

Recurso nº 89/2018**Resolución nº 82/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 27 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por D.C.G.F. actuando en nombre y representación de TYPESA ESTADÍSTICA Y SERVICIOS S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación, por procedimiento abierto en lotes, del servicio sucesivo por precio unitario para la asistencia, elaboración y tramitación de los proyectos técnicos de expropiación de los terrenos, bienes y derechos necesarios para centros de telecomunicación gestionados por Redes de Telecomunicación Gallegas S.A. (RETEGAL S.A.), expediente RET-AB-2018-0089, 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.- Por Redes de Telecomunicación Gallegas S.A. (RETEGAL, en adelante) se convocó la licitación del contrato del servicio sucesivo por precio unitario para la asistencia, elaboración y tramitación de los proyectos técnicos de expropiación de los terrenos, bienes y derechos necesarios para centros de telecomunicación, con un valor estimado declarado de 156.000 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 19.07.2018.

Segundo.- RETEGAL es una sociedad mercantil 100% pública de la Xunta de Galicia que tiene por objeto tanto la planificación, instalación, gestión, mantenimiento y explotación de infraestructuras, sistemas y servicios de telecomunicaciones en el

ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, como la elaboración de propuestas, análisis y estudios relacionados con las telecomunicaciones, con consideración de medio propio instrumental y de servicio técnico de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de sus organismos autónomos en lo concerniente a la realización de las actividades propias de su objeto social y con condición de poder adjudicador.

Según este expediente, estaríamos ante un contrato de servicios de carácter privado, de acuerdo con las previsiones de los artículos 17 y 26.b) de la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP).

Tercero.- Se impugna el acuerdo de fecha 28.08.2018 por el que se excluye la oferta de la recurrente por error manifiesto en el sobre C al exceder el precio ofertado del presupuesto unitario máximo de licitación.

Cuarto.- En fecha 07.09.2018 TYPESA ESTADÍSTICA Y SERVICIOS S.L. (TYPESA, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación.

Quinto.- Con fecha 13.09.2018 se reclamó a RETEGAL el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 LCSP. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 19.09.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 19.09.2018, recibándose las alegaciones de las empresas REDENOR S.L, LAGARES OCA S.L. y APPLUS NORCONTROL S.L.U.

Séptimo.- El 20.09.2018 este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

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 LCSP el presente recurso se tramitó conforme 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 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.- Se alega por el órgano de contratación y por LAGARES OCA S.L. falta de legitimación en la interposición del recurso. Primeramente porque, aunque se admitiera la oferta económica presentada, la empresa recurrente no alcanzaría la suficiente puntuación para poder ser adjudicataria, y la segunda, porque entiende que el error en la oferta económica impide que pueda ser objeto de valoración, por lo que en su opinión el recurso sólo responde a una genérica defensa de la legalidad, de manera que no procedería su admisión.

Pues bien, este Tribunal aprecia la debida legitimación en el recurrente como licitador excluido al que la posible estimación de este recurso le otorgaría un indudable beneficio al permitirle continuar en el procedimiento. Ante esta evidencia, no se puede oponer, como pretende el órgano de contratación, que aun admitida su propuesta se podría prever que no conseguiría la puntuación para ser adjudicatario, ya que eso supone anticipar y presuponer actuaciones posteriores en la licitación que aún no son reales, ni necesariamente tienen que llegar a serlo. De hecho, y como muestra de la inconsistencia del argumento expuesto, simplemente suponiendo que el recurrente alcanzara la segunda posición en el procedimiento de valoración, podría resultar que el propuesto como adjudicatario no llegue finalmente a esa categoría por incumplir alguna condición de la licitación, lo que ya desvirtúa el argumento del órgano de contratación.

Igualmente tampoco procede entender que nos encontramos ante una genérica defensa de la legalidad, ya que el recurrente pretende, como dijimos, su supervivencia en el procedimiento de licitación y eso le otorga un interés legítimo, siendo precisamente el posible error en su oferta económica lo que es objeto de este recurso.

Cuarto.- El acuerdo de exclusión se notificó el día 03.09.2018, por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente exigible.

Quinto.- Tratándose de un acto de exclusión adoptado en un procedimiento de licitación de un contrato de servicios de un poder adjudicador con un valor estimado superior a 100.000€, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente fundamenta su impugnación en el hecho de que su oferta no supera el presupuesto base de la licitación fijado en las cláusulas 7 y 20 del PCAP, por lo que debía ser admitida.

Séptimo.- El órgano de contratación argumenta que la licitación estaba configurada en base a precios unitarios, que así lo prevé el propio nombre del contrato y está suficientemente especificado a lo largo del PCAP, y de manera precisa en el modelo de proposición económica. Además, también se clarificó ese aspecto en diversas respuestas a consultas formuladas por los licitadores que fueron debidamente publicadas en el perfil del contratante.

Por lo tanto, siendo el precio ofertado por el recurrente superior a los precios unitarios fijados en la licitación necesariamente procedía su exclusión.

Octavo.- Las entidades REDENOR S.L y APPLUS NORCONTROL S.L.U en sus alegaciones apoyan los motivos expuestos en el recurso, lo cual no es posible como posición en este recurso, pues no recurrió por sí mismo el acto.

Como dijimos en la Resolución TACGal 25/018:

“Pues bien, de la regulación del recurso especial es obvio que no cabe la adhesión al recurso presentado por otro recurrente, por lo que siendo esa la única referencia del escrito presentado por SETEC debe ser inadmitido su recurso, configurado exclusivamente como de adhesión.”

Po su parte, LAGARES OCA S.L. se opone al recurso indicando que el pliego era claro al exigir formular la oferta económica con base en los precios unitarios, por lo que la exclusión fue correctamente adoptada.

Noveno.- El debate expuesto en el recurso se centra en un único motivo: si la configuración de la licitación exigía el planteamiento de la oferta económica conforme a un precio unitario, o bien permitía que fuera referida al importe global de la licitación. De ser cierto primero procedería la exclusión de la empresa recurrente, ya que el precio ofertado, 63.000 euros, excede del precio unitario máximo fijado para la licitación, 6.000 euros.



Por lo tanto, lo procedente para llegar a una conclusión al respecto es examinar el contenido de los pliegos de la licitación.

Lo primero relevante en este aspecto es el propio título de la licitación que se denomina *“contratación por el procedimiento abierto sin lotes, del servicio sucesivo por precio unitario, para la asistencia, elaboración y tramitación...”*. Es decir, que el propio nombre de la contratación ya perfila que nos encontramos ante una licitación por precio unitario.

Además, la cláusula 7 del PCAP referente al *“valor estimado y prestaciones máximas”*, indica literalmente (respetando los caracteres tipográficos que constan en el documento):

“El valor estimado del presente contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la LCSP, asciende la CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL EUROS (156.000,00.-€), excluido el IVA, que se distribuye como sigue:

Concepto	Total	IVA (21%)	Total IVA incluido
Presupuesto base de licitación	78.000,00 €	16.380,00	94.380,00
Opción de prórroga (12 meses)	78.000,00 €	16.380,00	94.380,00
TOTAL	156.000,00		188.760,00

*SETENTA Y OCHO MIL EUROS (78.000,00€), IVA excluido, que constituyen el presupuesto base de licitación. Esto es, el límite máximo de gasto correspondiente a la duración del contrato, que se corresponden con la opción contemplada por Retegal de contratar sucesivamente cada uno de los servicios para la elaboración de proyectos de expropiación, que se ejecutará si fuera conveniente y ventajosa para RETEGAL, y siempre que existiera la oportuna reserva de crédito para las mismas. A tales efectos, el licitador formulará su oferta económica en términos de **PRECIO UNITARIO**, que deberán respetarse durante el plazo de ejecución del contrato o de su prórroga. El importe estimado tiene carácter **NO VINCULANTE Y ORIENTATIVO** para RETEGAL, estando condicionado a su eventual necesidad, debiendo únicamente RETEGAL respetar el presupuesto máximo total reservado para el citado concepto.*

.....



El valor estimado se determinó A TANTO ALZADO a partir de precios unitarios de mercado y del histórico de contratación Retegal. A tal efecto, se realizó una estimación de 13 centros para el período de ejecución de 12 meses, a un precio unitario máximo de 6.000,00 euros, IVA excluido”

Por lo tanto, podemos apreciar que esta cláusula señala específicamente, utilizando además caracteres tipográficos distintivos, que la oferta económica deberá formularse en términos de precio unitario y que ese precio es de 6.000 euros.

En el mismo sentido la cláusula 24 del PCAP referida a la forma y contenido de las proposiciones, recoge en lo referente al sobre C:

*“La oferta de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes deberá ajustarse estrictamente al modelo que figura como **"ANEXO III. MODELO DE CRITERIOS EVALUABLES MEDIANTE CIFRAS O PORCENTAJES"** al presente pliego, y estar firmada por el licitador o persona que lo represente.*

En la proposición económica deberá indicarse el PRECIO UNITARIO de la oferta y, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.”

Es necesario resaltar que la expresión “precio unitario” aparece nuevamente en mayúsculas.

Y, por último, el Anexo III al que remite la cláusula anterior recoge el siguiente modelo de proposición económica:

“ANEXO III. MODELO DE PROPOSICIÓN ECONÓMICA.

Don/Doña con dirección en y provisto del DNI nº en nombre propio o en representación de la empresa..... con dirección en calle con CIF número enterado del anuncio publicado en el perfil del contratante de Redes de Telecomunicación Gallegas Retegal, S.A. del día..... de.....de..... y de las condiciones, requisitos y deberes sobre protección y condiciones de trabajo que se exigen para la adjudicación del contrato de.....se comprometo a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y deberes, por un PRECIO UNITARIO de:



Precio unitario S/IVA	
IVA (21%)	
Precio unitario C/IVA	

Todo ello de acuerdo con lo establecido en los pliegos de prescripciones técnicas y bases jurídicas que sirven de base a la convocatoria, cuyo contenido declara conocer y acepta plenamente.

En la elaboración de esta oferta se tuvieron en cuenta los deberes derivados de las disposiciones vigentes en materia de fiscalidad, protección del medio ambiente, protección del empleo, igualdad de género, condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales e inserción sociolaboral de las personas con discapacidad, y a la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad en su caso”

Indicar que a este modelo se ajustó la oferta del recurrente y también aquí se hace clara referencia al precio unitario.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que el PCAP recogió con claridad y en diversos apartados que la oferta económica de los licitadores debía ser formulada en precios unitarios, haciendo además que ese aspecto fuera especialmente destacable del resto del contenido mediante caracteres tipográficos distintos.

Pero además, consta en el expediente de la licitación remitido a este Tribunal dos respuestas del órgano de contratación a preguntas formuladas por los licitadores en las que expresamente se indica lo siguiente:

“Pregunta 1:

Nos resulta totalmente imprecisa la concreción de los trabajos a realizar, al hablar genéricamente de adquirir terrenos que son competencia de Retegal, dado que se refieren a tramitación de expedientes de expropiación por tasación conjunta y se desconoce el número de ámbitos en los que habría que actuar. Solicitan que se asuma el realizar los trabajos por un importe unitario, sin indicar la amplitud del mismo. La fórmula de los pagos que plantean resulta imprecisa al no relacionarse con el importe unitario de los expedientes.

Respuesta:

...



Como bien se indica en el PBJ, nos encontramos ante un servicio sucesivo por precio unitario. Por tanto, RETEGAL desconoce hoy por hoy el número de centros a expropiar y su localización (todos ellos centros comprendidos en el Plan sectorial plan sectorial de implantación y desarrollo de las infraestructuras de la Administración General y del sector público autonómico de Galicia gestionadas por Retegal y, por tanto, situados en cualquier punto de la geografía gallega).

Con todo, tal y como se determina en el PBJ, para establecer el valor estimado del contrato, se realizó una estimación de 13 centros a un precio unitario máximo de 6.000,00 euros IVA excluido, para expropiar en un período de 12 meses, estableciéndose una eventual prórroga de 12 meses más...

Pregunta 2.

Él número aproximado de fincas y propietarios afectadas por cada centro y lo más importante, su correspondiente línea de suministro.

Respuesta:

Con todo, tal y como se determina en el PBJ, para establecer el valor estimado del contrato, se realizó una estimación de 13 centros a un precio unitario máximo de 6.000,00 euros IVA excluido, para expropiar en un período de 12 meses, estableciéndose una eventual prórroga de 12 meses más..."

Ambas preguntas y respuestas fueron objeto de publicación en la plataforma de contratos e igualmente observamos que el órgano de contratación reitera que nos encontramos ante una licitación con un precio unitario máximo de 6.000 euros.

Ante el conjunto de estas referencias, el argumento del recurrente se centra en la cláusula 20 del PCAP al referirse a la valoración de los criterios evaluables mediante cifras o porcentajes:

Valorarase o criterio **PREZO** da seguinte maneira:

a) Prezo do contrato (Máximo 51 puntos).- Procederase a asignar os puntos neste apartado de acordo cos seguintes criterios:

- As ofertas que igualen o presuposto base de licitación, serán valoradas con 0 puntos.
- No caso de que existan 5 ou menos propostas admitidas no procedemento de contratación:

$$V_i = 51 \times \left(\frac{B_i}{B_e} \right)^{\frac{1}{8-n}} \forall B_i$$

- No caso de que existan máis de 5 propostas admitidas no procedemento de contratación:

$$V_i = 51 \times \left(\frac{B_i}{B_e} \right)^{\frac{1}{2}} \forall B_i$$

Onde:

V_i = Valoración da proposta económica presentada de 0-51 puntos
 B_i = Baixa da proposta para a que se quere determinar a puntuación
 B_e = Baixa da proposta máis económica de todas as admitidas
 n = Número de propostas admitidas

Na aplicación destas fórmulas entenderase como "Baixa da proposta" a porcentaxe que represente a diferenza entre o orzamento base de licitación (IVE excluído) e o orzamento da oferta presentada (IVE excluído) expresado en tanto por cento sobre o orzamento base de licitación.

Pues bien, a juicio de este Tribunal el contenido del PCAP es claro en la exigencia de que la oferta económica se formule en base a precios unitarios, sin que la mención de esta cláusula al presupuesto base de la licitación permita alcanzar una conclusión diferente, que sería totalmente incoherente con el resto de los pliegos. Una interpretación sistemática de los pliegos de la licitación impide entender que la oferta se podía referir al presupuesto global de la licitación, como pretende el recurrente, ya que son múltiples y expresas las menciones al deber de ofertar conforme al precio máximo unitario fijado, desde el propio título hasta las diferentes cláusulas.

Reiteramos que tanto por la propia denominación del contrato, como por diversas referencias explícitas y claras a lo largo de los pliegos, como por las propias respuestas del órgano de contratación a las consultas de los licitadores sólo cabe concluir que la licitación estaba configurada conforme a precios unitarios.

Pero es que la propia oferta económica del recurrente así lo recoge expresamente, indicando un precio unitario con esa exacta denominación superior al imponerte máximo de la licitación, que recogemos son 6.000 euros:

Expte.: RET-AB-2018-0089), se compromete a tomar a su cargo la ejecución de las mismas, con estricta sujeción a los expresados requisitos, condiciones y deberes, por un PRECIO UNITARIO de:

PRECIO UNITARIO S/IVA	63.000
I.V.A (21%)	13.230
PRECIO UNITARIO C/IVA	76.230

Con esa específica mención en la propia oferta presentada, no se puede estimar en esta sede del recurso el argumento de que el importe económico debía referirse al importe de la licitación globalmente considerado.

Por lo tanto, procede entender que la exclusión de la proposición, acordada por la mesa de contratación, es consecuencia de una actuación poco diligente de la recurrente en la configuración de su oferta y no de una posición excesivamente formalista de la Administración (en el mismo sentido, Resolución 171/2017 del Tribunal de Recursos Contractuales de Andalucía).

El licitador es el único responsable de los términos en los que formula su oferta y debe asumir las consecuencias de su falta de diligencia. Como expresa la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10): *“la 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”*

Admitir la oferta de la recurrente, que oferta un precio claramente superior al fijado en los pliegos de la licitación supondría una vulneración del principio de igualdad. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2000 (Rec.19884/1992):

“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”.

Y , en ese sentido, cabe apreciar que el motivo de la exclusión tiene idóneo fundamento en el art. 84 del Real Decreto 1098/2001, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que señala que:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición”.

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 TYPESA ESTADÍSTICA Y SERVICIOS S.L. contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de licitación, por procedimiento abierto en lotes, del servicio sucesivo por precio unitario para la asistencia, elaboración y tramitación de los proyectos técnicos de expropiación de los terrenos, bienes y derechos necesarios para centros de telecomunicación gestionados por Redes de telecomunicación gallegas RETEGAL S.A..

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.