



**Recurso nº 010/2013**

**Resolución nº 049/2013**

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

En Madrid, a 30 de enero de 2013.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.D.O.P., en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A., contra la Resolución de adjudicación de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa en la licitación del "*Acuerdo Marco para la adquisición centralizada de munición de cartuchería calibre 5,56 x 45 mm eslabonada en el ámbito del Ministerio de Defensa*" (Expediente nº 6.0.01.12.0004.00), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa convocó, mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el BOE y en el DOUE, en su configuración final los 16, 18 y 20 de octubre de 2012, respectivamente, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto un acuerdo marco para la adquisición centralizada de munición ligera 5,56 x 45 mm eslabonada, en la que presentó oferta, entre otras, la mercantil EXPAL SYSTEMS, S.A. (EXPAL). El valor estimado del contrato se cifra en 3.392.000 euros.

**Segundo.** La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los Ámbitos de la Defensa y de la Seguridad (LCSPDS), en lo que resulta de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLGSP) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre y demás normas de desarrollo.

**Tercero.** Tras la apertura y lectura en acto público de las ofertas admitidas, el 31 de octubre el asesor técnico emitió el correspondiente informe de evaluación de las ofertas presentadas, complementado por otro de 22 de noviembre. Se valoraron los criterios *“de los que se tenía una evidencia objetiva que acreditara la veracidad de lo que se afirmaba por parte de cada una de las empresas, no dándose por válidas aquellas informaciones que no tenían soporte documental o que, con los medios de que se disponía en el Ministerio, se pudieran validar,...”*.

A la vista del informe del asesor técnico, la Junta de Contratación del Mº de Defensa, en su reunión de 12 de diciembre de 2012, acordó por unanimidad la adjudicación del acuerdo marco a FIOCCHI MUNIZIONI SPA (FIOCCHI), por presentar la oferta económicamente más ventajosa. La adjudicataria obtuvo una puntuación total de 58,5715 puntos y la recurrente, de 47,2718. El acuerdo se notificó a los licitadores el 26 de diciembre.

**Cuarto.** Contra dicho acuerdo, EXPAL SYSTEMS, S.A. ha interpuesto recurso especial en materia de contratación mediante escrito presentado ante este Tribunal el día 10 de enero de 2013, anunciado el mismo día al órgano de contratación. Solicita que se anule la Resolución de adjudicación y se le otorgue el contrato.

**Quinto.** Recabado del órgano de contratación el expediente, éste lo remitió al Tribunal el día 16 de enero de 2013 junto con el correspondiente informe. Concluye que el expediente se ha tramitado respetando plenamente los preceptos legales y reglamentarios y solicita, por los perjuicios que se pueden derivar de la suspensión del acuerdo de adjudicación, la constitución por la recurrente de caución o garantía suficiente para responder de los mismos.

**Sexto.** El 17 de enero, el Tribunal acordó mantener la suspensión en la tramitación del expediente producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP. En la misma fecha, la Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a las empresas que habían presentado oferta a la licitación para que formularan las alegaciones que estimasen oportunas. Así lo ha hecho FIOCCHI para solicitar la desestimación del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** El presente recurso, se interpone contra el acuerdo de adjudicación en un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso cuya resolución corresponde a este Tribunal de conformidad con los artículos 59 de la LCSPDS y 40 y 41 del TRLCSP.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión de la recurrente de que se ordene la adjudicación del contrato a su favor. Como hemos señalado en numerosas resoluciones anteriores (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical...”*. Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

**Segundo.** El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido y por persona legitimada para ello, al haber concurrido a la licitación.

**Tercero.** La empresa EXPAL SYSTEMS, S.A. fundamenta su recurso en que se le debieron asignar los 12 puntos que le correspondían por cumplir con el nivel 3.a) del subcriterio técnico de munición trazadora. Manifiesta que *“el órgano de contratación, para la aplicación de los criterios objetivos de adjudicación..., exigió una prueba documental referida a la valoración técnica de la munición trazadora -cuyo suministro constituía una parte del objeto contractual- que no había sido solicitada ni por el PCAP ni el PPT... Por el contrario, los Pliegos prohibieron cualquier posibilidad de aportarla si se dispusiera de ella por relaciones con terceros subcontratistas... La Resolución que se recurre, que niega sin fundamento objetivo toda credibilidad a las manifestaciones realizadas por EXPAL SYSTEMS, S.A. en el Modelo de Proposición Económica y Técnica, en el que respondió, tal y como se le pedía escuetamente en el PCAP, con un Sí a la disposición de dichos documentos, ha impedido también que tales manifestaciones pudieran ser probadas a posteriori...”*.

**Cuarto.** El órgano de contratación, por su parte estima que *“el PCAP no establece ninguna prohibición de aportar documentación justificativa, ni tampoco se prohibía a las empresas licitadoras que pudieran acreditar que disponían de determinados elementos valorables gracias a acuerdos con terceros...”*. Entiende, asimismo, que *“no puede valorar los criterios objetivos para la adjudicación de un contrato,... sin que existan elementos suficientes que le permitan acreditar la veracidad de lo afirmado, y que lo contrario resultaría un absurdo legal”*. Por último, considera que *“una vez abierta la primera proposición, no puede hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas”*.

**Quinto.** Por su parte, FIOCCHI alega que no resulta admisible que se valore el criterio técnico nivel 3.a) como pretende la recurrente, ya que esto redundaría en una infracción del principio de igualdad de trato de los licitadores. Tampoco puede fundamentarse en el PCAP la falta de presentación por parte de la recurrente de los documentos acreditativos del cumplimiento de los criterios técnicos de valoración, máxime cuando EXPAL SYSTEMS, S.A. fue *“la única entidad de las cuatro que licitaron que no aportó documentación alguna que acreditase los criterios técnicos de valoración”*. Considera además que *“si se admitiese una posible confusión por parte de EXPAL SYSTEMS, S.A. en la interpretación del PCAP esto significaría presuponer que la falta de aportación de los documentos acreditativos de los criterios técnicos fue la consecuencia de un error de buena fe, cuando no se tienen pruebas fehacientes de que así sea. En efecto, puede ser perfectamente posible que EXPAL SYSTEMS, S.A. no contase con la documentación que manifestó tener meses después del vencimiento del plazo para la presentación de las ofertas... De estimarse el recurso presentado por EXPAL SYSTEMS, S.A. se le estaría dando una nueva oportunidad para acreditar unos criterios técnicos que debía cumplir en el momento de vencimiento de la presentación de las ofertas”*.

**Sexto.** A fin de enmarcar debidamente la cuestión, conviene analizar las disposiciones de los pliegos respecto a la presentación y valoración de las ofertas.

La cláusula 17 del Pliego de Cláusulas Administrativas (PCAP), relativa a la presentación de proposiciones, establece que se hará en dos sobres, el sobre nº 1 con la documentación general y el sobre nº 2 *“Proposición económica”*, para el que se indica simplemente que deberá estar *“ajustada al modelo de la cláusula 15”*.

El modelo de proposición que se establece en esa cláusula 15 es un modelo de ficha, donde en lo relativo al criterio técnico, recoge los distintos subcriterios y niveles de valoración, para cada uno de los cuales el licitador debe limitarse a indicar “S” o “No” cumple o dispone del requisito expresado; añade que “*si no se indica nada, se entenderá como <NO>*”. Respecto al nivel 3.a del subcriterio técnico en debate, indica:

2.2. Subcriterio técnico MUNICIÓN TRAZADORA	Indicar:
Nivel 3.a Estar en posesión de un número de diseño OTAN con pruebas de producción certificadas en un plazo inferior a dos años (o tener un documento del Superintendente de uno de los dos Centros Regionales de ensayos solicitando la asignación de un número de diseño OTAN por haber superado satisfactoriamente las pruebas de cualificación en el Centro)	<input type="checkbox"/> SI / <input type="checkbox"/> NO

En el anexo 2 del PCAP se detallan los criterios objetivos de valoración -con idéntica redacción a la del modelo de proposición- la ponderación de cada uno y la fórmula a emplear (criterio de precio) y los puntos a asignar automáticamente (según el nivel en el criterio técnico y, según el compromiso en cuanto a la revisión de precios). El nivel 3.a) se valora con 40 puntos y una ponderación del 30%, correspondiente al criterio técnico.

En la cláusula 2.1.3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), se indica que “*En los cartuchos trazadores, se valorará el nivel de calidad documentada que hayan adquirido (Homologación, haber superado en algún Centro Regional de Ensayos-ERTC o NARTC- las correspondientes pruebas de producción y tiempo desde que se probó el último lote, validación en países de origen....).*”

Se advierte, por tanto, una cierta contradicción entre lo indicado en los pliegos respecto a la presentación de las ofertas. En el PCAP se establece que la documentación que debe contener el sobre nº 2 es la “*proposición ajustada al modelo de la cláusula 15*”. En cambio, en el PPT se indica que se valorará “*el nivel de calidad documentada*”.

Por otra parte, la cláusula 40 del PCAP, relativa a la “*cesión y subcontratación*”, indica que: “*... De conformidad con lo previsto en el artículo 61 LCSPDS, los licitadores NO DEBERÁN indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial,... de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.*”

El artículo 61 de la LCSPDS al que se hace referencia indica que “...*el órgano de contratación podrá exigir en el pliego de cláusulas administrativas particulares que los licitadores especifiquen en su oferta el porcentaje y la parte o partes del contrato que tienen intención de subcontratar, los subcontratistas con los que tengan previsto hacerlo...*”. También aquí se introduce un cierto elemento de confusión. El “*podrá exigir*” de la LCSPDS, se ha transformado en el PCAP en “*no deberán*”. El párrafo en cuestión, tiene sentido si se obligara (“*deberán*”) a indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, tal como autoriza el artículo 61 citado. Al no hacerlo así, lo correcto habría sido suprimir ese párrafo o señalar, como se hace en otras cláusulas, que “*no procede*” su aplicación. Pero, como alega la recurrente, el empleo del imperativo (“*no deberán*”) se puede interpretar como una prohibición de identificar a los posibles subcontratistas.

**Séptimo.** La recurrente cumplimentó su proposición de acuerdo con lo establecido en el PCAP, indicando que Sí cumplía el nivel 3.a) del subcriterio técnico para la munición trazadora. Pero no fue objeto de valoración por no haber aportado documentación justificativa, ni haber podido comprobarlo el asesor técnico a través del portal oficial de la OTAN. Por parte de la Junta de Contratación no se consideró admisible, una vez adjudicado el acuerdo marco, la recepción de documentos que no habían sido presentados en su momento.

La primera cuestión a dilucidar es si la recurrente debió presentar con su oferta la documentación justificativa o la información que permitiera comprobar que cumplía con el nivel 3.a) del subcriterio técnico.

Como se deduce de lo señalado en el fundamento anterior, las cláusulas de los pliegos no son claras, ni respecto a la obligación de acompañar la documentación acreditativa de la propuesta técnica, ni sobre la posibilidad de identificar a un posible subcontratista. Sobre la “*oscuridad*” de los pliegos, este Tribunal ya se ha manifestado en numerosas resoluciones (como referencia, la Resolución 49/2011, de 24 de febrero), en el sentido de que las dudas que ofrezca la interpretación de los pliegos, si no es posible resolverlas de acuerdo con las previsiones de las normas indicadas en el fundamento segundo, debe seguirse el criterio establecido en el artículo 1.288 del Código Civil, que exige que tal interpretación “*no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”.

**Octavo.** Una vez confirmada la posibilidad de interpretación de los pliegos, en el sentido que lo ha hecho la recurrente, de que no obligaban a incluir la documentación justificativa de la oferta técnica, analizaremos seguidamente si esa documentación es posible presentarla en un momento posterior a la apertura de las proposiciones o si, por el contrario, supondría una alteración de la proposición inicial y no debe admitirse.

Para resolver la cuestión debemos acudir a las previsiones legales respecto a la subsanación de defectos o deficiencias. En este sentido, el artículo 81 del RGLCAP se refiere exclusivamente a la subsanación de los defectos u omisiones que se aprecien en la documentación administrativa (sobre nº 1, en nuestro caso). En su apartado segundo establece que *“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”*.

Para aplicar por analogía ese precepto a la documentación relativa a la oferta, tal como ha hecho en algunas ocasiones la Jurisprudencia, los defectos u omisiones a subsanar deben ser de carácter puramente formal o material. Como ha señalado este Tribunal al resolver sobre este tipo de cuestiones (como referencia, la Resolución 151/2012, de 19 de julio), *“esto es lógico pues, de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas después de haber sido presentadas, y tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompería frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los artículos 1 y 139 del TRLCSP”*.

En esa Resolución se cita extensamente la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en respuesta a una petición de decisión prejudicial, cuyo objeto es la interpretación de una serie de artículos de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta sentencia admite que el artículo 2 de la Directiva no se opone a que *“excepcionalmente, los datos relativos a la oferta*

*puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta”.*

En el caso que nos ocupa, el licitador ahora recurrente presentó su proposición técnica en el modelo solicitado en el PCAP, donde indicaba que cumplía con el nivel 3.a) del subcriterio técnico para la munición trazadora. Si no acompañó la documentación que lo justifica no se debió a una falta de diligencia, sino a la oscuridad de los pliegos señalada en el fundamento anterior. Su pretensión de que se admita esa documentación debe aceptarse pues no altera su proposición ni, por tanto, resulta contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación, siempre y cuando la misma la tuviera disponible en el momento de presentación de su oferta.

Por todo lo anterior,

**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 D. J.D.O.P., en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A., contra la Resolución de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa de adjudicación del "*Acuerdo Marco para la adquisición centralizada de munición de cartuchería calibre 5,56 x 45 mm eslabonada en el ámbito del Ministerio de Defensa*" y retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas al objeto de que, de acuerdo con los criterios expuestos en esta resolución, se tenga en cuenta la documentación no aportada que verifique lo manifestado en la oferta técnica.

**Segundo.** Levantar la suspensión del expediente de contratación, al amparo de 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 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.