

Recurso nº 95/2018

Resolución nº 91/2018

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

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.R.G. contra el acuerdo de adjudicación del sublote nº 34 del lote nº 4 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019, 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 la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria se convocó la licitación del contrato y concesión de servicios de 255 cafeterías escolares durante el curso 2018/2019, con un valor estimado declarado de 3.720.000,00 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOGA y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el día 17.07.2018.

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 (LCSP, en adelante).

Tercero.- La recurrente impugna el acuerdo de adjudicación por no valorarse, en su oferta, el criterio correspondiente a la experiencia del personal por un error en la forma de su acreditación.

Cuarto.- En fecha 28.09.2018 J.R.G. interpuso recurso especial en materia de contratación, con entrada en este Tribunal el día 02.10.2018.

En este punto es de interés significar que la información sobre el recurso especial que consta en la notificación del acuerdo impugnado no es completa, al recoger únicamente que el mismo se puede interponer ante el mismo órgano que lo dictó, limitando las opciones recogidas en el artículo 51.3 LCSP. A estos efectos, destacamos la importancia de la referencia a la posible presentación directamente ante este Tribunal (para lo cual están habilitados enlaces para la presentación electrónica en <https://tacgal.xunta.gal/procedimientos.html>), lo cual también debe ser trasladado en esa información de impugnación que se suministra.

Quinto.- Con fecha 02.10.2018 se reclamó a la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria el expediente y el informe 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). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 09.10.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 09.10.2018, recibándose alegaciones de C.P.A.

Séptimo.- El día 08.10.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación.

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.- La recurrente fue licitadora en el procedimiento de contratación y el recurso se fundamenta en la indebida valoración de su oferta, por lo que su legitimación es evidente.

Cuarto.- El acuerdo impugnado fue notificado el día 18.09.2018 por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente exigido.

Quinto.- Al tratarse de la impugnación del acuerdo de adjudicación recaído en una licitación de concesión de servicios con un valor estimado superior a 3.000.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurso impugna la no valoración del criterio relativo a la experiencia del personal adscrito al servicio por no acreditarlo a través del documento correcto. La recurrente alega que la mesa le debió permitir aclarar o enmendar ese aspecto ya que se trataba de un mero error formal y su aclaración no supondría modificación de su oferta, error que entiende derivado de la oscuridad en la redacción de la cláusula del PCAP.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al recurso indicando que ni la legislación ni el PCAP permiten la subsanación de la documentación incluida en el sobre B. A este respecto, reitera que el error de la licitadora se produjo en la acreditación de un criterio de adjudicación y no en el apartado de la solvencia técnica.

Octavo.- La adjudicataria, en sus alegaciones, manifiesta que la recurrente incumplió lo previsto en el PCAP. Además, señala que la tramitación de la licitación le supuso incurrir en gastos económicos por consecuencia de la necesaria suscripción de un seguro de responsabilidad civil para acreditar la solvencia económica, solicitando la compensación del importe abonado de no resultar adjudicataria.

Noveno.- La recurrente reconoce *ab initio* el error en la presentación de la documentación, por lo que la única cuestión a dilucidar en este debate es si ese defecto determinaba la imposibilidad de valoración del criterio a puntuar, o bien la mesa de contratación debió dar al licitador la posibilidad de aclarar su oferta.

La cláusula 8.3 del PCAP, referente a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas, señala respecto a la experiencia del personal:

“La experiencia se acreditará mediante las certificaciones expedidas o visadas por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante una certificación expedida por este o, la falta de esta certificación, mediante la propia declaración del licitador/ora.”

La cláusula 11, relativa a la valoración de los criterios de adjudicación, señala en el apartado 5:

“Experiencia del personal adscrito al contrato que se vaya a ejecutar: 1 punto por cada mes del servicio en cafeterías, a partir del 5º mes, hasta un máximo de 30 puntos.”

Lo primero que debemos precisar es que el pliego es la ley del contrato, y vincula por lo tanto al licitador que se presentó al procedimiento de adjudicación así como al órgano de contratación. Igualmente, este Tribunal, en virtud del principio de congruencia, debe someterse en esta Resolución a su contenido sin proceder a su valoración, ya que además los pliegos son firmes al no haber sido objeto de impugnación en el momento procesal oportuno.

La oferta de la recurrente señalaba lo siguiente respecto al criterio a valorar:

“.....

DECLARA bajo juramento que realizó servicios y trabajos de igual naturaleza que el objeto del contrato durante los cinco últimos cursos académicos, ya que obtuvo la concesión en el procedimiento de contratación de la gestión y explotación de la cafetería IES de Poio para los cursos: 2013-2014, 2014-2015, 2015-, 2016, 2016-2017, y 2017-2018.”

Por lo tanto, es incuestionable que la oferta presentada no se ajustó estrictamente a lo previsto en el PCAP, pues aportó una declaración jurada, que era el medio válido en el supuesto de servicios prestados para entidades privadas, cuando correspondía un certificado del órgano correspondiente, pues se trataba de experiencia en servicios a un ente público.

Partiendo de estas premisas lo primero que debemos señalar es que este Tribunal no aprecia la oscuridad en la redacción del PCAP alegada en el recurso. La cláusula 8.3 es una traslación casi literal del contenido del derogado artículo 78 del TRLCSP referente a los medios de acreditar la solvencia técnica en los contratos de servicios, recogidos en la actualidad en el artículo 90 de la LCSP, lo que desvirtúa que se pueda admitir la alegación de que la concreta redacción puede generar confusión, sin perjuicio de lo que al respecto indicaremos a lo largo de esta Resolución.

Lo verdaderamente relevante en este recurso es si a la vista de la documentación presentada por la licitadora la actuación de la mesa de contratación al no proceder a la valoración del criterio de adjudicación fue correcta o si, por el contrario, cabe apreciarla como excesivamente formalista y debió darle al licitador la posibilidad de presentar enmienda al respecto.

En este sentido, debemos partir de que el artículo 81.2 del Real Decreto 1098/2001 de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé expresamente la posibilidad de corregir “errores u omisiones subsanables”, si bien refiriéndose exclusivamente a la documentación administrativa.

Ahora bien, el hecho de que este precepto se refiera únicamente a esa documentación no determina necesariamente que imposibilite la subsanación de las ofertas, si bien en este ámbito debe existir un mayor rigor que impida la vulneración del principio de igualdad. Así, la jurisprudencia ha considerado enmendables errores como la firma de la proposición económica (Sentencia del Tribunal Supremo de 06.07.2004) o la representación de quien suscribió la oferta (Sentencia del Tribunal Supremo 09.07.2002). En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que la finalidad de la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar estratagemas poco limpias pero también rechaza la existencia de posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente enmendables.

Igualmente, el TJUE en su Sentencia de 11 de mayo de 2017, C-131/16 señala que el principio de igualdad de trato no se opone a que una oferta se pueda corregir o completarse de manera puntual, cuando sea evidente que requiere una aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, con la condición de que no se puede presentar lo que constituiría una nueva 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.”

En la Sentencia de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10) específicamente 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 destacar la necesidad en estos supuestos de ponderar las circunstancias de cada caso en concreto, para poder así determinar la aplicación de la doctrina antes mencionada. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 399/2015:

“ha de reconocerse que no es posible dar 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”.

Por lo tanto, resulta necesario analizar los diversos aspectos concretos del caso que se expone ante este Tribunal, del que podemos resaltar las siguientes características.

En primer lugar, nos encontramos ante la documentación acreditativa de un criterio de valoración automática, no ante un criterio sometido al juicio del valor del órgano de contratación que supondría enjuiciar técnicamente la información aportada en la oferta. En este caso, reiteramos, es un criterio automático, por lo que lo relevante de la oferta del licitador es comprobar si aporta los datos necesarios para la aplicación de la fórmula matemática prevista en los pliegos, adquiriendo un perfil secundario el formato en el que se presenten.

A este respecto, la declaración presentada por la recurrente sí contiene los elementos necesarios para su valoración, limitándose la deficiencia producida al tipo de documento escogido para su acreditación, por lo que una posible subsanación de ese aspecto no supondría la modificación del concreto contenido a valorar. De hecho, la certificación ajustada a lo previsto en el PCAP que la recurrente acompaña a su escrito de impugnación, firmada por la secretaria del IES de Poio, recoge el mismo contenido evaluable que la declaración presentada en el procedimiento de licitación.

También hay que tener en cuenta que nos encontramos ante una persona física licitadora, por lo que el criterio a evaluar en este apartado, la experiencia del personal adscrito al contrato, se solapa con la exigencia de solvencia prevista en el PCAP y declarada por la recurrente en el DEUC presentado en el sobre A. Una experiencia además que en este supuesto se refiere a servicios prestados a una unidad del propio ámbito del órgano de contratación, que hasta podría comprobar por lo tanto la veracidad de lo declarado. Como decíamos, en estos debates, hay que atender a las circunstancias propias del caso concreto.

Igualmente cabe destacar que otros criterios de valoración automática, como son los referidos a los productos a suministrar en la cafetería (apartados 3 y 4 de la cláusula 11) prevén como medio de acreditación de los mismos la declaración del licitador. Y el propio apartado 5 referido a la experiencia también admite esa declaración, si bien únicamente como medio de acreditación de servicios privados. Así,

se aprecia que la configuración del PCAP admitía, en diversos casos, esa forma de presentación.

Finalmente, para llegar a una conclusión debemos hacer especial referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25.05.2015 (Roj: STS 2415/2015) en la que enjuiciando un supuesto fáctico similar al aquí expuesto concluye:

“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 concurrencia. 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, lo que se muestra ante este Tribunal es que en este caso concreto nos encontramos ante una licitadora que aportó ante el órgano de contratación en su oferta los elementos necesarios para su valoración, si bien acreditados de manera incorrecta, por lo que una posible subsanación de ese defecto no supondría la modificación de su oferta, ni por tanto vulneraría el principio de igualdad, ya que el hecho de que el medio de acreditación sea una declaración formal o una certificación en nada cambia su contenido, que es el elemento que necesariamente debe ser objeto de valoración.

Por lo tanto, al no conceder el órgano de contratación la posibilidad de enmendar ese defecto supuso una actuación excesivamente formalista contraria a la libertad de concurrencia de los licitadores y que, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia antes señalada, impidió la elección de la oferta más ventajosa.

En conclusión, procede estimar el recurso presentado y retrotraer el procedimiento de licitación al punto posterior a la apertura del sobre B a los efectos de que por el órgano de contratación se conceda a la licitadora un plazo no superior a tres

días a los efectos de poder subsanar el medio de acreditación del requisito de experiencia incluido en su oferta.

Finalmente y respecto a la solicitud de la alegante referida a la compensación de los gastos en los que incurrió por consecuencia de la licitación, además de que ese análisis excede de la competencia de este Tribunal, señalar que el cumplimiento de esta Resolución implicará la retroacción antes aludida, no por sí misma una determinada adjudicación.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar** el recurso interpuesto por J.R.G. contra el acuerdo de adjudicación del sublote nº 34 del lote nº 4 del contrato de concesión de servicios de 255 cafeterías escolares de la Consellería de Cultura, Educación y Ordenación Universitaria durante el curso 2018/2019 expediente 1A-4L 2018/2019.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución .

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.