



Recurso nº 448/2019

Resolución nº 612/2019

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 6 de junio de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D. R. M. M. en representación de la entidad “GERMANIA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS S.L.” contra el Acuerdo de fecha 19 de febrero de 2019, por el que se resuelve excluir a la citada empresa del procedimiento de licitación para la adjudicación del contrato de *“Suministro y sustitución de luminarias esféricas de gran porte (farol VALÈNCIA) y mejora de eficiencia de faroles FERNANDO VII y VILLA del Ayuntamiento de Valencia”*, con número de expediente: 04101/2018/80, convocado por el Ayuntamiento de Valencia, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Valencia ha tramitado por procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada y tramitación ordinaria, la licitación del Expediente: 04101/2018/80 para la contratación del *“Suministro y sustitución de luminarias esféricas de gran porte (farol VALÈNCIA) y mejora de eficiencia de faroles FERNANDO VII y VILLA del Ayuntamiento de Valencia”* con un valor estimado de 3.305.784,93 euros.

Segundo. El expediente de contratación se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 3 de agosto de 2018, finalizando el plazo de presentación de proposiciones el día 3 de septiembre de 2018 a las doce horas, presentando oferta siete empresas (ELEC NOR, S.A., ITelum Ibérica, S.A., ETRALUX, S.A., ETRA NORTE, S.A., GERMANÍA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.L., IMESAPI, S.A. y SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A.).

El plazo de presentación de las ofertas fue ampliado por el órgano de contratación finalizando a las 12:00 horas del día 17 de septiembre de 2018, y publicándose en la



Plataforma de Contratación del Sector público. Posteriormente, una de las empresas licitadoras denuncia incidencias en la configuración del procedimiento de contratación, que obligó al órgano contratante a otorgar un nuevo plazo de treinta días para la presentación de proposiciones, finalizando el día 31 de octubre de 2018, a las doce horas.

Tercero. En fecha de 2 de noviembre de 2018, se procede por la Mesa de Contratación a la apertura del sobre nº 1 correspondiente a la Documentación administrativa. Posteriormente, en sesión de 9 de noviembre tuvo lugar la apertura del Sobre nº 2 correspondiente a los criterios dependientes de un juicio de valor. Los servicios técnicos emiten informe sobre la documentación contenida en el Sobre nº2 en fecha de 11 de febrero de 2019 que concluye que *“el resultado de la valoración dependiente de un juicio de valor es la siguiente:*

CITELUM IBÉRICA, S.A. 42,0 Ptos.

ELECNOR, S.A. 36,5 Ptos.

ETRALUX, S.A. 44,0 Ptos.

ETRANORTE, S.A. 35,5 Ptos.

GERMANÍA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A. 36,5 Ptos.

IMESAPI, S.A. 37,5 Ptos.

SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. 37,0 Ptos.”

Cuarto. En fecha de 14 de febrero de 2019, el órgano colegiado acuerda que *“A la vista del informe del Servicio de Arquitectura y Servicios Centrales Técnicos de fecha 11 de febrero de 2019, y del acuerdo de la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 12 de febrero de 2019, procede solicitar a dicho Servicio un informe aclaratorio en el que se tenga en cuenta lo dispuesto en la cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas, relativa a las características generales de las fuentes luminosas, con carácter previo a la valoración.”* La referida cláusula del Pliego de prescripciones técnicas señala que *“Quedarán descartadas automáticamente las propuestas que oferten productos de Eficacia Luminosa inferior al mínimo exigido o que no presenten la documentación solicitada, especialmente el Certificado de Ensayo Fotométrico Acreditado emitido por laboratorio oficialmente homologados por ENAC o equivalente internacional y los cálculos mínimos exigidos.”*

Como consecuencia de dicha solicitud de aclaración, los Servicios técnicos emiten nuevo informe de 15 de febrero de 2019 en el que se concluye lo siguiente:



“El resultado de la valoración dependiente de un juicio de valor es la siguiente:

CITELUM IBÉRICA, S.A. 42,0 Ptos.

ELECNOR, S.A. 36,5 Ptos.

ETRALUX, S.A. 44,0 Ptos.

ETRANORTE, S.A. Se excluye

GERMANÍA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.L. Se excluye

IMESAPI, S.A. Se excluye

SOCIEDAD IBÉRICA DE CONSTRUCCIONES ELÉCTRICAS, S.A. Se excluye.”

Quinto. En sesión de 19 de febrero de 2019, la Mesa asume el informe de los Servicios técnicos, y acuerda la exclusión, entre otras, de la actual recurrente por entender que no aporta el Ensayo Fotométrico Acreditado en los términos exigidos en el PPT.

Sexto. La mercantil GERMANÍA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A presenta el 8 de marzo de 2019 escrito de alegaciones dirigido a la Mesa de Contratación en el que interesa que su oferta sea admitida, revocándose el acuerdo de su exclusión al entender aquélla que la referida exclusión vulnera lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas. Los servicios técnicos emiten informe de 15 de marzo del mismo año, contestando las alegaciones vertidas por la referida empresa en el que concluyen que” NO HA PRESENTADO EL ENSAYO FOTOMÉTRICO de un retrofit de 70 W que es un documento esencial que se exige en el Pliego”.

Séptimo. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.1 de la LCSP. El órgano contratante se remite al informe de los servicios técnicos de 15 de marzo de 2019 mencionado. Asimismo, considera el órgano contratante que las alegaciones vertidas implican un recurso indirecto contra los pliegos, que como tal es extemporáneo.

Octavo. El día 29 de abril de 2019 la Secretaria del Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de contratación, defiriendo el levantamiento de la suspensión a la decisión definitiva en virtud de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



Primero. El recurso interpuesto por GERMANÍA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.L. ha sido calificado por ésta como un mero escrito de alegaciones dirigido a la Mesa. Ahora bien, al amparo de lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de conformidad con el cual *“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*.

No obstante, la aplicación de este precepto está limitada, para este Tribunal, al caso en el que la impugnación lo sea de un acto impugnabile por la vía del recurso administrativo especial en materia de contratación. Por tanto, procede, con carácter previo, analizar la competencia del Tribunal para conocer la impugnación de conformidad con la norma delimitadora de la misma.

El recurso se interpone frente al Acuerdo de exclusión, lo que se encuadra en el artículo 44.2.b en relación con el art. 44.1.a) de la LCSP, siendo por tanto un acto recurrible mediante el Recurso especial en materia de contratación.

Sentado lo anterior, ha de concluirse que este Tribunal es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP y en virtud del Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales (BOE 17 de abril de 2013).

Segundo. Conforme al artículo 48 de la LCSP podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.

En este caso ha de entenderse que la recurrente ha sido partícipe en el procedimiento de licitación, habiéndose acordado su exclusión, por lo que ostenta un interés concreto y preciso conforme al artículo 48 de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone dentro del plazo de interposición del recurso especial que se regula en el artículo 50 de la LCSP, y se desarrolla en el artículo 19 del 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.



Cuarto. Vistas las alegaciones de las partes, y antes de entrar en el fondo del asunto, debe señalarse por este Tribunal que la alegación sobre la que se basa el recurso hace referencia a la exigencia prevista en la Cláusula 3ª del PPT relativa a las *“CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS FUENTES LUMINOSAS”*, y en particular, lo referente a presentación del *“Ensayo fotométrico de la luminaria de acuerdo con la UNE 13.032 acreditado por ENAC o equivalente internacional: matriz de intensidades luminosas, diagrama polar e isolux y curva de coeficiente de utilización”*.

Por lo tanto, antes de entrar a las consideraciones sobre el fondo del recurso, debe plantearse este Tribunal la admisión del recurso, puesto que el licitador sólo discute cuestiones contenidas en los pliegos.

Tal y como señalamos en la Resolución nº 867/2018 hemos de partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que *“los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación”* (Resolución 241/2012, de 31 de octubre), tal y como se desprende del artículo 139.1 de la LCSP cuando afirma que: *“Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, así como la autorización a la mesa y al órgano de contratación para consultar los datos recogidos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o en las listas oficiales de operadores económicos de un Estado miembro de la Unión Europea”* Por su parte el art. 50.1 de la LCSP, dispone que *“Con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”*

Sentado lo anterior, debemos recordar asimismo que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la exclusión) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, como es el análisis



de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho, que adelantamos no concurren en el presente caso.

Señalamos en la mencionada Resolución nº 867/2018 que: *“en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.”*

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que *“La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”* Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar *“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.”*

...En estos casos, de acuerdo con lo argumentado en la Sentencia con fundamento en las Directivas de recursos, el vencimiento del plazo establecido en el Derecho nacional para



impugnar las condiciones de la licitación no impide que puedan cuestionarse algunas de estas condiciones al impugnar la decisión de adjudicación del contrato, pero sólo en el caso de que un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente" "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".

En el presente caso, la recurrente presentó oferta sin que se impugnara el Pliego en el plazo establecido. Alegar ahora que los Pliegos no son claros en lo relativo a los términos en los que el PPT exige el denominado "Ensayo fotométrico de la luminaria" es extemporáneo por cuanto implican un recurso indirecto contra aquéllos fuera de plazo, ya que han devenido inatacables; con la consecuencia de que el recurso debe ser inadmitido.

En cualquier caso, debe señalarse someramente que, aún en el caso de haberse admitido el presente recurso, no procedería estimar las pretensiones del recurrente por cuanto entiende este Tribunal que no existe oscuridad ni ambigüedad alguna en la redacción del Pliego. Así lo señalamos en la Resolución nº 527/2019 en la que una empresa licitadora en este expediente de contratación planteó idéntica cuestión a la ahora recurrente. Así señalamos en la referida Resolución lo siguiente:

"Entiende este Tribunal que no existe oscuridad ni ambigüedad alguna en la redacción del Pliego; se aprecia una clara definición de lo que se ha de aportar para valorar la documentación contenida en el Sobre nº3 correspondiente a los criterios de adjudicación cuantificables automáticamente, y en particular, al segundo de los criterios automáticos que el Pliego denomina "UNIFORMIDAD DEL RESULTADO EN CALZADA".

En cualquier caso, como se ha señalado, los Pliegos constituyen la ley del contrato y, una vez transcurrido el plazo para su impugnación, vinculan al órgano de contratación y a los licitadores concurrentes, incluso aunque no se ajustaran al Ordenamiento Jurídico aplicable, debiendo concluirse que la recurrente debería haber presentado la documentación exigida, sin que exista causa justificada de su total omisión por parte de aquélla. No cabe admitir que su no presentación se deba a incidencias en el formato exigido para su presentación como alega la recurrente por cuanto las restantes licitadoras han podido presentarla adecuadamente. En idéntico sentido, de la lectura del Pliego ha de



concluirse que la documentación omitida por la recurrente no puede calificarse como complementaria tal y como señala aquélla en su recurso.

La anterior conclusión nos lleva a analizar la segunda de las cuestiones en el sentido de considerar como insubsanable la total omisión de la documentación contenida en el Pliego. Procedería conceder plazo de subsanación para corregir algún error formal en el Ensayo Fotométrico o Cálculo de la Sección en DIALUX presentado, pero no procede conceder un trámite de subsanación para aportar dicha documentación, ya que con ello se vulneraría el principio de igualdad de trato, concediendo un nuevo plazo a la recurrente que no ha aportado la documentación frente a las empresas licitadoras que sí han cumplido con lo exigido en el Pliego.

Este Tribunal ha venido a razonar en numerosas resoluciones que a efectos de determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido, Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el 81.2 del RGLCAP se refiere con "los defectos u omisiones subsanables" a la "documentación presentada", con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de los que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

La subsanación interesada por el recurrente supondría una presentación "ex novo" de aquella documentación. Por ello debe indicarse que se trata de un defecto consistente en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, siendo un requisito sustantivo para concurrir al proceso no susceptible de subsanación."

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:



Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. R. M. M. en representación de la entidad “GERMANIA DE INSTALACIONES Y SERVICIOS S.L.” contra su exclusión del procedimiento “*Suministro y sustitución de luminarias esféricas de gran porte (farol VALENCIA) y Mejora de Eficiencia de faroles FERNANDO VII y VILLA del Ayuntamiento de Valencia*”, con expediente 04101/2018/80-SU, convocado por el Ayuntamiento de Valencia.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, 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.