



Recurso nº 178/2011

Resolución nº 211/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por don E.P.C, como apoderado de la entidad PC TRADING 2000, S.L., contra la Resolución de 21 de julio de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de suministro de material informático no inventariable con destino a los Servicios Centrales del Ministerio de Educación, dividido en tres lotes, número de expediente es 2011/00985-033EF, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 17 de mayo de 2011 la Subsecretaría del Ministerio de Educación publicó en el Boletín Oficial del Estado anuncio para la licitación por procedimiento abierto de un contrato de suministro de material informático no inventariable con destino a los Servicios Centrales del Ministerio, dividido en tres lotes, y por un presupuesto de licitación de 486.747,29 € y un valor estimado de 824.995,40 €, IVA excluido. Si bien no consta en el expediente remitido copia de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado así resulta del anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado. A la licitación referida presentó oferta la sociedad recurrente.

Segundo. Examinada y calificada por la mesa de contratación la documentación administrativa presentada por los licitadores, en la que no se observaron omisiones o defectos en la documentación presentada por el recurrente, se procedió el día 15 de junio de 2011 a la apertura de las ofertas económicas. Evaluado el informe de valoración de las ofertas por la mesa de contratación el 30 de junio de 2011, acuerda excluir en el lote 3 a la empresa PC TRADING 2000, S.L., por superar su oferta económica el precio máximo de licitación establecido, no siendo excluida su oferta en los lotes 1 y 2.

El 15 de julio de 2011 el órgano de contratación adoptó el acuerdo de adjudicación, ahora impugnado, adjudicando los lotes 1 y 2 a DISTRIBUIDORA MATERIAL DE OFICINA, S.A. publicándose en la Plataforma de Contratación del Estado el 21 de julio de 2011.

Tercero. Contra el mencionado acuerdo la representación de PC TRANDING 2000, S. L., presentó escrito de alegaciones ante la mesa de contratación el 28 de julio del 2011, al que el citado órgano dio el trámite del recurso especial en materia de contratación, remitiéndolo a este Tribunal el 2 de agosto de 2011. En el escrito solicita *“procedan a la práctica y comprobación que los productos de las empresas adjudicatarias sean consumibles originales de los fabricantes, tal como indican en el Anexo II del pliego, con la lectura de los códigos de producto (part number), así como a la verificación de que las normas ISO 9000 Y ISO 14000 de las empresas fabricantes las haya realizado una Entidad Certificadora autorizada para auditar Sistemas de Gestión de Calidad y Gestión Medioambiental”*

Cuarto. El órgano de contratación remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación y, posteriormente, previo requerimiento el oportuno informe el 7 de septiembre de 2011.

Quinto. La Secretaría del Tribunal, el 26 de agosto de 2011, dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La representación de DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE OFICINA S.A. (DIMOSA) adjudicataria del contrato, presentó alegaciones el 29 de agosto de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente escrito que debe calificarse como recurso especial en materia de contratación, se interpone contra el acto de adjudicación y corresponde a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 125.000 euros, por lo que el recurso ha sido

interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público.

El escrito se presentó en la sede del órgano de contratación el 28 de julio de 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 314.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). El órgano de contratación lo recalificó precedentemente como recurso, en aplicación de lo previsto en el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, remitiéndolo a éste Tribunal de conformidad con el artículo 316.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 314.4 e) de la Ley de Contratos del Sector Público exige acompañar al escrito de interposición el justificante del anuncio previo a dicha interposición. A pesar del tenor taxativo del precepto este Tribunal, como ya ha señalado en resoluciones anteriores, considera que el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que el órgano de contratación sepa que contra su resolución, sea cual fuere esta, se va a interponer el pertinente recurso. Por tanto, la omisión del requisito en los casos en que la interposición del recurso se verifique directamente ante el órgano de contratación, como es el caso del expediente en cuestión, no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y al dictado de una resolución sobre el fondo del recurso.

En consecuencia el recurso debe ser admitido.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por aplicación del artículo 312 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Cuarto. Previamente hemos de señalar que el recurso se circunscribe exclusivamente a la adjudicación de los lotes 1 y 2, y consiguientemente a la parte del acto correspondiente a aquella adjudicación y no a la de los demás lotes a la que se limita nuestro pronunciamiento en virtud del principio de congruencia.

El recurrente fundamenta su recurso en dos motivos. En primer lugar aduce que del importe de adjudicación se deduce la posible existencia de una oferta con valores anormales o desproporcionados a tenor de lo dispuesto en los artículos 136 de la Ley

30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público y el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La empresa adjudicatara en su alegaciones señala que no es aplicable al caso el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por ser de exclusiva aplicación a las subastas.

Esta en lo cierto el adjudicatario en las alegaciones por cuanto el referido artículo es sólo de aplicación al procedimiento, que en la terminología de la Ley de Contratos del Sector Público, cuyo único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio que es al que se refiere el artículo 136.1 de la Ley, pero no, como es el caso, cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, en cuyo caso podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, de acuerdo al apartado 2 del citado artículo 136, cosa que no ha hecho el Pliego de Cláusulas que regula la contratación, por lo que la primera alegación debe ser desestimada.

Quinto. En cuanto a la segunda alegación a la que en definitiva responde el petitum del escrito, se formula por el recurrente en el siguiente sentido, *“en el anexo II del pliego se indican los precios unitarios de los productos y su referencia de fabricante ó Part Number. Estas referencias corresponden exclusivamente con consumibles originales y no de compatibles ni reciclados ni remanufacturados. Y si analizamos los precios unitarios, podemos comprobar que se trata de precios de consumibles originales y no de compatibles ni reciclados ni remanufacturados, como creemos que han ofertado las empresas adjudicatarias, debido a la baja tan desproporcionada observada.”*

No introduce ninguna argumentación jurídica y concluye solicitando que se proceda a la comprobación que los productos de las empresas adjudicatarias sean consumibles originales de los fabricantes, tal como indican en el Anexo II del pliego, con la lectura de los códigos de producto (part number), así como a la verificación de que las normas ISO 9000 e ISO 14000 de las empresas fabricantes las haya realizado una Entidad

Certificadora autorizada para auditar Sistemas de Gestión de Calidad y Gestión Medioambiental.

Por su parte la empresa adjudicataria en sus alegaciones señala que la limitación de la oferta a consumibles originales contravendría la Ley de Contratos del Sector Público, citando literalmente el artículo 101.8 a cuyo tenor: *“salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”*. Afirma que DIMOSA ofertó algunos consumibles "equivalentes" RTI completamente nuevos, para ambos lotes, y adjunta certificados expedidos por una empresa certificadora autorizada que acreditan el cumplimiento y verificación de que el fabricante de estos productos equivalentes, ofertados cumplen las normas de fabricación y especificaciones técnicas de los productos nuevos según ISO 9001: 2008 de Gestión en Calidad e ISO 14001: 2004 de Gestión Medioambiental.

Por último el informe del órgano de contratación no entra a examinar si los Pliegos de Clausulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas relacionan exclusivamente referencias del fabricante de productos originales sin referencia expresa a la posibilidad de ofertar productos compatibles o equivalentes, limitándose a señalar que no se menciona en ningún momento que el suministro corresponda a elementos originales y que los nombres descriptivos de los productos objeto del contrato es el modo más efectivo de identificarlos. Señala que el licitador recurrente no solicitó aclaración sobre el pliego, que la opción por consumibles compatibles se debió a razones presupuestadas y, en fin, que no es objeto del contrato ni se considera oportuno verificar que las empresas participantes en el contrato, presenten los certificados ISO 9.000 e ISO 14.000 de las empresas fabricantes.

Sexto. Como ya señalamos en nuestra Resolución nº 144/2011, de 25 de mayo, el análisis del artículo 101.8 de la Ley de Contratos del Sector Público transcrito tiene por

finalidad evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.

Como consecuencia de ello, la referencia a alguno de los supuestos indicados en el precepto en cuestión sólo es posible cuando no quepa hacer una descripción adecuada de la prestación utilizando los medios a que se refieren sus apartados 3 y 4, es decir aplicando sistemas de referencias técnicas elaborados por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales. Además, en el caso de que así sea, deberá hacerse constar la expresión “o equivalente”, con el objeto de permitir presentar ofertas respecto de productos que puedan satisfacer de igual forma las necesidades que mediante el contrato pretende satisfacer el órgano de contratación.

Resulta que la descripción de los consumibles de los lotes 1 y 2 que hacen tanto el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares como de los Anexos I y II del pliego de prescripciones técnicas no respetan los términos del artículo 101 que se acaba de mencionar, puesto que para describir el producto a adquirir se ha hecho referencia a marcas determinadas con expresión de los códigos de producto de los fabricantes, sin acompañarla de expresión alguna que permita entender incluidas aquellas otros consumibles que tengan una funcionalidad equivalente.

En tales circunstancias, resulta infringido el artículo 101 de la Ley de Contratos.

Es lo cierto que en la adjudicación se desconoció la limitación de la descripción de los consumibles que la limitaba a productos de determinados fabricantes y se admitieron la oferta de consumibles compatibles, adjudicándose a una empresa que no ofertó los consumibles de la marca especificada sino otros de funcionalidad equivalente.

Sin embargo la cuestión planteada es si mediante la descripción hecha del producto se le está excluyendo de la licitación objeto del presente recurso productos de distintos fabricantes compatibles o equivalentes a los reseñados. Esta última conclusión es evidente si atendemos al hecho de que la descripción del objeto de los lotes 1 y 2

menciona marcas determinados con expresión de los códigos de producto de dichos fabricantes y no añade fórmula alguna que permita ofertar productos que cumplan una función equivalente.

En efecto, de las alegaciones del recurrente resulta que él entendió que sólo podían ofertarse los productos del fabricante reseñado, por lo que es posible y por tanto probable que alguna empresa no concurriese a la licitación por estimar que no serían admitidos a ella ofertando productos compatibles o equivalentes a aquellos reseñados, con lo que se lesionó el principio de concurrencia.

En consecuencia el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares como de los Anexos I y II del pliego de prescripciones técnicas, si bien sólo en cuanto se refieren a los lotes 1 y 2, están viciados, lo que hubiera determinado de haberse impugnado los pliegos su declaración de nulidad.

Ahora bien, los pliegos no fueron impugnados en tiempo y forma adquiriendo firmeza, y además no han sido objeto de impugnación expresa en el recurso, por lo que no cabría para sanarlos sino iniciar el procedimiento de revisión de oficio, no siendo la instrucción y resolución de dicho procedimiento competencia de este Tribunal, sino de los órganos a que se refiere el artículo 34 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Centrándonos en el acto de adjudicación y prescindiendo del carácter viciado de los pliegos, es lo cierto que el acto de adjudicación contravino aquellos al adjudicar el contrato a un licitador que no ofrecía el objeto exigido en los pliegos, sino otro distinto que aquellos no admitían, aunque fuesen equivalentes a los solicitados.

Por ello, sin perjuicio del vicio apreciado en los pliegos, por virtud del principio de congruencia fijado por el artículo 317.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, resulta procedente estimar en parte el recurso, declarando la nulidad del acto de adjudicación acordado por incumplimiento de los pliegos, si bien que limitado al objeto del recurso, los lotes 1 y 2, y sin que ello sea óbice para el inicio por el órgano competente del procedimiento de revisión de oficio de los pliegos antes señalado.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por PC TRADING 2000, S.L., contra la Resolución de 21 de julio de 2011, por la que se adjudica, en procedimiento abierto, el contrato de suministro de material informático no inventariable con destino a los Servicios Centrales del Ministerio de Educación, dividido en tres lotes, número de expediente es 2011/00985-033EF, declarado nula la adjudicación de los lotes 1 y 2.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la 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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.