

Recursos nº 58/2018 y 61/2018 (acumulados)**Resolución nº 55/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación nº 58/2018 interpuesto por M.S.R.A. actuando en nombre y representación de ALCOR SEGURIDAD S.L. contra los pliegos de prescripciones técnicas y el recurso nº 61/2018 interpuesto por J.F.S. actuando en nombre y representación de PYCSECA SEGURIDAD S.A. contra el acuerdo de exclusión de su oferta, ambos en el procedimiento de licitación de los servicios de vigilancia y seguridad personal en el centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente 2018-33, del Ayuntamiento de Lugo, 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 el Ayuntamiento de Lugo se convocó la licitación del contrato de los servicios de vigilancia y seguridad personal en el centro sociocultural O Vello Cárcere, con un valor estimado declarado de 475.161,15 euros. Tal licitación fue publicada en la Plataforma de contratación del sector público el 21.06.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP en adelante).

Tercero.- El recurso 58/2018 interpuesto por ALCOR SEGURIDAD S.L. impugna las cláusulas primera y tercera del Pliego de prescripciones técnicas (PPT) de la licitación, aprobado mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de 13.06.2018. Los pliegos fueron publicados en la Plataforma de contratación del sector público el 25.06.2018.

El recurso 61/2018 interpuesto por PYCSECA SEGURIDAD S.A. impugna la exclusión del procedimiento de licitación, basada en aportar en el sobre A documentación que debía formar parte del sobre C.

Visto que el artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, establece que *“El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que fuera la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o por instancia de parte, su acumulación a otros con que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso ninguno”*, este TACGal decide la acumulación de ambos recursos a efectos de su resolución conjunta.

Cuarto.- El 16.07.2018 ALCOR SEGURIDAD S.L. (ALCOR en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de la licitación y en fecha 20.07.2018 PYCSECA SEGURIDAD S.A. (PYCSECA en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de exclusión, ambos a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 17.07.2018 se reclamó al Ayuntamiento de Lugo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la LCSP, respecto al recurso 58/2018. La documentación fue recibida en este Tribunal el día 19.07.2018. Con fecha 23.07.2018 se reclamó el expediente y el informe respecto al recurso 61/2018, recibándose el 27.07.2018

Sexto.- El día 27.07.2017 se dio audiencia a los interesados para cada uno de los recursos, sin que se habían presentado alegaciones.

Séptimo.- El día 23.07.2018 el TACGal acordó la medida cautelar de suspensión, en el ámbito del recurso 58/2018.

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.- 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.- Los pliegos de la licitación fueron puestos a disposición de los licitadores el día 25.06.2018, por lo que el recurso 58/2018 fue presentado dentro del plazo de quince días previsto legalmente.

La exclusión fue notificada el día 12.07.2018, por lo que igualmente el recurso 61/2018 fue interpuesto en el plazo exigible, estando legitimado tal recurrente por ser su oferta la excluida del procedimiento de contratación.

Cuarto.- Analizaremos a continuación la admisibilidad del recurso 58/2018 presentado por ALCOR.

El artículo 50.1 b) de la LCSP establece un requisito adicional para los casos en los que se impugnen los pliegos de la licitación al indicar que:

“Con carácter general, no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que deban regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, presentara oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”

Pues bien, en este caso concreto la recurrente presentó oferta en el procedimiento de licitación el día 6.07.2018 y el recurso especial ante este Tribunal el día 16.07.2018, incumpliendo por lo tanto, el régimen general para la impugnación de los pliegos previsto en el dicho artículo 50 de la LCSP.

La recurrente alega en su escrito incongruencia entre distintas cláusulas del PPT y del PCAP, con vista también de lo fijado en la Ley 5/2014 de seguridad personal. A ese respecto, existe una particularidad destacable en este caso, como es que consta en el expediente una pregunta formulada por la propia recurrente ante el órgano de contratación sobre esa posible incongruencia, que le fue contestada con anterioridad a la presentación de su oferta, respuesta que eliminaba la discrepancia referida por el recurrente para con el caso concreto, sin perjuicio del que luego mencionaremos sobre se esta aclaración pudo afectar a la correcta configuración de las ofertas, lo que no fue alegado ni desenvuelto por este recurrente.

De hecho, el tiempo transcurrido desde la presentación por ALCOR SEGURIDAD S.L. de su oferta el día 06.07.2018 hasta la interposición del recurso ante este Tribunal el día 16.07.2018, después de que ya se haya producido la apertura de los sobres A y B de los licitadores, tampoco es un argumento favorable a la admisión del recurso, sino más bien al contrario. En este sentido, el recurrente fue admitido en esta licitación, participando en ella cuando presenta este recurso.

En definitiva, estamos frente un licitador que ante este Tribunal fundamenta únicamente su recurso especial señalando una posible incongruencia como supuesta infracción del ordenamiento jurídico, incongruencia que quedó en un plano abstracto pues el recurrente no aporta argumentación respecto de la aclaración que él recabó sobre la cuestión y que se le suministró, ni como el conjunto de lo sucedido le ocasionó un perjuicio a depurar para con su posición jurídica de partícipe admitido en este procedimiento, sin que sean admisibles meras acciones de defensa de la legalidad (por todas, Resolución TACGal 22/2018). En este sentido, la regla general de inadmisión recogida en el artículo 50.1.b) LCSP in fine exige que el recurrente justifique suficientemente este plano, o, en definitiva, la inoperatividad del mandato normativo general de ese precepto para con el caso que presenta.

Todo lo cual lleva a este Tribunal, en base a lo dicho, a declarar la inadmisión de este recurso especial 58/2018 en cumplimiento de lo previsto en el artículo 50.1.b) LCSP.

Quinto.- Tanto por estar referido a un contrato de servicios de importe superior a 100.000 euros como por impugnarse un acto de exclusión, el recurso 61/2018 es admisible en base al art. 44.1.1a) y 2.b) LCSP.

Sexto.- El representante de PYCSECA, en el recurso 61/2018, entiende como incorrecta la exclusión de su oferta, ya que el PCAP no indicaba en que sobre debía aportar la documentación. Argumenta que como se trataba de un certificado de calidad referido a la empresa lo incorporó en el sobre A, y que no está anticipando cuestiones que afecten a su oferta técnica y económica.

Además, destaca que el plazo de puesta a disposición de los pliegos fue únicamente de ocho días hábiles y eso unido a que no se le permitió el acceso a los pliegos en castellano, le dificultó la interpretación de los mismos y la presentación de su oferta.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe argumenta que los pliegos eran claros al exigir que el certificado de calidad se incorporara en el sobre C, por lo que su incorporación por el recurrente en el sobre A vulnera el necesario secreto de su oferta. Y argumenta respecto al idioma de los pliegos que no se solicitó la traducción de su contenido ni fueron impugnados en el momento oportuno, además de que la legislación no impone el deber de redactarlos en castellano.

Octavo.- El acta de la mesa de contratación recoge como fundamento del acuerdo de exclusión:

“Incluir en el sobre A documentación que debería incluirse en el sobre C, ya que la posesión de la certificación de calidad es un criterio de adjudicación (cláusula 12.1.3) del PCAP.”

A estos efectos, la cláusula décima del PCAP señala específicamente:

“La inclusión errónea de documentación que deba estar incluida en el sobre B o C dentro del sobre A implicará automáticamente el rechazo de la proposición por vulnerar los principios de [no] discriminación e igualdad de trato”.

Y la cláusula 12.1.3 a la que hace referencia el acuerdo de exclusión señala como criterio de adjudicación evaluable automáticamente:

“CERTIFICACIONES DE CALIDAD: 1 PUNTO

Entendiendo que la acreditación de su posesión por parte de las empresas prestadoras del servicio redundará en una mejor ejecución y prestación del mismo, se valorará la posesión de certificado de calidad de la empresa según NORMA UNE-EN-

ESO 9001:2008 u homologables o equivalentes para vigilancia y protección de bienes y establecimientos (de ser el caso, se adjuntará la debida justificación de homologación o equivalencia para su valoración por la mesa de contratación). Obtendrán 1 punto aquellas proposiciones que acrediten la posesión del mencionado certificado, obteniendo 0 puntos las que no lo acrediten.”

Alegado por el recurrente lo relativo al plazo de puesta la disposición de los pliegos de la licitación, que el recurso fija en ocho días hábiles, en cuanto que le dificultó la configuración de su proposición, debemos comenzar por tal importante cuestión.

A estos efectos, la cláusula 5.1 del PCAP establece que el contrato se adjudicará por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria por lo que, según lo previsto en la cláusula 8 y el artículo 156.6 de la LCSP el plazo de presentación de proposiciones se fijó en quince días naturales desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante.

Pues bien, del contenido del expediente resulta que el anuncio de la licitación se publicó en la Plataforma de contratos del sector público el día 21.06.2018, fijándose como plazo máximo de presentación de proposiciones “hasta el 06.07.2018 a las 14:00”. Pero igualmente consta en el expediente y en la propia Plataforma de contratos que los pliegos de la licitación no fueron publicados hasta varios días después, concretamente el 25.06.2018.

Por lo tanto, se comprueba que los pliegos de la licitación se publicaron con posterioridad al anuncio de la licitación y que el tiempo transcurrido desde su puesta a disposición hasta la finalización del plazo de presentación de proposiciones fue inferior al mínimo de quince días fijado legalmente y en el PCAP.

Sobre el acceso a los pliegos de la licitación a LCSP establece con claridad en su artículo 138.1 el deber de puesta la disposición de los pliegos desde la publicación del anuncio de la licitación:

“1. Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que se deberá poder efectuar desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, de ser el caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.”

La defectuosa publicidad de los pliegos de la licitación supone una vulneración de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, fijados en el artículo 1 de la LCSP y, como tal, una infracción de un trámite esencial del procedimiento de licitación. En este caso además, el recurrente señala en su recurso que ese plazo indebido le causó un perjuicio y derivó en su exclusión de la licitación, pues el escaso plazo concedido para el examen de los pliegos le impidió un correcto análisis de los mismos.

A mayores, en relación igualmente con el plazo de licitación y la configuración de las ofertas por los licitadores, este Tribunal no puede obviar que el día 05.07.2018, un día antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones, el órgano de contratación ante una pregunta formulada por el licitador ALCOR SEGURIDAD S.L. respecto a las condiciones de la licitación, respondió literalmente: *“Buenos días, no es preciso ningún servicio de transporte de dinero”*.

A este respeto, la cláusula 3 del PPT referida a las funciones a desarrollar en el contrato establece, entre otras, la siguiente: *“-Efectuar la protección del almacenamiento, recuento, clasificación y transporte del dinero, valores y objetos valiosos.”*

Por lo tanto, la respuesta formulada por el órgano de contratación resulta no una mera aclaración del contenido de los pliegos, sino una verdadera modificación del contenido del PPT al suprimir por esa vía una de las funciones previstas en el contrato. Hay que precisar que esa respuesta fue objeto de publicación en la Plataforma de contratos del sector público el día 06.07.2018, último día de presentación de ofertas, y cuando ya un licitador había presentado la suya ante el órgano de contratación, lo que determina que los licitadores no pudieran formular sus proposiciones en tener de igualdad y abunda en las distorsiones habidas para con la correcta presentación de las ofertas por los licitadores.

Así, tal actuación del órgano de contratación no fue conforme con lo previsto en el artículo 136.2 de la LCSP que establece la obligación de ampliar el plazo de presentación de proposiciones en caso de que se introduzcan modificaciones significativas en los pliegos de la contratación y especifica como tal la que afecte a los *“deberes del adjudicatario”*.

Solo para agotar esta cuestión, destacar la decisión anulatoria del conjunto del procedimiento adoptada por la Sentencia de 22.06.2015 de la Sala del Contencioso-

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20.02.2018), ante una licitación donde la aclaración dada y los pliegos no expresaban lo mismo:

“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 la alegación recogida en el texto del recurso 61/2018 respecto al escaso plazo para el examen de los pliegos de la licitación, comprueba este Tribunal que los pliegos de la licitación fueron objeto de publicación varios días después del anuncio de licitación, siendo el plazo transcurrido desde esa puesta a disposición hasta la última fecha para la presentación de ofertas inferior a los quince días fijados en el PCAP y establecidos como plazo mínimo en la LCSP, lo que vulnera los artículos 138 y 156 de dicha ley. También consta una aclaración del órgano de contratación que implicó una modificación en el contenido del PPT que, en virtud de lo establecido en el artículo 136.2, debió, por lo menos, determinar una ampliación en el plazo de presentación de las ofertas.

Por todo lo anterior, el recurso merece ser estimado por no poderse validar, en estas condiciones, la exclusión de la oferta de la empresa recurrente, cuando su preparación estuvo sometida a estas circunstancias impeditivas de haber realizado una correcta configuración de la misma.

Ahora bien, como la misma incluyó en el sobre A un documento que según el PCAP formaría parte de la documentación a evaluar automáticamente, sobre C, no se puede simplemente decretar su inclusión para continuar con el procedimiento de licitación, pues se vulneraría el necesario secreto de las proposiciones (la misma conclusión ya fue adoptada por este TACGal en la Resolución 23/2018), unido a la afectación en lo descrito a los principios básicos de la licitación, como fue explicado.

Por lo tanto, este Tribunal no puede sino declarar la anulación del procedimiento de contratación, al amparo de las circunstancias descritas (a similar conclusión llega la Resolución 31/2016 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid).

Noveno.- Finalmente, para agotar los términos del debate y evitar ulteriores motivos de impugnación en la nueva licitación que, en su caso, acuerde el órgano de contratación, es preciso señalar lo siguiente, lo cual, a mayores, reporta una información problemática en la contratación impugnada.

El recurrente PYCSECA en su escrito alega que incorporó el certificado de calidad en el sobre A puesto que estos 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 a dicha argumentación, y a efectos de agotar el debate para ulteriores actuaciones, analizar si el certificado de calidad en tela de juicio, textualmente referido a un “certificado de calidad de la empresa” en el apartado 12.1.3 PCAP sobre criterios a evaluar automáticamente, aparece o no correctamente configurado al incluirse en el PCAP como documentación evaluable a incorporar en el sobre C.

Es doctrina consolidada de los Tribunales administrativos que los certificados de calidad de la empresa pueden operar en el procedimiento de licitación como condición de solvencia, pero no pueden ser objeto de valoración como criterios de adjudicación. Esto es consecuencia de la existencia de dos fases diferenciadas en el procedimiento de licitación, dirigidas a la finalidades distintas. La primera pretende comprobar la aptitud de los licitadores para asegurar que puedan llevar a efecto el objeto del contrato. En la segunda, lo único relevante es la oferta que los admitidos presentan, no las condiciones subjetivas del licitador.

Como ejemplo de esta doctrina, la Resolución 113/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) señala 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.”

También podemos citar como ejemplos de lo expuesto las Resoluciones 10/2016 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público; la Resolución 330/2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía; o la Resolución 40/2011 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid.

Igualmente, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en su informe 73/2004 (reiterado en el informe núm. 50/2006, de 11 de diciembre), ya había fijado con claridad:

“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”

También debemos hacer referencia a que el propio TJUE en la sentencia de 24 de enero de 2008, asunto C- 532/06, Alexandroupolis, señaló 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”.

Además, hay que tener en cuenta que no es correcto exigir como medio de solvencia la presentación de certificados de acreditación del cumplimiento de normas de calidad sin que en el PCAP se determinen los concretos requisitos de solvencia según lo previsto en la LCSP. Se debe exigir el cumplimiento de determinadas normas de garantía de la calidad o la adopción de medidas de control de la misma para poder exigir la presentación de este tipo de certificados. En otro caso, es improcedente exigir un certificado que acredite algo que no se exige como condición de solvencia (en el mismo sentido, Resolución nº 264/2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales).

Por lo tanto, y en la medida en que el PCAP valora como criterio de adjudicación la acreditación por las empresas licitadoras de la *“posesión del certificado de calidad de la empresa según NORMA UNE-EN-ISO 9001:2008 u homologables o equivalentes”* hay que concluir que el pliego resultaba en este punto contrario a la doctrina y a la jurisprudencia expuestas, lo cual se aporta a efectos de la configuración, en su caso, de una nueva licitación.

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

1. **Inadmitir** el recurso interpuesto por ALCOR SEGURIDAD S.L contra los pliegos de prescripciones técnicas de la licitación de los servicios de vigilancia y seguridad personal en el centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente 2018-33, del Ayuntamiento de Lugo (recurso 58/2018).

2. **Estimar** el recurso interpuesto por PYCSECA SEGURIDAD S.A. contra el acuerdo de exclusión de su oferta del procedimiento de licitación de los servicios de vigilancia y seguridad personal en el centro sociocultural O Vello Cárcere, expediente 2018-33, y en su virtud, anular la referida licitación, según lo señalado en esta Resolución y, concretamente, en su fundamento octavo (recurso 61/2018).

3. Levantar la suspensión acordada en su día.

4. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso 58/2018, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

5. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a 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.