



Recurso nº 647/2015

Resolución nº 700/2015

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

En Madrid, a 24 de julio de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.T., en representación de la mercantil GRUPO HELEO, S.L, contra la resolución adoptada por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, dependiente del Ministerio del Interior, de fecha 19 de mayo de 2015 por la que se acuerda exclusión del recurrente en el Lote 7 del contrato de suministro de artículos para la elaboración de lotes higiénicos en el Centro Penitenciario de Ocaña I, convocado por la citada Entidad Estatal, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo (en adelante, la Entidad Estatal o el órgano de contratación) se convocó licitación, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para contratar el suministro de artículos para la elaboración de lotes higiénicos en el Centro Penitenciario de Ocaña I, dividido en diversos lotes. Los pliegos dividían el contrato en diversos lotes, de los cuales, el presente recurso se refiere al Lote 7 «Papel higiénico de celulosa rollos».

Segundo. El 27 de marzo de 2015 se aprobaron el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas que han de regir el contrato. En esta misma fecha se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato de suministro de artículos para la elaboración de lotes higiénicos.

Tercero. El 4 de abril de 2015 se publicó el anuncio de licitación en el Boletín Oficial del Estado, habiendo tenido lugar el anterior 1 de abril la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Cuarto. El 19 de mayo de 2015 se acuerda la exclusión de GRUPO HELEO, SL, en el Lote 7, correspondiente a papel higiénico, por falta de la ficha técnica del producto. Se notifica al interesado el 21 de mayo de 2015. El 8 de junio de 2015 se presenta por parte de GRUPO HELEO, SL recurso especial en materia de contratación.

Quinto. Se ha aportado por el órgano de contratación informe respecto del recurso presentado por GRUPO HELEO, SL.

Sexto. El día 24 de junio, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores, para que alegasen lo que a su derecho conviniera, sin que hayan sido presentadas alegaciones.

Séptimo. El 30 de junio de 2015 se adoptó por este Tribunal la concesión de la medida provisional de suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo, 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugna por parte de GRUPO HELEO, S.L. el acto de exclusión del contrato de *«suministro de artículos para la elaboración de lotes higiénicos en el Centro Penitenciario de Ocaña I»*, Lote 7.

Segundo. Se ha cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de las partes recurrentes se fundamenta por las mismas en el artículo 42 del TRLCSP, al haber concurrido a la licitación de la que no resultó adjudicatario.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP. El recurso se ha presentado

dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación.

Quinto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP.

Sexto. Sostiene la recurrente que se han infringido el artículo 82 del TRLCSP y el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, así como el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, respecto de la obligación de la Mesa en cuanto al trámite de los defectos u omisiones subsanables, al entender que, con tal criterio, prima *«un rigorismo burocrático y formalista frente a una realidad que es la presentación de la documentación preceptiva, salvo que se pretenda minimizar el número de licitadores»*.

Séptimo. Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de *lex contractus* de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, el órgano de contratación cita la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que *«esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los que soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía»*. Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace *«inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya*

efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”».

Pues bien, la cláusula 10 del Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), se refiere a la forma de aportación de documentación por parte de los licitadores. Así, señala que *«con carácter general, no habrá fases y se presentarán dos sobres: Sobre nº 1: documentación administrativa. En él se incluirá: - Documentación general o administrativa, señalada en el apartado 9.1 del PCAP. En caso de tener trabajadores minusválidos en plantilla o acredite haber tomado medidas en materia de igualdad y a los efectos previstos en la cláusula 3.2 del PCAP, se incluirá lo recogido en el Anexo I del PCAP en los apartados 80 y 81. Las declaraciones a que se refieren los números 7, 63, 80, 81 y 82 del Anexo I del PCAP, podrán refundirse en un solo documento, conforme a lo establecido en el Informe 69/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el que se aprueba el modelo normalizado de declaración responsable acreditativa de la permanencia sin variación de las circunstancias relativas a la personalidad jurídica y demás circunstancias susceptibles de inscripción y constancia en el ROLECE. - Sobre de muestras: Adjunto al sobre de documentación administrativa, pero en sobre aparte especificando que se trata de MUESTRAS se acompañará la siguiente documentación: 1.-Las muestras.- Los licitadores están obligados a la presentación de las mismas por cada artículo objeto de suministro y deberán presentarse con el mismo formato y en las mismas condiciones en que vaya a ser realizado el suministro según se recoge en el PPT. 2.-Fichas técnicas, certificaciones e inscripción en el Registro Sanitario.- Igualmente y, cuando lo exija expresamente el pliego de prescripciones técnicas para determinados productos, aportarán ficha técnica del producto, información a efectos de tratamiento médico presentada y sellada por el Ministerio de sanidad y Consumo y certificación extendida por la empresa en el sentido de que cumple con la reglamentación de productos cosméticos, sanitarios y de higiene personal y, en su caso, inscripción en el Registro Sanitario competente e informes médicos. En cualquier caso aportarán la documentación específica requerida para cada artículo, según se detalla en el Pliego de Prescripciones Técnicas».*

Consta de las alegaciones del recurso y del expediente remitido por el órgano de contratación que la ficha técnica de los productos ofertados se presentó en el sobre relativo a la proposición económica.

Octavo. En efecto, del examen de la documentación, se constata que, efectivamente, GRUPO HELEO, S.L. incluyó la ficha técnica y las muestras en el sobre relativo a la proposición económica. En el presente supuesto la causa de exclusión del recurrente fue *«no incluir la ficha técnica del producto»*. Ciertamente, se ha reiterado en multitud de ocasiones, por ejemplo en la Resolución 22/2013 que *«este Tribunal, en sus resoluciones, ha sentado el criterio, por un lado, de confirmar la exclusión de aquellos licitadores que incluyeron información de sus ofertas (ya se trate de criterios sujetos a juicio de valor o evaluable mediante fórmulas) en el sobre relativo al cumplimiento de requisitos previos (resoluciones 147/2011 y 67/2012, relativas a los recursos 114/2011 y 47/2012), así como para el supuesto de inclusión de información evaluable mediante fórmulas en el sobre correspondiente a la información sujeta a juicio de valor (resoluciones 191/2011 y 295/2011, referidas a los recursos 156/2011 y 253/2011); y, por otro, la no exclusión de aquellos que incluyeron información del sobre evaluable automáticamente en el sobre referido a información técnica no sujeta a evaluación mediante juicio de valor (resoluciones 14/2010 y 233/2011, que se corresponden con los recursos 18/2010 y 198/2011). Como se decía en la Resolución 95/2012, “A estos efectos, con carácter previo, conviene traer a colación el Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el que con invocación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, reiteradamente comentada por esta Junta en anteriores informes, expone que: “El Tribunal de Justicia advierte que en el procedimiento de adjudicación de un contrato existen dos fases claramente diferenciadas. En la primera se procede a la valoración cualitativa de las empresas candidatas mediante el examen de los medios que han de disponer para la ejecución del contrato (solventía) y después, respecto de las admitidas en tal fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada una ha presentado y, en tal sentido, señala que se trata de operaciones distintas regidas por normas diferentes” en el proceso de adjudicación de un contrato, en una primera fase se analizan los requisitos de capacidad y solventía de las personas físicas o jurídicas que han presentado oferta (características de la empresa), y una vez que se entienden cumplidos estos requisitos,*

se declara la admisión de los licitadores en el procedimiento; siendo el trámite siguiente el que consiste en el análisis de los criterios de adjudicación (características de la oferta), que concluye, en términos generales, con la resolución de adjudicación del contrato a uno de los licitadores.

En este sentido, tal y como este Tribunal ha señalado en su resolución 67/2012 de 14 de marzo, cualquier acto que implique el conocimiento del contenido de las proposiciones (características de la oferta) antes de que se celebre el acto público de apertura -como es el caso de la empresa ahora recurrente, al incluir información evaluable de forma automática en el sobre destinado a la documentación general (características de la empresa)- rompe el secreto de las proposiciones y, por tanto, es contrario tanto a lo previsto en el artículo 144.1 “in fine” de la LCSP (art. 160 TRLCSP), que dispone: “En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos”, como a lo señalado en el artículo 129.2 de la LCSP (art.145 TRLCSP) de conformidad con el cual “las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública”, preceptos ambos aplicables en virtud de lo dispuesto en los artículos 28 y 38 de la Ley 24/2011, de 2 de agosto, en cuanto que se remiten a lo dispuesto en los artículos 129 -apartados 1, 2, 3 y 5-, 130 y 141 a 144 de la LCSP (arts.145, 146 y 157 a 160 TRLCSP).

Igualmente en nuestra resolución 147/2011 de 25 de mayo, pusimos de manifiesto que la documentación conteniendo los datos relativos a los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas no debía incluirse en el sobre de la documentación a que se refiere el artículo 130 de la LCSP (art. 146 TRLCSP) pues ello supone la infracción de los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en la Ley de Contratos del Sector Público, así como la exclusión del procedimiento de adjudicación de la proposición incurso en ella. Ya en esa resolución dijimos que “la situación antes descrita - tratada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, si bien referida a la Ley 31/2007 de 30 de octubre, y a un supuesto de inclusión de información de aspectos económicos de la oferta en la documentación técnica - hace que la única solución posible sea la inadmisión de las ofertas en las que

las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas”.

Concluye la resolución 67/2012 señalando que “debe entenderse que cuando la apertura del sobre conteniendo la documentación general implique el conocimiento, total o parcial, de la oferta del licitador por encontrarse incluido en él alguno de los datos que debieran figurar en el sobre de la proposición, debe producirse, en todo caso la exclusión del licitador afectado respecto del procedimiento de adjudicación de que se trate”,...».

El supuesto examinado presenta la particularidad de exigir el propio Pliego la presentación de las muestras y la ficha técnica del producto en el sobre relativo a la documentación general. Desde este punto de vista, el recurrente ha incumplido las prescripciones contenidas en el Pliego. Sin embargo, en todos los supuestos analizados en las resoluciones incluidas en la cita anterior, se excluía al licitador que había incorporado documentación relativa a la proposición económica en el sobre de documentación general, o bien, documentación de carácter técnico o sometida a criterios objetivos de valoración en el sobre que contenía documentación evaluable mediante juicio de valor. Lo cierto es que la ficha técnica y las muestras se han presentado por el licitador en el sobre relativo a la proposición económica, por lo que a juicio de este Tribunal no se ve comprometida la imparcialidad del órgano de contratación, al conocer esta información del licitador excluido al mismo tiempo que abre el sobre relativo a la proposición económica. Por otro lado, el propio órgano de contratación —aunque cita la doctrina anteriormente transcrita en relación con el sobre en que debe incluirse la documentación— fundamenta la exclusión en «*no incluir la ficha técnica del producto*». Como se ha dicho, la ficha técnica, aunque en sobre distinto, fue aportada por la recurrente.

De lo expuesto hasta ahora, a juicio de este Tribunal, atendido que la documentación incluida en la proposición económica que, según el Pliego debía incluirse en sobre aparte dentro del sobre de documentación general, no afecta a la imparcialidad del órgano de contratación, ni compromete la valoración que haya de hacerse, no resulta de aplicación la doctrina anteriormente transcrita, ya que el propio pliego señala que «*con carácter general, no habrá fases*», por lo que se analiza seguidamente, si el defecto en la

aportación de documentación por parte del recurrente puede o no ser objeto de subsanación.

Noveno. La subsanación está prevista para enmendar defectos en ciertos documentos oportunamente presentados, pero no para aportar nuevos o cumplir con requisitos que no se cumplieron debidamente en plazo. Así, en la línea marcada por la Resolución 149/2011, debe traerse a colación la Resolución 576/2013, de 29 de noviembre, donde se pone de manifiesto que es aplicable la doctrina de este «*Tribunal en sus Resoluciones 151/2013, de 18 de abril, 196/2013 de 26 de mayo y 177/2013, de 14 de mayo, que siguen la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 9/06, de 24 de marzo de 2006, 47/09, de 1 de febrero de 2010, 18/10, de 24 de noviembre, entre otros) según la cual la subsanación no puede referirse a cualidades de aptitud o solvencia que no se poseyeran en el momento de finalizar los plazos de presentación*». Continúa señalando que «*exponiendo de manera sintética las conclusiones alcanzadas por la doctrina jurisprudencial y administrativa sobre el trámite de subsanación, cabe destacar lo siguiente:*

I) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), conforme al 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”. Por tanto, la regla general es la concesión de la posibilidad de subsanar al licitador cuya oferta presente defectos u omisiones subsanables.

II) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario citado, como criterio general orientativo -y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e 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 Junta Consultiva de Contratación Administrativa). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere 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. Por tanto, lo que debe subsanarse no es la falta del requisito sino la falta de acreditación del mismo.

III) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resoluciones de este Tribunal núm. 64/2012 y 177/2012). Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando reiteradamente que “una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia.



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, señaló: “una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”».

Pues bien, como ya se ha ido avanzando en anteriores fundamentos, la ficha técnica aportada en el sobre de proposición económica no compromete la objetividad e imparcialidad del órgano de contratación —máxime cuando el propio Pliego señala que «con carácter general no habrá fases»— y aunque haya sido incluida en un sobre distinto al indicado en el Pliego, el defecto debe calificarse como subsanable, pues la documentación ha sido presentada oportunamente y dentro del plazo fijado para ello en el Pliego. Atendido que no se trata de aportación de documentación no presentada y que el órgano de contratación tiene a su disposición la misma. De hecho, la ficha técnica contenida en sobre de proposición económica no es utilizada por el órgano de contratación hasta el momento en que se ha de valorar cada una de las ofertas, por lo que, a juicio de este Tribunal, no se vulnera ninguno de los principios informadores de la legislación de contratos del sector público tomando en consideración la ficha técnica presentada en el sobre de proposición económica en lugar del sobre de documentación

general. De hecho, la causa de exclusión fue no incluir la ficha técnica del producto, y el informe que ha remitido el órgano de contratación, en su punto séptimo, pone de manifiesto lo hasta ahora expuesto al señalar que *«considerando que la muestra es parte de la oferta y la misma no su pudo determinar si cumplía lo requerido o no al no estar acompañada por la ficha técnica tal y como se indicaba en el cuadro de características»*. Ello pone de manifiesto que no es hasta el momento de valorar la oferta económica en que se toma en consideración la ficha técnica, y en tal momento, el Tribunal —sin necesidad de otorgar plazo alguno de subsanación, pues ya la tiene en su poder— puede valorar la oferta subsanando de oficio el defecto.

Por todo ello, procede la estimación del recurso, con retroacción del procedimiento al momento anterior a la adjudicación del contrato, debiendo tomar en consideración la oferta presentada por GRUPO HELEO, SL.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J.S.T., en representación de la mercantil GRUPO HELEO, SL, contra la resolución adoptada por la Entidad Estatal de Derecho Público Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, dependiente del Ministerio del Interior, de fecha 19 de mayo de 2015 por la que se acuerda exclusión del recurrente en el Lote 7 del contrato de suministro de artículos para la elaboración de lotes higiénicos en el Centro Penitenciario de Ocaña I, convocado por la Entidad Estatal.

Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión acordada.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.