

Recurso nº 27/2018**Resolución nº 24/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 11 de junio 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.

En virtud de esto, tal resolución decreta *“Requerir a la empresa CASA PEPE VIGO S.L para que presente la documentación señalada en las cláusulas 7.1 y 7.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares”*.

Por resolución de 4.5. 2018, notificada el 9.5.2018, 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.

Cuarto.- En fecha 29.5.2018 interpuso recurso especial en materia de contratación contra tal resolución de exclusión ante este TACGal, a través de la sede electrónica.

Quinto.- Con fecha 29.5.2018 se reclamó a la Consellería de Política Social el expediente y el informe a lo 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 31.5.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 1.6.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- Por Resolución TACGal de 4.6.2018 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 a 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 que en el PPT, en su apartado 3, la referencia a las marcas tan sólo era a efectos informativos y que no serían objeto de valoración, por lo que el cambio de marca del mismo producto y calidad, no puede ser considerado motivo de exclusión, cuando además afecta a pocos productos. Expresa que algunos fabricantes o envasadores, unos por escasez de demanda, y otros por razones que no detallaron, adoptaron la decisión empresarial y comercial, o ambas, de sustituir algunas marcas en algún caso concreto, y dejar de comercializarlas en el transcurso del año 2018.

Añade que el PPT no hace referencia ninguna al Reglamento 1151/2012, de 21 de noviembre sobre los “régimenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios”, que trata sobre de las D.O. Protegido, las I.G. Protegidas o la E.T.

Reconoce que es posible que los errores de aportación de fichas se produjeran en relación a productos que se estén suministrando en ese momento, y que en este recurso aporta documentación al respeto, así como alega que, de haber solicitado la Consellería aclaración detallada sobre cada una de las fichas erróneamente remitidas como luego hace la resolución de exclusión, se habrían aclarado los errores detectados.

Séptimo.- El órgano de contratación remite un informe que pormenoriza las alegaciones de respuesta al recurso especial. Reproducimos aquí sus conclusiones:

1.-La empresa incumple los PCAP en sus apartados 5.3 y 7 al no ajustarse a las características de los PPT en los productos ofertados y desvincularse de la oferta presentada en el sobre B en la fase de acreditación de la veracidad de la oferta con la presentación de fichas técnicas.

2.- La empresa incumple en cuanto a categorías comerciales (calidad extra, primera...), marcas ofertadas (son vinculantes conforme a los PCAP), tipos de envases y denominaciones de origen.

3.-Admitir que la empresa se desvincule de la oferta presentada en el sobre B implica una discriminación flagrante para el resto de los licitadores. La oferta presentada en el sobre B (productos, características y marcas) determinaba una oferta económica con base en los productos y en las marcas ofertadas. Esa oferta cayó en baja anormal o desproporcionada que fue justificada y por lo tanto la empresa quedó de primera en la clasificación. De ofertar otras marcas su oferta se vería alterada dado que los incumplimientos se dan principalmente en los productos más caros (calidades extra o denominaciones de origen). Las denominaciones de origen suponen 7 veces el precio de un producto de importación. Al desvincularse del contenido del sobre B se altera la oferta económica que fue el criterio que sirvió de base para que resultara primera clasificada.

3.-El término “denominación de origen” no precisa de criterios interpretativos dado que es un tipo de indicación de origen aplicado a un producto alimenticio. No obstante existen Reglamentos de los Consejos Reguladores y normas que regulan con detalle cada tipo de producto, pero el término en sí no precisa de más definición.

4.-El “brandy de jerez” no admite criterios interpretativos porque es una denominación específica que no se puede confundir con ninguna otra similar. Como bien se dijo no todas las bebidas espirituosas son brandy de jerez.

5.-De existir dudas en los pliegos o falta de claridad se deberían haber recurrido en el momento procedimental oportuno o solicitar aclaraciones.

6.-Aun aceptando que existen productos que induzcan a error (que no los hay) existen muchos más incumplimientos que aquellos que se derivan a juicio de la recurrente de una mala interpretación del pliego, tal como se ponen de manifiesto en el expediente que les remitimos con este informe.

7.-La Consellería usó todos los medios a su alcance para que, dentro de un procedimiento garantista, la empresa pudiera aclarar aquellos conceptos que podían inducir a error u omisión. En fase de clasificación no procedía un trámite de enmienda que implicara que la empresa se habría separado de la oferta presentada.

8.-Desde la apertura del sobre B la empresa no para de presentar documentación diferente. Este órgano entendió que no se pueden permitir más aclaraciones y mucho menos modificaciones dado que las fichas técnicas es la hoja de ruta con la que funcionarán los directores de los centros en la demanda de productos, cualquier error en la ficha presentada o inadecuación con el producto ofertado puede implicar un riesgo grave para la salud de usuarios excesivamente vulnerables. Más allá de si procede admitir más o menos documentación, la empresa demostró en este procedimiento que no existen garantías que vinculen sus compromisos con la realidad de ejecución mediante sus continuos cambios.

9.-No cabe duda de que es cierto que por su envergadura la empresa podría cumplir un contrato de este tipo pero no este contrato dado que la oferta presentada incumple los PPT.

Octavo.- A efectos de analizar los debates que nos ocupan, es necesario estructurar lo mismo, pues el recurso y el informe del órgano lo parcelan en múltiples cuestiones, por lo que creemos necesario su sistematización.

El primero a fijar es que hay que partir de los pliegos, como *lex contractus*, tal como este Tribunal expresó con anterioridad, por ejemplo en la Resolución TACGal 17/2018.

Ahora bien, sin perjuicio de que, como dijimos, debemos partir de lo recogido en los pliegos, los mismos se deben analizar bajo el prisma de que introducen una configuración en la presentación de la documentación sobre los productos sometidos al suministro con singularidades, como ahora veremos.

Ante todo, significar que estamos ante una licitación donde todos los criterios tienen carácter objetivo, y, de hecho, existe en el expediente una memoria de 29.11.2017 que lo razona. De los 100 puntos a otorgar: la oferta económica eran 20 puntos, por descuentos en productos perecederos 15 puntos, por productos ecológicos 15 puntos, por descuentos en productos frescos 15 puntos, por productos aptos para celíacos 10 puntos, oferta de mayor variedad dentro de las categorías definidas en los PPT 10 puntos, oferta de productos a mayores – que se identifican- a los previstos en los PPT para centros con necesidades especiales 5 puntos, oferta de suministros en fines de semana y festivos 5 puntos y oferta en productos aptos para diabéticos 5 puntos.

Como todos son aspectos evaluables mediante fórmulas, no sometidos a juicio de valor, el PCAP recoge un Anexo II de Modelo *de proposición relativa a los aspectos evaluables mediante fórmulas (sobre B)*, donde basta marcar Sí/No en esos diferentes aspectos a valorar, y solo en el apartado sobre reducción de precio ofertada se cambia para que se señale el porcentaje (%) de reducción.

Por lo tanto, las características y calidades de los productos, en esta licitación, entran en juego a efectos de determinar la admisión o exclusión de la oferta solo en caso de que no se acerquen a las determinaciones a estos efectos fijadas en el PPT, donde para los productos hay una descripción de lo requerido para los mismos.

Por su parte, en cuanto a la aportación documental sólo hay entonces dos sobres, el A, de documentación administrativa, y el B, sobre documentación relativa a los aspectos evaluables por medio de fórmulas.

En ese sobre B debían adjuntar, aquel Anexo III descrito y también, entre otros (cláusula 5.4 PCAP):

“Compromiso de que en el caso de resultar clasificada la empresa presentará las fichas técnicas de los productos que figuran en los PPT. Además, las ofertas deberán incluir información detallada sobre los productos ofertados, con información sobre los formatos y las características técnicas mínimas exigidas para cada producto, identificando para efectos informativos la marca comercial de cada producto hacia dos marcas indicativas por producto. Las fichas técnicas deberán ser detalladas para cada una de las variedades de las categorías ofertadas.”

Se añaden también menciones del tipo: *“Compromiso de que en el caso de resultar clasificada la empresa presentará las fichas de alérgenos de los productos que figuran en los PPT por categorías y por variedades dentro de cada categoría”,* que se repite con diversas referencias.

Por su parte, la cláusula 7.1 del PCAP recoge que:

“...una vez presentadas las ofertas se requerirá al licitador que sin incurrir en baja anormal o desproporcionada figure con la máxima puntuación a los efectos de que presente las fichas técnicas y de alérgenos de los productos ofertados en el plazo de diez 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.”

Al mismo tiempo, la cláusula 7.2 habla de la presentación de la documentación mencionada en el artículo 151.2 TRLCSP; sobre lo que no trataremos pues la resolución impugnada no cita a la misma, ni se nos aparece como sustento de su decisión.

Noveno.- Dicho lo anterior existe un aspecto importante en el debate que nos ocupa, y que entonces debe ser el primero a fijar, cual es el papel de las marcas en la presente licitación.

Es consolidada la doctrina, acogida por los Tribunales de recursos contractuales, que establece claras prevenciones y limitaciones a la hora de utilizar marcas comerciales en un proceso de licitación. Por todas, Resolución 354/2016, de 6 de mayo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC):

“las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto (artículo 117 del TRLCSP) debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción,

circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que: a) La referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato; b) La entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y c) La indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente», condiciones que son acumulativas y que deberá demostrarse que se cumplen las tres”

En base a esto , los pliegos quieren plasmar el papel que juegan las marcas en esta licitación para evitar contradecir tal doctrina, unido a que la literalidad de los pliegos, sin traspasarla, debe ser interpretada en el sentido que se adecuen a derecho.

Así, ya venimos como se establece que las marcas no son objeto de valoración de la oferta, con indicación, al tratar del sobre B, que a su mención era a efectos meramente informativos (cláusula 5.4 PCAP, ya reproducida).

La cláusula 3 PPT completa las referencias a las marcas en esta licitación:

“Asimismo, cada empresa licitadora deberá presentar 2 marcas (para efectos informativos sin que sean objeto de valoración) por producto ofertado. Si la empresa resultara adjudicataria quedará vinculada por las marcas, ostentando los centros a prerrogativa de escoger el producto que le resulte más idóneo. Durante toda la duración del contrato, el contratista deberá de tener a disposición del contrato por lo menos las 2 marcas ofertadas por producto. Si durante la ejecución se observara que por circunstancias de composición, sabor o durabilidad no se adaptaran a las exigencias del Centro, el adjudicatario estará obligado a proponer una marca alternativa que deberá ser aprobada por la Subdirección General de Contratación y Control.”

En efecto, las mismas no juegan como criterio de valoración. Recordemos que, de hecho, en esta contratación todos los criterios son de valoración objetiva, de forma que las características del productos recogidas en el PPT son lo que se debe analizar que cumplan las ofertas, no las marcas de esos productos como tales.

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 mezclamos 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.

Entonces, para que las marcas no operen traspasando la doctrina antes descrita, no se puede exigir una vinculación estricta entre las citadas en el sobre B (a las que el pliego les otorga mero carácter informativo) y las luego aportadas en las fichas técnicas solicitadas al valorado en primer lugar, porque, en ese análisis de adecuación al PPT, lo importante son las características de los productos y no las marcas de los mismos, y así han de ser interpretados los pliegos.

Dicho de otra forma, el objeto de la licitación es el suministro de productos no perecederos, estableciendo el PPT las condiciones, envases y calidades de los mismos, y a esos requisitos fijados en los pliegos son a los que deben sujetarse las ofertas de los licitadores. Es el cumplimiento de lo fijado en el PPT por los productos ofertados lo que debe ser objeto de análisis por el órgano de contratación y, en su caso, determinante de la exclusión de un licitador, pero no la concreta referencia a una marca comercial. La referencia a las marcas comerciales únicamente opera en un momento posterior, la ejecución del contrato.

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.

Resaltamos que aquella cláusula 3 del PPT reitera por segunda vez que esas marcas son a efectos informativos, denotando que lo importante para el análisis de las ofertas será, como es procedente, sus características:

“Además, las ofertas deberán incluir información detallada sobre los productos ofertados, con información sobre los formatos de presentación y las características técnicas mínimas exigidas de cada producto, identificando a los efectos meramente informativos la marca comercial de cada producto”

Observemos como las diferentes cláusulas de los pliegos refuerzan siempre esa mención a que la designación en el sobre B es a efectos informativos con vocablos como “únicamente” (punto 5.4.2 PCAP) o “meramente” (punto 3 PPT), a lo que hay que darle su valor.

De hecho, puede suceder y así lo señala el recurrente en su escrito, que el cambio de alguna marca se produzca por circunstancias comerciales ajenas a su control, y dicho cambio no tendría relevancia en el contrato salvo en el supuesto de que determinara el suministro de productos que incumplieran lo fijado en el PPT, que

es la referencia a no perder de vista. Incluso no sería coherente que mientras que la propia cláusula 3 PPT admite supuestos donde esas marcas designadas pueden ser cambiadas durante la ejecución entender que, en cambio, son inmutables las citadas en un sobre B, cuando esta mención era expresamente a los meros efectos informativos.

Apuntar, a mayores, 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).

Finalizamos este apartado como comenzamos este análisis. Este Tribunal parte y debe partir de los pliegos, pero una configuración de los mismos como la que se nos presenta no deja de tener ciertas problemáticas, las cuales, como apuntamos, no pueden dar lugar a una deriva interpretativa incompatible con la normativa y principios de la contratación.

En este sentido, es de interés la Resolución TACRC 570/2015 -reiterada luego en la Resolución 863/2015- la cual, reproduciendo otras previas, explica atinadamente la problemática de que exista una fase de verificación del cumplimiento del PPT antes de la adjudicación, creada por los pliegos.

Décimo.- Procede ahora analizar si el órgano interpretó como expresamos la presentación documental referida en el 7.1 PCAP, o si consideraba que las marcas citadas en el sobre B eran, como tales, inmodificables.

Pues bien, la propia resolución impugnada muestra que se adoptó la segunda opción, pues se dispone como una de las causas de exclusión que *“las fichas técnicas presentadas en los productos que se describían no se corresponden con las marcas ofertadas en el sobre B”*.

Esto se ve refrendado cuando, en el informe del órgano de contratación a este recurso especial, hay frases de que:

“Si el contenido del sobre B (abierto en acto público) donde vienen las marcas ofertadas y las características de los productos no coincide con las fichas técnicas que la empresa está obligada a presentar conforme al apartado 7.1 del PCAP, la empresa está cambiando su oferta y resulta imposible para el órgano de contratación conocer la realidad del producto que se va a suministrar en ejecución.

(...)

El PCAP permite cambiar marcas en fase de ejecución contractual ante las eventualidades (que ya se dieron en ocasiones) de que se descataloguen marcas o los productos suministrados no resulten aptos para nuestros centros, y siempre mediante resolución motivada. Esta modificación no es extensible al punto de presentación de la oferta (sobre B) donde el licitador no puede presentar primero un producto (con una marca, características y precio) y en el momento de acreditación sustituirlo por otro.

(...)

El órgano de contratación en todo momento pidió documentación que permitiera acreditar el cumplimiento de documentación presentada con anterioridad pero no se podía admitir nueva documentación que alterara los productos ni las marcas (vinculantes según PCAP).

(...)

La oferta presentada en el sobre B (productos, características y marcas) determinaba una oferta económica con base en los productos y en las marcas ofertadas. (...) De ofertar otras marcas su oferta se vería alterada dado que los incumplimientos se dan principalmente en los productos más caros (calidad extra o denominación de origen)."

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.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** 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, anulándose tal exclusión y decretándose la retroacción expresada en el último de los fundamentos.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. El órgano de contratación deberá dar conocimiento la este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento la esta resolución.

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.