



Recurso nº 284/2014 C.A de la Región de Murcia 013/2014
Resolución nº 362/2014

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

En Madrid, a 9 de mayo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. J.S.F., en representación de la entidad GERSA INFORMÁTICA S.L. contra la Resolución de exclusión de la entidad representada en el procedimiento de licitación relativo a la adquisición de papel blanco en formato DIN A4 y DIN A3 y de papel reciclado en formato DIN A4 a los distintos centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud, Lote 1, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 13 de diciembre de 2013 se publica en el DOUE el Acuerdo de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud para la licitación del suministro de papel en formato DIN A4 y DIN A3 con destino a los Centros Dependientes del SMS. La publicación en el BOE tuvo lugar el día 23 de diciembre de 2013.

Segundo. Con fecha 12 de marzo de 2014 se notifica a la empresa GERSA INFORMÁTICA S.L el Acuerdo de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud adoptado en la reunión celebrada el día 6 de marzo de 2014 por el que se resuelve excluir a la misma porque no ha presentado muestras en todos los materiales solicitados en este lote.

Tercero. Con fecha 26 de marzo de 2014 se dictó Resolución por el Presidente de la Junta de Contratación del Servicio Murciano de Salud por la que se acuerda excluir a la empresa GERSA INFORMÁTICA S.L. en el Lote 1 y adjudicar el contrato a las empresas y en los lotes que se relacionan.

Cuarto. Con fecha 26 de marzo de 2014 se interpone recurso especial en materia de contratación frente a la Resolución de exclusión del procedimiento de licitación de referencia.

Quinto. Consta informe del órgano de Contratación incorporado al expediente de fecha 4 de abril de 2014.

Sexto. El 15 de abril de 2014 se dio traslado del recurso al otro licitador para que en el plazo de cinco días hábiles realizara las alegaciones que estimara convenientes, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

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 (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Murcia sobre atribución de competencias de recursos contractuales (BOE 280, de 21 de noviembre de 2012).

Segundo. La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la Resolución de exclusión de la entidad representada en el procedimiento de licitación relativo a la adquisición de papel blanco en formato DIN A4 y DIN A3 y de papel reciclado en formato DIN A4 a los distintos centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud, Lote 1. Resulta conforme con lo dispuesto en el artículo 40 TRLCSP.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 44 TRLCSP. No consta que haya sido anunciada la interposición del recurso especial al órgano de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44.1 TRLCSP por cuanto el recurso se interpuso directamente ante dicho órgano como permite el artículo 44.3.

No obstante conforme a nuestra resolución nº 211/2013 en el recurso 226/2013, “*el anuncio de interposición está establecido por el legislador con la finalidad de que la entidad contratante conozca que contra su resolución se va a interponer la pertinente reclamación, lo cual se consigue, igualmente, cuando por el Tribunal se reclama, con remisión del escrito de interposición de la reclamación, el expediente de contratación, junto con el cual la entidad contratante habrá de remitir en el plazo de 2 días hábiles el correspondiente informe.*”

El principio de economía procesal impone esta conclusión, ya que carecería de eficacia

Práctica que el Tribunal acordara la subsanación de la falta de anuncio previo para, inmediatamente después de acreditada la corrección de la falta de este requisito, solicitar la remisión del expediente de contratación, cuando la finalidad de dicho anuncio se cumple con la reclamación del expediente, sin que esto suponga indefensión material para la entidad contratante”.

Por tanto, como ha venido resolviendo en ocasiones anteriores, la ausencia de anuncio previo del recurso no puede considerarse como un vicio que obste a la válida prosecución del procedimiento y el dictado de una resolución sobre el fondo, máxime cuando el recurso se interpone directamente ante el órgano de contratación que a su vez lo traslada con el expediente y su informe al mismo a este Tribunal.

Quinto. La entidad recurrente alega que no concurre causa de exclusión dado que en el punto 15.1.2 del Cuadro de Características del PCAP se establece sobre la presentación de muestras para cada uno de los lotes a los que se licite pero en ningún caso se indica que deban presentarse muestras para todos los materiales que componen cada uno de los lotes. Indica que dada la naturaleza análoga de los artículos que componen el Lote 1, se ha presentado la muestra para el que con suma diferencia es el de mayor consumo, pues ofertando para todos ellos la misma marca, modelo y fabricante del producto, queda suficientemente acreditada su calidad con la muestra de uno de ellos y más cuando no se solicitan muestras de todos los materiales/artículos.

Sexto. El órgano de contratación señala en su informe que no hacía falta especificar que había que presentar muestras para cada artículo sino que con la mera mención a la

necesidad de presentar muestras de los Lotes se ha de entender que incluía todos y cada uno de los artículos o referencias que incluyen cada uno de ellos. La petición de muestras de todos los artículos estaba justificada para poder valorar las calidades y bondades del papel en su uso cotidiano someténdolo a diversas pruebas.

Séptimo. Para resolver la controversia procede acudir en primer lugar al contenido de los Pliegos. Así en el Cuadro de Características, concretamente en el apartado 15.1.2 SOBRE B, denominado “Criterios cuantificables por juicios de valor”, se señala que los licitadores deberán presentar junto al sobre B, muestras en los lugares que se indican.

Se especifica que tales muestras deberán consistir: Número de unidades de producto: Una caja con cinco paquetes de 500 hojas de cada uno de los lotes a que se licite.

Será necesario que todas las muestras estén correctamente identificadas. A este fin llevarán fijos en lugar visible una etiqueta en la que se identifique de manera clara y legible los siguientes datos:

- Empresa licitadora
- Expediente número
- Lote
- Código material SMS
- Marca artículo ofertado
- Referencia artículo ofertado

Las muestras deberán ser presentadas en los lugares arriba indicados, dentro del mismo plazo establecido para la presentación del resto de la documentación (Sobres A, B y C) por parte de los licitadores.

A tales efectos, será imprescindible que el licitador entregue un documento en el que se relacione cada una de las muestras presentadas a los lotes correspondientes, que deberá ser sellado y firmado por el centro receptor.

En las especificaciones técnicas contenidas en el PPT se señala: Paquetes de 500 hojas de papel DIN A4 y DIN A3 de 80 gramos y 90 gramos. El lote número 1 incluía el suministro de papel blanco DIN A4 (80 gramos) y DIN A3 (80 gramos y 90 gramos) según resulta del Informe Técnico incorporado al expediente.

La empresa recurrente presentó muestras sólo para uno de los tres artículos (DIN A4) que configuraban el Lote considerando que las calidades de uno de los formatos o tamaño eran extensibles a los otros. Así, el Informe Técnico señala que la empresa GERSA INFORMÁTICA S.L. no ha presentado muestras en todos los materiales solicitados en este lote. Tan solo ha presentado un paquete del DIN A4 de 80 gramos y aunque cumple igualmente con todos los requisitos mínimos exigidos, presenta un nivel de blancura inferior al ofertado por la empresa El Corte Inglés S.A. No obstante, al considerar que es necesaria la presentación de muestras de los otros dos materiales, se desestima su oferta y por tanto no se valora.

Señala la Resolución número 149/2012 de este Tribunal con relación a la exigencia de muestras: *“No obstante lo anterior, con carácter previo interesa reseñar a este Tribunal que la exigencia de muestras e informes de laboratorio entiende este Tribunal que esta justificado, y ello porque la Ley 24/2011 (art. 32) –de forma análoga al contenido del artículo 150 del TRLCSP- prevé como criterio de valoración de las ofertas la calidad, en este caso valorada a través de las muestras e informes de laboratorio solicitados en el PCAP, correspondiendo su concreción al órgano de contratación dentro del límite de la vinculación al objeto del contrato, sin olvidar los principios de concurrencia, transparencia e igualdad y no discriminación que rigen la contratación pública, sin que pueda identificarse, como pretenden las recurrentes, la discriminación o la limitación de la concurrencia con que existan licitadores que no puedan cumplir las exigencias establecidas en los pliegos, pues es el objeto del contrato, en este caso suministro de vestuario para el Ejército de Tierra para el que se requiere ya sea el cumplimiento de determinadas normas de Defensa o que su uso será de carácter militar, el que justifica la exigencia de las muestras e informes que se establecen en el PCAP”.*

Se encuentra por tanto, a juicio de este Tribunal, totalmente justificada la exigencia de muestras de los productos objeto de licitación con el fin de valorar la calidad de los artículos que hayan de ser seleccionados.

Si acudimos al Cuadro de Características del Pliego del presente contrato, en su apartado 13.1. B) se observa claramente cuáles son los criterios subjetivos y de juicio de valor para los lotes 1 y 2. Así, se indica:

1. Cualidades técnicas:

- Adecuación del papel para usos técnicos en impresoras y fotocopiadoras y nivel de cumplimiento de las características funcionales, contrastado mediante la realización de pruebas in situ en máquinas, al que se pueden incorporar certificados o documentación técnica de estos extremos.
- Durabilidad del papel y manejabilidad.
- Nivel de blancura,
- Otras certificaciones medioambientales y de calidad, por encima de las mínimas exigidas en el PPT.

Parece por tanto evidente que la comprobación de tales cualidades ha de realizarse a través de la valoración de las muestras exigidas en los pliegos. Si bien es cierto, como señala la parte recurrente, que el Pliego no se refiere expresamente a la presentación de muestras para todos los artículos que componen el objeto del contrato, sí se recoge en el apartado 15 del Cuadro de Características que han de presentarse muestras por cada uno de los lotes. Si el Lote 1 está integrado por tres tipos de artículos, resulta claro sin necesidad de mayores interpretaciones, que las muestras habrán de referirse a los artículos que integran el Lote 1. La valoración de las cualidades técnicas de un artículo no puede realizarse extrapolando las conclusiones alcanzadas con relación a un producto distinto dado que nada garantiza su total identidad.

En este caso, resulta que la empresa ahora recurrente no presentó las muestras para todos los artículos que se incluían en el lote objeto de licitación por lo que al no cumplirse uno de los requisitos contenidos en el Pliego, su exclusión resultó conforme a derecho.

Sobre la hipotética posibilidad de acordar la subsanación de dicho error, no se considera sea procedente. Ha señalado este Tribunal, entre otras en la Resolución nº 158/2013 dictada en el recurso 151/2013 lo siguiente:

“En cuanto a la doctrina de aplicación a la subsanación de errores, ya señalamos, entre otras en nuestra Resolución 297/2012, que "En este sentido como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter

subsancable 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:

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 subsancables 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.

*En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsancables y cuáles, por el contrario, serían insubsancables, 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 subsancables e insubsancables se viene admitiendo que **son insubsancables los defectos consistentes en la falta de cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsancables 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 subsancables 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 subsancación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación.

Añadíamos que "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)." Así, es cierto que, como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, que cita a su vez la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 5 de junio de 1971; 22 de junio de 1972; 27 de noviembre de 1984; 28 de septiembre de 1995 y 6 de julio de 2004, entre otras), así como la doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (informes 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero), se inclina cada vez más por la aplicación de un criterio antiformalista y restrictivo en el examen de las causas de exclusión de las proposiciones, afirmando que "una interpretación literalista que conduzca a la no admisión de las proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia".

Ahora bien, deben ponderarse, como se indica en la Resolución 104/2012, los principios apuntados por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 29 de marzo de 2012, dictada para resolver el asunto C-599/10, de conformidad con la cual "una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato. En efecto, el principio de igualdad de trato de los candidatos y la obligación de transparencia que resulta del mismo se oponen, en el marco de este procedimiento, a toda negociación entre el poder adjudicador y uno u otro de los candidatos. En efecto, en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato. Además, no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados. Por otra parte, éstos no pueden quejarse de que el poder

adjudicador no esté sometido a obligación alguna a este respecto, ya que la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetos de igual manera que los demás candidatos”.

Y en la Resolución 16/2013 con cita de esta misma Jurisprudencia, concluíamos:

"presentada la oferta no cabe posibilidad de su modificación, no existiendo obligación alguna por parte del órgano de contratación de solicitar subsanación de la misma y debiendo soportar el licitador las consecuencias del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la oferta".

Resulta por tanto a juicio de este Tribunal que no resultaría procedente la subsanación de la falta de presentación de muestras dado que son insubsanables los defectos consistentes en la falta de 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. Nos encontraríamos por tanto ante un defecto insubsanable.

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. J.S.F., en representación de la entidad GERSA INFORMÁTICA S.L contra la Resolución de exclusión de la entidad representada en el procedimiento de licitación relativo a la adquisición de papel blanco en formato DIN A4 y DIN A3 y de papel reciclado en formato DIN A4 a los distintos centros sanitarios dependientes del Servicio Murciano de Salud, Lote 1, al no haber presentado muestras de todos los artículos integrantes del Lote 1 al que concurría, de conformidad con lo que resulta del apartado 15.1 del Cuadro de Características.

Segundo. 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, 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 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.