RE 151/2018

Acuerdo 19/2019, de 15 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por don M.L.J., en representación de la mercantil "GEDESEL, S.L.", frente a la adjudicación del procedimiento denominado «Obras de construcción del nuevo Hospital de Teruel. Lote 3 Electricidad», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al contrato indicado en el encabezamiento del presente Acuerdo se publicó, el día 22 de junio de 2018, en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El mismo anuncio se publicó, el día 26 de junio de 2018, en el Diario Oficial de la Unión Europea. Según se indicaba en estos anuncios, la fecha límite de presentación de ofertas era el día 23 de agosto de 2018 a las 14 horas.

Se trata de un contrato mixto, de obra y servicios, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 84.023.549,19 euros, IVA excluido, divido en nueve lotes.

Segundo.- Por resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de fecha 21 de noviembre de 2018, se adjudicaba el Lote 3 Electricidad de las obras de construcción del Hospital de Teruel a la mercantil ELECNOR, S.A.

Dicha adjudicación fue publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 22 de noviembre de 2018.

Tercero.- Con fecha 14 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el Registro General del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por don M.L.J., en representación de la empresa "GEDESEL, S.L.", frente a la adjudicación del Lote 3 del procedimiento, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

El recurso aduce, en síntesis, y fundamenta a los efectos de esta resolución, la disconformidad a Derecho de la adjudicación como consecuencia de haber sido evaluado incorrectamente uno de los criterios sujetos a evaluación posterior, el relativo a la propuesta sobre el mantenimiento de las instalaciones, donde ha sido valorada su propuesta con 0 puntos pese a haber ofertado dicho mantenimiento. Por ello, solicita la estimación de su recurso y la anulación de la resolución de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento oportuno en el que se solicite la aclaración de la oferta efectuada, con el fin de poder aportar la declaración expresa de su propuesta de mantenimiento y así, que se valore dicho criterio.

Cuarto.- Este Tribunal requirió al órgano de contratación, con fecha 14 de diciembre de 2018, la remisión del expediente de contratación completo y del informe al que hace referencia el artículo 56.2 de la LCSP que fueron remitidos con fecha 20 de diciembre de 2018.

Quinto.- Con fecha 26 de diciembre de 2018 este Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso a los restantes interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para presentar alegaciones. Ha presentado alegaciones al recurso la adjudicataria, "ELECNOR, S.A." oponiéndose al mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “GEDESEL, S.L.”, así como la representación de don M.L.J.. para interponer recurso especial en nombre y representación de la citada mercantil, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 48 y 51 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de la licitación de un contrato mixto de obra y servicios cuyo valor estimado es superior a 60.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA) y el artículo 44.2.b) de la LCSP.

El recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta. La recurrente interpone el presente recurso frente a la adjudicación del procedimiento de contratación de referencia, por entender que es contraria a Derecho debido a que de su propuesta no ha sido evaluada correctamente, dado que en uno de los criterios sujetos a evaluación posterior, consistente en la mejora relativa al mantenimiento de las instalaciones posterior a la ejecución de las instalaciones objeto del contrato, su propuesta ha sido valorada con 0 puntos pese a haber ofertado dicho mantenimiento y que de haber sido valorada, ello la situaría en condiciones de serla adjudicataria del contrato.

Afirma la recurrente, que se ha considerado por el órgano de contratación que no se ha aportado una declaración expresa al efecto, lo que ha hecho que su valoración sea 0 puntos en ese apartado. A criterio de la recurrente, se aportaba en el Sobre “Tres” un programa de mantenimiento detallado que

refleja su compromiso de realizar el mantenimiento de las instalaciones durante los siguientes dos años al término de la ejecución de la instalación, y que ese programa contiene una declaración “implícita” por la que asume el compromiso del mantenimiento, aunque reconoce que no consta dicho compromiso en un documento distinto y adicional del citado programa de mantenimiento. Además, sostiene que la Mesa de contratación, si consideraba que era necesario un documento conteniendo una declaración expresa, en todo caso, debería haber solicitado subsanación o cuando menos, aclaraciones sobre la documentación aportada.

Por ello, solicita la estimación de su recurso y la anulación de la resolución de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones al momento oportuno en el que se solicite la aclaración de la oferta efectuada, con el fin de poder aportar la declaración expresa de mantenimiento y que se valore el criterio correspondiente.

El órgano de contratación en su informe oponiéndose al recurso señala, en lo fundamental, lo siguiente:

«3º) El hecho de que GEDESEL aporte un plan de mantenimiento que, no está firmado por el licitador, no establece de forma precisa cuál sería el periodo de mantenimiento en su caso ofertado de las instalaciones, periodo que era variable, y sobre el que no cabe por parte de la Mesa de Contratación realizar ningún juicio de valor, tan solo indica que efectivamente pudo existir un error al no introducir en su proposición la declaración con la que se realizaría la oferta al criterio de mantenimiento por parte del licitador, pero nada más.

Permitir ahora a GEDESEL que introduzca una oferta que no presentó en su momento, para ser valorada de forma automática, en momento posterior al resto de los licitadores, conociendo su posición en el procedimiento, así como las ofertas y puntuaciones del resto de los licitadores, supondría contravenir el principio de igualdad y no discriminación respecto del resto de los licitadores, supondría contravenir el principio de igualdad y no discriminación respecto del resto de los licitadores que presentaron correctamente sus proposiciones, y

podría incluso generar una mala praxis que consistiera en ofertar en futuras ocasiones algunos criterios en momento posterior a conocidas las ofertas de los demás, alegando siempre con ello una subsanación que no es aplicable al caso».

Asimismo, el órgano de contratación considera que la documentación aportada por la recurrente no permite tener por asumido el compromiso de realizar el mantenimiento posterior de las instalaciones durante dos años.

Pues bien, expuestos los términos del debate, es preciso en primer lugar tener en cuenta el régimen establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas (en adelante, PCAP), y así la cláusula 2.2.5.3 que rige el procedimiento de licitación, señala lo siguiente:

*«**2.2.5.3. SOBRE Nº TRES: TÍTULO: OFERTA ECONÓMICA Y PROPUESTA SUJETA A EVALUACIÓN POSTERIOR***

CONTENIDO:** En este sobre se deberá incluir la OFERTA ECONÓMICA y el resto de documentos relativos a la propuesta ofertada por el licitador y que estén considerados de evaluación posterior por ser susceptible de evaluación automática por aplicación de fórmulas, de conformidad con lo indicado en **el Anexo XII.

*La OFERTA ECONÓMICA será formulada conforme al modelo que se adjunta como **Anexo VIII de este Pliego,** FORMANDO PARTE INSEPARABLE DEL MISMO. Las ofertas de los licitadores deberán indicar, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba ser repercutido.*

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición. Tampoco podrá suscribir una proposición en unión temporal con otras empresas si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una UTE. La contravención de este principio dará lugar a la exclusión de todas las presentadas.

La proposición económica se presentará en caracteres claros y no se aceptarán aquellas que tengan omisiones, errores o tachaduras que impidan

conocer, claramente, lo que la Administración estime fundamental para considerar la oferta».

Por otro lado, el Anexo XII del PCAP, establece –para el Lote 3-, establece los criterios de adjudicación objetivos sujetos a evaluación posterior, y respecto al criterio cuya aplicación por la Mesa es cuestionado por la recurrente, señala :

«…

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN	***FÓRMULA***	***PONDERACIÓN***
2.- CRITERIO: MANTENIMIENTO TÉCNICO/LEGAL Y PREVENTIVO/CORRECTIVO DE LAS INSTALACIONES DEL LOTE DE ELECTRICIDAD HASTA 2 AÑOS DESDE LA ENTREGA DE LAS OBRAS. *DOCUMENTACIÓN:* *Declaración expresa al respecto y Programa de mantenimiento detallado ofertado, incluyendo fechas, plazos temporales de respuesta ante las incidencias y relación de personal responsable del mantenimiento.* *Este mantenimiento NO incluye la sustitución de piezas consumibles por el uso.*	*2 años-12* *1 año-6*	*0 a 12*

Como es pacífico, los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, por lo que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna. Debemos partir de esta premisa que debe ser modulada al caso concreto mediante la adecuada interpretación de los mismos, a la luz del principio antiformalista y de proporcionalidad y del principio de igualdad.

Este Tribunal considera que en este punto que la actuación de la Mesa se ha basado en una interpretación estricta y rigurosa del pliego. El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la

misma manera. Cierto es que el PCAP exige una «*declaración expresa*» y un «*programa de mantenimiento detallado ofertado*», pero también lo es que, por un lado, el mismo pliego no contiene un modelo para tal declaración, como si hace para la oferta económica, y por otro, que la declaración expresa, atendiendo a su conceptuación, se ve colmada suficientemente con el programa aportado por la recurrente, en el que se recoge de forma indubitada la voluntad de ofrecer el mantenimiento durante los dos años siguientes a la finalización de la ejecución del contrato. Es decir, que el programa de mantenimiento referido, contiene en sí mismo, una declaración expresa al reflejar de modo claro e inequívoco el compromiso. Y si bien es cierto, como acertadamente consideró la Mesa de contratación que en el Sobre "Tres" no procede realizar valoración alguna, a juicio de este Tribunal en este caso no era preciso tal valoración, en el sentido de tener que emitir un juicio de valor, puesto que la valoración acerca de si concurría en la proposición de la recurrente el ofrecimiento expreso del mantenimiento en el programa de mantenimiento tantas veces citado, es relativa a un hecho objetivo, y de fácil control y verificación que no adolece de ambigüedad alguna.

Esta afirmación se hace a partir de varios datos. En primer lugar, porque el citado programa viene encabezado con una caratula que señala «*MANTENIMIENTO TÉCNICO/LEGAL Y PREVENTIVO/CORRECTIVO DE LAS INSTALACIONES DEL LOTE Nº 3 DE ELECTRICIDAD HASTA 2 AÑOS DESDE LA ENTREGA DE LAS OBRAS*». En segundo lugar, porque el documento se desarrolla a través de una serie de páginas en las que, en todas ellas, consta el nombre de la licitación para la que se hace la proposición, así como el nombre del licitador.

Además, en el punto primero del documento, y bajo el título de «*objeto*», se señala:

«El presente Plan de Mantenimiento tiene como objeto establecer las directrices necesarias para realizar un correcto mantenimiento técnico-legal de la infraestructura y los equipos del Hospital de Teruel y de esta forma conseguir un buen funcionamiento de las mismas minimizando las posibles averías que

puedan producirse y garantizando la continuidad, seguridad y confiabilidad de las instalaciones»

Asimismo, cabe tener en cuenta que dicho programa, se acompaña de una serie de compromisos de las empresas suministradoras de la recurrente, en la que se hace constar la voluntad concurrente con la de la licitadora para el mantenimiento.

Finalmente, el documento en cuestión contiene un cronograma donde se comprueba fácilmente, sin necesidad de ninguna valoración compleja, que se ofrece el mantenimiento durante los dos años siguientes al plazo estimado de finalización de la obra (desde 1 junio de 2022 hasta 1 junio de 2024).

Por otro lado, volviendo al PCAP, otro de los criterios sujetos a evaluación posterior establecido consiste en valorar la mayor cantidad de medios propios utilizados por el licitador para la ejecución del lote 3, y como documentación se solicita un cuadro detallado por capítulos y partidas, según un modelo que recoge el PCAP, sin hacer referencia a declaración expresa alguna, de donde se deduce que para este criterio se considera que un simple cuadro detallado contiene también la voluntad del ofrecimiento del compromiso citado.

Por ello, este Tribunal considera que es una interpretación rigurosa y en exceso contraria al principio antiformalista y al de concurrencia, considerar que el PCAP exige necesariamente que la declaración expresa deba hacerse en un documento distinto del programa citado, máxime cuando no se ha insertado modelo alguno, como si se hace con la oferta económica.

Y en cuanto a lo alegado por el órgano de contratación de la falta de firma del citado programa de mantenimiento hay que tener en cuenta que dicho programa, forma parte de un sobre –firmado-, en el que obran otros documentos o declaraciones firmadas por el administrador único de la licitadora ahora recurrente, de manera que forman un todo que constituye la proposición del licitador relativa al Sobre “Tres”, además de lo que ya se ha señalado de

que en todo el documento consta el nombre de la licitación para la que se hace la proposición, así como el nombre del licitador.

A ello se une, que la falta de firma de la proposición económica ha sido considerada por la jurisprudencia como subsanable. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 898/2016 de 4 de noviembre de 2016 en la que viene a compilar la misma:

«el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación en de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004-y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o "estratagemas poco limpias", rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 – Roj STS 5838/2004-y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).»

Así este Tribunal concluye que era posible valorar la proposición de la recurrente al resultar indubitado que ofertaba el plazo de dos años del mantenimiento posterior una vez finalizada la ejecución del contrato. También se considera que hubiera sido posible requerirle la subsanación de la firma, e incluso, a la vista de la jurisprudencia antes citada, requerirle para que

presentara un documento independiente del programa de mantenimiento, como hicieron los otros licitadores, de entender la Mesa que era preceptivo un documento independiente y diferente, puesto que, al contrario de como sostiene el órgano de contratación en su informe, de dicha subsanación no podría resultar alteración alguna de la oferta, dado que los datos de la misma constan ya en el programa, por lo que no hubiera habido quiebra del principio de igualdad de trato ni de la libre concurrencia.

En apoyo del parecer expresado, se puede citar también la doctrina sentada por el TACRC en su Resolución nº 393/2017, de 28 de abril, invocada por la recurrente en su escrito de recurso, en la que se señala:

«Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, "Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás concursantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995." En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador es salvable

mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe.

Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal, que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas, ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012)".»

Así, el presente caso debe resolverse a la luz de 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. Todo ello determina la procedencia de estimar el motivo y el presente recurso especial.

La recurrente solicita la nulidad de la adjudicación y retroacción de las actuaciones al momento oportuno en el que se solicite la aclaración de la oferta efectuada con el fin de poder aportar la declaración expresa de mantenimiento y que se valore su propuesta sobre el mantenimiento de las instalaciones, si bien del texto de su escrito y de la doctrina que invoca, se deduce que lo que solicita es que se le requiera para subsanar, no para aclarar, la aportación de la declaración expresa. Pues bien, este Tribunal, conforme a lo expuesto, considera que la subsanación solicitada por la recurrente en el *petitum* del escrito de recurso, debe traducirse en que por parte de la Mesa de contratación se requiera a la recurrente para que subsane la falta de firma del programa de mantenimiento, ordenando la retroacción del procedimiento a dicho momento, tras lo cual –de verificarse- se valore de nuevo la propuesta del recurrente relativa al criterio del mantenimiento de las instalaciones, otorgándole la puntuación correspondiente con arreglo a lo previsto en el PCAP.

CUARTO.- Resta aún examinar la procedencia de la imposición de multa por mala fe, ante la solicitud expresa del órgano de contratación en tal sentido.

El artículo 31.2. segundo inciso del 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 señala:

«La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso.»

De manera que, habiéndose estimado el recurso y el propio contenido de este acuerdo, impiden considerar en modo alguno exista una actuación constitutiva de mala fe por parte de la recurrente, que se limita a ejercer su derecho de defensa por lo que no cabe estimar esta pretensión del órgano de contratación.

En virtud de cuanto precede, al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP, así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial presentado por la mercantil “GEDESEL, S.L.” frente a la adjudicación del procedimiento denominado «Obras de construcción del nuevo Hospital de Teruel. Lote 3 Electricidad», promovido por el Servicio Aragonés de Salud, a fin de que se proceda conforme a lo expresado en el Fundamento de Derecho Tercero del presente Acuerdo.

SEGUNDO.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

TERCERO.- El Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento, al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos, en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, 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.