

Recursos nº 58/2018 e 61/2018 (acumulados)**Resolución nº 55/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO o recurso especial en materia de contratación nº 58/2018 interposto por M.S.R.A. actuando en nome e representación de ALCOR SEGURIDAD S.L. contra os pregos de prescricións técnicas e o recurso nº 61/2018 interposto por J.F.S. actuando en nome e representación de PYCSECA SEGURIDAD S.A. contra o acordo de exclusión da súa oferta, ambos no procedemento de licitación dos servizos de vixilancia e seguridade privada no centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente 2018-33, do Concello de Lugo, 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.- Polo Concello de Lugo convocouse a licitación do contrato dos servizos de vixilancia e seguridade privada no centro sociocultural O Vello Cárcere, cun valor estimado declarado de 475.161,15 euros. Tal licitación foi publicada na Plataforma de contratación do sector público o 21.06.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida á Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector publico (LCSP en adiante).

Terceiro.- O recurso 58/2018 interposto por ALCOR SEGURIDAD S.L. impugna as cláusulas primeira e terceira do Prego de prescricións técnicas (PPT) da licitación, aprobado mediante acordo da Xunta de Goberno Local do Concello de 13.06.2018. Os pregos foron publicados na Plataforma de contratación do sector público o 25.06.2018.

O recurso 61/2018 interposto por PYCSECA SEGURIDAD S.A. impugna a exclusión do procedemento de licitación, baseada en aportar no sobre A documentación que debía formar parte do sobre C.

Visto que o artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, establece que *“O órgano administrativo que inicie ou tramite un procedemento, calquera que for a forma da súa iniciación, poderá dispor, de oficio ou por instancia de parte, a súa acumulación a outros con que garde identidade substancial ou íntima conexión, sempre que sexa o mesmo órgano quen deba tramitar e resolver o procedemento. Contra o acordo de acumulación non procederá recurso ningún”*, este TACGal decide a acumulación de ambos recursos a efectos da súa resolución conxunta.

Cuarto.- O 16.07.2018 ALCOR SEGURIDAD S.L. (ALCOR en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra os pregos da licitación e en data 20.07.2018 PYCSECA SEGURIDAD S.A. (PYCSECA en adelante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a resolución de exclusión, ambos a través sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 17.07.2018 reclamouse ao Concello de Lugo o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da LCSP, respecto ao recurso 58/2018. A documentación foi recibida neste Tribunal o día 19.07.2018. Con data 23.07.2018 reclamouse o expediente e o informe respecto ao recurso 61/2018, recibíndose o 27.07.2018

Sexto.- O día 27.07.2017 deuse audiencia aos interesados para cada ún dos recursos, sen que se presentaran alegacións.

Sétimo.- O día 23.07.2018 o TACGal acordou a medida cautelar de suspensión, no eido do recurso 58/2018.

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.- 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.- Os pregos da licitación foron postos a disposición dos licitadores o día 25.06.2018, polo que o recurso 58/2018 foi presentado dentro do prazo de quince días previsto legalmente.

A exclusión foi notificada o día 12.07.2018, polo que igualmente o recurso 61/2018 foi interposto no prazo esixible, estando lexitimado tal recorrente por ser a súa oferta a excluída do procedemento de contratación.

Cuarto.- Analizaremos a continuación a admisibilidade do recurso 58/2018 presentado por ALCOR.

O artigo 50.1 b) da LCSP establece un requisito adicional para os casos nos que se impugnen os pregos da licitación ao indicar que:

“Con carácter xeral, non se admitirá o recurso contra os pregos e documentos contractuais que deban rexer unha contratación se o recorrente, con carácter previo á súa interposición, presentase oferta ou solicitude de participación na licitación correspondente, sen prexuízo do previsto para os supostos de nulidade de pleno dereito.”

Pois ben, neste caso concreto a recorrente presentou oferta no procedemento de licitación o día 6.07.2018 e o recurso especial ante este Tribunal o día 16.07.2018, incumprindo polo tanto, o réxime xeral para a impugnación dos pregos previsto no dito artigo 50 da LCSP.

A recorrente alega na seu escrito incongruencia entre distintas cláusulas do PPT e do PCAP, con vista tamén do fixado na Lei 5/2014 de seguridade privada. A ese respecto, existe unha particularidade salientable neste caso, como é que consta no expediente unha pregunta formulada pola propia recorrente ante o órgano de contratación sobre esa posible incongruencia, que lle foi contestada con anterioridade á presentación da súa oferta, resposta que eliminaba a discrepancia referida polo recorrente para co caso concreto, sen prexuízo do que logo mencionaremos sobre se esta aclaración puido afectar á correcta configuración das ofertas, o que non foi alegado nin desenvolvido por este recorrente.

De feito, o tempo transcorrido dende a presentación por ALCOR SEGURIDAD S.L. da súa oferta o día 06.07.2018 ata a interposición do recurso ante este Tribunal o día 16.07.2018, despois de que xa se teña producido a apertura dos sobres A e B dos licitadores, tampouco é un argumento favorable á admisión do recurso, senón máis ben ao contrario. Neste sentido, o recorrente foi admitido nesta licitación, participando nela cando presenta este recurso.

En definitiva, estamos perante un licitador que ante este Tribunal fundamenta unicamente o seu recurso especial sinalando unha posible incongruencia como suposta infracción do ordenamento xurídico, incongruencia que quedou nun plano abstracto pois o recorrente non aporta argumentación verbo da aclaración que el recabou sobre a cuestión e que se lle subministrou, nin como o conxunto do sucedido lle ocasionou un prexuízo a depurar para coa súa posición xurídica de partícipe admitido neste procedemento, sen que sexa admisibles meras accións de defensa da legalidade (por todas, Resolución TACGal 22/2018). Neste sentido, a regra xeral de inadmisión recollida no artigo 50.1.b) LCSP in fine esixe que o recorrente xustifique suficientemente este plano, ou, en definitiva, a inoperatividade do mandato normativo xeral dese precepto para co caso que presenta.

Todo o cal leva a este Tribunal, en base ao dito, a declarar a inadmisión deste recurso especial 58/2018 en cumprimento do previsto no artigo 50.1.b) LCSP.

Quinto.- Tanto por estar referido a un contrato de servizos de importe superior a 100.000 euros como por impugnarse un acto de exclusión, o recurso 61/2018 é admisible en base ao art. 44.1.a) e 2.b) LCSP.

Sexto.- O representante de PYCSECA, no recurso 61/2018, entende como incorrecta a exclusión da súa oferta, xa que o PCAP non indicaba en que sobre debía

aportar a documentación. Argumenta que como se trataba dun certificado de calidade referido á empresa incorporouno no sobre A, e que non está anticipando cuestións que afecten á súa oferta técnica e económica.

Ademais, destaca que o prazo de posta a disposición dos pregos foi unicamente de oito días hábiles e iso unido a que non se lle permitiu o acceso aos pregos en castelán, dificultoulle a interpretación dos mesmos e a presentación da súa oferta.

Sétimo.- O órgano de contratación no seu informe argumenta que os pregos eran claros ao esixir que o certificado de calidade se incorporase no sobre C, polo que a súa incorporación polo recorrente no sobre A vulnera o necesario segredo da súa oferta. E argumenta respecto ao idioma dos pregos que non se solicitou a tradución do seu contido nin foron impugnados no momento oportuno, ademais de que a lexislación non impón a obriga de redactalos en castelán.

Oitavo.- A acta da mesa de contratación recolle como fundamento do acordo de exclusión:

“Incluír no sobre A documentación que debería incluírse no sobre C, xa que a posesión da certificación de calidade é un criterio de adxudicación (cláusula 12.1.3) do PCAP.”

A estes efectos, a cláusula décima do PCAP sinala especificamente:

“A inclusión errónea de documentación que deba estar incluída no sobre B ou C dentro do sobre A implicará automaticamente o rexeitamento da proposición por vulnerar os principios de [non] discriminación e igualdade de trato”.

E a cláusula 12.1.3 á que fai referencia o acordo de exclusión sinala como criterio de adxudicación avaliable automaticamente:

“CERTIFICACIÓNS DE CALIDADE: 1 PUNTO

Entendendo que a acreditación da súa posesión por parte das empresas prestadoras do servizo redundará nunha mellor execución e prestación do mesmo, valorarase a posesión de certificado de calidade da empresa segundo NORMA UNE-EN-ISO 9001:2008 ou homologables ou equivalentes para vixilancia e protección de bens e establecementos (de ser o caso, achegarase a debida xustificación de homologación ou equivalencia para a súa valoración pola mesa de contratación).

Obterán 1 punto aquelas proposicións que acrediten a posesión do mencionado certificado, obtendo 0 puntos as que non o acrediten.”

Alegado polo recorrente o relativo ao prazo de posta a disposición dos pregos da licitación, que o recurso fixa en oito días hábiles, en canto que lle dificultou a configuración da súa proposición, debemos comezar por tal importante cuestión.

A estes efectos, a cláusula 5.1 do PCAP establece que o contrato se adjudicará polo procedemento aberto e tramitación ordinaria polo que, segundo o previsto na cláusula 8 e o artigo 156.6 da LCSP o prazo de presentación de proposicións se fixou en quince días naturais dende a publicación do anuncio de licitación no perfil do contratante.

Pois ben, do contido do expediente resulta que o anuncio da licitación se publicou na Plataforma de contratos do sector público o día 21.06.2018, fixándose como prazo máximo de presentación de proposicións “*hasta el 06.07.2018 a las 14:00*”. Pero igualmente consta no expediente e na propia Plataforma de contratos que os pregos da licitación non foron publicados ata varios días despois, concretamente o 25.06.2018.

Polo tanto, compróbase que os pregos da licitación se publicaron con posterioridade ao anuncio da licitación e que o tempo transcorrido dende a súa posta a disposición ata a finalización do prazo de presentación de proposicións foi inferior ao mínimo de quince días fixado legalmente e no PCAP.

Sobre o acceso aos pregos da licitación a LCSP establece con claridade no seu artigo 138.1 a obriga de posta a disposición dos pregos dende a publicación do anuncio da licitación:

“1. Os órganos de contratación ofrecerán acceso aos pregos e demais documentación complementaria por medios electrónicos a través do perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo e gratuito, e que se deberá poder efectuar desde a data da publicación do anuncio de licitación ou, de ser o caso, do envío da invitación aos candidatos seleccionados.”

A defectuosa publicidade dos pregos da licitación supón unha vulneración dos principios de liberdade de acceso ás licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, fixados no artigo 1 da LCSP e, como tal, unha infracción dun trámite esencial do procedemento de licitación. Neste caso ademais, o recorrente sinala no

seu recurso que ese prazo indebido lle causou un prexuízo e derivou na súa exclusión da licitación, pois o escaso prazo concedido para o exame dos pregos lle impediu unha correcta análise dos mesmos.

A maiores, en relación igualmente co prazo de licitación e a configuración das ofertas polos licitadores, este Tribunal non pode obviar que o día 05.07.2018, un día antes da finalización do prazo de presentación de proposicións, o órgano de contratación ante unha pregunta formulada polo licitador ALCOR SEGURIDAD S.L. respecto ás condicións da licitación, respondeu literalmente: *“Buenos días, non é preciso ningún servizo de transporte de diñeiro”*.

A este respecto, a cláusula 3 do PPT referida ás funcións a desenvolver no contrato establece, entre outras, a seguinte: *“-Efectuar a protección do almacenamento, reconto, clasificación e transporte do diñeiro, valores e obxectos valiosos.”*

Polo tanto, a resposta formulada polo órgano de contratación resulta non unha mera aclaración do contido dos pregos, senón unha verdadeira modificación do contido do PPT ao suprimir por esa vía unha das funcións previstas no contrato. Hai que precisar que esa resposta foi obxecto de publicación na Plataforma de contratos do sector público o día 06.07.2018, último día de presentación de ofertas, e cando xa un licitador tiña presentado a súa ante o órgano de contratación, o que determina que os licitadores non puidesen formular as súas proposicións en termos de igualdade e abunda nas distorsións habidas para coa correcta presentación das ofertas polos licitadores.

Así, tal actuación do órgano de contratación non foi conforme co previsto no artigo 136.2 da LCSP que establece a obriga de ampliar o prazo de presentación de proposicións no caso de que se introduzan modificacións significativas nos pregos da contratación e especifica como tal a que afecte ás *“obrigas do adxudicatario”*.

Só para esgotar esta cuestión, destacar a decisión anulatoria do conxunto do procedemento adoptada pola Sentenza de 22.06.2015 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Cataluña (ratificada pola Sentenza do Tribunal Supremo de 20.02.2018), ante unha licitación onde a aclaración dada e o pregos non expresaban o mesmo:

“Lo anteriormente expuesto pone de relieve que existe una contradicción en los términos en que se planteó el concurso, ya que, por una parte, el PCAP, que es la ley



del contrato, proclama el carácter indicativo de su anexo 9, que incorpora el programa de obras, en tanto que las aclaraciones realizadas a instancia de los licitadores, que son vinculantes conforme a lo dispuesto en el artículo 133.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, expresan la obligatoriedad del “orden y secuencia de las obras”, lo cual debe ser entendido, como se acaba de exponer, en el sentido de que los licitadores habían de respetar en la ejecución de las obras el orden de prioridades establecido en el programa.

(...)

Además, la discordancia se produjo en un momento capital del procedimiento de contratación, anterior a la formulación de las ofertas por parte de los licitadores, de modo que se han visto sustancialmente afectados los principios de publicidad, transparencia, igualdad y concurrencia, en la medida en que aquéllos no tuvieron cabal conocimiento del verdadero alcance de las prescripciones del contrato, en orden a programar la ejecución de las obras.

Estos principios tienen un carácter esencial en la contratación administrativa, como ha recogido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(...)

Dado que la infracción de los principios de publicidad y concurrencia afecta a la fase de aprobación del PCAP y a sus aclaraciones, la consecuencia de aquélla no puede ser la exclusión de la oferta de Acciona, sino que la anulación debe extenderse al conjunto del procedimiento de contratación, puesto que se trata de un vicio producido con anterioridad a la formulación de las ofertas de los licitadores, que no tuvieron cabal conocimiento del alcance exacto de las exigencias relativas al programa de obras, lo que contradice los principios básicos de la contratación administrativa antes señalados.

Esta conclusión no contradice la regla de que no cabe impugnar los pliegos de condiciones cuando se discute el acuerdo de adjudicación, y aquéllos fueron consentidos en su momento, salvo que concurra una causa de nulidad de pleno derecho. En efecto, en este caso no se impugna el contenido del PCAP, sino que la anulación responde a la discordancia producido ulteriormente, con la respuesta a las aclaraciones solicitadas por los licitadores, que ha tenido una incidencia sustancial en las ofertas de éstos, lo que implica la vulneración de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad antes referidos.”

En conclusión, vista a alegación recollida no texto do recurso 61/2018 respecto ao escaso prazo para o exame dos pregos da licitación, comproba este Tribunal que os pregos da licitación foron obxecto de publicación varios días despois do anuncio de licitación, sendo o prazo transcorrido dende esa posta a disposición ata a última data para a presentación de ofertas inferior aos quince días fixados no PCAP e establecidos como prazo mínimo na LCSP, o que vulnera os artigos 138 e 156 da dita lei. Tamén consta unha aclaración do órgano de contratación que implicou unha modificación no contido do PPT que, en virtude do establecido no artigo 136.2, debeu, polo menos, determinar unha ampliación no prazo de presentación das ofertas.

Por todo o anterior, o recurso merece ser estimado por non poderse validar, nestas condicións, a exclusión da oferta da empresa recorrente, cando a súa preparación estivo sometida a estas circunstancias impeditivas de ter realizado unha correcta configuración da mesma.

Agora ben, como a mesma incluíu no sobre A un documento que segundo o PCAP formaría parte da documentación a avaliar automaticamente, sobre C, non se pode simplemente decretar a súa inclusión para continuarse co procedemento de licitación, pois se vulneraría o necesario segredo das proposicións (a mesma conclusión xa foi adoptada por este TACGal na Resolución 23/2018), unido á afectación no descrito aos principios básicos da licitación, como foi explicado.

Polo tanto, este Tribunal non pode senón declarar a anulación do procedemento de contratación, ao abeiro das circunstancias descritas (a similar conclusión chega a Resolución 31/2016 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid).

Noveno.- Finalmente, para esgotar os termos do debate e evitar ulteriores motivos de impugnación na nova licitación que, no seu caso, acorde o órgano de contratación, é preciso sinalar o seguinte, o cal, a maiores, reporta unha nova problemática na contratación impugnada.

O recorrente PYCSECA no seu escrito alega que incorporou o certificado de calidade no sobre A posto que estes certificados son *“claramente documentos de la empresa, sin que en ningún modo puedan considerarse parte de las propuestas técnicas (que se incluyen en el sobre B) ni mucho menos oferta económica (que se incluye en el sobre C)”*.

Procede en base á dita argumentación, e a efectos de esgotar o debate para posteriores actuacións, analizar se o certificado de calidade en cuestión, textualmente referido a un “certificado de calidade da empresa” no apartado 12.1.3 PCAP sobre criterios a avaliar automaticamente, aparece ou non correctamente configurado ao incluírse no PCAP como documentación avaliable a incorporar no sobre C.

É doutrina consolidada dos Tribunais administrativos que os certificados de calidade da empresa poden operar no procedemento de licitación como condición de solvencia, pero non poden ser obxecto de valoración como criterios de adxudicación. Isto é consecuencia da existencia de dúas fases diferenciadas no procedemento de licitación, dirixidas á finalidades distintas. A primeira pretende comprobar a aptitude dos licitadores para asegurar que podan levar a efecto o obxecto do contrato. Na segunda, o único relevante é a oferta que os admitidos presentan, non as condicións subxectivas do licitador.

Como exemplo desta doutrina, a Resolución 113/2014 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC) sinala expresamente:

“Es obvio que, el Certificado del Sistema de Gestión de Calidad según la Norma ISO 9001 que se exige como requisito mínimo para participar en la licitación, es expresivo de la solvencia técnica y profesional de los licitadores.”

Tamén podemos citar como exemplos do exposto as Resolucións 10/2016 do Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público; a Resolución 330/2015, do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía; ou a Resolución 40/2011 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Igualmente, a Xunta Consultiva de Contratación Pública do Estado, no seu informe 73/2004 (reiterado no informe núm. 50/2006, de 11 de decembro), xa fixara con claridade:

“En cuanto a la cuestión de fondo suscitada -la posibilidad de establecer baremos favorables, es decir utilizar como criterio de adjudicación el estar en posesión de la certificación medioambiental ISO 14000- hay que dar una respuesta negativa dado que la posesión de la certificación no es un criterio que pueda ser valorado, conforme al artículo 86 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por el contrario debe considerarse un requisito de solvencia al que los órganos de contratación pueden acudir”

Tamén debemos facer referencia a que o propio TXUE na sentenza de 24 de enero de 2008, asunto C- 532/06, Alexandroupolis, sinalou que:

“se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”.

Ademais, hai que ter en conta que non é correcto esixir como medio de solvencia a presentación de certificados de acreditación do cumprimento de normas de calidade sen que no PCAP se determinen os concretos requisitos de solvencia segundo o previsto na LCSP. Débese esixir o cumprimento de determinadas normas de garantía da calidade ou a adopción de medidas de control da mesma para poder esixir a presentación deste tipo de certificados. Noutro caso, é improcedente esixir un certificado que acredite algo que non se esixe como condición de solvencia (no mesmo sentido, Resolución nº 264/2018 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Polo tanto, e na medida en que o PCAP valora como criterio de adxudicación a acreditación polas empresas licitadoras da *“posesión do certificado de calidade da empresa segundo NORMA UNE-EN-ISO 9001:2008 ou homologables ou equivalentes”* hai que concluír que o prego resultaba neste punto contrario á doutrina e á xurisprudencia expostas, o cal se aporta a efectos da configuración, no seu caso, dunha nova licitación.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir** o recurso interposto por ALCOR SEGURIDAD S.L contra os pregos de prescricións técnicas da licitación dos servizos de vixilancia e seguridade privada no centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente 2018-33, do Concello de Lugo (recurso 58/2018).

2. **Estimar** o recurso interposto por PYCSECA SEGURIDAD S.A. contra o acordo de exclusión da súa oferta do procedemento de licitación dos servizos de vixilancia e seguridade privada no centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente

2018-33, e na súa virtude, anular a referida licitación, segundo o sinalado nesta Resolución e, concretamente, no seu fundamento oitavo (recurso 61/2018).

3. Levantar a suspensión acordada no seu día.

4. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso 58/2018, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

5. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

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.