

**Recurso nº 111/2018**

**Resolución nº 102/2018**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por J.P.P.C. actuando en nombre y representación de CASA PEPE VIGO S.L contra su exclusión del contrato para el suministro de productos de alimentación no perecederos destinados a los centros prestadores de servicios sociales dependientes de la Consellería de Política Social, expediente 71/2017, 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 Política Social de la Xunta de Galicia se convocó la licitación del contrato para el suministro de productos de alimentación no perecederos destinados a los centros prestadores de servicios sociales dependientes de tal Consellería, con un valor estimado declarado en el anuncio en el DOUE de 3.930.488,14 € .

Tal licitación fue objeto de publicación en el Perfil del contratante el 9.1.2018, en el DOUE el 11.1.2018, en el DOG de 29.1.2018 y en el BOE el 23.1.2018.

**Segundo.-** Según el expediente de la licitación, el contrato estuvo sometido al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

**Tercero.-** En la resolución de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Política Social de 6.4.2018 se clasificaron las proposiciones de las empresas licitadoras de acuerdo con la propuesta hecha por la Mesa de contratación. En esa clasificación, CASA PEPE VIGO S.L (CASA PEPE VIGO, en adelante), obtuvo la primera posición en todos los lotes, siendo cuatro los lotes de la licitación.

Por resolución de 4.5. 2018, se decreta “*La exclusión del licitador CASA PEPE VIGO S.L*” porque: a) se observaron deficiencias en la documentación presentada por la empresa b) las fichas técnicas presentadas en los productos que se describían no se corresponden con las marcas ofertadas en el sobre B y c) No remiten las fichas técnicas del Aceite ecológico. En las primeras dos causas se plasmaban cuadros donde se desarrollaban las mismas.

Presentado recurso especial por la presente recurrente, el mismo fue parcialmente estimado por Resolución TACGal 24/2018, expresándose:

*“Por lo tanto, admitido, tanto en el recurso como en el informe del órgano, que hubo conversaciones sobre la presentación de las fichas del trámite de la cláusula 7.1, unido a que, de la lectura del recurso y del informe, no se puede excluir, si no más bien lo contrario, que la interpretación que pudo suministrar el órgano a estos efectos no fue la aquí establecida por el TACGal, junto a que, en todo caso, siempre operaría que las faltas de claridad en los pliegos no pueden ir en contra del licitador – aquí el ya mejor clasificado-, hace procedente estimar parcialmente el recurso a efectos de que se retrotraiga el procedimiento al punto de solicitar del mejor clasificado, la recurrente, la presentación documental recogida en la cláusula 7.1 del PCAP, debiendo interpretarse como se recoge en esta Resolución.”*

Tras decretar la Consellería la retroacción ahí estipulada, el proceso culminó con la resolución de 28.09.2018 que decide, nuevamente, la exclusión de CASA PEPE VIGO S.L, acto aquí impugnado, notificado el día 02.08.2018 y recepcionado por tal entidad el 08.10.2018.

**Cuarto.-** El 25.10.2018 CASA PEPE VIGO S.L (CASA PEPE VIGO, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra tal resolución de exclusión ante este TACGal, a través del formulario telemático existente con tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia y en la web del TACGal.

**Quinto.-** Con fecha 25.10.2018 se reclamó a la Consellería de Política Social 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). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 29.10.2018.

**Sexto.-** Se trasladó el recurso a los interesados el 29.10.2018, recibéndose alegaciones de la empresa PLATAFORMA FEMAR S.L.

**Séptimo.-** Por Resolución TACGal de 02.11.2018 se acordó, de oficio, adoptar la medida cautelar de suspensión.

## 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.-** En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP 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.-** Dado que fue la oferta del recurrente la que fue excluida en el acto impugnado, tiene legitimación al amparo del art. 48 LCSP.

**Cuarto.-** En virtud de las fechas descritas, el recurso fue interpuesto en plazo.

**Quinto.-** Estamos en presencia de un contrato de suministro con un valor estimado declarado en el anuncio en el DOUE de 3.930.488,14 €, por lo que es admisible este recurso al amparo del artículo 44.1.a) y 2.b) LCSP.

**Sexto.-** El recurso presentado alega el cumplimiento del PPT, y el órgano de contratación se ratifica en el origen de la exclusión, ambos en base a argumentos que desarrollaremos al analizar la cuestión de fondo. Por su parte, la empresa alegante

defiende la postura del órgano de contratación, advirtiendo de la imposibilidad de que el recurrente enmiende la documentación presentada.

**Séptimo.-** A efectos de analizar la exclusión impugnada, es necesario traer las consideraciones que sobre esta licitación hicimos en la Resolución TACGal 24/2018, sobre una previa exclusión a este recurrente.

En aquella Resolución explicábamos que las características y calidades de los productos, en esta licitación, entran en juego a efectos de determinar la admisión o exclusión de la oferta sólo en caso de que no se lleguen a las determinaciones a estos efectos fijadas en el PPT, donde para los productos hay una descripción de lo requerido para los mismos. Uníamos la mención de que las marcas no eran objeto de valoración de la oferta, con indicación, al tratar del sobre B, que su mención era a efectos meramente informativos (cláusula 5.4 PCAP, ya reproducida).

Efectivamente, recogíamos:

*“De hecho, las marcas operan a los efectos de que, una vez comprobado que los productos ofertados – no las marcas- cumplen con las características del PPT, las que designe el que vaya a ser adjudicatario serán las que luego deberá suministrar durante la ejecución del contrato. Es importante, en una configuración de los pliegos con las singularidades del que se nos presenta, que en fase de admisión de ofertas no pasemos de comprobar que los productos, sus características, cumplen con el PPT, a analizar y exigir marcas en sí, o mezclemos esos diferentes planos.*

*Por lo tanto, las marcas no son las definitorias, como tales, de la admisión de las ofertas, sino sólo lo son las características de los productos que aportan, por lo que habrá que analizar las características de los alimentos reflejados en la documentación que aporta, para determinar si en base a esto son inferiores o distintas a las del PPT.*

(...)

*Por lo tanto, la primera conclusión es que en esta licitación la exclusión no puede derivar del entendimiento de la inmutabilidad de las marcas designadas a efectos informativos en el sobre B, en cuanto a si luego se citan otras, al aportar las fichas mencionadas en el trámite de la cláusula 7.1 PCAP.*

*Apuntar, además, la doctrina consolidada de los Tribunales administrativos, también recogida en anteriores resoluciones de este TACGal, que las causas de*

*exclusión por motivos formales deben ser objeto de interpretación restrictiva, más en este caso en que el licitador excluido es el mejor clasificado (Resolución TACGal 10/2018).*

(...)

*Por lo tanto, admitido, tanto en el recurso como en el informe del órgano, que hubo conversaciones sobre la presentación de las fichas del trámite de la cláusula 7.1, unido a que, de la lectura del recurso y del informe, no se puede excluir, si no más bien lo contrario, que la interpretación que pudo suministrar el órgano a estos efectos no fue la aquí establecida por el TACGal, junto a que, en todo caso, siempre operaría que las faltas de claridad en los pliegos no pueden ir en contra del licitador – aquí el ya mejor clasificado-, hace procedente estimar parcialmente el recurso a efectos de que se retrotraiga el procedimiento al momento de solicitar del mejor clasificado, la recurrente, la presentación documental recogida en la cláusula 7.1 del PCAP, debiendo interpretarse como se recoge en esta Resolución.”*

Entrando ahora en el debate que se nos trae, lo primero que debemos analizar es la relevancia que para la estimación de este recurso deben tener los defectos en la documentación presentada por el licitador en el trámite de subsanación concedido por el órgano de contratación y que expresamente son aceptados en el texto de este recurso.

Es necesarios a este respecto referirnos al relato cronológico de los trámites acaecidos en esta licitación relevantes para el debate de este recurso:

- El día 3.07.2018, en cumplimiento de la Resolución 24/2018 de este TACGal, el órgano de contratación acuerda la retroacción del expediente de licitación y solicita a CASA PEPE que aporte la documentación prevista en el apartado 7.1 del PCAP, que establece lo siguiente:

*“Una vez clasificadas las ofertas se requerirá al licitador que sin incurrir en baja anormal o desproporcionada figure con la máxima puntuación para los efectos de que presente las fichas técnicas y de alérgenos de los productos ofertados en el plazo máximo de 10 días naturales, así como la relación de todos los productos ofertados con sus correspondientes precios unitarios e IVA que legalmente le corresponda a cada producto.”*

- El día 12.07.2018 el licitador presenta la correspondiente documentación.

- En fecha 12.09.2018 el órgano de contratación remite al licitador solicitud de aclaraciones al apreciar diversas deficiencias en la documentación presentada. En esta solicitud, y en el apartado referido a *“deficiencias observadas relativas al cumplimiento de las características exigidas en el pliego de prescripciones técnicas”* se solicitaban expresamente aclaraciones sobre, entre otros, los siguientes productos: frutas en conserva, compotas, mermeladas y membrillos; olivas; pan tostado; productos enlatados (verduras y otros).

- En respuesta a esa solicitud, CASA PEPE aporta nuevas fichas de productos el día 17.09.2018.

- Por último, el órgano de contratación mediante resolución de fecha 28.09.2018 acuerda excluir a CASA PEPE de la licitación por estimar incorrecta la documentación presentada, resolución objeto del recurso presentado.

Como dijimos anteriormente, lo primero a analizar es la trascendencia a efectos de apreciar la validez de la exclusión del licitador de los defectos en su documentación reconocidos en el propio texto del recurso.

Así, el recurrente reconoce que no cumplió debidamente con las aclaraciones solicitadas por el órgano de contratación en diversos productos, con expresiones como *“se produjo una inevitable confusión”* (en el caso de frutas en conserva, compotas, mermeladas y membrillos); *“ficha equivocada”* y *“otro simple error”* (en las olivas); *“error de omisión involuntario”* (respecto del pan tostado); una *“equivocación perfectamente asumible”* (en los champiñones) o también *“una omisión involuntaria”* (en el caso de los guisantes).

De esto se puede ya concluir que en el trámite de aclaraciones concedido al efecto, y que se refería concretamente a doce productos en el apartado de *“deficiencias observadas relativas al cumplimiento de las características exigidas en el pliego de prescripciones técnicas”* y dieciséis productos en el total del requerimiento, el propio recurrente reconoce que no enmendó los defectos existentes en al menos cinco de ellos.

Pero además, en otros dos productos, si bien el recurrente no lo admite expresamente en su recurso, tampoco consta acreditado en el expediente remitido a este Tribunal que se cumpliera debidamente con la solicitud y se remitiera la correspondiente documentación en plazo.

En este aspecto, por lo que se refiere a los cereales de desayuno sobre los que el recurso señala que ya constan en la documentación remitida el 12.07.2018 con todas las referencias exigidas en el PPT, lo cierto es que en las fichas señaladas por el recurrente no visualizamos las opciones “*con frutas y opción integral con frutas*” a las que se refiere el requerimiento y el acuerdo de exclusión. Y en la documentación presentada el día 17.09.2018, las fichas aportadas (de “barritas” y “copos tostados de arroz”) que contendrían alguna mención como las indicadas en el recurso no se ajustarían, en cambio, a los productos referidos en el requerimiento del órgano de contratación.

Y en el caso del vinagre, el recurrente ni siquiera discute en su recurso que, como se recoge en la resolución de exclusión, el grado de acidez incumpla lo exigido por los pliegos de la licitación, algo que resulta de la ficha del vinagre de vino blanco presentada el día 12.09.2018 y sobre lo que le fue solicitada aclaración al respecto. Por lo que, unidos a los señalados en los párrafos anteriores, podemos contabilizar que existen deficiencias no enmendadas en un total de al menos siete productos.

Todo eso determina que, con fundamento en lo hasta aquí observado, necesariamente debamos apreciar que la resolución de exclusión adoptada por el órgano de contratación no pueda ser considerada como contraria a derecho, en el campo de la revisión que nos corresponde. Aceptar la intención del recurrente de que esos defectos sean enmendados bien en esta vía de recurso, acompañando documentación probatoria al respecto, bien en un nuevo trámite de alegaciones que necesariamente se debería producir de estimar su pretensión anulatoria, vulneraría el principio de igualdad en perjuicio de los restantes licitadores, singularmente del segundo clasificado en el procedimiento de licitación.

El recurrente tuvo la oportunidad de presentar las fichas exigidas por los pliegos de la licitación en el plazo concedido el día 3.07.2018 y, posteriormente, de realizar las aclaraciones solicitadas en un nuevo trámite concedido el día 12.09.2018. El hecho de no hacerlo no se puede achacar al órgano de contratación, sino a una falta de diligencia del licitador que, como tal, debe asumir las consecuencias de su incumplimiento. Como señala la STXUE 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”.*

Así, admitir que CASA PEPE pudiera nuevamente enmendar la documentación presentada una vez finalizado el plazo concedido al efecto, y tras incluso la fase de aclaraciones que se le abrió, resultaría contrario a la libre concurrencia y a la necesaria transparencia que debe presidir un procedimiento de licitación pública. No es admisible, en ese sentido, ni una ampliación del plazo, ni una subsanación de lo ya enmendado. Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución 793/2016:

*“Como este Tribunal afirmó 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.”*

En la misma línea, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, en su Resolución 301/2018, también señala 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 otro lado, no cabe entender que la decisión de exclusión sea en este aspecto desproporcionada. Si bien el volumen de fichas a presentar en un primer momento es considerable, hay que tener en cuenta que la solicitud de aclaración se refería, como ya indicamos, a un total de dieciséis productos, de los que el recurrente no procedió a solventar las deficiencias en al menos siete de ellos, por lo que no cabe apreciar indicio alguno de desproporción o excesivo formalismo en la decisión adoptada.

En ese sentido, no se puede acoger la argumentación del recurrente al respecto de que la falta de presentación de la documentación no le imposibilita para la ejecución del contrato, y por lo tanto no es procedente la exclusión, para lo cual se ampara en diversas resoluciones de Tribunales administrativos. Lo que determina la validez de su exclusión es el no cumplimiento de manera correcta de un deber exigido por los pliegos de la licitación y para lo cual, recordemos, ya se dio el trámite de subsanación, que solicita nuevamente ahora el recurrente.

La cláusula 7.1 del PCAP exigía que el licitador mejor puntuado presentara *“las fichas técnicas y de alérgenos de los productos ofertados en el plazo máximo de 10 días naturales, así como la relación de todos los productos ofertados con sus correspondientes precios”*. Debemos reiterar que el pliego, que no fue impugnado, vincula a los licitadores y al órgano de contratación por lo que la pretensión del recurrente de que su incumplimiento no lleve aparejado consecuencia no puede ser acogida por este Tribunal, incumplimiento que, como vimos, reconoce expresamente en esta fase de recurso. Y toda vez que en este procedimiento ya el órgano de contratación adoptó una posición garantista que permitió al licitador la presentación de aclaraciones.

Además, la apertura del nuevo trámite solicitado por CASA PEPE S.L. no supondría, en su caso, una aclaración de posibles dudas surgidas sobre los documentos ya aportados, sino un nuevo plazo para completar documentación que no fue presentada, lo que vulneraría el principio de igualdad entre los licitadores, como ya indicamos.

En conclusión, tras lo aquí ya descrito, no cabe apreciar vicio de ilegalidad en la resolución de exclusión por lo que procede desestimar el recurso presentado sin entrar ya a valorar los otros argumentos del recurrente, pues su estimación en nada modificaría el sentido de esta resolución.

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 CASA PEPE VIGO S.L contra su exclusión del contrato para el suministro de productos de alimentación no perecederos destinados a los centros prestadores de servicios sociales dependientes de la Consellería de Política Social, expediente 71/2017.

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.