

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA DIPUTACIÓN DE GRANADA**

Núm. de recurso: 2023/REC_01/000013

Núm. De Resolución: 10/2023

Por medio de la presente, se le notifica que el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Diputación de Granada ha aprobado con fecha 7 de agosto de 2023 la siguiente

RESOLUCIÓN Nº: 10/2023

En Granada, a la fecha de la firma electrónica,

VISTO el recurso interpuesto por D^a. María del Mar Solera Valero, en nombre y representación de FACUA.


Este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Diputación de Granada convocó la licitación, mediante procedimiento abierto, de los Servicios de atención en puntos de información al consumidor al consumidor (PIC) en colaboración con las Asociaciones de consumidores y usuarios, en seis lotes, expediente SE 49-22. Dicha convocatoria se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el 18 de febrero de 2023.

La Mesa de contratación de la Diputación, en reunión de 9 de mayo, acordó la exclusión de la Asociación de consumidores y usuarios en acción de Granada-

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsw==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	1/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



Facua, con base en varios motivos que luego se analizarán. Dicho acuerdo le fue notificado el 12 de mayo.

Segundo: D^a. María del Mar Solera Valero, en nombre y representación de FACUA interpuso recurso especial contra el acto de exclusión el día 31 de mayo. La representación se acredita mediante acta de la Asamblea ordinaria en la que se le nombra Presidenta de la Asociación, de 8 de julio de 2021. FACUA está legitimada para interponer REMAC al participar en este procedimiento (art. 48 LCSP).


Igualmente hay que considerar que el recurso se ha interpuesto dentro del plazo de los quince días hábiles siguientes contados a partir del día siguiente a aquel en que se tuvo conocimiento de la posible infracción (arts. 50.1 y 1.c) LCSP).

Tercero: Se ha remitido a este Tribunal el expediente de contratación, completo, ordenado cronológicamente e indexado, acompañado del informe del órgano de contratación. No ha habido alegaciones al recurso.

Cuarto: Hay que afirmar la competencia de este Tribunal para conocer del recurso por aplicación del artículo 46.2 de la LCSP; el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía; y el artículo 3 del Reglamento provincial que lo regula (Reglamento TADIGRA, BOP Granada número 250 de 31/12/2012).

Quinto: El objeto de recurso es admisible, ya que se ha impugnado el acuerdo de exclusión de un licitador, y el apartado 2.b) del artículo 44 LCSP establece que *“podrán ser objeto de recurso las siguientes actuaciones: .../... b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las*

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsw==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	2/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

El acuerdo está incluido en el procedimiento de licitación de un contrato de servicios sometido a REMAC por ascender su valor estimado a 384.659,96 euros, cifra superior a los cien mil que establece el artículo 44.1.a) LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Mesa de contratación de la Diputación, reunida el 9 de mayo acordó excluir a FACUA de la licitación por no cumplir su propuesta con el contenido de los pliegos (Pliego Técnico). Para ello, la Mesa se basa en el informe del asesor técnico de la Delegación de Asistencia de Municipios, fechado el 4 de mayo.


Hay que partir del principio de sometimiento al contrato, a las cláusulas ofertadas por la Administración, que hoy está plasmado en el artículo 139.1 LCSP: *“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...”*.

SEGUNDO.- Fomento de la afiliación a la Asociación.

En la propuesta de FACUA se expresa como objetivo, el de *“colaborar con este organismo al fomento de la afiliación a las asociaciones de consumidores como instrumento básico en la defensa de los derechos de consumidores y usuarios”*.

El técnico informante justificó la exclusión en que *“esto no está previsto en el PPT, y en modo alguno, es objetivo de la Diputación la afiliación de las personas consumidoras a Asociaciones de Consumidores, puesto que puede interpretarse que, para que la Diputación de Granada realice la defensa de los intereses de las*

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsw==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	3/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



personas consumidoras sería requisito imprescindible. Igualmente, la afiliación podría requerir de un pago o cuota que en modo alguno entra en el concepto de gratuidad del servicio prestado en el PIC. El servicio de asistencia (PIC) facilitado por la Diputación de Granada a los ayuntamientos adheridos, es totalmente gratuito y no conlleva ninguna obligación para las personas usuarias”.

Posteriormente, en su recurso, FACUA alega que “Nos sorprende enormemente que lo que pretendemos es que sea necesario el abono de cuota alguna, cuestión nada más alejada de la realidad, puesto que siempre que se da información de la labor y gestiones que hacemos en los PIC, se hace hincapié en la gratuidad del mismo.

La información que siempre se da a los usuarios del servicio, cuando se nos requiere, es sobre la existencia de las Asociaciones de Consumidores, no de su necesidad de Afiliación a la misma para ser atendido en dicho PIC.


Es más, para conocimiento de esta Diputación, les ponemos de manifiesto que FACUA Granada, en su propia sede, siempre ha dado de manera gratuita atención a los consumidores, independientemente de que sean socios o no, y además disponemos de la figura de socio adherido, con la que las personas consumidoras y usuarias no socias de pleno derecho disponen de información periódica en materia de consumo.

Si esta Diputación considera que en nuestro proyecto el apartado “3.Objetivos punto 6”, puede dar lugar a error o confusión a los usuarios del PIC, esta Asociación no tienen (sic) ningún inconveniente para eliminarlo”.

En primer lugar, recordaremos que la Administración convocante tiene no solo la posibilidad sino la obligación de excluir a los licitadores cuyas ofertas no cumplan con las prescripciones técnicas. Porque una licitación pública supone una oferta de contrato que una vez publicada vincula a todos: por un lado, a quien la efectúa (Administración) y por otro a los licitadores (a todos por igual).

Dicho lo anterior, recordemos también, con palabras de la Resolución TACRC núm. 1109/2017, de 24 de noviembre, que “es criterio consolidado de este Tribunal

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsww==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	4/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas, siendo la consecuencia necesaria del incumplimiento de esta obligación la exclusión de la oferta al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación”.

Ahora bien, añade con acierto el propio TACRC que no todo incumplimiento puede ser motivo de exclusión, *“En todo caso, no cualquier incumplimiento ha de suponer automáticamente exclusión, sino que debe subsumirse en alguna de las causas recogidas en la normativa, interpretarse con arreglo a los principios de igualdad y concurrencia, y siempre ha de suponer la imposibilidad de la adecuada ejecución del objeto del contrato”.*


Pues bien, esta prevención, lógica también desde el punto de vista de la proporcionalidad que debe regir el procedimiento de contratación, no se da en este caso. Porque no existe previsión alguna en los pliegos que rigen este contrato que se exprese en el sentido interpretado por el técnico. Se trata de una conjetura y así se expresa en el informe: *“puede interpretarse...”, “podría requerir...”*. Es decir, el PPT no dice nada y la oferta solo afirma la colaboración con Diputación para el *“fomento de la afiliación a las asociaciones de consumidores como instrumento básico en la defensa de los derechos de consumidores y usuarios”*. Con este fundamento no cabe la exclusión de un licitador, puesto que en este punto la oferta no ha contravenido al pliego, sino que es una hipótesis del informe técnico, y en caso de confirmarse, en modo alguno supondría la imposibilidad de correcta ejecución del contrato.

Este motivo de impugnación debe estimarse.

TERCERO.- No prestación del servicio durante el mes de agosto.

La cláusula 6.B del Pliego de Prescripciones Técnicas establece claramente que *“El servicio se prestará durante todos los meses del año, concretamente un día al mes en cada ayuntamiento correspondiente. Por razones justificadas, que habrán de ser comunicadas a la unidad de Consumo de la Diputación, podrá prestarse la asistencia de un mes en el siguiente, sin que ello arrostre penalización alguna”.*

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsww==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	5/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



En la página 6 de su oferta, FACUA plasma lo siguiente: *“Dicho servicio se prestará durante todo el año, salvo el mes de agosto que por descanso y conciliación de la persona encargada del mismo, no lo prestará. Las horas relativas al servicio del mes de agosto se van a repartir entre todos los meses restantes, por lo que, la asistencia se prestará durante 3 horas y media”.*

La Asociación arguye en su recurso que *“con esta propuesta ha pretendido, reconocer no sólo a nuestra Asociación, sino a todas las que colaboran, la posibilidad de llevar a cabo la conciliación familiar en el mes de agosto, entendiendo esto como una razón más que justificada. Hemos tenido en cuenta la idiosincrasia de los pueblos a los que se asiste y nuestra experiencia, viendo como en el mes de agosto se ve una disminución/inexistencia de los usuarios del servicio, e incluso del propio personal del consistorio. En caso de que esta Diputación después de nuestra propuesta siga valorando la imperiosa necesidad de asistir a los PIC en agosto, esta Asociación no se opondrá a prestar este servicio”.*

Volvemos a partir de los razonamientos del punto anterior y del esquema de la RTACRC 1109/2017. Los pliegos vinculan a las partes desde el momento de su aprobación. Y en este caso sí que fueron expresos y claros: el servicio se prestará durante todos los meses del año. Luego no cabe en principio exceptuar dicho mandato. Posteriormente, cuando ya haya adjudicatario y contrato, se podrán plantear razones justificadas a la Diputación, que en todo caso llevarían a prestar la asistencia de un mes en el siguiente. Y la Diputación resolverá para un lote, varios o todos; y por las mismas o distintas razones justificadas. Pero nada más. Es decir, no resulta admisible que durante la licitación, una de las Asociaciones se erija en portavoz de las demás Asociaciones participantes en este concurso. Como tampoco lo es el hecho de variar el calendario unilateralmente y decir que las horas se van a repartir entre todos los meses restantes. Eso, en este caso, sí supone contradecir el pliego afectando a la correcta prestación del objeto del contrato y, por lo tanto, es inadmisibile, actuando correctamente la Mesa de contratación al acordar la exclusión.

No cabe la corrección de la oferta que supondría el inciso final de la alegación, pues eso iría contra el principio de intangibilidad de las proposiciones. El artículo 84 del Real Decreto 1081/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsww==	Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel	Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones		Página	6/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/		



Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), dispone que: *"Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsciencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio o algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición"*.


Es cierto que en contratación pública se ha desarrollado un carácter antiformalista, y se admite la aclaración de las proposiciones, pero utilizando la doctrina del TACRC, (Resolución 663/2013, entre muchísimas otras), evitando siempre que *"la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada"*. Además, tal posibilidad debería haber sido apreciada por la Mesa de contratación si hubiera tenido dudas de la redacción. No es el caso y no procede, porque la redacción que contiene la oferta respecto de la no prestación de servicios en el mes de agosto es indubitable, luego no cabría esa aclaración, sino que el cambio habría supuesto, lisa y llanamente, redactar *"ex novo"* una parte de la oferta.

Se rechaza este motivo de impugnación.

CUARTO.- Utilización de logo propio de la asociación.

El punto 9 de la cláusula 6.A del PPT, reza así: *"En todas las actividades que realice deberán mostrar el logo de la Excm. Diputación Provincial de Granada, el de Consumo y el de la Junta Arbitral de Consumo Provincial, en el desarrollo de las actuaciones objeto de la colaboración"*.

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsww==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	7/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



La oferta de FACUA, por su parte, afirma en su página 5 que, además de dichos logos, se mostrará “... el logo de FACUA Granada...”. Posteriormente, en el escrito de recurso, aclara que no ha sido “*pretendiendo que saliera nuestro logo en exclusiva, sino más bien, que éste aparezca como un participante más...*”, y que “*si esta Diputación ve como hecho inadmisibile la aparición de los logos de las asociaciones de consumidores como colaboradoras de la Diputación, no tenemos inconveniente en que éstos no aparezcan*”.

Nuevamente, tratándose de supuestos incumplimientos de las prescripciones técnicas, debemos hacer los mismos razonamientos que en los motivos anteriores. Pero apreciamos que, en este caso, la redacción del pliego es clara, aunque no excluyente. Queremos decir que la cláusula deja claro que deben utilizarse los logos de la Diputación, Consumo y Junta Arbitral. Pero no prohíbe expresamente el uso de otros logos adicionales. Luego FACUA ha cumplido con lo exigido por esta cláusula del pliego al decir que va a utilizar todos los logos (cumplimiento estricto) más el suyo (interpretación razonable). Por lo tanto, es una redacción que admite interpretación y los licitadores pueden haberlo hecho así de buena fe. En este sentido, los principios de proporcionalidad y concurrencia nos llevan a considerar incorrecta la exclusión por este motivo.


Se estima este motivo de impugnación.

QUINTO.- Dirección de los servicios.

En la prescripción 6, apartado D) “Dirección de los trabajos”, se estableció que “*la dirección de los trabajos corresponderá a la asociación adjudicataria en coordinación con el responsable de quien dependa la Unidad de Consumo*”.

Por su parte, FACUA, en su oferta, indica esto y no más al respecto (pág. 9): “*La dirección de todas las actividades a desarrollar en el marco del presente contrato de servicios, será asumida por la persona responsable de cubrir y gestionar los mencionados puntos de información al consumidor*”.

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsww==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	8/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



A juicio del autor del informe técnico, no cabe la consideración de que la dirección sea asumida, como propone FACUA, por la persona responsable de cubrir y gestionar los Puntos de Información al Consumidor.

Para este Tribunal, no hay en este apartado ninguna contradicción de la oferta con el pliego. Este establece que la dirección corresponde a las Asociaciones adjudicatarias, y la oferta dice que esa dirección será asumida por la persona responsable del PIC, el cual, añadimos nosotros, ha de ser personal especializado, contratado por el adjudicatario y carente de toda relación laboral o administrativa con la Diputación de Granada, según el punto 6.E) del PPT.

No entendemos, por tanto, cuál es el incumplimiento que lleva a proponer la exclusión del licitador. En el informe al recurso, se resalta que el PPT dice que esa dirección se hará en coordinación con el responsable de la Unidad de Consumo. Pero eso no está contradicho por la oferta, que solo se refiere a la dirección de los trabajos o servicios, quedándose ahí; y no alude a la necesaria coordinación con la Unidad de Consumo, luego no podemos entender que por eso la niega. El silencio no equivale a la negación.

Se estima este motivo de impugnación.

Por todo lo anterior,


VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha,

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN DE GRANADA-FACUA, contra el acuerdo de exclusión del procedimiento abierto para la contratación de los “*Servicios de atención en puntos de información al consumidor al*

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsw==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	9/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			



consumidor (PIC) en colaboración con las Asociaciones de consumidores y usuarios”, en seis lotes (expediente SE 49-22), en atención al punto relativo a la “No prestación del servicio durante el mes de agosto” (Fto. Jco. Tercero), en el que la exclusión se declara correcta, determinando su imposibilidad de continuar en la licitación. Estimar los restantes motivos de impugnación (Ftos. Jcos. Segundo, Cuarto y Quinto).

SEGUNDO. 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 multa prevista en el artículo 58 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

TERCERO. Notificar la presente Resolución a todos los interesados en el procedimiento. Esta resolución es directamente ejecutiva y contra la misma sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la recepción de la notificación de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Contratos del Sector Público y en los artículos 10.1 k) y l) y 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En Granada, a fecha de la firma electrónica

EL SECRETARIO SUPLENTE

Fdo. Pablo Córdoba Belbel

Código Seguro De Verificación	oJLLK2MyL6pE39QFF9ujsw==		Estado	Fecha y hora
Firmado Por	Pablo Córdoba Belbel		Firmado	14/08/2023 12:19:47
Observaciones			Página	10/10
Url De Verificación	https://moad.dipgra.es/moad/verifirma-moad/			

