

Recurso nº 105/2018**Resolución nº 93/2018****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 S.A.A. contra a resolución de adxudicación do sublote 97 do lote 1 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 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.- O recorrente impugna o acordo de adxudicación en base á indebida valoración da súa oferta e a un erro producido na súa formulación que pretende emendar neste recurso.

Cuarto.- En data 26.09.2018 S.A.A. interpuxo recurso especial en materia de contratación, mediante escrito presentado ante o órgano de contratación.

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 09.10.2018 recibíuse da 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 diante, LCSP).

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 10.10.2018, recibíndose as alegacións de A.M.Z. .

Sétimo.- O 15.10.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión automática do procedemento de licitación do artigo 53 LCSP.

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

Cuarto.- O acordo impugnado foi notificado o día 21.09.2018 polo que o recurso foi interposto dentro do prazo legalmente fixado.

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 recorrente alega tres motivos no seu escrito de impugnación: que cometeu un erro na formulación da súa oferta ao non marcar a cela de disposición de produtos lácteos; que non se tivo en conta na valoración a súa antigüidade na prestación do servizo; e que o prezo dos produtos ofertados non se pode reducir sen mermar a súa calidade.

Sétimo.- O órgano de contratación rexeita as alegacións do recurso indicando que non é admisible a emenda da oferta, que se lle otorgou ao licitador a máxima puntuación no apartado de experiencia e, en canto á alegación sobre os prezos, indica que ningún licitador presentou oferta en baixa anormal ou desproporcionada.

Oitavo.- O adxudicatario no procedemento oponse ao recurso presentado, argumentando que a emenda da oferta do recorrente vulneraría o principio de igualdade e sinalando o carácter imperativo e vinculante dos pregos da licitación.

Noveno.- O primeiro motivo de impugnación é un erro cometido na formulación da oferta, pois o recorrente sinala que non marcou a cela correspondente á venda de produtos galegos cando a realidade é que si o fai habitualmente, aportando neste momento factura probatoria do sinalado.

A estes efectos, o PCAP sinala na súa cláusula 11.4 como criterio de adxudicación:

“A declaración de utilización na cafetería de produtos lácteos de orixe galego; valorarase con 10 puntos.”

Consta no expediente a oferta do licitador na que o apartado correspondente a eses produtos aparece sen cubrir. Non existindo controversia ao respecto, o único que procede determinar é se o erro alegado polo recorrente é ou non emendable, como pretende facer valer vía presentación deste recurso.

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. Como xa indicabamos na nosa anterior Resolución 95/2018 deste TACGal, 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.

Facíamos así referencia nesa resolución á xurisprudencia do TXUE que 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 poida corrixirse 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”.

O Tribunal Supremo xa determinou con claridade a figura de erros materiais indicando que corresponde naqueles casos nos que a corrección non implica un xuízo valorativo, nin esixe operacións de cualificación xurídica, por evidenciarse o erro directamente, ao deducirse con plena certeza do propio texto da resolución, sen necesidade de hipóteses ou deducións, ou ben por meras equivocacións elementais, que se aprecian de forma clara, patente, manifesta e ostensible, evidenciándose por si mesmos, sen que sexa preciso acudir a posteriores razoamentos, nin a operacións valorativas ou aclaratorias sobre normas xurídicas.

Pois ben, neste caso concreto o que precisamente pretende o licitador é unha verdadeira modificación do contido súa oferta, non unha aclaración da mesma ou a emenda de erros formais na súa presentación, nin cabe apreciar que nos atopemos ante unha equivocación clara, patente e manifesta que se deduza dunha mera lectura da oferta. O obxecto do seu recurso é configurar unha nova proposta onde poida incorporar un elemento novo que lle permita acadar unha nova valoración en prexuízo do resto de licitadores. De cumprir efectivamente o licitador o criterio a valorar debeuno indicar así expresamente e o non facelo é consecuencia da súa falta de dilixencia na configuración da súa proposta, da que exclusivamente el é responsable. 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”.*

Admitir con posterioridade á apertura das proposicións dos licitadores a modificación do contido da súa oferta, como pretende o recorrente, quebraría cos principios esenciais da contratación pública e suporía unha vulneración do principio de igualdade, polo que procede desestimar este motivo de recurso.

Décimo.- Con respecto aos outros dous motivos de impugnación, debemos indicar o seguinte.

Sobre a non valoración da experiencia, este Tribunal comprobou que, tal e como alega o órgano de contratación no seu informe, o recorrente obtivo a máxima puntuación nese apartado, polo que non cabe apreciar irregularidade nese aspecto. É preciso indicar que examinada a notificación do acordo de adxudicación remitida ao recorrente se aprecia que na mesma non constan as puntuacións outorgadas aos

licitadores, especificamente e polo que aquí respecta, a puntuación da experiencia do recurrente e do licitador adxudicatario, o que impediu o seu coñecemento polo adxudicatario e foi causa polo tanto deste motivo de recurso.

Referente á alegación sobre a baixada dos prezos dos produtos incluídos na licitación, compre salientar que ese apartado está configurado como criterio de valoración automática, polo que o único que procede é que o órgano de contratación comprobe a existencia de ofertas anormais ou desproporcionadas segundo os propios parámetros fixados no PCAP. Non existindo neste caso ofertas que superen o limiar de temeridade, o órgano de contratación debe aplicar a fórmula matemática establecida para a valoración das ofertas, sen poder efectuar nese momento outro tipo de razoamento sobre a viabilidade dos prezos ofertados. Ademais de que o propio escrito de recurso non alega ningunha infracción xurídica neste ámbito, limitándose a unha xenérica defensa da súa 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 S.A.A. contra a resolución de adxudicación do sublote 97 do lote 1 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. 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.