

Recurso nº 100/2018**Resolución nº 92/2018****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 L.G.P.T. e P.L.H. actuando en nome e representación de CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA contra a exclusión da súa oferta na contratación dun equipamento integral de lavandería con destino á Xerencia de Xestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031 do Servizo Galego de Saúde, 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 Servizo Galego de Saúde convocou a licitación dun contrato de subministración dun equipamento integral de lavandería con destino á Xerencia de Xestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031, cun valor estimado declarado de 2.314.049,59 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE e na Plataforma de Contratos Públicos de Galicia o 07.03.2018, no BOE o 15.03.2018 e no DOG o 19.03.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).



Terceiro.- Impugna o recorrente a resolución de exclusión da súa oferta acordada pola mesa de contratación en sesión de 26.09.2018, notificada o 27.09.2018, resolución que contiña esta argumentación:

“En relación coa licitación do antedito expediente, comunicámoslles que reunida a mesa de contratación o día 26 de setembro de 2018, acordou excluílo deste procedemento por non cumprir os mínimos establecidos como obrigatorios no prego de prescricións técnicas (PPT):

Advírtese que:

1- Na páxina numerada por eles como 35 da Memoria de Equipamento, inclúe información sobre a ampliación do prazo de garanta que é un criterio valorable de forma automática que debe incluírse no sobre C, incumprindo o establecido na la cláusula 5.4.6 do prego de cláusulas administrativas particulares. En concreto refírese: "Ampliación de garanta de 72 meses", describindo as condicións de dita garanta a continuación,

2- Na páxina numerada por eles como 30 e 31 da Memoria de Equipamento, manifesta a non instalación e posta en marcha da caldeira de vapor, incumprindo o recollido na cláusula 1 do prego de prescricións técnicas en tanto que o subministro obxecto do contrato enténdese como de tipo “chave en man”, é dicir, que incluírá a máis completa instalación e posta en servizo dos equipos nos locais correspondentes, con todos os elementos e accesorios, coas adaptacións de instalacións e locais, que sexan necesarios para a súa total operatividade, En concreto figura na súa oferta:

"CALDERA VAPOR 600 KGS 8 BARS "Xerador de vapor de media presión

Non inclúe instalación nin posta en marcha"

Este mesmo dato volve a repetilo na páxina 30 do documento que achegan como "Fichas técnicas"

Cuarto.- O 05.10.2018 CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA (CARBONELL, en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 08.10.2018 reclamouse ao Servizo Galego de Saúde 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 10.10.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 10.10.2018, sen que se recibiran alegacións.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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 oferta do recorrente foi a que recibiu a decisión de exclusión da licitación, polo que existe a lexitimación do artigo 48 LCSP.

Cuarto.- Dadas as datas citadas, o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Estamos perante a impugnación dunha decisión de exclusión da oferta nun contrato de subministración de valor estimado superior aos 100.000 €, polo que o recurso é admisible ao abeiro do artigo 44 LCSP.

Sexto.- A recorrente presenta un texto de recurso utilizando correctamente o formulario electrónico FA900A da sede electrónica da Xunta de Galicia, referido á interposición deste recurso especial, pero logo a súa literalidade formalmente se dirixe a pedir á mesa de contratación que *“reconsideren su decisión de excluírnos del procedimiento”*.

Dado que, como vimos, a vía impugnatoria administrativa é a do recurso especial – con exclusión doutros recursos administrativos entón, por mandato do artigo 44.5



LCSP-, debemos invocar o principio antiformalista e pro actione para solventar esas disfuncións do texto do recurso, pois como vimos utiliza o formulario electrónico para interpoñer este recurso especial e do seu tenor pode atisbarse o que sostén o recorrente para a súa posición, sendo no fondo onde analizaremos se tales alegacións permiten acadar a anulación da decisión de exclusión.

Como expresamos, o texto do recurso, dirixíndose á mesa de contratación recolle, principalmente, o seguinte:

“Si bien tienen ustedes la razón en sus explicaciones, les ruego que comprendan y que tengan presente que en ningún momento se ha realizado con una mala intención o picaresca para favorecernos contra el resto de concursantes.

Simplemente ha sido provocado por las prisas de preparación de la licitación ya que teníamos un tiempo muy ajustado para prepararla y este detalle de poner la información de la ampliación de la garantía se nos pasó.

Les adjunto los documentos rectificados a fin de que se puedan sustituir por los erróneos.

También el error de que apareciese el texto de “no instalación y puesta en marcha” de la caldera de vapor.

También les adjuntaré los documentos rectificados que se refieren a este punto.”

Sétimo.- O órgano de contratación expresa que o propio licitador recoñece explicitamente a validez dos argumentos que serviron de base para a súa exclusión do procedemento de contratación.

Reitera o incumprimento referido a desvelar un dato que debe permanecer descoñecido durante o proceso de valoración dos criterios non avaliábles mediante fórmulas automáticas, sobre B, o que, na súa opinión debe implicar, de seu, a expulsión do proceso de adxudicación dun contrato.

En relación ao segundo motivo de exclusión, alega que o recorrente pretende modificar a oferta presentada no sobre B no apartado referido ás características de instalación dun equipo de lavado aducindo un erro na confección da oferta, o cal non sería posible.



Oitavo.- Como antes describimos, existen dous incumprimentos apreciados na oferta do recorrente. Antes da súa análise, temos no texto do recurso un recoñecemento dos erros, sobre o que non cabe a súa desvirtuación cunha referencia ás “presas” na preparación, ou que non houbo mala intención, só pena de afectar ao principio de igualdade de trato.

Na Resolución TACGal 31/2018 chamamos a atención sobre á vinculación aos pregos como lei do contrato e a responsabilidade dos licitadores en orde á correcta plasmación da súa oferta:

“Partamos de que, como sinala a STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), é o licitador quen debe responsabilizarse da corrección da súa oferta: “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” e como sinala a xa citada STXUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) ao indicar que “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ser ya modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”. A Resolución 1203/2017 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC) engade, ao respecto: “Respecto a la oferta técnica, hemos declarado...debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta” (Resolución 016/2013), conclusión que se infiere de la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010).”

O primeiro deses incumprimentos é entón descrito da seguinte maneira no acordo impugnado:

“I- Na páxina numerada por eles como 35 da Memoria de Equipamento, inclúe información sobre a ampliación do prazo de garanta que é un criterio valorable de forma automática que debe incluírse no sobre C, incumprindo o establecido na la cláusula 5.4.6 do prego de cláusulas administrativas particulares. En concreto refírese: “Ampliación de garanta de 72 meses”, describindo as condicións de dita garanta a continuación”

Efectivamente nos pregos resultaba evidenciado que o criterio referido á “Ampliación do prazo de garantía” era de avaliación de forma automática, a incluír no sobre C (apartado 11.1.2 da folia de especificacións do PCAP e Anexo IV sobre modelo para o sobre C), polo que non había escuridade nos mesmos.



O que achaca aquí a resolución de exclusión é que adiantou esa información no sobre B, sobre criterios sometidos a xuízos de valor. A este respecto a cláusula 5.4.6 PCAP, recollía:

“5.4.6. Neste sobre B non se pode incluír información ningunha que permita coñecer a oferta económica e/ou a relativa aos criterios avaliados de forma automática. O incumprimento desta condición dará lugar á exclusión da oferta do procedemento de adxudicación.”

Certamente foi así, pois consta esa frase *“Ampliación de garantía de 72 meses”* na Memoria de equipamento do sobre B da oferta de CARBONELL, e esa información tiña repercusión clara na avaliación dos criterios a avaliar co sobre C o que, como expresamos na Resolución TACGal 40/2018, determina a exclusión da oferta:

“En primeiro lugar, hai que sinalar que o artigo 1 TRLCSP recolle expresamente como un dos seus fins o de garantir que o procedemento de licitación axústase aos principios de “publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos”.

Como consecuencia, o art. 160.1 in fine TRLCSP, sinala que en todo caso, a apertura da oferta económica realizarase en acto público, salvo cando se prevexa que na licitación poidan empregarse medios electrónicos.

O artigo 145.2 TRLCSP tamén establece que as proposicións serán secretas e arbitraranse os medios que garantan tal carácter ata o momento da licitación pública.

Así mesmo, o artigo 150.2 TRLCSP dispón que a valoración das ofertas conforme aos criterios avaliados mediante a mera aplicación de fórmulas realizarase tras efectuar previamente a de aqueles outros criterios en que non conorra esta circunstancia.

O obxecto de que a valoración dos criterios técnicos suxeitos a xuízo de valor se realice antes de coñecer os criterios avaliados mediante fórmulas, é evitar precisamente que ese coñecemento poida influenciar no procedemento de valoración, e, polo tanto, se manteña a máxima obxectividade e respecto ao principio de igualdade entre os licitadores.

(...)



Ante este argumento cabe precisar o seguinte. Como sinala a doutrina xa expresada anteriormente, o mantemento do segredo das proposicións non é unha cuestión puramente formal, senón que é determinante para dar cumprimento aos principios de non discriminación e de igualdade entre os licitadores. E este principio vulnérase sempre que a información expresada no sobre B permita influír na valoración a efectuar, sen que sexa necesario examinar se a información anticipada no sobre B resulta ratificada na apertura do sobre C.

(..)

En definitiva, non nos atopamos ante un erro formal que veña dado por unha escura redacción dos pregos, senón ante un defecto substantivo e consciente consecuencia claramente da falla de dilixencia da recorrente na redacción da súa oferta....”

A segunda razón da exclusión era:

2- Na páxina numerada por eles como 30 e 31 da Memoria de Equipamento, manifesta a non instalación e posta en marcha da caldeira de vapor, incumprindo o recollido na cláusula 1 do prego de prescricións técnicas en tanto que o subministro obxecto do contrato enténdese como de tipo “chave en man”, é dicir, que incluírá a máis completa instalación e posta en servizo dos equipos nos locais correspondentes, con todos os elementos e accesorios, coas adaptacións de instalacións e locais, que sexan necesarios para a súa total operatividade, En concreto figura na súa oferta:

“CALDERA VAPOR 600 KGS 8 BARS ”Xerador de vapor de media presión

Non inclúe instalación nin posta en marcha”

Este mesmo dato volve a repetilo na páxina 30 do documento que achegan como “Fichas técnicas”

A causa aquí é non cumprir o recollido nos pregos de prescricións técnicas desta licitación. A este respecto, a Resolución TACGal 62/2018 explicaba:

“Verbo destes debates é doutrina xeneralizada nos Tribunais de recursos especiais o referido a que unicamente cando o incumprimento sexa palpable, de modo que non caiba dúbida ningunha que a oferta non é congruente ou se opón abertamente ás prescricións técnicas contidas no prego, procede a exclusión. Polo tanto, incumprimento claro, referido a elementos obxectivos, perfectamente definidos

no prego de prescricións técnicas, sendo apreciable con facilidade da oferta, sen ningún xénero de dúbidas, a imposibilidade de cumprir cos compromisos esixidos nos pregos, é o esixible para chegar á exclusión. Non basta razoamentos técnicos máis ou menos complexos fundados en valoracións subxectivas, ou xuízos técnicos ou de valor relativos á capacidade ou aptitude dos licitadores para cumprir o ofertado (na mesma liña, Resolución 480/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais)."

Efectivamente o apartado 1 do PPT establecía:

"Esta subministración enténdese como de tipo "chave en man", é dicir, que incluíra a máis completa instalación e posta en servizo dos equipos nos locais correspondentes, con todos os elementos e accesorios, coas adaptacións das instalacións e locais, que sexan necesarios para a súa total operatividade."

Se a oferta do recorrente admite que non recolle nin a instalación nin a posta en marcha desa caldeira vapor – como reflexa a expresión contida na páxina 30 da Memoria de equipamento do sobre B da oferta de CARBONELL-, non está cumprindo *"a máis completa instalación e posta en servizo dos equipos nos locais correspondentes, con todos os elementos e accesorios, coas adaptacións das instalacións e locais, que sexan necesarios para a súa total operatividade."*

A recorrente menciona que esa afirmación sobre a caldeira foi un erro, o cal xa foi tratado como inviable causa que enerve a procedencia da exclusión.

Engadir que non cabe con posterioridade cambiar a oferta no seu día presentada, como xa vimos, e que non pode ser este recurso o momento para a aportación de documentos propios da oferta.

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 CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA contra a exclusión da súa oferta na contratación dun equipamento integral de lavandería con destino á Xerencia de Xestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031 do Servizo Galego de Saúde.

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 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.