

Recurso nº 111/2018**Resolución nº 102/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 8 de novembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por J.P.P.C. actuando en nome e representación de CASA PEPE VIGO S.L contra a súa exclusión do contrato para a subministración de produtos de alimentación non perecedoiros destinados aos centros prestadores de servizos sociais dependentes da Consellería de Política Social, expediente 71/2017, 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 Política Social da Xunta de Galicia convocouse a licitación do contrato para a subministración de produtos de alimentación non perecedoiros destinados aos centros prestadores de servizos sociais dependentes de tal Consellería, cun valor estimado declarado no anuncio no DOUE de 3.930.488,14 € .

Tal licitación foi obxecto de publicación no Perfil do contratante o 9.1.2018, no DOUE o 11.1.2018, no DOG de 29.1.2018 e no BOE o 23.1.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, o contrato estivo sometido ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- Na resolución da Secretaría Xeral Técnica da Consellería de Política Social de 6.4.2018 se clasificaron as proposicións das empresas licitadoras de acordo coa proposta feita pola Mesa de contratación. Nesa clasificación, CASA PEPE VIGO S.L (CASA PEPE VIGO, en diante), obtivo a primeira posición en tódolos lotes, sendo catro os lotes da licitación.

Por resolución de 4.5.2018, decrétase “A exclusión do licitador CASA PEPE VIGO S.L” porque: a) se observaron deficiencias na documentación presentada pola empresa b) as fichas técnicas presentadas nos produtos que se describían non se corresponden coas marcas ofertadas no sobre B e c) Non remiten as fichas técnicas do Aceite ecolóxico. Nas primeiras dúas causas se plasmaban cadros onde se desenvolvían as mesmas.

Presentado recurso especial pola presente recorrente, o mesmo foi parcialmente estimado por Resolución TACGal 24/2018, expresándose:

“Polo tanto, admitido, tanto no recurso como no informe do órgano, que houbo conversas sobre a presentación das fichas do trámite da cláusula 7.1, unido a que, da lectura do recurso e do informe, non se pode excluír, se non máis ben o contrario, que a interpretación que puido subministrar o órgano a estes efectos non foi a aquí establecida polo TACGal, xunto a que, en todo caso, sempre operaría que as faltas de claridade nos pregos non poden ir en contra do licitador – aquí o xa mellor clasificado-, fai procedente estimar parcialmente o recurso a efectos de que se retrotraia o procedemento ao momento de solicitar do mellor clasificado, a recorrente, a presentación documental recollida na cláusula 7.1 do PCAP, debendo interpretarse como se recolle nesta Resolución.”

Tras decretar a Consellería a retroacción aí estipulada, o proceso culminou coa resolución de 28.09.2018 que decide, novamente, a exclusión de CASA PEPE VIGO S.L, acto aquí impugnado, notificado o día 02.08.2018 e recepcionado por tal entidade o 08.10.2018.

Cuarto.- O 25.10.2018 CASA PEPE VIGO S.L (CASA PEPE VIGO, en diante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra tal resolución de exclusión perante esta TACGal, a través do formulario telemático existente con tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia e na web do TACGal.

Quinto.- Con data 25.10.2018 reclamouse á Consellería de Política Social 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). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 29.10.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados o 29.10.2018, recibíndose alegacións da empresa PLATAFORMA FEMAR S.L.

Sétimo.- Por Resolución TACGal de 02.11.2018 acordouse, de oficio, adoptar a medida cautelar de suspensión.

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.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP 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.- Dado que foi a oferta do recorrente a que foi excluída no acto impugnado, ten lexitimación ao abeiro do art. 48 LCSP.

Cuarto.- En virtude das datas descritas, o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Estamos en presenza dun contrato de subministración cun valor estimado declarado no anuncio no DOUE de 3.930.488,14 €, polo que é admisible este recurso ao abeiro do artigo 44.1.a) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O recurso presentado alega o cumprimento do PPT, e o órgano de contratación se ratifica na procedencia da exclusión, ambos en base a argumentos que desenvolveremos ao analizar a cuestión de fondo. Pola súa banda, a empresa alegante defende a postura do órgano de contratación, advertindo da imposibilidade de que o recorrente emende a documentación presentada.

Sétimo.- A efectos de analizar a exclusión impugnada, é necesario traer as consideracións que sobre esta licitación fixemos na Resolución TACGal 24/2018, sobre unha previa exclusión a este recurrente.

Naquela Resolución explicábamnos que as características e calidades dos produtos, nesta licitación, entran en xogo a efectos de determinar a admisión ou exclusión da oferta só no caso de que non se cheguen ás determinacións a estes efectos fixadas no PPT, onde para os produtos hai unha descrición do requirido para os mesmos. Uníamos a mención que as marcas non eran obxecto de valoración da oferta, con indicación, ao tratar do sobre B, que á súa mención era a efectos meramente informativos (cláusula 5.4 PCAP, xa reproducida).

Efectivamente, recollíamos:

“De feito, as marcas operan aos efectos de que, unha vez comprobado que os produtos ofertados – non as marcas- cumpren coas características do PPT, as que designe o que vaia a ser adxudicatario serán as que debe logo deberá subministrar durante a execución do contrato. É importante, nunha configuración dos pregos coas singularidades do que se nos presenta, que en fase de admisión de ofertas non pasemos de comprobar que os produtos, as súas características, cumpren co PPT, a analizar e esixir marcas en si, ou mesturemos eses diferentes planos.

Polo tanto, as marcas non son as definitorias, como tales, da admisión das ofertas, senón só o son as características dos produtos que aportan, polo que haberá que analizar as características dos alimentos reflectidos na documentación que aporta, para determinar se en base a isto son inferiores ou distintas ás do PPT.

(...)

Polo tanto, a primeira conclusión é que nesta licitación a exclusión non pode derivar do entendemento da inmutabilidade das marcas designadas a efectos informativos no sobre B, en canto a se logo se citan outras, ao aportar as fichas mencionadas no trámite da cláusula 7.1 PCAP.

Apuntar, a maiores, a doutrina consolidada dos Tribunais administrativos, tamén recollida en anteriores resolucións deste TACGal, que as causas de exclusión por motivos formais deben ser obxecto de interpretación restritiva, máis neste caso en que o licitador excluído é o mellor clasificado (Resolución TACGal 10/2018).

(...)



Polo tanto, admitido, tanto no recurso como no informe do órgano, que houbo conversas sobre a presentación das fichas do trámite da cláusula 7.1, unido a que, da lectura do recurso e do informe, non se pode excluír, se non máis ben o contrario, que a interpretación que puido subministrar o órgano a estes efectos non foi a aquí establecida polo TACGal, xunto a que, en todo caso, sempre operaría que as faltas de claridade nos pregos non poden ir en contra do licitador – aquí o xa mellor clasificado-, fai procedente estimar parcialmente o recurso a efectos de que se retrotraia o procedemento ao momento de solicitar do mellor clasificado, a recorrente, a presentación documental recollida na cláusula 7.1 do PCAP, debendo interpretarse como se recolle nesta Resolución.”

Entrando agora no debate que se nos trae, o primeiro que debemos analizar é a relevancia que para a estimación deste recurso deben ter os defectos na documentación presentada polo licitador no trámite de emenda concedido polo órgano de contratación e que expresamente son aceptados no texto deste recurso.

Cómpre a este respecto referirnos ao relato cronolóxico dos trámites acaecidos nesta licitación relevantes para o debate deste recurso:

- O día 3.07.2018, en cumprimento da Resolución 24/2018 deste TACGal, o órgano de contratación acorda a retroacción do expediente de licitación e solicita a CASA PEPE que aporte a documentación prevista no apartado 7.1 do PCAP, que establece o seguinte:

“Unha vez clasificadas as ofertas requírese ao licitador que sen incorrer en baixa anormal ou desproporcionada figure coa máxima puntuación para os efectos de que presente as fichas técnicas e de alérxenos dos produtos ofertados no prazo máximo de 10 días naturais, así como a relación de todos os produtos ofertados cos seus correspondentes prezos unitarios e IVE que legalmente lle corresponda a cada produto.”

- O día 12.07.2018 o licitador presenta a correspondente documentación.

- En data 12.09.2018 o órgano de contratación remite ao licitador solicitude de aclaracións ao apreciar diversas deficiencias na documentación presentada. Nesta solicitude, e no apartado referido a “deficiencias observadas relativas ó cumprimento das características esixidas no prego de prescricións técnicas” solicitábanse expresamente aclaracións sobre, entre

outros, os seguintes produtos: froitas en conserva, compotas, marmeladas e marmelos; olivas; pan tostado; produtos enlatados (verduras e outros).

- En resposta a esa solicitude, CASA PEPE aporta novas fichas de produtos o día 17.09.2018.

- Por último, o órgano de contratación mediante resolución de data 28.09.2018 acorda excluír a CASA PEPE da licitación por estimar incorrecta a documentación presentada, resolución obxecto do recurso presentado.

Como dixemos anteriormente, o primeiro a analizar é a transcendencia a efectos de apreciar a validez da exclusión do licitador dos defectos na súa documentación recoñecidos no propio texto do recurso.

Así, o recorrente recoñece que non cumpriu debidamente coas aclaracións solicitadas polo órgano de contratación en diversos produtos, con expresións como “*se produxo una inevitable confusión*” (no caso de froitas en conserva, compotas, marmeladas e marmelos); “*ficha equivocada*” e “*otro simple error*” (nas olivas); “*error de omisión involuntario*” (respecto do pan tostado); unha “*equivocación perfectamente asumible*” (nos champiñóns) ou tamén “*una omisión involuntaria*” (no caso dos chícharos).

Disto pódese xa concluír que no trámite de aclaracións concedido ao efecto, e que se refería concretamente a doce produtos no apartado de “*deficiencias observadas relativas ó cumprimento das características esixidas no prego de prescricións técnicas*” e dezaseis produtos no total do requirimento, o propio recorrente recoñece que non emendou os defectos existentes en ao menos cinco deles.

Pero ademais, noutros dous produtos, se ben o recorrente non o admite expresamente no seu recurso, tampouco consta acreditado no expediente remitido a este Tribunal que se cumprira debidamente coa solicitude e se remitise a correspondente documentación en prazo.

Neste aspecto, polo que se refire aos cereais de almorzo sobre os que o recurso sinala que xa constan na documentación remitida o 12.07.2018 con todas as referencias esixidas no PPT, o certo é que nas fichas sinaladas polo recorrente non visualizamos as opcións “*con froitas e opción integral con froitas*” ás que se refire o requirimento e o acordo de exclusión. E na documentación presentada o día

17.09.2018, as fichas aportadas (de “barritas” e “copos tostados de arroz”) que conterían algunha mención coma as indicadas no recurso non se axustarían, en cambio, aos produtos referidos no requirimento do órgano de contratación.

E no caso do vinagre, o recorrente nin sequera discute no seu recurso que, como se recolle na resolución de exclusión, o grao de acidez incumpra o esixido polos pregos da licitación, algo que resulta da ficha do vinagre de viño branco presentada o día 12.09.2018 e sobre o que lle foi solicitada aclaración ao respecto. Polo que, unidos aos sinalados nos parágrafos anteriores, podemos contabilizar que existen deficiencias non emendadas nun total de ao menos sete produtos.

Todo iso determina que, con fundamento no ata aquí observado, necesariamente debamos apreciar que a resolución de exclusión adoptada polo órgano de contratación non poida ser considerada como contraria a dereito, no eido da revisión que nos corresponde. Aceptar a intención do recorrente de que eses defectos sexan emendados ben nesta vía de recurso, acompañando documentación probatoria ao respecto, ben nun novo trámite de alegacións que necesariamente se debería producir de estimar a súa pretensión anulatoria, vulneraría o principio de igualdade en prexuízo dos restantes licitadores, singularmente do segundo clasificado no procedemento de licitación.

O recorrente tivo a oportunidade de presentar as fichas esixidas polos pregos da licitación no prazo concedido o día 3.07.2018 e, posteriormente, de realizar as aclaracións solicitadas nun novo trámite concedido o día 12.09.2018. O feito de non facelo non se pode achacar ao órgano de contratación, senón a unha falta de dilixencia do licitador que, como tal, debe asumir as consecuencias do seu incumprimento. 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”.

Así, admitir que CASA PEPE puidese novamente emendar a documentación presentada unha vez finalizado o prazo concedido ao efecto, e tras incluso a fase de aclaracións que se lle abriu, resultaría contrario á libre concorrência e á necesaria transparencia que debe presidir un procedemento de licitación pública. Non é admisible, nese sentido, nin unha ampliación do prazo, nin unha emenda do xa



emendado. Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais, na súa Resolución 793/2016:

“Como este Tribunal afirmou en su Resolución 78/2013, de 14 de febrero, si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales, en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (por todas, Resoluciones de este Tribunal 237/2012, de 31 de octubre, y 271/2012, de 30 de noviembre, e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio, 13/92, de 7 de mayo, y 1/94, de 3 de febrero, entre otros muchos), tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP), habiendo declarado este Tribunal en la Resolución 39/2011, de 24 de febrero de 2011 que ‘parece claro que la Ley reclama que se conceda un plazo para la subsanación de los errores que puedan existir (y sean subsanables) en la documentación general presentada por las empresas que pretenden participar en una licitación pública. Pero una vez vencido dicho plazo, la Administración contratante decide su admisión o no al proceso de licitación en función de la documentación de subsanación recibida y procede a continuación dar paso a la fase siguiente del procedimiento. No cabe, por tanto, requerir un nuevo plazo de subsanación de nuevos defectos, ni aportar como prueba nuevos documentos no presentados en el momento procesal oportuno.’”

Na mesma liña, o Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía, na súa Resolución 301/2018, tamén sinala que:

“En relación con lo expuesto, debemos señalar como ya manifestó este Tribunal entre otras en sus Resoluciones 33/2017 de 15 de febrero y 260/2018, de 21 de septiembre, que “(...) Si bien es cierto que la jurisprudencia mantiene una postura contraria a un excesivo formalismo que conduzca a la inadmisión de proposiciones por simples defectos formales en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública -Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2004 dictada en Casación para Unificación de Doctrina (Recurso 265/2003)-, tampoco resulta exigible una subsanación de la subsanación, pues ello podría vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (artículo 1 y 139 del TRLCSP) y provocar inseguridad jurídica en la tramitación del procedimiento de adjudicación acerca de en qué supuestos habría que permitir una segunda subsanación”.

Por outro lado, non cabe entender que a decisión de exclusión sexa neste aspecto desproporcionada. Se ben o volume de fichas a presentar nun primeiro momento é considerable, hai que ter en conta que a solicitude de aclaración se refería,

como xa indicamos, a un total de dezaseis produtos, dos que o recorrente non procedeu a solventar as deficiencias en ao menos sete deles, polo que non cabe apreciar indicio algún de desproporción ou excesivo formalismo na decisión adoptada.

Nese sentido, non se pode acoller a argumentación do recorrente ao respecto de que a falta de presentación da documentación non lle imposibilita para a execución do contrato, e polo tanto non é procedente a exclusión, para o cal se ampara en diversas resolucións de Tribunais administrativos. O que determina a validez da súa exclusión é o non cumprimento de xeito correcto dunha obriga esixida polos pregos da licitación e para o cal, lembremos, xa se deu o trámite de emenda, que solicita novamente agora o recorrente.

A cláusula 7.1 do PCAP esixía que o licitador mellor puntuado presentase “as fichas técnicas e de alérxenos dos produtos ofertados no prazo máximo de 10 días naturais, así como a relación de todos os produtos ofertados cos seus correspondentes prezos”. Debemos reiterar que o prego, que non foi impugnado, vincula aos licitadores e ao órgano de contratación polo que a pretensión do recorrente de que o seu incumprimento non leve aparellado consecuencia non pode ser acollida por este Tribunal, incumprimento que, como vimos, recoñece expresamente nesta fase de recurso. E tendo en conta que neste procedemento xa o órgano de contratación adoptou unha posición garantista que permitiu ao licitador a presentación de aclaracións.

Ademais, a apertura do novo trámite solicitado por CASA PEPE S.L. non suporía, no seu caso, unha aclaración de posibles dúbidas xurdidas sobre os documentos xa aportados, senón un novo prazo para completar documentación que non foi presentada, o que vulneraría o principio de igualdade entre os licitadores, como xa indicamos.

En conclusión, tras o aquí xa descrito, non cabe apreciar vicio de ilegalidade na resolución de exclusión polo que procede desestimar o recurso presentado sen entrar xa a valorar os outros argumentos do recorrente, pois a súa estimación en nada modificaría o sentido desta resolución.

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 CASA PEPE VIGO S.L contra a súa exclusión do contrato para a subministración de produtos de alimentación non perecedoiros destinados aos centros prestadores de servizos sociais dependentes da Consellería de Política Social, expediente 71/2017.

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.