

Recurso nº 44/2019

Resolución nº 48/2019

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. J.L.R.P. actuando en nombre y representación de COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación de la gestión parcial de las escuelas infantiles de Tomás Alonso y de Bouzas, expediente 21847-332 del Ayuntamiento de Vigo, 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.- El Ayuntamiento de Vigo convocó la contratación de un servicio de gestión parcial de las escuelas infantiles de Tomás Alonso y de Bouzas, expediente 21847-332, 2 lotes, con un valor estimado declarado de 2.624.055,90 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público y en el DOUE el 20.07.2018.

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

Tercero.- El recurrente impugna la decisión de la mesa de contratación de fecha 24.01.2019 de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación.

Cuarto.- El día 12.02.2019 la entidad COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación ante el órgano de contratación.

Quinto.- Con fecha 15.02.2019 se recibió en este Tribunal el texto del recurso y el expediente 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). El informe del órgano de contratación fue recibido el día 22.02.2019.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 18.02.2019, presentándose alegaciones por la empresa CLECE, S.A.

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.- 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.- El recurrente fue excluido del procedimiento por el acuerdo aquí impugnado, por lo que su legitimación es incuestionable.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión fue notificado el día 01.02.2019, por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legal.

Quinto.- Tratándose de un acto de exclusión dictado en una licitación de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- El recurrente alega que su oferta no incumple lo establecido en los pliegos de la licitación, puesto que no excedió el límite de páginas fijado como máximo.

Señala que su proyecto educativo sólo supera ese máximo sumando el índice y la portada y que los anexos que presentó en el sobre B no estaban prohibidos en las condiciones de la licitación y no se tuvieron en cuenta en la valoración de su oferta.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone a lo expresado en el recurso, indicando que el recurrente excedió en 591 el número máximo de páginas señaladas en los pliegos de la licitación, siendo indiferente que ese exceso se presentara como anexos, pues formaban parte de la oferta técnica del licitador.

Octavo.- La empresa alegante, CLECE, S.A., defiende la exclusión realizada por el órgano de contratación y entiende igualmente que los anexos formaban parte integrante de la propuesta del recurrente.

Noveno.- Debemos hacer referencia a nuestra anterior Resolución 113/2018, en la que anulábamos la adjudicación recaída en esta misma licitación en una oferta que excedía el máximo de páginas establecido, y en la que la ahora recurrente instaba la exclusión de la adjudicataria.

Ante todo, en aquel previo enjuiciamiento ya delimitamos cual era en el mismo nuestro marco revisor:

“Por lo tanto, para enmarcar el debate que nos ocupa debemos aludir a determinados aspectos. Así, en primer lugar, nos corresponde una función revisora respecto de la cuestión que nos trae el recurrente, en este caso que el adjudicatario presentara una memoria educativa con un exceso de unas 50 páginas sobre el límite exigido. Y, segundo, que no procede que las alegaciones para oponerse a un recurso se puedan deslizar hacia una reformatio in peius o hacia tentativa de introducir una especie de reconversión inexistente en esta vía administrativa (tampoco aceptada en la jurisdicción contencioso-administrativa). Por ejemplo, así dicho en Resolución 187/2018 Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, Resolución 215/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, o en la Resolución 54/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León. Por esto consideramos fuera de ese marco, y de este enjuiciamiento, alegaciones referidas a la oferta del recurrente del órgano de contratación y de CLECE, S.A.”

En este sentido, el Acuerdo 41/2018 del 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”, en este caso la adjudicación a favor de PROMOCIÓN FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L.

Entonces, por el principio de congruencia y en base a lo dicho, debemos limitarnos a analizar si en esta licitación podía ser adjudicatario PROMOCIÓN FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L, en cuanto a la alegación de que presentó un proyecto educativo con exceso de páginas .”

Entrando entonces ahora en lo que nos ocupa, la revisión de la exclusión de la oferta de COLEGIO LOS MILAGROS S.L., debemos mencionar que, sobre el debate del exceso de folios, en aquella Resolución 113/2018 indicábamos que “*en las condiciones de las licitaciones que se plasmaron había claridad suficiente*” sobre el número de páginas exigido, “*siendo la extensión máxima de 100 páginas una condición que, como vimos, aparece fijada de forma clara y expresa en el PPT*”.

Centrados así en el ámbito del concreto debate de este recurso, sobre el Proyecto Educativo los pliegos tenían una determinación muy específica en cuanto a su extensión:

Apartado 6 de la hoja de especificaciones del PCAP:

“A) Contenido del sobre B:

Incluirá el Proyecto Educativo del Centro (PEC) individualizado para cada una de las escuelas, con el contenido descrito en el apartado 7.A.1 de esta FEC. No podrá exceder de 100 hojas, tamaño letra 12”

Apartado Cuarto PPT:

“CUARTA.- REFERENCIAS TÉCNICAS

El adjudicatario se atenderá al contenido en las Normas Generales incluidas como Anexo 1 del presente pliego. No obstante, presentará obligatoriamente en su oferta la siguiente documentación:

1.- PROYECTO EDUCATIVO DE CENTRO

Se presentará necesariamente con la siguiente estructura y epígrafes, a los que el licitador añadirá, si lo considera oportuno, otros bajo el epígrafe genérico de Otros, como último apartado del PEC aportado. La extensión máxima del PEC no podrá exceder las 100 páginas (tamaño papel A4 y tamaño letra 12)”

El informe en el que se fundamenta el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente señala que:

“Su PEC contiene 101 hojas y 590 páginas en Anexos. Esta circunstancia la puso de manifiesto el licitador CLECE, SA, en las alegaciones formulados al recurso. No obstante, el Tribunal, aclaró en el fundamento jurídico noveno (página 6) que “no procede que las alegaciones para oponerse a un recurso se puedan deslizar hacia una reformatio in peius o hacia tentativa de introducir una especie de reconvencción inexistente en esta vía administrativa”, y no las tuvo en cuenta.

Sin embargo, a juicio de la informante, si bien no procedía en vía de recurso excluir del procedimiento al recurrente, si procede hacerlo al retrotraer el expediente y replantear la clasificación de ofertas. Sería contrario al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores recogido en el artículo 1 de la LCSP excluir de este procedimiento a PROMOCIÓN DE LA FORMACIÓN LAS PALMAS, S.L., por no ajustarse al PPT, y no hacerlo con COLEGIO LOS MILAGROS, S.L., cuya oferta tampoco se ajusta al mismo, y por ende, tiene una extensión muy superior, 691 hojas.”

El recurrente alega dos motivos de defensa:

- Que su proyecto educativo consta de 101 páginas contando portada e índice, por lo que en todo caso ese mínimo exceso no afecta al contenido material del proyecto.
- Que los anexos que aportó en el sobre B no estaban prohibidos ni limitados en las condiciones de la licitación, que se refería únicamente a la extensión en el proyecto educativo, y que los mismos no fueron tenidos en cuenta por el técnico que efectuó la valoración de las ofertas.

Ya en nuestra anterior Resolución 113/2018 hacíamos expresa referencia al valor del principio de proporcionalidad en un debate como el que aquí se nos presenta, si bien sin obviar el resto de bienes jurídicos afectados. Como indicamos en nuestra otra Resolución 132/2018:

“Una vez determinado lo anterior, es cierto que las reglas de extensión de la documentación hay que compaginarlas con el principio de proporcionalidad en relación al resto de los principios de la contratación, pero sin que esto implique que una determinación de este tipo no sea, de por sí, relevante. Así, siempre es importante atender al caso concreto, si bien debemos apuntar que los requisitos de extensión, o aquí “peso” de la documentación, tienen potencialidad de afectación a la igualdad de trato de los licitadores, pues los que se acogieron a lo que ponían los pliegos debieron ajustar su proposición a esas limitaciones, de forma que si no los hubiera posiblemente podrían darle otro contenido a las mismas.”

Partiendo de esta doctrina, debemos resaltar de inicio que el exceso en una página en el denominado proyecto educativo no semeja tener la relevancia suficiente para determinar la exclusión del licitador, toda vez que ese exceso se produce con la inclusión de la portada y del índice, como resalta el recurrente.

Ahora bien, la decisión de exclusión adoptada por el órgano de contratación no se fundamenta en ese exceso, sino en que el proyecto educativo presentado contenía en conjunto *“101 hojas y 590 páginas en Anexos”*, por lo que con esa referencia debemos analizar la resolución impugnada.

Al respecto, el recurrente 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”*, sino que establece que *“al menos y obligatoriamente se incluirá un Proyecto educativo de centro (PEC)”*, añadiendo el recurrente que los anexos *“no son parte del PEC, sino que son otros archivos complementarios y diferentes”* y que fueron presentados electrónicamente como archivos diferentes.

Lo primero que debemos indicar es que la cláusula 6 de la hoja de especificaciones a la que nos referimos anteriormente establece que el *“contenido del sobre B incluirá el Proyecto Educativo del Centro (PEC)”*, no previéndose la incorporación en este sobre de otro tipo de documentación. En consecuencia, no cabe aceptar en esta fase de recurso la argumentación de que estos otros documentos no estaban limitados numéricamente por los pliegos, ya que no cabe limitar lo que de por sí se encuentra fuera del ámbito de la licitación.

Por lo tanto, no es ajustada tampoco a esa redacción del PCAP la expresión del recurrente de que *“al menos”* se debía incluir el PEC, sino que en la realidad ese era el único documento admitido, por lo que la decisión de añadir otros archivos no estaba

prevista en los pliegos, siendo por lo tanto responsabilidad exclusiva del ahora recurrente su presentación y las consecuencias que de la misma se derivan.

Una vez fijado ese aspecto, lo que nos queda por dilucidar es si, como defiende el recurrente, esos anexos eran diferentes y ajenos al proyecto educativo por lo que no procedía su exclusión, o si formaban parte intrínseca de su oferta técnica, como señala el Ayuntamiento en su informe a este recurso.

Pues bien, si analizamos los proyectos educativos presentados en la oferta de la recurrente, uno por cada escuela incluida en la licitación, lo primero destacable es que las referencias en los mismos al contenido de los anexos es continua a lo largo de la explicación de los distintos apartados del proyecto, en algún caso con más de una remisión en la misma página, como por ejemplo en las páginas 8 o 16 del PEC de la escuela Tomás Alonso. De hecho, esa remisión a los anexos es explícita, utilizando la expresión “*Ver Anexo nº...*”, con caracteres tipográficos además muy destacables, por lo que sólo cabe entender que es el propio licitador quien solicita en su oferta que se analicen esos anexos como parte de su proyecto, lo cual impide entender que nos encontremos ante documentos diferenciados como defiende el recurrente. Todo lo contrario, el contenido de los anexos estaba directamente vinculado al contenido del proyecto educativo, de suerte que corresponde apreciarlos como una extensión ineludible del mismo.

Por lo que, en base a la función revisora que le corresponde a este TACGal, no se aprecia vicio de ilegalidad en la resolución de exclusión del órgano de contratación, que entendió ese exceso como *“contrario al principio de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores recogido en el artículo 1 de la LCSP”*.

En ese sentido, no modifica esa conclusión el hecho alegado en el recurso de que el informe complementario de fecha 24.09.2018 firmado por el técnico que valoró las ofertas señale que *“no se tuvo en cuenta la información y documentación presentada como anexos”*. Por un lado, porque es la propia mesa de contratación la que modifica ese criterio al adoptar el acuerdo de exclusión en base a sus legítimas competencias, tal y como vienen fijadas en el artículo 22 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por lo que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Pero además, de ese segundo informe complementario observamos que no se modifica la puntuación de los licitadores respecto del primero, y de este primero cabe deducir que sí tuvo en cuenta tales Anexos. Así, por una parte, porque la remisión a que los anexos amplían o complementan la información del PEC es continua en el primer informe al referirse a la oferta de la recurrente. Pero por otra, y esto es especialmente relevante, porque en la página 7 de ese informe de valoración y en el apartado correspondiente a los “materiales didácticos” literalmente se recoge la siguiente -puntuación que luego se mantendría, según vimos:

“COLEGIO LOS MILAGROS, SL

En Anexo, la oferta presenta una relación exhaustiva del material inventariado presente en la escuela (aunque se equivoca, presentando el listado del material de otras escuelas municipales), así como del que aportará la empresa además de esa dotación. Se puntúa, pues, con 1,5 puntos”

Lo que impide absolutamente entender que el contenido de los anexos no fue objeto de valoración.

En conclusión no se aprecian motivos que determinen la invalidez de la decisión impugnada, por lo que procede la desestimación del recurso presentado.

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 COLEGIO LOS MILAGROS, S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación de la gestión parcial de las escuelas infantiles de Tomás Alonso y de Bouzas, del Ayuntamiento de Vigo .

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 executiva en sus propios termos, 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.