

Contratación

INFORME DO DEPARTAMENTO DE CONTRATACIÓN.**Expte: 2369/2024****1- OBXECTO.**

Este informe emítese a solicitude da Mesa de contratación en relación co expediente denominado *“BASES TÉCNICAS E ADMINISTRATIVAS QUE REXERÁN A CONCESIÓN DA AUTORIZACIÓN PARA A XESTIÓN E EXPLOTACIÓN DOS RECINTOS FEIRAIS DURANTE AS FESTAS PATRONAIS DO ANO 2024 (LOTE 1. ZONA DO REGUEIRIÑO E LOTE 2: CAMPO DA FEIRA) MEDIANTE PROCEDIMENTO ABERTO E TRÁMITE ORDINARIO.*

Efectuada a apertura de proposicións a Mesa de Contratación detectou que unha das licitadoras incluíu a oferta económica no sobre núm. 1, cando no PCAP figuraba expresamente a obrigatorioidade da inclusión no sobre núm. 2 e a exclusión da oferta no suposto de erro.

2.- LEXISLACIÓN APLICABLE.

Trátase de terreos de dominio público nos termos establecidos polo Regulamento de Bens das Corporacións Locais, aprobado por RD 1372/1986, do 13 de xuño.

A cesión de uso do dominio público ten carácter patrimonial, quedando suxeito ao disposto nas bases e no non previsto nas mesmas, será de aplicación a seguinte normativa:

- Lei 33/2003, de 3 de novembro, do patrimonio das Administracións Públicas.
- Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei 33/2003, de 3 de novembro, do patrimonio das Administracións Públicas.
- Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases de Réxime Local.
- Lei 5/1997, de 22 de xullo, de Administración Local de Galicia.
- Real Decreto Lexislativo 781/1986, de 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de Réxime Local.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de Bens das Entidades Locais.
- Lei 9/2017, de 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as Directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE, de 26 de febreiro. Compre indicar que o artigo 9.1 do citado texto legal, relativo aos Negocios e contratos excluídos, establece: *Atópanse excluídas da presente Lei as autorizacións e concesións sobre bens de dominio público e os contratos de explotacións de bens patrimoniais distintos aos definidos no artigo 14, que se regularán pola súa lexislación específica (...).* Xa que logo, **esta normativa queda relegada ao campo da supletorioidade (artigo 4).**
- Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, aprobado polo R.D. 1098/2001, de 12 de outubro.
- Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica de Galicia.

1/6



Contratación

- Lei 13/2010, do 17 de decembro, do Comercio Interior de Galicia.
- Lei 10/2017, de 27 de decembro, de espectáculos públicos e actividades recreativas de Galicia.
- Decreto 124/2019, do 5 de setembro, polo que se aproba o Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas e establecementos abertos ao público da Comunidade Autónoma de Galicia e se establecen determinadas disposicións xerais de aplicación na materia.
- Decreto 226/2022, do 22 de decembro, polo que se regulan determinados aspectos da organización e desenvolvemento dos espectáculos públicos e as actividades recreativas e constitúese o Rexistro de Empresas e establecementos.
- Lei 17/2011, do 5 de xullo, de seguridade alimentaria e nutrición.
- Real Decreto 1086/2020, do 9 de decembro, polo que se regulan e flexibilizan determinadas condicións de aplicación das disposicións da Unión Europea en materia de hixiene da produción e comercialización dos produtos alimenticios e regúlanse actividades excluídas do seu ámbito de aplicación; Regulamento (UE) Nº 1169/2011, do Parlamento Europeo e do Consello do 25 de outubro de 2011, sobre a información alimentaria facilitada ao consumidor.
- Real Decreto 126/2015, do 27 de febreiro, sobre a “Norma Xeral Relativa á Información Alimentaria dos alimentos que se presentan sen envasar para a venda ao consumidor final e ás colectividade, dos envasados nos lugares de venda a pedimento do comprador, e dos envasados polos titulares do comercio polo miúdo”
- Supletoriamente aplicaranse as restantes normas de dereito administrativo e, no seu defecto, as normas de dereito privado. En canto aos seus efectos e extinción este contrato rexerese polas normas de dereito privado.

3.- ANTECEDENTES DE FEITO.

A Xunta de Goberno Local na sesión celebrada o día 12 de xullo de 2024 aprobou as bases enriba referenciadas, e acordou a súa publicación. Transcorrido o prazo de presentación de ofertas, con data de 14 de agosto de 2024 reuníase a Mesa de Contratación para proceder á apertura dos SOBRES OU ARQUIVOS ELECTRÓNICOS NÚM. 1.

Unha vez realizada a a nomeada apertura detectouse que unha das empresas incumpriu o establecido nas bases, concretamente no apartado O) do Anexo I – Cadro de características do seguinte tenor literal:

(...)

NOTA MOI IMPORTANTE: Na documentación que se presente no sobre ou arquivo electrónico núm. 1 non se poderá incluír ningún dato que permita intuír a proposta presentada nos criterios avaliábeis de maneira automática (sobre ou arquivo electrónico núm. 2). O incumprimento deste requisito implicará a exclusión do licitador do procedemento.

(...)

Á vista desta situación, e tendo en conta a singularidade do procedemento, no cal a lei de contratos queda relegada ao campo da supletoriedade, tal e como establece o artigo 9.1 da



Contratación

LCSP e considerando que non hai criterios subxectivos que precisen de valoración técnica, a Mesa de Contratación acordou solicitar informe ao Departamento de Contratación acerca da procedencia ou non da exclusión da empresa EVENTOS PIÑEIRO, S.L. por incluír erroneamente a oferta económica no SOBRE NÚM. 1.

4.- FUNDAMENTOS DE DEREITO.

A exclusión de licitadoras nos procedementos de contratación por introducir documentación no arquivo electrónico equivocado ven motivando, nos últimos anos a interposición de numerosos recursos especiais en materia de contratación.

A este respecto, se tomamos en consideración a resolución núm. 253/2019 do TACGAL podemos extraer varios aspectos clave a considerar nestes supostos:

- *Sempre debe analizarse o caso concreto.*
- *A evolución da doutrina é cara non primar o formalismo sobre o material para evitar que deste aspecto se faga unha interpretación con resultados non conformes cos bens xurídicos en xogo e o seu equilibrio e proporcionalidade.*
- *O obxecto de que a valoración dos criterios técnicos suxeitos a xuízo de valor se realice antes de coñecer os criterios avaliábeis mediante fórmulas é evitar que ese coñecemento poida influenciar no procedemento de valoración.*
- *A exclusión dun licitador pola inclusión indebida de documentación en sobre distinto ao que lle correspondería non é un criterio absoluto. (A Sentenza da Sala do Contencioso- Administrativo da Audiencia Nacional de 6 de novembro de 2012 sinala a improcedencia da exclusión automática por vulnerar o carácter segredo das ofertas, por ser excesivamente formalista e contrario ao principio de libre concorrência).*
- *O Consello de Estado segue ese criterio no seu ditame 670/2013, de 11 de xullo de 2013, con referencia a "la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación".*

En concreto indica:

(...)

*Del sucinto examen realizado cabe colexir dos ideas: primera, la importancia del secreto de las proposiciones, no como objetivo en sí mismo, sino como garantía del conocimiento sucesivo de la documentación relativa a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor y de la referida a los parámetros evaluables de forma automática, de modo que se favorezca la objetividad de la valoración y con ello la igualdad de trato de los licitadores; y, segunda, la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación (bien porque ésta obre en sobres abiertos, bien porque se incluya erroneamente información propia de un sobre en otro distinto), **en el bien entendido de que la exclusión está justificada cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de tales requisitos, incluido el secreto de las proposiciones hasta la licitación pública, menoscabe la objetividad de la valoración y el***



Contratación

tratamiento igualitario de los licitadores como valores que se trata de preservar mediante dicho secreto, pero no lo está cuando no se haya visto afectado sustantivamente el principio de igualdad de trato.

(...)

- *A resolución 241/2019 do TACRC alude a un parámetro moi relevante para esta análise como é o da “dimensión suficiente como para condicionar os principios da contratación” (No mesmo sentido o Acordo 121/2019 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).*

Esta resolución, concreta, desde o punto de vista da que subscribe, os aspectos relevantes a ter en conta en supostos como o que resulta obxecto de análise. Aspectos relevantes que se desenvolven e xustifican no acordo 131/2019 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que resolve un caso moi similar ao que se presenta para informe no cal a recorrente incluíu a oferta económica e a relativa a criterios avaliábeis mediante aplicación de fórmulas no mesmo sobre no cal incluíu a documentación administrativa, sendo tódolos criterios de avaliación automáticos.

Neste suposto o Tribunal referenciado entende que este carácter automático dos criterios de valoración determina que non deba realizarse pola Mesa ningunha valoración suxeita a xuízo de valor. Polo tanto a presentación de forma equivocada da documentación con carácter previo ao previsto contractualmente non puido comprometer o principio de igualdade dos licitadores posto que a función da mesa de contratación límitase a aplicación das fórmulas, polo que en ningún caso pode verse afectado o procedemento de valoración das ofertas e a imparcialidade esixible ao mesmo por este coñecemento previo da oferta realizada por unha das licitadoras.

O acordo profunda no tema sobre a base da Sentenza da Sala do Contencioso- Administrativo da Audiencia Nacional de 6 de novembro de 2012, enriba referenciada, indicando o seguinte:

(...)

A translación desta doutrina ao presente caso conduce a concluír que a exclusión da oferta constitúe un excesivo rigorismo da Mesa de contratación, desfavorable (...) e contraria aos principios de liberdade de acceso as licitacións, non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores, así como o de libre concorrència e de selección da oferta economicamente máis vantaxosa, consagrados no artigo 1 da LCSP, tendo en conta que sen a exclusión da recorrente non se tería vulnerado o principio de igualdade, pois, en ningún caso podería obter vantaxe do error no cal incorreu, fronte ao resto dos licitadores nin de estes fronte a aquela. E elo porque unha cousa é a esixencia do cumprimento das formas como medio para garantir a igualdade e equilibrio entre as partes e outra impoñer un criterio formalista que redunde nunha erosión da liberdade de concorrència, sendo por elo que no procedemento de licitación debe rexer un principio antiformalista para lograr a maior concorrència posible”.



Contratación

5.- CONCLUSIONES.

Á vista dos antecedentes de feito e fundamentos de dereito expostos, tomando en consideración os aspectos clave a examinar segundo a resolución núm. 253/2019 do TACGAL, enriba transcrita:

- *Respecto da análise do caso concreto*: non se trata dun expediente de contratación senón dunha concesión de bens de dominio público no cal a LCSP se relega ao campo da supletoriedade, neste caso empregouse un procedemento aberto con dous sobres por ser o xenérico, non recorrendo a procedementos simplificados (nos cales se introduce toda a documentación nun único sobre) que esixen dunha serie de requisitos propios dos expedientes de contratación.

- *O obxecto de que a valoración dos criterios técnicos suxeitos a xuízo de valor se realice antes de coñecer os criterios avaliábeis mediante fórmulas é evitar que ese coñecemento poida influenciar no procedemento de valoración*: non existen criterios subxectivos que poidan condicionar a valoración final.

- *A evolución da doutrina é cara non primar o formalismo sobre o material para evitar que deste aspecto se faga unha interpretación con resultados non conformes cos bens xurídicos en xogo e o seu equilibrio e proporcionalidade*: a introdución errónea da oferta económica non supón unha vantaxe para a empresa que incorreu no erro nin supón un menoscabo do principio de igualdade de trato nin prexudica á outra licitadora, máis ben suporía un beneficio para esta no caso de ser excluída posto que pasaría a ser a única concorrente.

- *O Consello de Estado segue ese criterio no seu ditame 670/2013, de 11 de xullo de 2013, con referencia a “la necesidad de ponderar las circunstancias concurrentes a la hora de excluir ofertas que incumplan o cumplan defectuosamente los requisitos formales de presentación de la documentación”*.

Xa que logo, tal e como se desprende dos argumentos expostos ao longo deste informe, o cumprimento das formas ha de ser un mecanismo para garantir a igualdade e equilibrio entre as partes.

O respecto ao principio de proporcionalidade así como aos principios de liberdade de acceso ás licitacións, non discriminación e igualdade de trato entre os licitadores, así como o de libre concorrencia e de selección da oferta economicamente máis vantaxosa, consagrados no artigo 1 da LCSP aconsellan, neste caso concreto, non excluír á licitadora que presentou a oferta de forma indebida posto que en ningún caso obtén vantaxe do erro no cal incorreu, fronte á outra licitadora, nin desta fronte a ela.

Entendo, seguindo a liña doutrinal reflectida neste informe, que no procedemento de licitación ha de rexer un principio antiformalista que garanta a a maior concorrencia posible non sendo procedente a exclusión da oferta presentada por EVENTOS PIÑEIRO S.L. por incluír erróneamente a oferta económica no SOBRE NÚM. 1.

Este é o meu informe, sen prexuízo doutro mellor fundamentado en dereito e de que o Órgano de Contratación adopte o acordo que estime máis oportuno.



Fátima Cortizo Seijas

Técnica de Contratación

Documento asinado dixitalmente á marxe.

L A M M

