

Recurso nº 95/2018**Resolución nº 91/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 19 de outubro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por J.R.G. contra o acordo de adxudicación do sub lote nº 34 do lote nº 4 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, 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.- Pola Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria convocouse a licitación do contrato e concesión de servizos de 255 cafeterías escolares durante o curso 2018/2019, cun valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOGA e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o día 17.07.2018.

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

Terceiro.- A recorrente impugna o acordo de adxudicación por non valorarse, na súa oferta, o criterio correspondente á experiencia do persoal por un erro na forma da súa acreditación.

Cuarto.- En data 28.09.2018 J.R.G. interpuxo recurso especial en materia de contratación, con entrada neste Tribunal o día 02.10.2018.

Neste punto é de interese significar que a información sobre o recurso especial que consta na notificación do acordo impugnado non é completa, ao recoller unicamente que o mesmo se pode interpoñer ante o mesmo órgano que o ditou, limitando as opcións recollidas no artigo 51.3 LCSP. A estes efectos, destacamos a importancia da referencia á posible presentación directamente ante este Tribunal (para o que están habilitados enlaces para a presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedementos.html>), o cal tamén debe ser trasladado nesa información de impugnación que se subministra.

Quinto.- Con data 02.10.2018 reclamouse á Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria 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 adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 09.10.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 09.10.2018, recibíndose alegacións de C.P.A.

Sétimo.- O día 08.10.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión do procedemento de licitación.

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.- A recorrente foi licitadora no procedemento de contratación e o recurso fundaméntase na indebida valoración da súa oferta, polo que a súa lexitimación é evidente.

Cuarto.- O acordo impugnado foi notificado o día 18.09.2018 polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legalmente esixido.

Quinto.- Ao tratarse da impugnación do acordo de adxudicación recaído nunha licitación de concesión de servizos cun valor estimado superior a 3.000.000 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- O recurso impugna a non valoración do criterio relativo á experiencia do persoal adscrito ao servizo por non acreditalo a través do documento correcto. A recorrente alega que a mesa lle debeu permitir aclarar ou emendar ese aspecto xa que se trataba dun mero erro formal e a súa aclaración non suporía modificación da súa oferta, erro que entende derivado da escuridade na redacción da cláusula do PCAP.

Sétimo.- O órgano de contratación opónse ao recurso indicando que nin a lexislación nin o PCAP permiten a emenda da documentación incluída no sobre B. A este respecto, reitera que o erro da licitadora produciuse na acreditación dun criterio de adxudicación e non no apartado da solvencia técnica.

Oitavo.- A adxudicataria, nas súas alegacións, manifesta que a recorrente incumpriu o previsto no PCAP. Ademais, sinala que a tramitación da licitación lle supuxo incorrer en gastos económicos a consecuencia da necesaria subscripción dun seguro de responsabilidade civil para acreditar a solvencia económica, solicitando a compensación do importe abonado de non resultar adxudicataria.

Noveno.- A recorrente reconece *ab initio* o erro na presentación da documentación, polo que a única cuestión a dilucidar neste debate é se ese defecto determinaba a imposibilidade de valoración do criterio a puntuar, ou ben a mesa de contratación debeu dar ao licitador a posibilidade de aclarar a súa oferta.



A cláusula 8.3 do PCAP, referente aos criterios avaliábles mediante a aplicación de fórmulas, sinala respecto á experiencia do persoal:

“A experiencia acreditarase mediante as certificacións expedidas ou visadas polo órgano competente, cando o destinatario sexa unha entidade do sector público; ou, cando o destinatario sexa un suxeito privado, mediante unha certificación expedida por este ou, a falta desta certificación, mediante a propia declaración do licitador/a.”

A cláusula 11, relativa á valoración dos criterios de adxudicación, sinala no apartado 5:

“Experiencia do persoal adscrito ao contrato que se vaia a executar: 1 punto por cada mes do servizo en cafeterías, a partir do 5º mes, ata un máximo de 30 puntos.”

O primeiro que debemos precisar é que o prego é a lei do contrato, e vincula polo tanto ao licitador que se presentou ao procedemento de adxudicación así como ao órgano de contratación. Igualmente, este Tribunal, en virtude do principio de congruencia, debe someterse nesta Resolución ao seu contido sen proceder a súa valoración, xa que ademais os pregos son firmes ao non ter sido obxecto de impugnación no momento procesual oportuno.

A oferta da recorrente sinalaba o seguinte respecto ao criterio a valorar:

“.....

DECLARA baixo xuramento que realizou servizos e traballos de igual natureza que o obxecto do contrato durante os cinco últimos cursos académicos, xa que obtivo a concesión no procedemento de contratación da xestión e explotación da cafetería IES de Poio para os cursos: 2013-2014, 2014-2015, 2015-, 2016, 2016-2017, e 2017-2018.”

Polo tanto, é incuestionable que a oferta presentada non se axustou estritamente ao previsto no PCAP, pois aportou unha declaración xurada, que era o medio válido no suposto de servizos prestados para entidades privadas, cando correspondía un certificado do órgano correspondente, pois se trataba de experiencia en servizos a un ente público.

Partindo destas premisas o primeiro que debemos sinalar é que este Tribunal non aprecia a escuridade na redacción do PCAP alegada no recurso. A cláusula 8.3 é unha translación case literal do contido do derogado artigo 78 do TRLCSP referente aos medios de acreditar a solvencia técnica nos contratos de servizos, recollidos na actualidade no artigo 90 da LCSP, o que desvirtúa que se poida admitir a alegación de que a concreta redacción pode xerar confusión, sen prexuízo do que ao respecto indicaremos ao longo desta Resolución.

O verdadeiramente relevante neste recurso é se á vista da documentación presentada pola licitadora a actuación da mesa de contratación ao non proceder á valoración do criterio de adxudicación foi correcta ou se, polo contrario, cabe apreciada como excesivamente formalista e debeu darlle ao licitador a posibilidade de presentar emenda ao respecto.

Neste sentido, debemos partir de que o artigo 81.2 do Real Decreto 1098/2001 de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, prevé expresamente a posibilidade de corrixir “*erros ou omisións emendables*”, se ben referíndose exclusivamente á documentación administrativa.

Agora ben, o feito de que este precepto se refira unicamente a esa documentación non determina necesariamente que imposibilite a emendabilidade das ofertas, se ben neste ámbito debe existir un maior rigor que impida a vulneración do principio de igualdade. Así, a xurisprudencia ten considerado emendables erros como a sinatura da proposición económica (Sentenza do Tribunal Supremo de 06.07.2004) ou a representación de quen subscribiu a oferta (Sentenza do Tribunal Supremo 09.07.2002). Neste senso, o Tribunal Supremo ten establecido que a finalidade da preclusión de aportacións documentais ten por obxecto evitar estratagemas pouco limpas pero tamén rexeita a existencia de posturas formalistas que conduzan á exclusión de licitadores por defectos facilmente emendables.

Igualmente, o TXUE na súa Sentenza de 11 de maio de 2017, C-131/16 sinala que o principio de igualdade de trato non se opón a que unha oferta se poida corrixir ou completarse de maneira puntual, cando sexa evidente que require unha aclaración ou para emendar erros materiais manifestos, coa condición de que non se pode presentar o que constituiría unha nova oferta:

“El principio de igualdad de trato de los operadores económicos (...) no se opone a que la entidad adjudicadora requiera a un licitador para que aclare una oferta



o para que subsane un error material manifiesto del que adolezca dicha oferta, a condición, no obstante, de que dicho requerimiento se envíe a todos los licitadores que se encuentren en la misma situación, de que todos los licitadores sean tratados del mismo modo y con lealtad y de que esa aclaración o subsanación no equivalga a la presentación de una nueva oferta, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.”

Na Sentenza de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) especificamente indica que:

“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.

Debemos salientar a necesidade nestes supostos de ponderar as circunstancias de cada caso en concreto, para poder así determinar a aplicación da doutrina antes mencionada. Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 399/2015:

“ha de reconocerse que no es posible da una respuesta general. En definitiva, es cierto que la entidad contratante no está en todos los casos obligada a requerir aclaración de las ofertas en esta fase del procedimiento cuando las mismas resultan defectuosas, como si ocurre, por el contrario, en el caso de la documentación administrativa o en el caso de ofertas anormales o desproporcionadas, sino que habrá que ponderar si, a la vista de las circunstancias, era razonable el menos a priori suponer que el licitador podía ofrecer una aclaración sin variar su oferta, tal y como exige la doctrina antes señalada. Por el contrario, si la oferta es manifiestamente incongruente o errónea, entonces la aclaración no resultaría procedente”.

Polo tanto, resulta necesario analizar os diversos aspectos concretos do caso que se expón ante este Tribunal, do que podemos resaltar as seguintes características.

En primeiro lugar, atopámonos ante a documentación acreditativa dun criterio de valoración automática, non ante un criterio sometido ao xuízo do valor do órgano de contratación que suporía axuizar tecnicamente a información aportada na oferta. Neste caso, reiteramos, é un criterio automático, polo que o relevante da oferta do licitador é comprobar se aporta os datos necesarios para a aplicación da fórmula matemática prevista nos pregos, adquirindo un perfil secundario o formato no que se presenten.

A este respecto, a declaración presentada pola recorrente si contén os elementos necesarios para a súa valoración, limitándose a deficiencia producida ao tipo de documento escollido para a súa acreditación, polo que unha posible emenda dese aspecto non suporía a modificación do concreto contido a valorar. De feito, a certificación axustada ao previsto no PCAP que a recorrente acompaña ao seu escrito de impugnación, asinada pola secretaria do IES de Poio, recolle o mesmo contido avaliable que a declaración presentada no procedemento de licitación.

Tamén hai que ter en conta que nos atopamos ante unha persoa física licitadora, polo que o criterio a avaliar neste apartado, a experiencia do persoal adscrito ao contrato, solábase coa esixencia de solvencia prevista no PCAP e declarada pola recorrente no DEUC presentado no sobre A. Unha experiencia ademais que neste suposto se refire a servizos prestados a unha unidade do propio ámbito do órgano de contratación, que ate podería comprobar polo tanto a veracidade do declarado. Como dicíamos, nestes debates, hai que atender ás circunstancias propias do caso concreto.

Igualmente cabe salientar que outros criterios de valoración automática, como son os referidos aos produtos a subministrar na cafetería (apartados 3 e 4 da cláusula 11) prevén como medio de acreditación dos mesmos a declaración do licitador. E o propio apartado 5 referido á experiencia tamén admite esa declaración, se ben unicamente como medio de acreditación de servizos privados. Así, apreciase que a configuración do PCAP admitía, en diversos casos, esa forma de presentación.

Finalmente, para chegar a unha conclusión debemos facer especial referencia á Sentenza do Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) na que axuizando un suposto fáctico similar ao aquí exposto conclúe:

“Estamos, pues, ante un requisito o criterio que debe justificarse documentalmente. En este caso, la única discusión es, como se ha dicho, la de si al no reputarse bastante la justificación aportada por CLECE, procedía ofrecerle la posibilidad de subsanar, tal hizo el TACRC. Planteado así el problema entendemos que la solución acertada es la que alcanzó el TACRC y de entre las razones que ofrece para fundamentar la aplicación, también en este caso, del principio de subsanación debemos destacar las que tienen presente que, al margen de cuál se considere que es la naturaleza del requisito relativo al Centro Especial de Empleo, lo cierto es que CLECE lo hizo valer oportunamente y, a su juicio, de manera suficiente. Es decir, había incluido en su proposición dicho Centro y, como resultó tras la subsanación, efectivamente contaba con él. No hubo, en consecuencia, alteración de su oferta ni, por tanto, quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre competencia. Es más, pueden traerse aquí las consideraciones que hace el TACRC

sobre la relación entre la aplicación del principio de subsanabilidad de los defectos formales y la libertad de concurrencia y añadir a ellas que su utilización en supuestos como éste contribuye a la elección de la oferta más ventajosa para los intereses públicos. No hay, pues, razón para no aplicar a esta documentación el régimen general de subsanación”

Así, o que se mostra ante este Tribunal é que neste caso concreto nos atopamos ante unha licitadora que aportou ante o órgano de contratación na súa oferta os elementos necesarios para a súa valoración, se ben acreditados de xeito incorrecto, polo que unha posible emenda dese defecto non suporía a modificación da súa oferta, nin por tanto vulneraría o principio de igualdade, xa que o feito de que o medio de acreditación sexa unha declaración formal ou unha certificación en nada cambia o seu contido, que é o elemento que necesariamente debe ser obxecto de valoración.

Polo tanto, ao non conceder o órgano de contratación a posibilidade de emendar ese defecto supuxo unha actuación excesivamente formalista contraria á liberdade de concurrencia dos licitadores e que, como sinala o Tribunal Supremo na sentenza antes sinalada, impediu a elección da oferta máis vantaxosa.

En conclusión, procede estimar o recurso presentado e retrotraer o procedemento de licitación ao momento posterior á apertura do sobre B aos efectos de que polo órgano de contratación se conceda á licitadora un prazo non superior a tres días aos efectos de poder emendar o medio de acreditación do requisito de experiencia incluído na súa oferta.

Finalmente e respecto á solicitude da alegante referida á compensación dos gastos nos que incorreu a consecuencia da licitación, ademais de que ese análise excede da competencia deste Tribunal, sinalar que o cumprimento desta Resolución implicará a retroacción antes aludida, non por si mesma unha determinada adxudicación.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar** o recurso interposto por J.R.G. contra o acordo de adxudicación do sublote nº 34 do lote nº 4 do contrato de concesión de servizos de 255 cafeterías

escolares da Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria durante o curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución .

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.