

Recurso 3/2012
Resolución 2/2012

Resolución 2/2012, de 13 de abril, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, por la que se desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Francisco Barco, S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de Contratación de 8 de marzo de 2012, por el que fue excluida del procedimiento de licitación del Acuerdo Marco para el suministro de artículos de colchonería, lencería y vestuario con destino a Centros de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (expte. 213/2011).

I**ANTECEDENTES**

Primero. Por Resolución de 10 de enero de 2012 de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León se anuncia la licitación del procedimiento abierto para la contratación del suministro de artículos de colchonería, lencería y vestuario con destino a centros dependientes de la Gerencia Regional de Salud (expte. 213/2011). Este anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea (fecha de envío 2 de enero) y el 19 de enero en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de Castilla y León.

De acuerdo con la disposición transitoria primera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), a esta licitación le es aplicable la tramitación prevista en el propio texto refundido, al haberse publicado la convocatoria del procedimiento de adjudicación tras su entrada en vigor. Le es igualmente de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP).

Segundo. En dicha licitación presentó oferta la empresa recurrente Francisco Barco, S.A. Según consta en el acta de la mesa de contratación celebrada el 8 de marzo de 2012, este licitador resultó excluido del

procedimiento de adjudicación por no presentar la documentación mínima exigida en los pliegos; en concreto, por no presentar la Encuesta Técnica (Anexo II), tal y como se exige en el punto 3 (presentación de ofertas y documentación técnica del pliego de prescripciones técnicas). La exclusión le fue comunicada por el órgano de contratación el día 14 de marzo.

Tercero.- El 27 de marzo de 2012 D. M.A.B.G., en representación de Francisco Barco, S.A., interpuso recurso especial contra dicho Acuerdo de 8 de marzo, recurso que fue anunciado al órgano de contratación el mismo día por correo electrónico y al siguiente mediante su presentación en el registro de aquél.

Cuarto.- El 30 de marzo tuvo entrada en este Tribunal el referido recurso acompañado del expediente de contratación y demás documentación exigida legalmente. Examinada la documentación presentada, en esa misma fecha el Tribunal admite a trámite el recurso y le asigna el número de referencia 3/2012.

Quinto. - Por la Secretaría del Tribunal se da traslado del recurso a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes a su derecho. En este trámite la empresa Pikolin, S.A. presenta el 11 de abril alegaciones en las que solicita la desestimación del recurso, por entender que la pretensión en él formulada vulnera las previsiones del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y de la Ley de Contratos.

Sexto. - Por Acuerdo de este Tribunal de 12 de abril de 2012 se deniega la solicitud del interesado de adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del presente Acuerdo Marco.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

1ª.- La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el artículo 59 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

2º.- Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa Francisco Barco, S.A., para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso se interpuso contra un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar éste, en el ámbito de un acuerdo marco de suministro con varios empresarios sujeto a regulación armonizada. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado se adoptó el 8 de marzo de 2012, fue comunicado a la empresa el 14 de marzo e interpuesto el recurso en el registro del órgano de contratación el 27 de marzo, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

3º.- La cuestión de fondo sobre la que se plantea el recurso consiste en determinar si la inclusión del documento denominado "Encuesta Técnica" en el Sobre nº 2-B ("Criterios evaluables mediante fórmulas"), en vez de en el Sobre nº 2-A ("Criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor"), como exigía el pliego, puede fundamentar la exclusión del licitador que fue acordada por la mesa de contratación, pues el recurrente entiende que se trata de un mero error material subsanable, máxime si se considera que en el sobre 2-A fueron incluidas la Ficha Descripción y el Anexo IV ("Relación de productos ofertados") que, en definitiva, contienen idéntica información a la aportada en la Encuesta Técnica.

Conviene recordar al respecto que el artículo 1 del TRLCSP establece como uno de los fines de la regulación de la contratación del sector público el de garantizar que ésta se ajusta al principio de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos. En el mismo sentido el artículo 139 del TRLCSP, incardinado en el Capítulo I del Título I del Libro III de la Ley, relativo a la "Adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas", dispone que "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia".

El principio de igualdad de trato implica, concretamente, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego y éstas deben aplicarse a todos de la misma manera. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto del principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. En definitiva, el principio de igualdad de trato es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, (en este sentido Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otro y 19 de junio de 2003, *GAT*).

Por su parte, el artículo 115. 2 del TRLCSP establece que “En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”. En consonancia con ello, el artículo 145.1 del TRLCSP, dispone que “Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna”.

Finalmente el artículo 150.2 de la LCSP dispone: “La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada”.

En este sentido, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, determina que “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos”. A ello añade su artículo 27 que “la apertura de tales

documentaciones se llevará a cabo en un acto de carácter público (...)” en el que “sólo se abrirá el sobre correspondiente a los criterios no cuantificables automáticamente entregándose al órgano encargado de su valoración la documentación contenida en el mismo”. Por último, los apartados 2 y 3 del artículo 30 de la misma norma disponen:

“2. En todo caso, la valoración de los criterios cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

»3. La ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición, salvo que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se disponga otra cosa en cuanto al acto en que deba hacerse pública”.

No dispone otra cosa al respecto el PCAP rector del presente concurso, el cual en su cláusula 3.1.1.2 señala que “En dicho acto, en primer lugar se dará conocimiento de la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor y a continuación se abrirán las proposiciones contenidas en el sobre de criterios de adjudicación evaluables mediante la mera aplicación de fórmulas, dando a conocer su contenido”.

Estas previsiones normativas revelan la voluntad legal de separar en dos momentos diferentes la valoración de las ofertas, en atención a que los criterios para su evaluación estén sujetos o no a juicio de valor, con la finalidad de evitar que puedan verse mediatizadas o contaminadas entre sí ambas valoraciones en detrimento del objetivo de asegurar la selección de la oferta económicamente más ventajosa que predica el artículo 1 del TRLCSP.

Si se considera que estas exigencias no tienen más finalidad que la de establecer un procedimiento “ordenado” de apertura de las documentaciones, podría admitirse que la falta de su cumplimiento no determinase de forma inevitable la exclusión del procedimiento de las empresas que incumplen dichas previsiones. Sin embargo, tal conclusión adolecería de superficialidad, en la consideración del verdadero propósito de las exigencias formales de la contratación pública. Como se ha señalado, la finalidad última del sistema adoptado para la apertura de la documentación, que constituye la base de la

valoración en dos momentos temporales, es mantener, en la medida de lo posible, la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula y evitar que el conocimiento de la valoración de los llamados criterios objetivos pueda influenciar la de los sujetos a juicio de valor.

De ello se deduce que si se admitieran las documentaciones correspondientes a los licitadores que no han cumplido estrictamente la exigencia de presentar de forma separada ambos tipos de documentación, la documentación de carácter técnico puede ser valorada con conocimiento de un elemento de juicio que en las otras falta. De modo que se infringirían los principios de igualdad y no discriminación que con carácter general consagra el TRLCSP.

Frente a ello, la única solución posible es la inadmisión de las ofertas en que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en las normas aplicables, con respecto a la forma de presentar aquellas ofertas.

Con este propósito la cláusula 2.4.2 del PCAP establece expresamente que la "Proposición" ha de constar de dos sobres separados e independientes, el sobre 2-A ("Criterios de adjudicación que dependen de un juicio de valor") y el sobre nº 2-B: ("Criterios evaluables mediante fórmulas") y la llamada "Encuesta Técnica" debe ser incluida junto con el resto de la documentación técnica en el sobre 2-A, a fin de realizar la evaluación previa a la apertura de la oferta económica, de los criterios dependientes de un juicio de valor. Estas previsiones fueron incumplidas por el licitador recurrente quien no incluyó la referida encuesta en el sobre nº 2-A, por lo que contravino los mandatos del PCAP y del TRLCSP.

4ª.- Sentado lo anterior, debe analizarse también si procede, como pretende el recurrente, la subsanación del error cometido en la presentación de la documentación constitutiva de la oferta. En atención a las previsiones reglamentarias cabe concluir al respecto que la posibilidad de subsanar errores en la documentación se refiere exclusivamente a los que se produzcan en la denominada documentación general o administrativa relacionada en el artículo 146 del TRLCSP, destinada a acreditar las condiciones de capacidad y solvencia de los licitadores.

Así se deduce del artículo 81 del RGLCAP, según el cual "Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación".

Tal precepto está referido exclusivamente a la documentación del citado artículo 146 del TRLCSP, puesto que a él debe entenderse hecha en la actualidad la referencia que en el apartado 1 del mismo se hace al artículo 79.2 de la derogada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Se trata, por tanto, de una potestad otorgada al órgano de contratación, que actúa generalmente a través de la mesa de contratación, para requerir la subsanación de los errores u omisiones que se aprecien en dicha documentación, pero no en la que se contenga en los sobres relativos a la oferta técnica o económica propiamente dichas.

Por ello la cláusula 3.1.1.2 del PCAP, al referirse a la apertura del sobre relativo a los criterios evaluables mediante fórmulas establece, en consonancia con la previsión del artículo 83.6 del RGLCAP, que "La Mesa de Contratación no se hará cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de omisiones o defectos materiales encontrados en la documentación administrativa general".

5ª.- Sin perjuicio de lo anterior y para el supuesto de que se entendiera que el artículo 81 del RGLCAP puede aplicarse también, por analogía, a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la jurisprudencia, no debe olvidarse que ésta exige, en todo caso, que tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material, pues de no ser así se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de forma sustancial después de haber sido presentadas, lo que haría quebrar los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

Como primera alternativa, pretende el recurrente que la falta de aportación de la denominada Encuesta Técnica en el sobre 2-A se supla por el

contenido de la Ficha Descripción y el Anexo IV (“Relación de productos ofertados”). No obstante, de la comparación de las referidas Ficha y Relación presentadas por el licitador y el documento de Encuesta Técnica del anexo II del pliego de prescripciones técnicas (PPT) se desprende que aquéllas no aportan todos los datos que comprende la Encuesta.

Por otra parte, se considera correcta la actuación de la mesa de contratación al no conceder un plazo de subsanación para la aportación de la Encuesta tras detectar su ausencia, por cuanto ello abriría la posibilidad de redefinir o modificar la oferta con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones y a la apertura de la documentación técnica aportada por los restantes licitadores, ya que a tenor de la cláusula 3 del PPT los datos que refleja la Encuesta prevalecen sobre los datos de los catálogos y folletos del producto y sobre los de la ficha técnica y muestras, de no ser coincidentes con aquélla.

Por último, la opción de conocer el contenido de la referida Encuesta al abrir el sobre 2-B, en el que el licitador indica haberla incluido, determinaría que la valoración en ese momento de los datos técnicos se realizaría con conocimiento de la valoración obtenida matemáticamente, lo que haría quebrar la finalidad perseguida en la Ley de lograr la máxima objetividad en la valoración de los criterios que no dependen de la aplicación de una fórmula.

Se considera por todo ello que la subsanación que pretende el recurrente no afecta a un mero error material o formal, por lo que tampoco desde este punto de vista puede ser admitida su pretensión.

En su virtud, y al amparo de lo establecido en los artículos 47 del TRLCSP y 61 de la Ley 1/2012, de 28 de febrero, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León:

III ACUERDA

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Francisco Barco, S.A., frente al acuerdo de la Mesa

de contratación de 8 de marzo de 2012, por el que se le excluye del procedimiento de adjudicación del "Acuerdo Marco para el suministro de artículos de colchonería, lencería y vestuario con destino a Centros de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León (expte. 213/2011)"

SEGUNDO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en el procedimiento.

TERCERO.- De conformidad con los artículos 49 TRLCSP y 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a su notificación, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (artículo 10.1.k LJCA).