



Recurso nº 367/2013

Resolución nº 323/2013

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

En Madrid, a 30 de julio de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.M.V. y D.^a C.M.P., en representación de SERVICIOS LOGISTICOS INTEGRADOS SLI., S.A. y D. P.D.C., en nombre y representación de EMS SHIP SUPPLY SPAIN, S.A. contra la resolución de la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes por la que se acuerda la adjudicación del contrato de Suministro abierto víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada (expediente nº 417/2012), este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección de Abastecimiento y Transportes de la Armada convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el 17 de diciembre de 2012 y enviado el 3 de diciembre al Diario Oficial de la Unión Europea, licitación para contratar, por procedimiento abierto, tramitación ordinaria y sujeto a regulación armonizada, el suministro abierto víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada (expediente nº 417/2012), con un valor estimado de 20.500.000,00 euros, procediéndose, del mismo modo, a darle publicidad a través del Perfil de Contratante.

Segundo. La licitación se desarrolló de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (TRLCSP) y demás legislación aplicable.

Tercero. Con fecha de 4 de febrero, concluyó el plazo para la presentación de ofertas y se certificó que concurrían tres licitadoras: la UTE EMS SHIP SUPPLY Y UTI SLI, S.A.; la UTE UCALSA, S.A. Y PAREDES Y CIA, S.L. y la UTE REVILLA E INDUSTRIAS CÁRNICAS LOS NORTEÑOS S.A./ARANDI ILLESCAS, S.A.

Cuarto. El 12 de febrero de 2013 la mesa de contratación de la DAT procedió a la apertura de los sobres que contenían las proposiciones económicas. A continuación el Sr. Presidente de la mesa comunicó a los asistentes al acto público que se iba a solicitar un informe técnico, previo a elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicación del presente expediente, en aplicación de los criterios objetivos.

Quinto. El 22 de marzo de 2013, reunida la mesa de contratación, acordó, por unanimidad: “Proponer al órgano de contratación la adjudicación del presente expediente 417/2012 CONTRATO DE SUMINISTRO ABIERTO DE VÍVERES PARA BUQUES, UNIDADES E INSTALACIONES DE LA ARMADA a la UTE formada por las empresas UCALSA, S.A. (Unión Castellana de Alimentación) y PAREDES Y CIA, S.L., al haber obtenido la mayor puntuación según los criterios objetivos de valoración de las ofertas indicados en el PCAP y PPT.

Sexto. El órgano de contratación, a la vista de la documentación presentada por el licitador adjudicatario, constató que el aval complementario lo era de fecha de 9 de abril y fue depositado ese mismo día en la Caja General de Depósitos, esto es, una vez finalizado el plazo para la presentación (10 días hábiles) que venció el 5 de abril, lo que determinó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se acordara tener por retirada la oferta de la UTE UCALSA/PAREDES dado que no se había cumplimentado adecuadamente el requerimiento de documentación en lo tocante a la constitución de la garantía definitiva y, por tanto, en dicho acto resolvió recabar la misma documentación al licitador siguiente por el orden que habían quedado clasificadas las licitadoras.

Séptimo. Contra el acuerdo de exclusión se interpuso recurso ante este Tribunal, el cual, mediante Resolución nº 225/2013, de 12 de junio, fue estimado, declarándose la nulidad del acuerdo de exclusión y ordenando la retroacción de actuaciones al momento de considerar debidamente cumplimentado por la recurrente el requerimiento del artículo 51 del TRLCSP, acordándose, en consecuencia, la adjudicación del contrato a favor de la misma

Octavo. Contra la resolución de adjudicación dictada en cumplimiento de la Resolución 225/2013 de este Tribunal se ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley

de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Noveno. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes en fecha 19 de julio de 2013, habiendo ejercido su derecho la UTE UCALSA, S.A. Y PAREDES Y CIA, S.L. para oponerse al recurso y la UTE REVILLA E INDUSTRIAS CÁRNICAS LOS NORTEÑOS S.A./ARANDI ILLESCAS, S.A. para solicitar la anulación de la resolución de adjudicación y, alternativamente, la anulación del expediente.

Décimo. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 24 de julio de 2013, acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo establecido en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de forma que, según lo previsto en el artículo 47.4 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, siendo, por ello, susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. En cuanto al fondo del asunto, la recurrente fundamenta la impugnación de la resolución de adjudicación con base en los siguientes motivos: procedencia de la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario por no ajustarse a las prescripciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al no presentar todas las fichas técnicas; no procede considerar contraria a la documentación administrativa la ficha de “pechuga de pavo congelado” por ella presentada, procediendo una nueva valoración de las ofertas; la nulidad de la cláusula 7.5.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, dada la interpretación de la misma por el órgano de contratación al aplicarla; y la procedencia de la exclusión de todas las ofertas al no cumplirse los requisitos mínimos exigidos por la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por no cumplir con los requisitos mínimos de las Especificaciones Técnicas de Subsistencias (ETS) para todos los productos o, en defecto de ETS aplicable, las características establecidas en las fichas Número OTAN de Catálogo (N.O.C.).

Sexto. El órgano de contratación, en el informe emitido el 19 de julio de 2013 suscrito por el Jefe de la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes, sostiene que el recurso debe ser desestimado por los siguientes motivos: la cláusula 7.5.2 del pliego no establece la exclusión de un licitador por la existencia de defectos en las fichas técnicas; no existe contradicción ni oscuridad en las cláusulas del pliego que definen el producto “pechuga de pavo congelado”, únicamente sucede que el producto ofertado por el recurrente no ha sido el solicitado en el pliego; y, por último, los factores de calidad serán verificados tras la formalización del contrato.

Séptimo. En cuanto a la primera alegación de la recurrente, relativa a la procedencia de la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario por no ajustarse a las prescripciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al no presentar todas las fichas técnicas, debe analizarse la cláusula 7.5 del pliego de cláusulas administrativas particulares que establece los criterios de valoración de las ofertas y, en particular, de su apartado 2.

A estos efectos, cabe traer a colación la Resolución 253/2011 de este Tribunal que, en relación con la interpretación del contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, reconoció que” Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido del pliego de cláusulas aquí discutidas”. Tesis que ha sido reiterada recientemente en la Resolución nº 153/2013 dictada en el recurso nº 172/2013.

Pues bien, la cláusula 7.5.2 del pliego establece como criterio de valoración “la calidad de los artículos a suministrar”. Este criterio de valoración no se aplica sobre la totalidad de los artículos objeto del suministro, sino sobre una muestra representativa de 30 artículos seleccionados por sus características e importancia de los relacionados en el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, anexo que relaciona los 532 artículos identificados por número OTAN de catálogo (NOC) de los Artículos de Subsistencia de mayor consumo a efectos de la oferta económica, (Lista 2).

La obtención de puntuación por este criterio de adjudicación se condiciona al cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las Especificaciones técnicas de Subsistencias (ETS), siendo, consecuentemente, objeto de valoración la mayor calidad con respecto de esos factores mínimos de calidad.

Por último, para valorar la calidad de dichos artículos el pliego previene que los licitadores presentarán las fichas técnicas de fabricación de los artículos, que permitan corroborar su cumplimiento.

De esta cláusula del pliego resulta que las fichas técnicas de fabricación se han de presentar por los licitadores a los efectos de poder valorar el criterio de adjudicación relativo a la calidad de los artículos a suministrar seleccionados en el propio pliego, por tanto, la presentación defectuosa o la falta de presentación de alguna de aquellas fichas supondrá que la oferta del licitador no obtenga ningún punto de los posibles para este criterio.

Sin embargo, atendiendo al tenor literal de la cláusula 7.5.2 debe concluirse que la misma no establece, ni cabe deducirlo, que la falta de presentación de las fichas de fabricación determine la exclusión de la oferta, resultado que tampoco es el previsto en otros apartados del pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, como pone manifiesto el órgano de contratación en su informe, la falta de presentación de la ficha técnica de alguno de los artículos seleccionados para la aplicación del criterio de adjudicación relativo a la calidad, no supone la exclusión del licitador sino la no obtención de puntuación con respecto de dicho criterio.

Consecuentemente, debe rechazarse la alegación hecha por la recurrente relativa a la procedencia de la exclusión de la oferta presentada por el adjudicatario por no ajustarse a las prescripciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al no presentar todas las fichas técnicas.

Octavo. Alega, asimismo, el recurrente que no procede considerar contraria a la documentación exigida en los pliegos, la ficha de “pechuga de pavo congelado” por ella presentada; expone que el pliego es confuso al definir el artículo, y considera que procede efectuar una nueva valoración de las ofertas en la que se tomen en consideración sólo 29 artículos de los seleccionados, una vez eliminado aquél.

Tal alegación del recurrente se fundamenta en una aparente contradicción derivada de la definición de un artículo recogida en el anexo 1 y anexo 3 del pliego. En este sentido, el Anexo 1 se refiere al artículo como “porción muscular completa de la región pectoral sin

la base ósea de pavo, de aves seleccionadas criadas en granjas homologadas”, mientras que el Anexo 3 se refiere al mismo producto en los siguientes términos: “porción muscular fileteada de la región muscular del pavo, de aves seleccionadas criadas en granjas homologadas”.

Igualmente, considera que existe contradicción cuando se determina el formato de entrega, pues mientras en el anexo 3 se establecen unidades de entrega de un kilo, en el anexo 1 se establece el de 5 kilos.

El órgano de contratación en su informe, y la empresa adjudicataria en sus alegaciones, estiman que el incumplimiento del recurrente no deriva de la confusión generada en la definición del artículo “pechuga de pavo congelada”, se presente fileteada o entera, sino en la composición del producto ofertado, ya que la oferta de éste se refiere a “preparado cárnico congelado” cuando lo que se exige en el pliego es carne de pavo congelado.

Por otra parte, en relación con el formato del artículo entienden que no existe contradicción ya que el envasado en paquetes de 1 kilogramo se establece como un factor de calidad y no como requisito mínimo, y que el recurrente así lo entendió cuando formuló su oferta indicando en la ficha que el envase es el de 1 kilogramo.

Analizando el expediente administrativo, se comprueba que, efectivamente, el anexo 1 se refiere a “porción muscular completa” y el anexo 3 a “porción muscular fileteada”; esta aparente contradicción, en modo alguno, provocó confusión en el recurrente que determinara la imposibilidad de obtener puntuación por el criterio de valoración de la cláusula 7.5.2 del pliego, puesto que el título de la ficha que él presentó coincidía completamente con la descripción del artículo en el anexo 3, en el que se establecen los factores de calidad para los 30 artículos seleccionados sobre los que se aplicaría el referido criterio.

Por otra parte, de la ficha de referencia resulta que la oferta del recurrente no se refiere a “carne de pavo”, que es lo exigido en el pliego, sino a un preparado cárnico según la definición del mismo contenida en artículo 2.3 a) del Real Decreto 1376/2003, de 7 de noviembre, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción, almacenamiento y comercialización de las carnes frescas y sus derivados en los

establecimientos de comercio al por menor. Este precepto define los preparados cárnicos como *“productos elaborados con las carnes o las carnes picadas, definidas en los apartados 1 y 2, a las que se les hayan añadido otros productos alimenticios, condimentos o aditivos y/o que hayan sido sometidas a un tratamiento insuficiente para modificar la estructura celular de la carne en la parte central de la superficie de corte y hacer desaparecer así las características de la carne fresca”*.

Finalmente, tienen razón tanto el órgano de contratación como el adjudicatario, en lo referente al envase del artículo, puesto que el envase de un kilogramo, al estar previsto en el anexo 3, ha de ser considerado como un factor de calidad, y, efectivamente, así lo consideró el recurrente cuando en la ficha correspondiente ofertó envases de 1 kilogramo.

En definitiva, cabe concluir que el anexo 1 del pliego recoge la relación de artículos susceptibles de suministro, identificados por el número OTAN de catálogo (NOC) de Artículos de subsistencia (Catálogo Armada), mientras que en el anexo 3 se definen los 30 artículos seleccionados que han de cumplir los factores de calidad mínimos establecidos en las ETS, y sobre los que se aplica el criterio de adjudicación de calidad.

Por último, en cuanto a la alegación de la UTE REVILLA E INDUSTRIAS CÁRNICAS LOS NORTEÑOS S.A./ARANDI ILLESCAS, S.A relativa a la existencia de otras contradicciones, debe indicarse que no influye en la conformidad a Derecho de la resolución impugnada y no cabe estimarla, ya que, o bien se fundamenta en apreciaciones subjetivas para las que no se presenta prueba alguna, o pudiera plantear alguna cuestión que no influye en la adjudicación del contrato y que, en su caso, se debieron hacer valer mediante la impugnación de los pliegos que rigen el expediente de contratación.

Por tanto, debe rechazarse la alegación hecha por la recurrente relativa a que no procede considerar contraria a la documentación administrativa la ficha de “pechuga de pavo congelado” por ella presentada, dada la confusión generada por el pliego al definir el artículo en cuestión.

Noveno. También alega el recurrente la nulidad de la cláusula 7.5.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

A pesar de recurrirse el acto de adjudicación, este Tribunal, en ciertos supuestos, ha admitido la impugnación por nulidad de los pliegos, al recurrirse la resolución de adjudicación. En este sentido, cabe traer a colación la resolución 98/2013, que cita el recurrente en su escrito de impugnación, en la cual se señalaba lo siguiente:

“En primer lugar, y pese a que el aquí recurrente no se opuso en su momento al PPT, ello no es óbice para que pueda conocerse de su conformidad a Derecho por este Tribunal, si se denunciase una causa de nulidad de pleno Derecho: Así lo hemos declarado, por ej, en la Resolución 188/2012, en que decíamos. “Es cierto que el plazo de impugnación del anuncio y de los pliegos de licitación ya han expirado, pero las alegaciones realizadas por la recurrente contra los mismos tienen su causa en un acto de aplicación de los pliegos que, como se argumenta en el fundamento sexto de esta resolución, se basa en una cláusula afectada por un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 32 del TRLCSP, de manera que, si bien, tal y como ha afirmado reiteradamente este Tribunal, los pliegos son ley del contrato y vinculan tanto a la entidad contratante como a los licitadores, resulta posible recurrir contra el acto de aplicación de los mismos cuando están viciados de nulidad, como es el caso que nos ocupa. El artículo 40.2 del TRLCSP establece que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, entre otros actos, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que han de regir la contratación, así como los actos de trámite cualificados, entre los que se incluyen los actos de exclusión de los licitadores. Por tanto, teniendo en cuenta que en el presente caso la empresa recurre que se le haya excluido del procedimiento de licitación por presentar su proposición fuera de plazo con base en una cláusula nula de pleno derecho del pliego, debe entenderse que el recurso está interpuesto dentro del plazo legalmente previsto, al no haber transcurrido entre la notificación del acuerdo de exclusión y la interposición del mismo, más de los 15 días hábiles que establece el artículo 44.2 del TRLCSP.”

No obstante lo expuesto, la alegación de nulidad no debe admitirse puesto que, de la argumentación hecha por el recurrente para justificar la nulidad de pleno derecho de la referida cláusula, resulta que no predica el vicio invalidante de la cláusula en sí misma considerada, sino que considera que se pone de manifiesto con la interpretación que el órgano de contratación ha realizado del segundo párrafo de la misma, lo cual ha sido

objeto de consideración al analizar la legalidad de la resolución de adjudicación objeto de impugnación en este recurso y, por tanto, cómo ha sido aplicada por el órgano de contratación.

Décimo. Finalmente, en cuanto a la alegación relativa a la procedencia de la exclusión de todas las ofertas por no cumplirse los requisitos mínimos exigidos por la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, por no cumplir con los requisitos mínimos de las ETS para todos los productos o, en defecto de ETS aplicable, las características establecidas en las fichas N.O.C., debe indicarse que, como se ha expuesto anteriormente, la cláusula 7.5.2 del pliego establece como criterio de valoración “la calidad de los artículos a suministrar” que se aplica sobre una muestra representativa de 30 artículos seleccionados por sus características e importancia de los relacionados en el Anexo 2 del pliego de cláusulas administrativas particulares, condicionándose la obtención de puntuación al cumplimiento, para los 30 artículos seleccionados, de los factores de calidad mínimos establecidos en las Especificaciones técnicas de Subsistencias (ETS), siendo, consecuentemente, objeto de valoración la mayor calidad con respecto de esos factores mínimos de calidad.

Sin embargo, esta previsión de la cláusula 7.5.2 que condiciona la aplicación del criterio de adjudicación a que los artículos seleccionados alcancen los factores mínimos de calidad establecidos en las Especificaciones Técnicas de Subsistencias (ETS), no supone que en el suministro concreto que se realice sea posible incumplir las reglas de calidad mínimas establecidas, puesto en la propia cláusula 7.5.2 advierte que “los factores de calidad serán verificados para todos los artículos a suministrar tras la formalización del contrato en la fase de homologación y clasificación de artículos del Plan de Calidad del servicio de Subsistencias, de conformidad con el punto 5.2.a) del PPT”.

En este mismo sentido se pronuncia la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares cuando especifica los factores de calidad de los artículos que sean suministrados durante la ejecución del contrato, para cuyo control, la cláusula 5.2 del pliego de prescripciones técnicas establece el “programa de Calidad del Servicio de Subsistencias” integrado por tres etapas: Homologación y clasificación de los artículos, y de las instalaciones del adjudicatario; seguimiento de la calidad de las entregas; y reclasificación de los artículos.

Consecuentemente, la presentación, a efectos de aplicar el criterio de adjudicación relativo a la calidad de artículos que, según sus fichas técnicas, no cumplan con los factores mínimos de calidad previstos en el pliego, sólo conlleva la no obtención de puntuación por dicho criterio, pero no que sea posible suministrar artículos que no cumplan con los estándares mínimos de calidad previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, puesto que los factores de calidad de los artículos suministrados serán verificados para todos los artículos a suministrar tras la formalización del contrato en la fase de homologación y clasificación de artículos del Plan de Calidad del servicio de Subsistencias.

Por tanto, debe también rechazarse la alegación hecha por la recurrente relativa a la procedencia de la exclusión de todas las ofertas por no cumplirse los requisitos mínimos exigidos por la cláusula 8.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

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 por D. M.M.V. y D.^a C.M.P., en representación de SERVICIOS LOGISTICOS INTEGRADOS SLI, S.A. y D. P.D.C., en nombre y representación de EMS SHIP SUPPLY SPAIN, S.A. contra la resolución de la Unidad de Contratación de la Dirección de Abastecimiento y Transportes por la que se acuerda la adjudicación del contrato de Suministro abierto víveres para buques, unidades e instalaciones de la Armada (expediente nº 417/2012, que se confirma en todos sus extremos.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.