

Recurso nº 105/2018

Resolución nº 93/2018

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 S.A.A. contra la resolución de adjudicación del sublote 97 del lote 1 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 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.- El recurrente impugna el acuerdo de adjudicación en base a la indebida valoración de su oferta y a un error producido en su planteamiento que pretende enmendar en este recurso.

Cuarto.- En fecha 26.09.2018 S.A.A. interpuso recurso especial en materia de contratación, mediante escrito presentado ante el órgano de contratación.

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/procedementos.html>), lo cual también debe ser trasladado en esa información de impugnación que se suministra.

Quinto.- Con fecha 09.10.2018 se recibió de 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).

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 10.10.2018, recibándose las alegaciones de A.M.Z.

Séptimo.- El 15.10.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión automática del procedimiento de licitación del artículo 53 LCSP.

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

Cuarto.- El acuerdo impugnado fue notificado el día 21.09.2018 por lo que el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente fijado.

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 recurrente alega tres motivos en su escrito de impugnación: que cometió un error en la formulación de su oferta al no marcar la celda de disposición de productos lácteos; que no se tuvo en cuenta en la valoración su antigüedad en la prestación del servicio; y que el precio de los productos ofertados no se puede reducir sin mermar su calidad.

Séptimo.- El órgano de contratación rechaza las alegaciones del recurso indicando que no es admisible la subsanación de la oferta, que se le otorgó al licitador la máxima puntuación en el apartado de experiencia y, en cuanto a la alegación sobre los precios, indica que ningún licitador presentó oferta en baja anormal o desproporcionada.

Octavo.- El adjudicatario en el procedimiento se opone al recurso presentado, argumentando que la subsanación de la oferta del recurrente vulneraría el principio de igualdad y señalando el carácter imperativo y vinculante de los pliegos de la licitación.

Noveno.- El primer motivo de impugnación es un error cometido en la formulación de la oferta, pues el recurrente señala que no marcó la celda correspondiente a la venta de productos gallegos cuando la realidad es que sí lo hace habitualmente, aportando hoy por hoy factura probatoria de lo señalado.

A estos efectos, el PCAP señala en su cláusula 11.4 como criterio de adjudicación:

“La declaración de utilización en la cafetería de productos lácteos de origen gallego; se valorara con 10 puntos.”

Consta en el expediente la oferta del licitador en la que el apartado correspondiente a esos productos aparece sin cubrir. No existiendo controversia al respecto, lo único que procede determinar es si el error alegado por el recurrente es o no subsanable, como pretende hacer valer vía presentación de este recurso.

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. Como ya indicábamos en nuestra anterior Resolución 95/2018 de este TACGal, el hecho de que este precepto se refiera únicamente a esa documentación no determina necesariamente que imposibilite la enmendabilidad de las ofertas, si bien en este ámbito debe existir un mayor rigor que impida la vulneración del principio de igualdad.

Hacíamos así referencia en esa resolución a la jurisprudencia del TJUE que 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 pueda corregirse 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”.

El Tribunal Supremo ya determinó con claridad la figura de errores materiales indicando que corresponde en aquellos casos en los que la corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de cualificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones, o bien por meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí mismos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas.

Pues bien, en este caso concreto lo que precisamente pretende el licitador es una verdadera modificación del contenido de su oferta, no una aclaración de la misma o la subsanación de errores formales en su presentación, ni cabe apreciar que nos encontremos ante una equivocación clara, patente y manifiesta que se deduzca de una mera lectura de la oferta. El objeto de su recurso es configurar una nueva propuesta donde pueda incorporar un elemento nuevo que le permita conseguir una nueva valoración en perjuicio del resto de licitadores. De cumplir efectivamente el licitador el criterio a valorar lo debió indicar así expresamente y el no hacerlo es consecuencia de su falta de diligencia en la configuración de su propuesta, de la que exclusivamente él es responsable. 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”.*

Admitir con posterioridad a la apertura de las proposiciones de los licitadores la modificación del contenido de su oferta, como pretende el recurrente, rompería con los principios esenciales de la contratación pública y supondría una vulneración del principio de igualdad, por lo que procede desestimar este motivo de recurso.

Décimo.- Con respecto a los otros dos motivos de impugnación, debemos indicar lo siguiente.

Sobre la no valoración de la experiencia, este Tribunal comprobó que, tal y como alega el órgano de contratación en su informe, el recurrente obtuvo la máxima puntuación en ese apartado, por lo que no cabe apreciar irregularidad en ese aspecto. Es preciso indicar que examinada la notificación del acuerdo de adjudicación remitida

al recurrente se aprecia que en la misma no constan las puntuaciones otorgadas a los licitadores, específicamente y por lo que aquí respecta, la puntuación de la experiencia del recurrente y del licitador adjudicatario, lo que impidió su conocimiento por el adjudicatario y fue causa por lo tanto de este motivo de recurso.

Referente a la alegación sobre la bajada de los precios de los productos incluidos en la licitación, se debe destacar que ese apartado está configurado como criterio de valoración automática, por lo que lo único que procede es que el órgano de contratación compruebe la existencia de ofertas anormales o desproporcionadas según los propios parámetros fijados en el PCAP. No existiendo en este caso ofertas que superen el umbral de temeridad, el órgano de contratación debe aplicar la fórmula matemática establecida para la valoración de las ofertas, sin poder efectuar en ese momento otro tipo de razonamiento sobre la viabilidad de los precios ofertados. Además de que el propio escrito de recurso no alega ninguna infracción jurídica en este ámbito, limitándose a una genérica defensa de su 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 S.A.A. contra la resolución de adjudicación del sublote 97 del lote 1 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. 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.