XUNTA DE GALICIA

TACGal
Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Recurso nº 82/2018

Resolución nº 77/2018

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

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por M.R.A. actuando en nombre y representación de DANNERBOOTS SLU contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de contratación, lote nº 4, de suministro de los diversos elementos que conforman el vestuario para el personal municipal del Ayuntamiento de Vigo (Expte. 4799/440), 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 Vigo se convocó la licitación del contrato de suministro de los diversos elementos que conforman el vestuario para el personal municipal, con un valor estimado declarado de 1.734.545,45 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 28.02.2018, BOE del 08.03.2018, y en el DOGA y BOP del 16.03.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida al Texto refundido de la ley de contratos del sector público aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en adelante).

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- El recurrente impugna el acuerdo de exclusión de su oferta respecto al lote nº 4 de la licitación, por no alcanzar el umbral del 50% de la puntuación máxima en los criterios sujetos a juicio de valor.

Cuarto.- En fecha 17.08.2018 DANNERBOOTS SLU (en adelante, DANNERBOOTS) interpuso recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de exclusión mediante escrito presentado en la sede de la Tesorería General de la Seguridad Social en el Ayuntamiento de A Estrada. El recurso tuvo entrada en el Ayuntamiento de Vigo el día 27.08.2018 y en este Tribunal el 28.08.2018.

Quinto.- Con fecha 29.08.2018 se reclamó al Ayuntamiento y Vigo el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 11.09.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 11.09.2018, sin que se recibieran alegaciones.

Séptimo.- El día 03.09.2018 este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Tercero.- El recurrente es el directamente afectado por la decisión de exclusión, por lo que su legitimación es incuestionable.

Cuarto.- Respecto al plazo de interposición del recurso el órgano de contratación en su informe alega su extemporaneidad.

El acuerdo de exclusión fue notificado el día 27.07.2018. Argumenta el Ayuntamiento en su informe que según el artículo 44 del TRLCSP el recurso se deberá presentar ante el órgano de contratación o ante el tribunal competente para su resolución. Siendo así, y teniendo entrada en el registro del Ayuntamiento el día 28.08.2018 el recurso estaría presentado fuera de plazo.

A este respeto, hay que tener en cuenta como señalamos anteriormente este recurso se tramita conforme al régimen jurídico previsto en la LCSP, tal y como expresa su Disposición Transitoria Primera.4.:

> *"En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se podrá interponer el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de impugnación en esta vía, siempre que se dictaran con posterioridad a su entrada en vigor."*

Siendo así que el acuerdo impugnado fue dictado el día 24.07.2018, el artículo 51.3 LCSP establece que:

> *"El escrito de interposición se podrá presentar en los lugares establecidos en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015, del 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas. Asimismo, se podrá presentar en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para resolver el recurso."*

Por lo tanto, la fecha a tener en cuenta a efectos del plazo de interposición es la de la entrada en el primer registro administrativo, en este caso el 17.08.2018, por lo que el recurso está presentado en plazo.

El informe del órgano de contratación reflexiona también sobre el anuncio del recurso, pero, como dijimos en la Resolución TACGal 1/2018:

> *"A mayores, y para agotar esta cuestión: i) es doctrina consolidada de los Tribunales de recursos contractuales que la propia falta de presentación del anuncio previo no es motivo de inadmisión del recurso (por todas, resolución del Tribunal*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

administrativo de recursos contractuales de la Junta de Andalucía 68/2016 y resolución del TACRC 27/2011) e ii) dicho anuncio previo ya no es obligatorio desde la entrada en vigor de la LCSP, que eliminó la exigencia de su presentación, y esta ley es la que rige en la tramitación de este recurso, según su Disposición Transitoria Primera LCSP."

Quinto.- Tratándose de un acto de exclusión en una licitación de un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros, el recurso es admisible.

Sexto.- El recurrente alega, en primer lugar, que los pliegos de prescripciones técnicas vulneran los principios de igualdad y no discriminación por incluir referencias a una marca registrada.

Por otro lado, impugna la indebida valoración de su oferta técnica indicando que se produjo un error en el informe de valoración improcedentemente corregido con posterioridad a su exclusión y que el órgano de contratación actuó incorrectamente al no admitir los certificados que la empresa presentó sobre las condiciones técnicas de los productos ofertados, pues si existían dudas sobre ellos necesariamente debía solicitarle aclaración al respecto.

Séptimo.- El órgano de contratación se opone al recurso argumentando, por una parte, que en este momento procesal no procede la impugnación de los pliegos de la licitación. Además, reitera la conformidad de la valoración efectuada, indicando que varios de los certificados presentados contenían defectos que impidieron su toma en consideración.

Octavo.- El primer motivo de impugnación se centra en los pliegos de la licitación, que el recurrente entiende infringen los principios de igualdad y no discriminación por contener referencias a marcas registradas. A este respecto, argumenta la admisibilidad de la impugnación por adolecer los pliegos de vicio de nulidad.

Procede comenzar indicando que el artículo 50.1 b) en su último párrafo señala 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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho."

Por lo tanto, partiendo de la regla general de inadmisibilidad de una impugnación a los pliegos por quien ya aceptó su contenido presentándose a la licitación. Ahora bien, debemos determinar el alcance de la alegación del recurrente sobre la posible nulidad de pleno derecho.

Ya nos referimos en nuestra Resolución 22/2018 a que este TACGal sigue la jurisprudencia de los Tribunales contenciosos en esta materia:

"Este TACGal debe seguir y acatar la doctrina vigente en los Tribunales contenciosos-administrativos, comenzando por la que emana del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como es la Sentencia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, que consideran que no cabe alegar la nulidad de pleno derecho.

Ya antes, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004, había advertido:

...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 ".para quienes los han consentido, aspirando, incluso, en su día, la lana adjudicación ".

Además, debemos aludir a la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-583/13 que determina con claridad las posibilidades de impugnación de un

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

pliego por quien es licitador. Indica el Tribunal que el carácter preclusivo de los plazos de impugnación es una aplicación del principio de seguridad jurídica:

> *"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 señalando que los plazos de impugnación deben comenzar cuando se puede tener conocimiento de la 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"*

Señala que, a efectos de la admisión del recurso, se debe comprobar si el licitador podía comprender las condiciones de la 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."*

Y concluye 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"*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Aplicando esta doctrina al caso concreto, no podemos apreciar que exista oscuridad o indeterminación en el contenido de los pliegos, que impidiera a un licitador razonablemente informado y suficientemente diligente comprender los términos en los que fue configurada la licitación, además del hecho de que en el texto del recurso no se alega ningún motivo al respecto a que el defecto impugnado impidiera de alguna manera al recurrente una adecuada formulación de su oferta.

Polo que debemos inadmitir este motivo del recurso.

Noveno.- El recurrente alega la indebida valoración de su oferta técnica, haciendo referencia a "*una irregularidad del procedimiento de valoración de las ofertas técnicas (sobre B) al haberse efectuado una importante modificación de las puntuaciones otorgadas a las empresas participantes con posterioridad al acuerdo de la Mesa de contratación ahora recurrido".* Se refiere concretamente a la emisión de un segundo informe de valoración en el que se indica que "*los apartados de la justificación de la puntuación otorgada en este apartado se encontraban intercambiadas, procediendo a adecuar las mismas*", y por lo que la oferta de la recurrente pasó a obtener 0 puntos, en lugar de los 25 asignados en el primer informe, al estar su valoración intercambiada con la de la adjudicataria.

El recurrente alega que un cambio de esa magnitud debía "*haber sido analizado y asumido por la mesa de contratación, único órgano competente para otorgar las valoraciones en este concreto apartado*".

El órgano de contratación alega en su informe, y así consta en el expediente de licitación, que esa modificación en el informe de valoración fue sometida a una nueva consideración de la mesa de contratación que lo aceptó el día 30.07.2018. En el acta de dicha sesión consta literalmente lo siguiente:

> *"A continuación, el jefe del área de Inversiones, presente en la sesión, aclara que en el informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor por él firmado en la fecha 19 de julio de 2018 se detectó un error en la transcripción de la puntuación en el apartado A.2) y de forma específica en relación al lote nº 4, por lo que se entrega un nuevo informe de fecha 30 de julio en el que se aclara que los apartado de la justificación de la puntuación otorgada en este apartado se encontraban intercambiadas. Este informe es entregado a los miembros de la Mesa, que lo acepta, por unanimidad, por lo que se procede acto seguido a su publicación en el perfil de contratante."*

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

Esta modificación a la baja de la puntuación de la recurrente no supone variación en su condición de excluida, ya que lo fue por no alcanzar el umbral mínimo de puntuación en la oferta técnica, por lo que dicha corrección a la baja en nada modifica su posición.

Por lo tanto, no argumentándose en el recurso mayores motivos que pudieran producir indefensión o perjuicio a DANNERBOOTS debemos desestimar este motivo del recurso.

Décimo.- El último motivo de impugnación alegado por el recurrente se refiere a que el órgano de contratación no valoró diversos certificados de la calidad de los productos presentados por diversas incongruencias existentes en los mismos, de manera principal que dichos certificados no se encuentran emitidos a nombre del licitador. Alega el recurrente que ese no era un requisito exigido en los pliegos y que, en todo caso, de existir dudas sobre los certificados, procedería que el órgano de contratación le hubiera solicitado aclaraciones al respecto.

A este respecto, el órgano de contratación en su informe a este recurso y con base en el informe de valoraciones de las ofertas técnicas señala que:

> *"En relación a certificación de laboratorio, indicar que en su oferta DANNERS BOOTS SLU, anexa una serie de certificados de laboratorio, pero no para todas las prendas (se indica en el siguiente cuadro adjunto). -en el cuadro indicara que no presentan certificados en relación a 10 prendas-"*

Y además sobre los certificados presentados expresa:

> *"se indica de forma detallada aquellos certificados a nombre de empresas que no se corresponden con la indicación que DANNERBOOTS indica como fabricante de la prenda. Por lo cual a juicio del técnico informante, se entiende que si la mercantil que presenta la oferta indica que la prenda a suministrar será fabricada por un proveedor concreto, la certificación de la calidad de los tejidos y elementos que conforman la prenda ofertada debe corresponderse con el mismo fabricante"*

El recurrente, en el ulterior desarrollo de este motivo de impugnación, se refiere a diversa doctrina de los Tribunales administrativos relativa a la exclusión de los licitadores por incumplimiento de lo establecido en los pliegos de la licitación. Pero en este supuesto no nos encontramos ante un incumplimiento por la oferta del recurrente de las exigencias previstas en los pliegos que determine por consecuencia de la

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

exclusión del licitador, y no fue tratado así por el órgano de contratación, sino ante una oferta que fue efectivamente valorada, si bien la puntuación obtenida en el procedimiento le impide continuar en el mismo.

El marco que se nos muestra, por lo tanto, es la de la crítica a la valoración del órgano de contratación y a la puntuación otorgada en consecuencia que, como tal, está sujeta a la necesaria discrecionalidad técnica. En este ámbito, no se acredita ante este Tribunal argumentación suficiente que permita apreciar que la puntuación otorgada en el concreto apartado impugnado, 8 puntos, es arbitraria o carente de fundamento.

No se puede apreciar cómo ilógico o carente de motivación el hecho de que en la valoración de la oferta se tenga en cuenta que no se presentaron determinados certificados, algo que el recurrente no niega, o que parte de los presentados no se valoren porque no coincide el fabricante del producto ofertado con el que consta como tal en el certificado presentado. Además, este Tribunal comprueba que similares argumentos fueron utilizados en la valoración de las ofertas de otros licitadores, lo que permite intuir que no existe quiebra en el principio de igualdad y no discriminación.

Respecto a la solicitud de aclaraciones alegada en el recurso, la posibilidad de solicitar las mismas es una opción que corresponde al órgano de contratación en el caso de entender que son necesarias para clarificar algún término de la oferta, pero no es un deber ni trámite que se deba cumplir en todo caso, más aún en un caso como el presente en el que el órgano de contratación lo que observa es incongruencias en el contenido de los certificados presentados, por lo que no se le presentaron dudas en los términos en los que la oferta fue formulada.

Por lo tanto, no aportando el recurrente argumentos que permitan a este Tribunal quebrar con el necesario respeto a la discrecionalidad técnica del órgano de contratación, no se formulan en el recurso motivos que permitan apreciar que la valoración de la oferta pueda ser considerada arbitraria o carente de motivación procede desestimar este motivo del recurso.

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

Raxeira 52-2º 15781 Santiago de Compostela
Teléfono 881995481 Fax 881995485
Rexistro Xeral no Edificio Administrativo San Caetano
15781 Santiago de Compostela
tacgal@xunta.gal https://tacgal.xunta.gal

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por DANNERBOOTS SLU contra el acuerdo de exclusión de su oferta en el procedimiento de contratación, lote nº 4, del suministro de los diversos elementos que conforman el vestuario para el personal municipal del Ayuntamiento de Vigo.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

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

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.