



Recurso nº 282/2012

Resolución nº 287/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 14 de diciembre de 2012.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. C. B., en representación de Fábrica Española de Confecciones, S.A. (en lo sucesivo, FECSA), contra la exclusión de su oferta en la licitación convocada por la División Económica y Técnica del Cuerpo Nacional de Policía para la adjudicación del contrato de adquisición de chalecos antibala de uso interno (expediente 010/12/AR/02), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 13, 18 y 20 de septiembre de 2012, respectivamente, se convocó licitación, mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, para la *“Adquisición de un número estimado de 19.991 chalecos antibala de uso interno (dividido en cuatro anualidades), con destino al Cuerpo Nacional de Policía”*, con un valor estimado de 7.996.400 euros, a la que presentaron oferta tres empresas, entre ellas la que ahora recurre.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSLP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Real Decreto 814/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. El 8 de noviembre de 2012, en el acto de apertura de las ofertas económicas, se entrega a los asistentes el informe técnico que daba cuenta de que las muestras aportadas por FECSA no cumplían con las condiciones exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), por lo que la Mesa de contratación acordó su exclusión.

En el informe se concluía que las muestras presentadas por FECSA no cumplen con los siguientes puntos del PPT:

- **Punto 3.3 del PPT. Tejido de la funda protectora de humedad.** El peso requerido es de $130 \text{ g/m}^2 \pm 5 \%$, y según el certificado de AITEX aportado por FECSA, el peso del chaleco presentado, es de 138 g/m^2 , *“lo que, en virtud de lo dispuesto en el último párrafo del punto 5.2.3 del PPT, supone la eliminación del chaleco”*.
- **Punto 5.8 del PPT. Resistencia a bajas temperaturas.** El PPT establece que el número de capas perforadas, en el ensayo definido en el punto 5.8, debe ser menor o igual al 40% del total de capas. La realización de esta prueba en el Laboratorio del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial, sobre una de las muestras presentada por FECSA, *“ha dado como resultado la perforación de 16 capas de las 37 que se compone, lo que corresponde a un valor de 43,24% de capas perforadas y supone la eliminación del chaleco”*.

En el acta de la Mesa de contratación se hace constar que: *“Al término de la lectura del Informe Técnico, D. Antonio Ballesteros, Director Técnico de la empresa FECSA, S.A. ha solicitado información sobre alguno de los parámetros que incumplen las muestras de la empresa, siendo respondido por el representante del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial, tras lo cual no ha habido ninguna alegación.”*

En reunión inmediata de la Mesa de contratación, se acordó proponer como adjudicataria a la única empresa admitida, FEDUR, S.A. (en adelante, FEDUR).

Cuarto. El 16 de noviembre de 2012, tras petición previa, FECSA toma vista del expediente. Del resultado de la visita se levantó acta por el Secretario de la Mesa. Según consta en ese acta, comunicó que *“el motivo de la exclusión..., es el incumplimiento de uno de los parámetros... de los exigidos en el apartado 3, concretamente el 3.3, <Tejido de la funda protectora de humedad>, del Pliego de Prescripciones Técnicas, independientemente de los análisis efectuados posteriormente por el Laboratorio del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial de la DGP”*.

Quinto. El 20 de noviembre, FECSA presentó a la Mesa de contratación escrito de alegaciones solicitando la admisión de su oferta; indicaba que, de no ser atendida su

petición, el escrito debía ser considerado como anuncio de interposición de recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. El 23 de noviembre se le comunica a FECSA que, en la reunión del día anterior, la Mesa *“ha acordado no admitir las alegaciones expuestas..., manteniendo el criterio expresado en su sesión de 8 de noviembre... Así mismo, la Mesa toma en consideración el anuncio hecho..., en el sentido de tener anunciada la interposición de recurso ante el Tribunal...”*. Finalmente, el 26 de noviembre de 2012, la representación de FECSA presenta en el registro del Tribunal el recurso anunciado contra su exclusión.

Sexto. Con fecha 29 de noviembre de 2012, se recibió en este Tribunal el expediente administrativo, acompañado del correspondiente informe del Órgano de contratación. Ese mismo día, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Así lo ha hecho FEDUR, empresa propuesta como adjudicataria.

Séptimo. Con fecha 5 de diciembre de 2012, el Tribunal decide ordenar la suspensión del procedimiento de acuerdo con lo previsto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se recurre la exclusión en la licitación de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

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

Tercero. La empresa FECSA concurrió a la licitación, de la que fue excluida por la Mesa de contratación. Debe entenderse, en consecuencia, que está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Cuarto. El acto impugnado es el acuerdo de la Mesa de contratación de 8 de noviembre de 2012, por el que se excluye a la recurrente de la licitación, acto expresamente declarado como recurrible por el artículo 40.2.b) del TRLCSP.

Quinto. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Sexto. La recurrente FECSA considera que su exclusión no es conforme a Derecho porque:

- Respecto al **punto 3.3 del PPT**, de especificaciones del *tejido de la funda protectora de humedad*, considera que su oferta cumple con lo establecido. En el certificado de AITEX que consigna un peso de 138 g/m² de la masa laminar de la funda protectora hay que tener en cuenta el valor de “+/- 2 g/m², que es la incertidumbre, estimación cuantitativa del error que está presente en todo tipo de resultados de análisis cuantitativo”. El hecho de que en el certificado inicial aportado por FECSA se consignase sólo el dato de 138 g/m² y no 138 g/m² +/- 2 g/m², “no es más que un mero defecto formal susceptible de subsanación”. Por tanto, el valor a considerar estaría ente 136 y 140 g/m². Lo requerido en el PPT es un peso de 130 g/m² +/- 5%, es decir, un peso comprendido entre 123,5 y 136,5 g/m². De acuerdo con las Directrices de la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) para informar sobre el Cumplimiento con Especificaciones, en un caso así, “una declaración apropiada para cubrir estas situaciones podría ser <No es posible declarar cumplimiento o no-cumplimiento>”, pero, en ningún caso, afirmar, como hace el informe técnico, que la funda “no cumple” con lo exigido en la cláusula 3.3 del PPT.
- El peso de la Funda Protectora es irrelevante a los efectos del confort, seguridad y funcionalidad del chaleco, puesto que lo que se quiere adquirir son “chalecos con un nivel de protección III, capaces de proteger a los miembros del Cuerpo Nacional de Policía frente a ciertos calibres, punzones y cuchillas expresados en la cláusula 4 del PPT, sin entorpecer el ejercicio de sus funciones, extremo éste último que, en ningún caso, dependerá del peso de la funda, sino del peso total del chaleco (los chalecos se usan completos y no por partes)”.
- En cuanto al **punto 5.8 del PPT, relativo a la resistencia a bajas temperaturas**, “en los ensayos realizados por AITEX..., como laboratorio acreditado por la ENAC, al contrario de lo que sucede con el Laboratorio del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial que no está acreditado, la perforación, en el peor de los casos,

fue... muy por debajo del límite establecido por los Pliegos”. El PPT se refiere a los resultados de las pruebas del Laboratorio a los efectos de valoración de las ofertas, por lo que “comparando los resultados obtenidos por AITEX y los reflejados en el informe técnico es obvio que no sería posible basar la exclusión de la oferta presentada en las pruebas llevadas a cabo por el Laboratorio de Armamento del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial”.

Considera también que la oferta de FEDUR, propuesta como adjudicataria, “podría no haberse ajustado a Derecho”, dado que “aporta hasta 4 certificados distintos para acreditar el cumplimiento de los mínimos exigidos...La existencia de una pluralidad de certificados hace imposible asegurar que los materiales sobre los que se realizaron los distintos ensayos reunían las mismas características y son equivalentes a los presentados a la licitación”.

Por último, señala que “el procedimiento seguido por la Mesa de contratación para la exclusión de la oferta presentada por FECSA presenta importantes irregularidades. Así califica el que “el día fijado para la apertura de las ofertas se aporta un informe técnico” y también que “en el escrito de contestación al escrito presentado por FECSA la Mesa se limita a señalar que no acoge las alegaciones formuladas por mi representada ratificándose en su posición, sin la más mínima referencia a los motivos..., lo que produce una absoluta indefensión”.

Séptimo. Por su parte, en el informe emitido por el órgano de contratación se alega que:

- La especificación del punto 3.3 es de $130 \text{ g/m}^2 \pm 5\%$, por lo que los valores admisibles estarían entre 123,5 y 136,5 g/ m², “que establecerían el intervalo de tolerancia de la especificación”. De acuerdo con las indicaciones de la Norma UNE-EN ISO 14253-1:1999, cuya Parte 1 se refiere a las *Reglas de decisión para probar la conformidad o no conformidad con las especificaciones (ISO 14253-1:1998)*, entiende que “para efectuar la verificación respecto a una especificación (intervalo de tolerancia) a sus límites admisibles, hay que aplicarle la incertidumbre del resultado de la medida de verificación, en el sentido de reducir ese intervalo de tolerancia, para aumentar la seguridad de la decisión, obteniendo la definitiva zona de conformidad”. Puesto que, en este caso, la incertidumbre de resultado es de 2 g/m², los límites que definen la

zona de conformidad pasarían a ser $(123,5 + 2) \text{ g/m}^2$ y $(136,5 - 2) \text{ g/m}^2$, es decir 125,5 y $134,5 \text{ g/m}^2$, *“dentro de los cuales se debería encontrar el resultado de la medida, que, como es de 138 g/m^2 habría que concluir que no cumple”*. En cuanto a las Directrices de ENAC sobre el Cumplimiento con Especificaciones, la recurrente omite que en su punto 5.3, cuando se requiere que se tome una decisión relativa a la aprobación o rechazo, para un caso como el que se debate, puede ser establecido *“como no cumplimiento con el límite de la especificación”*.

- Respecto a la relevancia del peso de la funda de protección antihumedad, entiende, y *“así se refleja en el PPT, que el peso de cada componente del chaleco, al igual que sus características, es importante con independencia del porcentaje que pueda afectar al peso total de la prenda”*. Por otra parte, es el órgano de contratación quien fija las características que estima necesarias para el material a adquirir, y si la recurrente consideraba irrelevante algún aspecto, debió haber recurrido en su momento el PPT.
- En cuanto a la resistencia a la perforación a bajas temperaturas (punto 5.8 del PPT), la prueba realizada en el laboratorio del servicio dio como resultado la eliminación del chaleco como se recoge en el antecedente tercero, aunque bastaría con el incumplimiento del punto 3.3 del PPT. Por lo demás, los resultados de las pruebas realizadas en el laboratorio, además de para la valoración de las ofertas, sirven también para determinar si se encuentran defectos críticos, de modo que *“que si en las pruebas balísticas realizadas en el laboratorio del Servicio de Armamento y Equipamiento Policial se produjesen perforaciones, traumas elevados o cualquier otro de los defectos definidos como críticos en el PPT llevaría la exclusión de la oferta”*.

Entiende también el Órgano de contratación que los certificados presentados por FEDUR están emitidos por el organismo de control que se requiere y no hay objeciones que plantear a los mismos.

Por último, no hay irregularidad alguna en el hecho de que en el primer acto público se facilitara el informe técnico, antes de la apertura de las ofertas económicas de las empresas cuyas muestras fueron consideradas aptas. Era así *“por ser el primer y único acto público convocado en el anuncio de publicación del procedimiento, que tiene lugar*

tras la apertura de las muestras y además por ser preceptivo, según el art. 150 y siguientes del TRLCSP, el conocimiento de la puntuación obtenida por cada empresa en los aspectos técnicos valorables, con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas”. Sobre la falta de motivación de la respuesta de la Mesa a las alegaciones de FECSA, señala que “el acto de trámite que impide la continuación de esta empresa en el procedimiento es el Informe Técnico emitido por el Servicio de Armamento y Equipamiento Policial y suscrito por la Mesa de Contratación, al considerar sus muestras como no aptas, lo que queda debidamente motivado en el Informe”.

Octavo. Finalmente, en las alegaciones presentadas por FEDUR se expone que:

- Los requerimientos del apartado 3.3 del PPT para la funda protectora antihumedad, ya establecen *“una tolerancia de +/- 5% a la que FECSA pretende añadir otro factor de incertidumbre de forma no prevista en los pliegos, en los que se objetiva de forma concreta el peso máximo que ha de estar certificado”*. Acompaña informe técnico que confirma que también con las Directrices de ENAC, la oferta de FECSA hay que calificarla *“como NO CUMPLIMIENTO con el límite de la especificación”*.
- De acuerdo con el apartado 5.8 del PPT *“resistencia a bajas temperaturas”* las muestras de FECSA no superaron el mínimo exigido, lo cual implica su eliminación en aplicación de lo establecido en el punto 5.2.3 del PPT.
- Los certificados presentados por FEDUR cumplen los requisitos exigidos en el PPT y *“no se entienden los razonamientos que critican ese extremo, cuando FECSA presenta también una pluralidad de certificados AITEX... para intentar acreditar que su producto reunía las condiciones técnicas exigidas”*.

Noveno. La cuestión de fondo que se plantea es si la exclusión de la oferta de FECSA está fundamentada. Respecto a los motivos de exclusión, el PPT establece en el punto 2.2, relativo a las certificaciones aplicables que *“los chalecos de la muestra que se presentan a Procedimiento Abierto se ajustarán y cumplirán, como mínimo, las exigencias de este Pliego, por lo que los ofertantes deberán aportar un Certificado expedido por el Instituto Tecnológico AITEX, u otro organismo de control notificado, adjuntando el protocolo de las pruebas, los resultados, la normativa aplicada y las observaciones pertinentes, todo lo cual deberá ajustarse de forma estricta a lo contemplado en este*

Pliego". Y en el punto 2.3, añade que las muestras "que no cumplan con el mínimo exigido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, se considerarán no aptas siendo excluidas del presente Procedimiento".

Sobre el primer motivo de exclusión, relativo al cumplimiento de las características exigidas para el *Tejido de la funda protectora de humedad* en el punto 3.3 del PPT, éste señala que, entre otras propiedades relativas al tejido o la resistencia, el peso requerido es de "130 g/m² ± 5%". La alegación de FECSA de que tal exigencia es irrelevante, debe ser rechazada puesto que, al presentar su proposición, aceptó las normas y bases del procedimiento de licitación, de acuerdo con lo que establece el artículo 129.1 del TRLCSP.

En cuanto a su alegación de que cumple con tal exigencia, si se tiene en cuenta el margen de incertidumbre de $\pm 2 \text{ g/m}^2$, también ha de ser rechazada. Con independencia de que en el certificado aportado no se incluía esta referencia, aún teniendo en cuenta el margen de error, el valor de 138 g/m² ± 2 g/m² está fuera del intervalo de tolerancia especificado en el PPT. Y ello, tanto sea porque ese intervalo haya que reducirlo con el margen de incertidumbre para definir la zona de conformidad (125,5 a 134,5 g/m²), como indica el Órgano de contratación en su informe, o porque, como señalan las propias Directrices de ENAC a que hace referencia la recurrente, para un caso como el que se debate el criterio es de *no cumplimiento*.

Puesto que, para estar eliminados basta con el incumplimiento del punto 3.3 del PPT, es innecesario entrar a considerar si es conforme con lo establecido en los pliegos la exclusión de la recurrente por incumplir también las exigencias mínimas requeridas respecto a la resistencia a bajas temperaturas a que se refiere el punto 5.8 del PPT.

Décimo. Tampoco se pueden tomar en consideración las alegaciones de la recurrente sobre los certificados aportados por la empresa propuesta como adjudicataria. El órgano de contratación aceptó los certificados aportados, emitidos por AITEX y referidos al modelo de chaleco presentado. Nada hay en los pliegos donde se establezca el número de certificados a presentar, sino el de características a certificar. No se advierte incumplimiento alguno por el hecho de que FEDUR presentara distintos certificados para

características diferentes, mientras que la recurrente lo hizo con un único certificado relativo a una pluralidad de características.

Undécimo. La recurrente considera como una irregularidad la falta de motivación en la respuesta de la Mesa de contratación al escrito de alegaciones presentado el 20 de noviembre al que se ha hecho referencia en el antecedente quinto. En puridad, dicho escrito es el anuncio previo de interposición del recurso especial en materia de contratación, al que, ni la Mesa ni el Órgano de contratación al que debió ir dirigido, deben responder en este trámite. Por lo demás, la exclusión de FECSA está motivada en el informe técnico, cuyas conclusiones, pero no su falta de motivación, son precisamente el objeto del recurso. Por tanto, la alegación de falta de motivación también debe ser rechazada.

Duodécimo. Incidentalmente, sin más argumentación, la recurrente también considera como una irregularidad en el procedimiento que *“el día fijado para la apertura de las ofertas se aporta un informe técnico”*. Pero el anuncio de licitación establece claramente el día fijado para la apertura de muestras y sobre de oferta técnica (el 31 de octubre), y el día de apertura de la oferta económica (el 8 de noviembre). Así se hizo, y está acreditado en las actas de la Mesa. El 31 de octubre, en sesión pública, se procedió a abrir las ofertas técnicas (muestras, memoria técnica y certificados) aportadas por las tres licitadoras y se acordó *“solicitar al Servicio de Armamento y Equipamiento Policial, el correspondiente Informe Técnico”*; a la vista del mismo, se procedió a la apertura pública de las ofertas económicas de las empresas admitidas el día 8 de noviembre de 2012.

No se advierte irregularidad alguna en el procedimiento seguido, sino, por el contrario, un escrupuloso respeto por lo establecido en el artículo 160 del TRLCSP relativo al examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación, y en los artículos 27 y 30 del Real Decreto 817/2009, relativos a la apertura de los sobres de documentación técnica cuya ponderación depende de un juicio de valor y a la práctica de valoración.

Por todo ello, este Tribunal,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. C. C. B., en representación de Fábrica Española de Confecciones, S.A., contra la exclusión de su oferta en la licitación convocada por la División Económica y Técnica (Cuerpo Nacional de Policía) para la adjudicación del contrato de adquisición de chalecos antibala de uso interno.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 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 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.