



Recurso nº 260/2012

Resolución nº 271/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de noviembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. A-M., en nombre y representación de PIENSOS THURMA, S.L., contra el acuerdo del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional de 30 de octubre de 2012, de adjudicación del contrato de *Suministro de piensos para especies animales del Patrimonio Nacional* “, expediente 2012/633CAJ, el Tribunal en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Patrimonio Nacional convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el 30 de julio de 2012, en el BOE de 9 de agosto de 2012, y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 4 de agosto de 2012, la licitación para adjudicar un contrato de suministro de piensos para especies animales del Patrimonio Nacional, por procedimiento abierto, con un precio total de 137.152,22€, y expediente 2012/633CAJ, fijándose como fecha límite para la presentación de ofertas el día 20 de septiembre de 2012.

A la mencionada licitación, concurren CAÑONES SERVICIOS CINEGÉTICOS,S.L., NANTA,S.L., y PIENSOS THURMA,S.L. que ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

Todos los concurrentes, salvo la recurrente, presentaron para su participación en el procedimiento la documentación acreditativa, tanto de la solvencia económica como de la técnica, conforme al Pliego de Prescripciones Administrativas Particulares, apartado H.

Por parte de la recurrente se aportó exclusivamente la documentación acreditativa de la solvencia económica consistente en la facturación con su proveedor de piensos de los últimos tres años, por lo que, en virtud de acuerdo de 27 de septiembre, fue requerida por

el órgano de contratación para aportar conforme al art. 77.1.a) y el tenor del pliego la documentación acreditativa de la solvencia técnica, consistente en una relación acompañada de certificados o, en su defecto, una declaración comprensiva de los principales suministros efectuados con los importes y otros datos de los últimos tres años.

A dicho requerimiento contestó el 2 de octubre la recurrente expresando que no podría aportar la información requerida en tanto suponía infringir la legislación aplicable en materia de protección de datos de carácter personal, y que la facturación a su proveedor por el pienso adquirido en dicho período acreditaría esa solvencia técnica, dado que podría ser uno de los medios que permite el art. 77.1.b) y c) del TRLCSP.

Segundo. El órgano de contratación procedió al examen de la documentación presentada advirtiendo que no aportaba la documentación solicitada, por lo que, entendiéndose que no era posible entrar a valorar su solvencia técnica, procedió, conforme al art. 54 del TRLCSP, a su exclusión, acordando el 4 de octubre la apertura de las ofertas económicas del resto de licitadores, página 101 del expediente de contratación, y acordando la adjudicación a favor de CAÑONES SERVICIOS CINEGÉTICOS, S.L.

Tercero. Frente a dicha Resolución, presentó en el registro de este Tribunal el 8 de noviembre de 2012, previo anuncio comunicado por correo electrónico el 31 de octubre al Órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación, solicitando:

1. Que se reconsidere la exclusión de piensos Thurma, S.L. del proceso de licitación y sea tenida en cuenta de nuevo como posible adjudicataria de tal licitación.

2. Que se estudie y reconsidere la adjudicación de la licitación a la empresa Cañones Servicios Cinegéticos S.L., ya que, según el punto III.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, "Será causa de rechazo de la oferta la falta de firma del Anexo II donde se expresa la proposición económica", la empresa Cañones Servicios Cinegéticos, S.L. no presentó correctamente firmada, fechada y sellada su propuesta económica, como se pide en el pliego de condiciones técnicas.

Cuarto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de

noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

De conformidad con el artículo 46.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás interesados en orden a la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieran, habiendo ejercido su derecho al trámite la adjudicataria. En dichas alegaciones viene a negar que haya habido defecto alguno en su proposición económica y afirma que ésta se ajusta plenamente al mencionado pliego.

Dicha proposición económica, figura presentada el 17 de septiembre, se encuentra en la página 272 del expediente administrativo como documento número 19, y en ella se observa la firma del representante de la adjudicataria, D. Pablo Cañones Amarillo, con fecha 12 de septiembre de 2012 y sello de la sociedad.

Quinto. Este Tribunal, en su reunión de 14 de noviembre de 2012, acordó de oficio adoptar la medida provisional consistente en el mantenimiento de la suspensión de la tramitación del procedimiento de contratación producida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. La entidad recurrente ostenta legitimación activa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la citada Ley, a cuyo tenor: *Podrá interponer recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.*

En efecto, la entidad reclamante ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación, habiendo resultado excluida por el acuerdo recurrido.

Tercero. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP, habiendo sido debidamente anunciada al Órgano de contratación conforme a lo establecido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Cuarto. El contrato objeto del recurso es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que el acuerdo de adjudicación o la exclusión de la recurrente son susceptibles de recurso especial en materia de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.1. a) y 2.c) del TRLCSP.

Quinto. Por la recurrente se impugna el acuerdo de adjudicación en base a dos reproches de legalidad:

a) El primero el referido a la exclusión acaecida en el expediente por no haber aportado el documento para la acreditación de la solvencia técnica exigido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

b) El segundo entendiendo que la proposición económica de la adjudicataria no estaba oportunamente firmada y sellada al tiempo de la apertura de las ofertas por lo que debió ser inadmitida.

Sexto. Respecto a la primera cuestión puede apreciarse lo siguiente:

Dicho reproche se funda en un hipotético vicio del mencionado Pliego que vendría a limitar los distintos medios de acreditación de la solvencia técnica que recoge art. 77 del TRLCSP imponiendo uno de ellos, el del apartado.1.a), en contra de la interpretación no restrictiva que propone la recurrente. Añade la recurrente el argumento de que la acreditación de su facturación con su proveedor de piensos de los últimos tres años, además de acreditar la solvencia económica, conforme al art. 75.1.c) del TRLCSP y lo dispuesto en el pliego, también sirve para apreciar la necesaria solvencia técnica conforme a los apartados 1.b) y c) del mencionado art. 77.

A) Estando este requisito de acreditación de solvencia técnica recogido en el pliego, apartado H, no fue impugnado por la empresa que recurre ahora el acuerdo de adjudicación, siendo lo cierto que no es congruente fundar esta pretensión en motivos

que debió, en su momento, esgrimir con la eventual impugnación del pliego, tal y como tiene dicho este Tribunal en diversas resoluciones como la nº198/2011 y, por todas, la nº 163/2012 (Rec. 146/2012), cuando sobre el carácter del pliego dice:

Pues bien, ante todo debe indicarse que los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición, constituyen la ley del contrato y vinculan, según una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación. En cuanto a la Administración, la vinculación supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en los pliegos en perjuicio de los licitadores, debiendo de efectuar la valoración conforme a los criterios recogidos en los pliegos, y que para el caso concreto analizado consiste en la aplicación de una mera fórmula. Respecto de los licitadores, supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en los pliegos, en este caso, realizar la oferta con sujeción a los criterios de valoración contenidos en el pliego de cláusulas, requisito éste que cumple la oferta de la empresa recurrente, y que determina que la misma obtenga los puntos en este apartado ahora discutido.

B) No obstante lo anterior, sobre el carácter discrecional de la elección por el órgano de contratación del medio de acreditar la solvencia técnica, el art. 74, cuando dice, como dijera el art. 63 del texto anterior aprobado por la Ley 30/2007, y antes el artículo 15 apartado 3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio):

Medios de acreditar la solvencia.1. La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 75 a 79.

En aplicación de dicho precepto, el órgano de contratación, entre los posibles medios de acreditación de la solvencia técnica para el contrato de suministro que refleja el art. 77 del TRLCSP, escoge a través del pliego, apartado H, el del apartado 1.a) consistente en la relación de los suministros de los últimos tres años con sus importes y otros datos acompañados del certificado correspondiente o bien de la declaración del empresario.

La determinación de los concretos medios de acreditación de la solvencia técnica corresponde al órgano de contratación, tal y como recoge la sentencia del Tribunal

Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 12 enero 2012, citando a su vez el informe 2/1999, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que dice cómo en la determinación de los medios de justificación de la solvencia técnica, entre ellos los del artículo 18 relativo a suministros, corresponde al órgano de contratación, no al licitador, como se desprende del apartado 3 del artículo 15 del Real Decreto Legislativo 2/2000 expresivo de que en los casos en que sea necesario justificar la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, los órganos de contratación precisarán en el anuncio los medios de acreditación que vayan a ser utilizados de entre los reseñados en los artículos 16 a 19 y, al estar facultado el órgano de contratación para exigir la justificación de uno o varios medios, lo está para la exigencia de todos, si bien debe advertirse que es obligación del órgano de contratación precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus características, pues es evidente que la exigencia de uno o varios, incluyendo todos, no puede quedar al capricho del órgano de contratación, ni consistir en el simple recurso de transposición de los respectivos preceptos legales o de remisión a éstos.

En este sentido, nuestra resolución 32/2011, Expdte. TACRC - 014/2011, cuando dice:

Quinto. Visto lo anterior, hay que empezar por señalar que en el sistema de la Ley de Contratos del Sector Público y en el de las Directivas comunitarias, la determinación de los medios de justificación de la solvencia técnica, entre ellos los del artículo 67 relativo a servicios, corresponde al órgano de contratación, no al licitador, como claramente se desprende del apartado 1 del artículo 63, según el cual "La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68". En segundo lugar, también hay que señalar que, de acuerdo con el artículo 67 citado, el órgano de contratación está facultado para exigir, sin que el licitador tenga facultades de elección en este extremo, la justificación de la solvencia técnica por uno o varios medios, incluyendo todos, si bien debe advertirse que es obligación del órgano de contratación el precisar cual o cuales de dichos medios resulta procedente exigir en cada contrato, atendiendo a sus características, requisito éste cumplido por el órgano de contratación, en cuanto que requiere solicitar la solvencia técnica a través de los medios

establecidos en las letras a), e), g) y h) del artículo 67 de la citada Ley, concretando como debe acreditarse esa solvencia para los supuestos seleccionados.

En conclusión procede afirmar que el órgano de contratación, en cuanto a la exigencia de los medios de acreditación de la solvencia técnica se ha ajustado íntegramente a lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público.

C) Por su parte, la recurrente aportó la facturación de suministros de piensos efectuados por su proveedor, lo que además de no ajustarse al pliego –no recurrido y por ende firme – no sirve de suyo para acreditar la pretendida solvencia técnica conforme al art. 77.1.a) y tampoco encaja en los supuestos de los invocados apartados b) y c).

En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera:

i) Ante todo, se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del 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.*

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 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 cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). 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 la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

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, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012).

El órgano de contratación, al no aportarse el documento acreditativo de la solvencia técnica expresado en el pliego, aprecia un error subsanable y concede el plazo previsto para su subsanación con los consiguientes apercibimientos de tenerlo por desistido.

D) La justificación del recurrente de no poder aportar el documento requerido en base a la necesaria protección de datos de sus clientes no podría admitirse en los términos que plantea tal y como expresaba este Tribunal en su Resolución nº 199/2011, al examinar una notificación deficiente sobre la base de confidencialidad de las ofertas. En este sentido, se declaraba que la obligación de confidencialidad no puede afectar a la totalidad de la oferta presentada por el adjudicatario ni a la totalidad del informe realizado por los servicios de la entidad adjudicadora a efectos de su valoración, habida cuenta de que, tanto el artículo 20.2 de la Ley 31/2007 como el artículo 140 del TRLCSP, garantizan que este deber de confidencialidad no debe perjudicar el cumplimiento de las obligaciones en materia de información a candidatos y licitadores, obligaciones entre las que se encuentran incluidas las enumeradas en los artículos 84 de la Ley 31/2007 y 151 del TRLCSP.

Pues bien, aplicando las anteriores consideraciones al supuesto específico examinado, se puede comprobar que la actuación del órgano de contratación de requerir la subsanación de la proposición con apercibimiento de posible exclusión y posteriormente excluir a la recurrente a la vista de que no presentó el documento requerido –limitándose por contra a invocar la supuesta intimidad de sus clientes o la suficiencia del documento presentado meramente acreditativo de su facturación al proveedor - es conforme a Derecho.

Séptimo. En cuanto a la segunda petición consistente en la exclusión de la adjudicataria por no cumplir supuestamente la proposición económica los requisitos de fecha, sello y firma exigidos en el pliego, no resulta acreditada esta alegación dado que ni se aporta elemento probatorio alguno ni contiene el expediente referencia alguna a incidencias en ese sentido, por lo que a la vista del documento 19, página 272, consistente en la oferta económica presentada el 17 de septiembre por la adjudicataria bajo la firma de su representante, no cumple sino desestimar esta pretensión.

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 interpuesto contra el acuerdo dictado por el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, de adjudicación del contrato de *suministro de piensos para animales del Patrimonio Nacional* (expediente 2012/633CAJ).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

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 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 de 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.