. Así, sempre é importante atender ao caso concreto, se ben debemos apuntar que os requisitos de extensión,

ou aquí “peso” da documentación, teñen potencialidade de afectación á igualdade de trato dos licitadores, pois os que se acolleron ao que poñían os pregos deberon axustar a súa proposición a esas limitacións, de forma que se non os houbera posiblemente poderían darlle outro contido ás mesmas.”

Partindo desta doutrina, debemos resaltar de inicio que o exceso nunha páxina no denominado proxecto educativo non semella ter a relevancia suficiente para determinar a exclusión do licitador, tendo en conta que ese exceso se produce coa inclusión da portada e do índice, como resalta o recorrente.

Agora ben, a decisión de exclusión adoptada polo órgano de contratación non se fundamenta nese exceso, senón en que o proxecto educativo presentado contiña en conxunto “101 follas e 590 páxinas en Anexos”, polo que con esa referencia debemos analizar a resolución impugnada.

Ao respecto, o recorrente argumenta que “*ni en el PPT ni el PCAP se establece la prohibición o limitación de incluir en el sobre B otros documentos que los licitadores decidan presentar*”, senón que establece que “*al menos y obligatoriamente se incluirá un Proyecto educativo de centro (PEC)*”, engadindo o recorrente que os anexos “*no son parte del PEC, sino que son otros archivos complementarios y diferentes*”, e que foron presentados electronicamente como arquivos diferentes.

O primeiro que debemos indicar é que a cláusula 6 da folia de especificacións á que nos referimos anteriormente establece que o “*contido do sobre B incluirá o Proxecto Educativo do Centro (PEC)*”, non prevéndose a incorporación neste sobre doutro tipo de documentación. En consecuencia, non cabe aceptar nesta fase de recurso a argumentación de que estoutros documentos non estaban limitados numericamente polos pregos, xa que non cabe limitar o que de por si atópase fóra do ámbito da licitación.

Polo tanto, non é axustada tampouco a esa redacción do PCAP a expresión do recorrente de que “*al menos*” se debía incluír o PEC, senón que na realidade ese era o único documento admitido, polo que a decisión de engadir outros arquivos non estaba prevista nos pregos, sendo polo tanto responsabilidade exclusiva do agora recorrente a súa presentación e as consecuencias que da mesma se derivan.

Unha vez fixado ese aspecto, o que nos queda por dilucidar é se, como defende o recorrente, eses anexos eran diferentes e alleos ao proxecto educativo polo que non

procedía a súa exclusión, ou se formaban parte intrínseca da súa oferta técnica, como sinala o Concello no seu informe a este recurso.

Pois ben, se analizamos os proxectos educativos presentados na oferta da recorrente, un por cada escola incluída na licitación, o primeiro salientable é que as referencias nos mesmos ao contido dos anexos é continua ao longo da explicación dos distintos apartados do proxecto, nalgún caso con máis dunha remisión na mesma páxina, como por exemplo nas páxinas 8 ou 16 do PEC da escola Tomás Alonso. De feito, esa remisión aos anexos é explícita, utilizando a expresión “*Ver Anexo nº...*”, con caracteres tipográficos ademais moi salientables, polo que só cabe entender que é o propio licitador quen solicita na súa oferta que se analicen eses anexos como parte do seu proxecto, o cal impide entender que nos atopemos ante documentos diferenciados como defende o recorrente. Todo o contrario, o contido dos anexos estaba directamente vinculado ao contido do proxecto educativo, de xeito que corresponde aprecialos como unha extensión ineludible do mesmo.

Polo que, en base á función revisora que lle corresponde a este TACGal, non se aprecia vicio de ilegalidade na resolución de exclusión do órgano de contratación, que entendeu ese exceso como “*contrario ó principio de non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores recollido no artigo 1 da LCSP*”.

Nese sentido, non modifica esa conclusión o feito alegado no recurso de que o informe complementario de data 24.09.2018 asinado polo técnico que valorou as ofertas sinala que “*non se tivo en conta a información e documentación presentada como anexos*”. Por un lado, porque é a propia mesa de contratación a que modifica ese criterio ao adoptar o acordo de exclusión en base ás súas lexítimas competencias, tal e como veñen fixadas no artigo 22 do Real Decreto 817/2009, de 8 de maio, polo que se desenvolve parcialmente la Lei 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos del Sector Público.

Pero ademais, dese segundo informe complementario observamos que non se modifica a puntuación dos licitadores respecto do primeiro, e deste primeiro cabe deducir que si tivo en conta tales Anexos. Así, por unha parte, porque a remisión a que os anexos amplían ou complementan a información do PEC é continua no primeiro informe ao referirse á oferta da recorrente. Pero por outra, e isto é especialmente relevante, porque na páxina 7 dese informe de valoración e no apartado

correspondente aos “materiais didácticos” literalmente se recolle o seguinte -puntuación que logo se mantería, segundo vimos-:

“COLEGIO LOS MILAGROS, SL

En Anexo, a oferta presenta unha relación exhaustiva do material inventariado presente na escola (aínda que se equivoca, presentando o listado do material doutras escolas municipais), así como do que aportará a empresa a maiores desa dotación. Puntúase, pois, con 1,5 puntos”

O que impide absolutamente entender que o contido dos anexos non foi obxecto de valoración.

En conclusión non se aprecian motivos que determinen a invalidez da decisión impugnada, polo que procede a desestimación do recurso presentado.

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 COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. contra o acordo de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación da xestión parcial das escolas infantís de Tomas Alonso e de Bouzas, do Concello de Vigo .

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 do 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.