

Recurso nº 100/2018

Resolución nº 92/2018

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 L.G.P.T. y P.L.H. actuando en nombre y representación de CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA contra la exclusión de su oferta en la contratación de un equipamiento integral de lavandería con destino a la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031 del Servicio Gallego de Salud, 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 Servicio Gallego de Salud convocó la licitación de un contrato de suministro de una equipación integral de lavandería con destino a la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031, con un valor estimado declarado de 2.314.049,59 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE y en la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia el 07.03.2018, en el BOE el 15.03.2018 y en el DOG el 19.03.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Tercero.- Impugna el recurrente la resolución de exclusión de su oferta acordada por la mesa de contratación en sesión de 26.09.2018, notificada el 27.09.2018, resolución que contenía esta argumentación:

“En relación con la licitación del antedicho expediente, les comunicamos que reunida la mesa de contratación el día 26 de septiembre de 2018, acordó excluirlo de este procedimiento por no cumplir los mínimos establecidos como obligatorios en el pliego de prescripciones técnicas (PPT):

Se advierte que:

1- En la página numerada por ellos como 35 de la Memoria de Equipación, incluye información sobre la ampliación del plazo de garantía que es un criterio valorable de forma automática que debe incluirse en el sobre C, incumpliendo lo establecido en la cláusula 5.4.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En concreto se refiere: "Ampliación de garantía de 72 meses", describiendo las condiciones de dicha garantía a continuación,

2- En la página numerada por ellos como 30 y 31 de la Memoria de Equipamiento, manifiesta la no instalación y puesta en marcha de la caldera de vapor, incumpliendo lo recogido en la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas en tanto que el suministro objeto del contrato se entiende como de tipo "llave en mano", es decir, que incluirá la más completa instalación y puesta en servicio de los equipos en los locales correspondientes, con todos los elementos y accesorios, con las adaptaciones de instalaciones de locales, que sean necesarios para su total operatividad, En concreto figura en su oferta:

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

No incluye instalación ni puesta en marcha"

Este mismo dato vuelve a repetirlo en la página 30 del documento que acercan "como Fichas técnicas"

Cuarto.- El 05.10.2018 CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA (CARBONELL, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 08.10.2018 se reclamó al Servicio Gallego de Salud 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 10.10.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 10.10.2018, sin que se hubieran recibido alegaciones.

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 Disposición Transitoria Primera.4 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 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 oferta del recurrente fue la que recibió la decisión de exclusión de la licitación, por lo que existe la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Dadas las fechas citadas, el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de una decisión de exclusión de la oferta en un contrato de suministro de valor estimado superior a los 100.000 €, por lo que el recurso es admisible al amparo del artículo 44 LCSP.

Sexto.- La recurrente presenta un texto de recurso utilizando correctamente el formulario electrónico FA900A de la sede electrónica de la Xunta de Galicia, referido a la interposición de este recurso especial, pero luego su literalidad formalmente se dirige a pedir a la mesa de contratación que *“reconsideren su decisión de excluirnos del procedimiento”*.

Dado que, como vimos, la vía impugnatoria administrativa es la del recurso especial – con exclusión de otros recursos administrativos entonces, por mandato del artículo 44.5 LCSP-, debemos invocar el principio antiformalista y pro actione para solventar esas disfunciones del texto del recurso, pues como vimos utiliza el formulario electrónico para interponer este recurso especial y de su tenor puede atisbarse lo que sostiene el recurrente para su posición, siendo en el fondo donde analizaremos si tales alegaciones permiten conseguir la anulación de la decisión de exclusión.

Como expresamos, el texto del recurso, dirigiéndose a la mesa de contratación recoge, principalmente, lo siguiente:

“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 rectificadas 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 rectificadas que se refieren a este punto.”

Séptimo.- El órgano de contratación expresa que el propio licitador reconoce explícitamente la validez de los argumentos que sirvieron de base para su exclusión del procedimiento de contratación.

Reitera el incumplimiento referido a desvelar un dato que debe permanecer desconocido durante el proceso de valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas automáticas, sobre B, lo que, en su opinión debe implicar, de por sí, la expulsión del proceso de adjudicación de un contrato.

En relación al segundo motivo de exclusión, alega que el recurrente pretende modificar la oferta presentada en el sobre B en el apartado referido a las

características de instalación de un equipo de lavado aduciendo un error en la confección de la oferta, el cual no sería posible.

Octavo.- Como antes describimos, existen dos incumplimientos apreciados en la oferta del recurrente. Antes de su análisis, tenemos en el texto del recurso un reconocimiento de los errores, sobre lo que no cabe su desvirtuación con una referencia a las “prisas” en la preparación, o que no hubo mala intención, so pena de afectar al principio de igualdad de trato.

En la Resolución TACGal 31/2018 llamamos la atención sobre la vinculación a los pliegos como ley del contrato y la responsabilidad de los licitadores en orden a la correcta plasmación de su oferta:

“Partamos de que, como señala la STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/10), es el licitador quien debe responsabilizarse de la corrección de su 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” y como señala la ya citada STJUE de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010) al 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”. La Resolución 1203/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) añade, al 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).”

El primero de esos incumplimientos es entonces descrito de la siguiente manera en el acuerdo impugnado:

“I- En la página numerada por ellos como 35 de la Memoria de Equipamiento, incluye información sobre la ampliación del plazo de garantía que es un criterio valorable de forma automática que debe incluirse en el sobre C, incumpliendo lo establecido en la cláusula 5.4.6 del pliego de cláusulas administrativas particulares. En concreto se refiere: “Ampliación de garantía de 72 meses”, describiendo las condiciones de dicha garantía a continuación”

Efectivamente en los pliegos resultaba evidenciado que el criterio referido a la “Ampliación del plazo de garantía” era de evaluación de forma automática, a incluir en

el sobre C (apartado 11.1.2 de la hoja de especificaciones del PCAP y Anexo IV sobre modelo para el sobre C), por lo que no había oscuridad en los mismos.

Lo que achaca aquí la resolución de exclusión es que adelantó esa información en el sobre B, sobre criterios sometidos a juicios de valor. A este respecto la cláusula 5.4.6 PCAP, recogía:

“5.4.6. En este sobre B no se puede incluir información ninguna que permita conocer la oferta económica y/o la relativa a los criterios evaluables de forma automática. El incumplimiento de esta condición dará lugar a la exclusión de la oferta del procedimiento de adjudicación.”

Ciertamente fue así, pues consta esa frase “Ampliación de garantía de 72 meses” en la Memoria de equipamiento del sobre B de la oferta de CARBONELL, y esa información tenía repercusión clara en la evaluación de los criterios a evaluar con el sobre C lo que, como expresamos en la Resolución TACGal 40/2018, determina la exclusión de la oferta:

“En primer lugar, hay que señalar que el artículo 1 TRLCSP recoge expresamente como uno de sus fines el de garantizar que el procedimiento de licitación se ajusta a los principios de “publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”.

Como consecuencia, el art. 160.1 in fine TRLCSP, señala que en todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.

El artículo 145.2 TRLCSP también establece que las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública.

Asimismo, el artículo 150.2 TRLCSP dispone que la valoración de las ofertas conforme a los criterios evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia.

El objeto de que la valoración de los criterios técnicos sujetos a juicio de valor se realice antes de conocer los criterios evaluables mediante fórmulas, es evitar precisamente que ese conocimiento pueda influenciar en el procedimiento de

valoración, y, por lo tanto, se mantenga la máxima objetividad y respeto al principio de igualdad entre los licitadores.

(...)

Ante este argumento cabe precisar lo siguiente. Como señala la doctrina ya expresada anteriormente, el mantenimiento del secreto de las proposiciones no es una cuestión puramente formal, sino que es determinante para dar cumplimiento a los principios de no discriminación y de igualdad entre los licitadores. Y este principio se vulnera siempre que la información expresada en el sobre B permita influir en la valoración a efectuar, sin que sea necesario examinar si la información anticipada en el sobre B resulta ratificada en la apertura del sobre C.

(..)

En definitiva, no nos encontramos ante un error formal que venga dado por una oscura redacción de los pliegos, sino ante un defecto substantivo y consciente consecuencia claramente de la falla de diligencia de la recurrente en la redacción de su oferta....”

La segunda razón de la exclusión era:

2- En la página numerada por ellos como 30 y 31 de la Memoria de Equipamiento, manifiesta la no instalación y puesta en marcha de la caldera de vapor, incumpliendo lo recogido en la cláusula 1 del pliego de prescripciones técnicas en tanto que el suministro objeto del contrato se entiende como de tipo “llave en mano”, es decir, que incluirá la más completa instalación y puesta en servicio de los equipos en los locales correspondientes, con todos los elementos y accesorios, con las adaptaciones de instalaciones y locales, que sean necesarios para su total operatividad, En concreto figura en su oferta:

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

No incluye instalación ni puesta en marcha”

Este mismo dato vuelve a repetirlo en la página 30 del documento que remiten “como Fichas técnicas”

La causa aquí es no cumplir lo recogido en los pliegos de prescripciones técnicas de esta licitación. A este respecto, la Resolución TACGal 62/2018 explicaba:

“Respecto de estos debates es doctrina generalizada en los Tribunales de recursos especiales lo referido a que únicamente cuando el incumplimiento sea palpable, de modo que no quepa duda ninguna que la oferta no es congruente o se opone abiertamente a las prescripciones técnicas contenidas en el pliego, procede la exclusión. Por lo tanto, incumplimiento claro, referido a elementos objetivos, perfectamente definidos en el pliego de prescripciones técnicas, siendo apreciable con facilidad de la oferta, sin ningún género de dudas, la imposibilidad de cumplir con los compromisos exigidos en los pliegos, es lo exigible para llegar a la exclusión. No basta razonamientos técnicos más o menos complejos fundados en valoraciones subjetivas, o juicios técnicos o de valor relativos a la capacidad o aptitud de los licitadores para cumplir lo ofertado (en la misma línea, Resolución 480/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).”

Efectivamente el apartado 1 del PPT establecía:

“Este suministro se entiende como de tipo “llave en mano”, es decir, que incluirá la más completa instalación y puesta en servicio de los equipos en los locales correspondientes, con todos los elementos y accesorios, con las adaptaciones de las instalaciones y locales, que sean necesarios para su total operatividad.”

Si la oferta del recurrente admite que no recoge ni la instalación ni la puesta en marcha de esa caldera vapor – como refleja la expresión contenida en la página 30 de la Memoria de equipamiento del sobre B de la oferta de CARBONELL-, no está cumpliendo *“la más completa instalación y puesta en servicio de los equipos en los locales correspondientes, con todos los elementos y accesorios, con las adaptaciones de las instalaciones y locales, que sean necesarios para su total operatividad.”*

La recurrente menciona que esa afirmación sobre la caldera fue un error, lo cual ya fue tratado como inviable causa que enerve el origen de la exclusión.

Añadir que no cabe con posterioridad cambiar la oferta en su día presentada, como ya vimos, y que no puede ser este recurso el momento para la aportación de documentos propios de la oferta.

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 CARBONELL COMPAÑÍA ANÓNIMA contra la exclusión de su oferta en la contratación de una equipación integral de lavandería con destino a la Gerencia de Gestión Integrada de Ferrol, expediente AB-SER3-18-031 del Servicio Gallego de Salud.

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 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.