

Recurso nº 82/2018**Resolución nº 77/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 24 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por M.R.A. actuando en nome e representación de DANNERBOOTS SLU contra o acordo de exclusión da súa oferta no procedemento de contratación, lote nº 4, de subministración dos diversos elementos que conforman o vestiario para o persoal municipal do Concello de Vigo (Expte. 4799/440), 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 Vigo convocouse a licitación do contrato de subministración dos diversos elementos que conforman o vestiario para o persoal municipal, cun valor estimado declarado de 1.734.545,45 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 28.02.2018, BOE do 08.03.2018, e no DOGA e BOP do 16.03.2018.

Segundo.- O expediente da licitación recolle que a mesma estivo sometida ao Texto refundido da lei de contratos do sector público aprobado polo Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- O recurrente impugna o acordo de exclusión da súa oferta respecto ao lote nº 4 da licitación, por non alcanzar o limiar do 50% da puntuación máxima nos criterios suxeitos a xuízo de valor.

Cuarto.- En data 17.08.2018 DANNERBOOTS SLU (en adiante, DANNERBOOTS) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra o acordo de exclusión mediante escrito presentado na sede da Tesourería Xeral da Seguridade Social no Concello de A Estrada. O recurso tivo entrada no Concello de Vigo o día 27.08.2018 e neste Tribunal o 28.08.2018.

Quinto.- Con data 29.08.2018 reclamouse ao Concello e Vigo o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 11.09.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 11.09.2018, sen que se recibisen alegacións.

Sétimo.- O día 03.09.2018 este Tribunal adoptou a medida cautelar de suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- O recurrente é o directamente afectado pola decisión de exclusión, polo que a súa lexitimación é incuestionable.



Cuarto.- Respecto ao prazo de interposición do recurso o órgano de contratación no seu informe alega a súa extemporaneidade.

O acordo de exclusión foi notificado o día 27.07.2018. Argumenta o Concello no seu informe que segundo o artigo 44 do TRLCSP o recurso se deberá presentar ante o órgano de contratación ou ante o tribunal competente para a súa resolución. Sendo así, e tendo entrada no rexistro do Concello o día 28.08.2018 o recurso estaría presentado fora de prazo.

A este respecto, hai que ter en conta como sinalamos anteriormente este recurso tramítase conforme ao réxime xurídico previsto na LCSP, tal e como expresa a súa Disposición Transitoria Primeira.4.:

“Nos expedientes de contratación iniciados antes da entrada en vigor desta lei poderase interpor o recurso previsto no artigo 44 contra actos susceptibles de impugnación nesta vía, sempre que se ditasen con posterioridade á súa entrada en vigor.”

Sendo así que o acordo impugnado foi ditado o día 24.07.2018, o artigo 51.3 LCSP establece que:

“O escrito de interposición poderase presentar nos lugares establecidos no artigo 16.4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas. Así mesmo, poderase presentar no rexistro do órgano de contratación ou no do órgano competente para resolver o recurso.”

Polo tanto, a data a ter en conta a efectos do prazo de interposición é a da entrada no primeiro rexistro administrativo, neste caso o 17.08.2018, polo que o recurso está presentado en prazo.

O informe do órgano de contratación reflexiona tamén sobre o anuncio do recurso, pero, como dixemos na Resolución TACGal 1/2018:

“A maiores, e para esgotar esta cuestión: i) é doutrina consolidada dos Tribunais de recursos contractuais que a propia falta de presentación do anuncio previo non é motivo de inadmisión do recurso (por todas, resolución do Tribunal administrativo de recursos contractuais da Junta de Andalucía 68/2016 e resolución do TACRC 27/2011) e ii) dito anuncio previo xa non é obrigatorio dende a entrada en vigor da LCSP, que eliminou a esixencia da súa presentación, e esta lei é a que rexe na tramitación deste recurso, segundo a súa Disposición Transitoria Primeira LCSP.”

Quinto.- Tratándose dun acto de exclusión nunha licitación dun contrato de subministración por importe superior a 100.000 euros, o recurso é admisible.

Sexto.- O recurrente alega, en primeiro lugar, que os pregos de prescricións técnicas vulneran os principios de igualdade e non discriminación por incluír referencias a unha marca rexistrada.

Por outro lado, impugna a indebida valoración da súa oferta técnica indicando que se produciu un erro no informe de valoración improcedentemente corrixido con posterioridade á súa exclusión e que o órgano de contratación actuou incorrectamente ao non admitir os certificados que a empresa presentou sobre as condicións técnicas dos produtos ofertados, pois se existían dúbidas sobre eles necesariamente debía solicitarlle aclaración ao respecto.

Sétimo.- O órgano de contratación oponse ao recurso argumentando, por unha parte, que neste momento procesual non procede a impugnación dos pregos da licitación. Ademais, reitera a conformidade da valoración efectuada, indicando que varios dos certificados presentados contiñan defectos que impediron a súa toma en consideración.

Oitavo.- O primeiro motivo de impugnación céntrase nos pregos da licitación, que o recurrente entende infrinxen os principios de igualdade e non discriminación por conter referencias a marcas rexistradas. A este respecto, argumenta a admisibilidade da impugnación por adoeecer os pregos de vicio de nulidade.

Procede comezar indicando que o artigo 50.1 b) no seu último parágrafo sinala que:

“Con carácter xeral, non se admitirá o recurso contra os pregos e documentos contractuais que deban rexer unha contratación se o recurrente, 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.”

Polo tanto, partindo da regra xeral de inadmisibilidade dunha impugnación aos pregos por quen xa aceptou o seu contido presentándose á licitación. Agora ben, debemos determinar o alcance da alegación do recurrente sobre a posible nulidade de pleno dereito.



Xa nos referimos na nosa Resolución 22/2018 a que este TACGal segue a xurisprudencia dos Tribunais contenciosos nesta materia:

“Este TACGal debe seguir e acatar a doutrina vixente nos Tribunais contenciosos-administrativos, comezando pola que emana do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, como é a Sentenza de 17 de novembro de 2016, rec. 4274/2015, que consideran que non cabe alegar a nulidade de pleno dereito.

Xa antes, a Sentenza do Tribunal Supremo de 28 de xuño de 2004, advertira:

“...las cláusulas y prescripciones técnicas contenidas en los pliegos, en cuanto no fueron oportunamente impugnadas han de considerarse aceptadas, de manera especial por quienes, como la recurrente, han concurrido a la correspondiente licitación. Como tuvo ocasión de señalar esta Sala, en sentencia de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8158), puede resultar contrario a la buena fe, que debe presidir la vida del contrato, el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas, aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación y luego, al no resultar adjudicatario, impugnar la adjudicación argumentando que los actos de preparación consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico. En definitiva, la naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los Pliegos de cláusulas explica y justifica que la falta de impugnación convalide sus posibles vicios, a menos que se trate de vicios de nulidad de pleno derecho; e, incluso, en este caso en que puede entenderse que la denuncia no está sujeta a plazo preclusivo, habría de seguirse una acción de nulidad con sujeción a los criterios generales de ésta, siempre que resultara a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, a la adjudicación ”.

Ademais, debemos aludir á Sentenza do TXUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13 que determina con claridade as posibilidades de impugnación dun prego por quen é licitador. Indica o Tribunal que o carácter preclusivo dos prazos de impugnación é unha aplicación do principio de seguridade xurídica:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para interponer recurso satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se desprende de la Directiva 89/665 en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica. La completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación infracciones de las normas de adjudicación de



contratos públicos, obligando con ello al poder adjudicador a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones”

Continúa sinalando que os prazos de impugnación deben comezar cando se pode ter coñecemento da infracción impugnada:

“Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el objetivo establecido en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 de garantizar la existencia de recursos frente a las infracciones de las disposiciones en materia de adjudicación de los contratos públicos sólo puede alcanzarse si los plazos establecidos para interponer estos recursos comienzan a correr únicamente a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción de dichas disposiciones”

Sinala que, a efectos da admisión do recurso, débese comprobar se o licitador podía comprender as condicións da licitación:

“comprobar si el licitador de que se trata era efectivamente incapaz de comprender los criterios de adjudicación en cuestión o si debería haberlos comprendido desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente.”

E conclúe indicando a este respecto que:

“deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato”

Aplicando esta doutrina ao caso concreto, non podemos apreciar que exista escuridade ou indeterminación no contido dos pregos, que impedisese a un licitador razoablemente informado e suficientemente dilixente comprender os termos nos que foi configurada a licitación, ademais do feito de que no texto do recurso non se alega ningún motivo ao respecto de que o defecto impugnado impedisese dalgún xeito ao recorrente unha axeitada formulación da súa oferta.

Polo que debemos inadmitir este motivo do recurso.



Noveno.- O recurrente alega a indebida valoración da súa oferta técnica, facendo referencia a *“unha irregularidade do procedemento de valoración das ofertas técnicas (sobre B) ao terse efectuado unha importante modificación das puntuacións outorgadas ás empresas participantes con posterioridade ao acordo da Mesa de contratación agora recorrido”*. Refírese concretamente á emisión dun segundo informe de valoración no que se indica que *“os apartados da xustificación da puntuación outorgada neste apartado se atopaban intercambiadas, procedendo a adecuar as mesmas”*, e polo que a oferta da recurrente pasou a obter 0 puntos, en lugar dos 25 asignados no primeiro informe, ao estar a súa valoración intercambiada coa da adxudicataria.

O recurrente alega que un cambio desa magnitude debía *“ter sido analizado e asumido pola mesa de contratación, único órgano competente para outorgar as valoracións neste concreto apartado”*.

O órgano de contratación alega no seu informe, e así consta no expediente de licitación, que esa modificación no informe de valoración foi sometida a unha nova consideración da mesa de contratación que o aceptou o día 30.07.2018. Na acta da dita sesión consta literalmente o seguinte:

“A continuación, o xefe da Área de Investimentos, presente na sesión, aclara que no informe de valoración dos criterios avaliados mediante xuízo de valor por el asinado na data 19 de xullo de 2018 se detectou un erro na transcripción da puntuación no apartado A.2) e de forma específica en relación ao lote nº 4, polo que se entrega un novo informe de data 30 de xullo no que se aclara que os apartados da xustificación da puntuación outorgada neste apartado se atopaban intercambiadas. Este informe é entregado aos membros da Mesa, que o acepta, por unanimidade, polo que se procede acto seguido á súa publicación no perfil de contratante.”

Esta modificación á baixa da puntuación da recurrente non supón variación na súa condición de excluída, xa que o foi por non alcanzar o limiar mínimo de puntuación na oferta técnica, polo que a dita corrección á baixa en nada modifica a súa posición.

Polo tanto, non argumentándose no recurso maiores motivos que puidesen producir indefensión ou prexuízo a DANNERBOOTS debemos desestimar este motivo do recurso.

Décimo.- O último motivo de impugnación alegado polo recurrente refírese a que o órgano de contratación no valorou diversos certificados da calidade dos produtos

presentados por diversas incongruencias existentes nos mesmos, de xeito principal que os ditos certificados non se atopan emitidos a nome do licitador. Alega o recorrente que ese non era un requisito esixido nos pregos e que, en todo caso, de existir dúbidas sobre os certificados, procedería que o órgano de contratación lle solicitara aclaracións ao respecto.

A este respecto, o órgano de contratación no seu informe a este recurso e con base no informe de valoración das ofertas técnicas sinala que:

"En relación a certificación de laboratorio, indicar que na súa oferta DANNERS BOOTS SLU, anexa unha serie de certificados de laboratorio, pero no para todas as prendas (se indica no seguinte cadro adxunto). -no cadro indicase que non presentan certificados en relación a 10 prendas-"

E ademais sobre os certificados presentados expresa:

"indicase de forma detallada aqueles certificados a nome de empresas que non se corresponden coa indicación que DANNERBOOTS indica como fabricante da prenda. Polo cal a xuízo do técnico informante, entendese que si a mercantil que presenta a oferta indica que a prenda a subministrar será fabricada por un provedor concreto, a certificación da calidade dos tecidos e elementos que conforman a prenda ofertada debe corresponderse co mesmo fabricante"

O recorrente, no ulterior desenvolvemento deste motivo de impugnación, refírese a diversa doutrina dos Tribunais administrativos relativa á exclusión dos licitadores por incumprimento do establecido nos pregos da licitación. Pero neste suposto non nos atopamos ante un incumprimento pola oferta do recorrente das esixencias previstas nos pregos que determine a consecuencia da exclusión do licitador, e non foi tratado así polo órgano de contratación, senón ante unha oferta que foi efectivamente valorada, se ben a puntuación obtida no procedemento impídelle continuar no mesmo.

O marco que se nos mostra, polo tanto, é a da crítica á valoración do órgano de contratación e á puntuación outorgada en consecuencia que, como tal, está suxeita á necesaria discrecionalidade técnica. Neste ámbito, non se acredita ante este Tribunal argumentación suficiente que permita apreciar que a puntuación outorgada no concreto apartado impugnado, 8 puntos, é arbitraria ou carente de fundamento.

Non se pode apreciar como ilóxico ou carente de motivación o feito de que na valoración da oferta se teña en conta que non se presentaron determinados

certificados, algo que o recorrente non nega, ou que parte dos presentados non se valoren porque non coincide o fabricante do produto ofertado co que consta como tal no certificado presentado. Ademais, este Tribunal comproba que similares argumentos foron utilizados na valoración das ofertas doutros licitadores, o que permite intuír que non existe quebra no principio de igualdade e non discriminación.

Respecto á solicitude de aclaracións alegada no recurso, a posibilidade de solicitar as mesmas é unha opción que corresponde ao órgano de contratación no caso de entender que son necesarias para clarificar algún termo da oferta, pero non é unha obriga nin trámite que se deba cumprir en todo caso, máis aínda nun caso coma o presente no que o órgano de contratación o que observa é incongruencias no contido dos certificados presentados, polo que non se lle presentaron dúbidas nos termos nos que a oferta foi formulada.

Polo tanto, non aportando o recorrente argumentos que permitan a este Tribunal quebrar co necesario respecto á discrecionalidade técnica do órgano de contratación, non se formulan no recurso motivos que permitan apreciar que a valoración da oferta poida ser considerada arbitraria ou carente de motivación procede desestimar este motivo do recurso.

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

1. **Desestimar** o recurso interposto por DANNERBOOTS SLU contra o acordo de exclusión da súa oferta no procedemento de contratación, lote nº 4, do subministración dos diversos elementos que conforman o vestiario para o persoal municipal do Concello de Vigo.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

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

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.