



Recurso nº 409/2014

Resolución nº 525/2014

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

En Madrid, a 11 de julio de 2014.

VISTO el recurso formulado por D. S.R.A., en nombre y representación de MANUFACTURAS AURA, S.A., contra al acuerdo adoptado por el Coronel Jefe de la Sección de Asuntos Económicos de la Unidad Militar de Emergencias por el que se decide la no admisión de la oferta económica formulada por la recurrente en el expediente de contratación 7994/2013 (1/00/21/140012) iniciado para la adquisición de vestuario para la UME y en concreto en relación con el lote nº 6 (cortavientos), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación convocó un procedimiento abierto para la adquisición de vestuario para la Unidad Militar de Emergencias. El anuncio de licitación del citado procedimiento se publicó en el BOE y en el DOUE el 31 de diciembre de 2013. El valor estimado del contrato fue de 793.223,14 euros.

Segundo. El procedimiento de contratación siguió los trámites que para los procedimientos abiertos en los contratos de suministro contiene el vigente Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en las normas de desarrollo de la misma.

Tercero. La ahora recurrente presentó oferta, en lo que aquí interesa, para el lote nº 6 (Cortavientos). El 9 de abril de 2014 se procedió a la apertura de la documentación administrativa (sobre nº 1) y técnica (sobre nº 3) presentada por las diversas empresas a cada uno de los lotes. Tras las inspecciones e informes técnicos oportunos, se reunió

nuevamente la Mesa de Contratación el 21 de abril de 2014 y, en lo que aquí interesa, acordó la no admisión de diversas ofertas por no ser las muestras presentadas acordes con las exigencias reflejadas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) y en las Prescripciones Técnicas de Material (PTM).

Los errores detectados en relación con las distintas ofertas presentadas por los licitadores en el lote nº 6 fueron los siguientes:

ARTÍCULO	LICITADOR	INFORME LABORATORIO/VOCALES (MENOR)	I.L./VOCALES (MAYOR)	I.L./VOCALES (CRÍTICA)	CALIDAD
CORTAVIENTO	ALPHADVENTURE	1	1	2	NO CONFORME
CORTAVIENTO	EL CORTE INGLÉS	1	1	2	NO CONFORME
CORTAVIENTO	PIELCU	2	2		CONFORME
CORTAVIENTO	AURA	2	2	2	NO CONFORME
CORTAVIENTO	MILTEC		1		CONFORME
CORTAVIENTO	EKINSA	1		6	NO CONFORME
CORTAVIENTO	FECSA		3	2	NO CONFORME

Cuarto. En el caso de MANUFACTURAS AURA, y por lo que se refiere al lote nº 6 los errores detectados se describen en el cuadro que consta en el informe técnico que obra al expediente de la siguiente forma:

AURA**CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS**

CORTAVIENTO	MUESTRA	DISTANCIA ENTRE BANDAS DE PECHO 22	20,1	N.C. MENOR
CORTAVIENTO	PTM CUADRO TALLAS	MEDIDA B = 71	63,5	N.C. CRÍTICA
CORTAVIENTO	PTM CUADRO TALLAS	MEDIDA J = 81	79	N.C. MAYOR
CORTAVIENTO	PTM CUADRO TALLAS	MEDIDA F = 46	43,5	N.C. MAYOR
CORTAVIENTO	PTM TRANSPIRABILIDAD	MÍNIMO 2000	1.962,93	N.C. MENOR
CORTAVIENTO	MUESTRA	PIEZA LATERAL RECTANGULAR 15 x 15 x 36	PIEZA TRAPEZOIDAL IRREGULAR DE 13 x 25 x 38,5	N.C. CRÍTICA

El 22 de abril de 2014 la entidad MANUFACTURAS AURA, ahora recurrente, formuló alegaciones al acuerdo, argumentando, en síntesis, que los errores dimensionales detectados no estaban descritos en el PPT y que, en todo caso, la muestra que se puso a disposición de los licitadores no era lo suficientemente descriptiva de los requisitos exigidos pues no indicaba cuál era la talla.

Quinto. El 14 de mayo de 2014 se notifica a la interesada acuerdo de exclusión en relación con el lote nº 6. Frente a dicho acuerdo formula la interesada el recurso el 27 de mayo de 2014. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 4 de junio de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, sin que ninguna de ellas haya evacuado este trámite. El 13 de junio de 2014 y, por tanto, fuera del plazo de 15 días establecido para la interposición del recurso, tiene entrada en este Tribunal escrito complementario donde, además de interponer recurso

frente a nuevos acuerdos distintos del que es objeto del presente recurso, desarrolla algunas de las alegaciones ya efectuadas en relación con el lote nº 6 y del que se dio traslado igualmente al órgano de contratación.

Sexto. Habiéndose solicitado la adopción de medidas cautelares consistentes en la solicitud de suspensión del procedimiento, el 9 de junio de 2014 se comunicó al interesado que dicho procedimiento se encontraba ya suspendido en virtud de acuerdo adoptado en el procedimiento 395/2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo, de conformidad con el artículo 41.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Segundo. El recurso está interpuesto en el plazo y por persona legitimada para ello, toda vez que el acto recurrido consiste en la exclusión de la recurrente por no resultar conformes a las prescripciones técnicas del pliego las muestras presentadas junto con la documentación técnica, de lo que se deriva su interés legítimo en el mismo, según lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Es objeto de este recurso la resolución que acordó la no admisión de la oferta presentada por la ahora recurrente por considerar que no cumplía los requisitos de solvencia técnica exigidos en el pliego y ello por considerar que la muestra presentada junto con la documentación técnica no reunía los requisitos exigidos en el PPT y en el PTM correspondientes al lote nº 6.

Cuarto. La recurrente formula su recurso sobre la base de las siguientes alegaciones:

- Por un lado, considera que los dos defectos críticos localizados en la muestra, no venían adecuadamente descritos en el PTM, por lo que en ningún caso podían dar lugar a la exclusión de la muestra por no ser conformes a la misma. En particular, se refiere a los defectos detectados en relación con la distancia entre bandas y la pieza lateral.
- Considera, igualmente, que la medida B no debe ser tomada en cuenta, ya que el técnico

habría efectuado una medición defectuosa al no tener en cuenta la altura del cuello.

- Por otro lado, considera que el defecto localizado en la medida J debía considerarse como defecto menor, dado que la desviación era de 2 centímetros, de conformidad con el punto 4.3.5.3 del PPT.

- Finalmente, considera que el defecto localizado en la medida F tampoco puede ser considerado, toda vez que tratándose del bajo de la prenda la medida es muy subjetiva y puede inducir fácilmente a error.

El informe del órgano de contratación, basado a su vez en el informe técnico que obra en el expediente, contesta a las anteriores alegaciones en el siguiente sentido:

- El hecho de que las medidas no se encontraran especificadas en el PTM no obsta a su consideración como defecto, pues junto al PPT y al PTM se exhibieron muestras de las prendas que debían ser confeccionadas, señalando tanto el PCAP como el PPT y el PTM que la muestra aportada debía ser diseñada de conformidad con la muestra exhibida en el procedimiento. Por otro lado, el hecho de que no se especificara en la muestra la talla de la misma no supone indeterminación del pliego, dado que la muestra se encontraba a disposición de los licitadores para que se efectuaran las mediciones oportunas, lo que hubiera podido despejar cualquier duda al respecto.

- El apartado 4.3.5.3 considera como defecto crítico el hecho de que la muestra se separe de forme manifiesta del diseño reflejado en la muestra del concurso; al haber diseñado las piezas laterales del cortavientos de forma trapezoidal y no rectangular el diseño de la muestra presentada por la recurrente no es conforme a la muestra del concurso y de ahí el defecto crítico. Y en cuanto a la distancia entre bandas, se trata de una medición que debió efectuarse sobre la muestra exhibida en el concurso.

- En cuanto a los defectos dimensionales detectados, el PPT establece como defecto mayor cualquier desviación igual o superior a 20 milímetros. En el caso de la medida J la desviación era igual a 20 milímetros (2 cm) y, por lo tanto, debe ser considerada como defecto mayor.

- En cuanto a la medida B y la F, ha de estarse a la medición efectuada por el técnico del órgano de contratación, sin que el recurrente en el momento de presentar alegaciones y cuando le fue exhibido el expediente antes de formular el recurso hubiera solicitado una nueva medición.

Quinto. La primera cuestión que debe tenerse en cuenta es que el motivo por el que se excluye a la recurrente es consecuencia de la falta de solvencia técnica de la oferta presentada, según el criterio manifestado por el órgano de contratación. La solvencia técnica viene definida como un requisito de capacidad de los licitadores cuyo incumplimiento puede determinar la exclusión del licitador del procedimiento. En particular, en relación con los contratos de suministro, señala el artículo 77.1 TRLCSP, en su redacción vigente, de conformidad con la Disposición Transitoria cuarta:

“1. En los contratos de suministro la solvencia técnica de los empresarios se acreditará por uno o varios de los siguientes medios:

a) Relación de los principales suministros efectuados durante los tres últimos años, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos. Los suministros efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

b) Indicación del personal técnico o unidades técnicas, integradas o no en la empresa, de los que se disponga para la ejecución del contrato, especialmente los encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Control efectuado por la entidad del sector público contratante o, en su nombre, por un organismo oficial competente del Estado en el cual el empresario está establecido, siempre que medie acuerdo de dicho organismo, cuando los productos a suministrar sean complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin particular. Este control versará sobre la capacidad de producción del empresario y, si fuera necesario, sobre los

medios de estudio e investigación con que cuenta, así como sobre las medidas empleadas para controlar la calidad.

e) Muestras, descripciones y fotografías de los productos a suministrar, cuya autenticidad pueda certificarse a petición de la entidad del sector público contratante.

f) Certificados expedidos por los institutos o servicios oficiales encargados del control de calidad, de competencia reconocida, que acrediten la conformidad de productos perfectamente detallada mediante referencias a determinadas especificaciones o normas.”

La presentación de muestras como forma de evaluar la solvencia técnica de los distintos licitadores ha sido expresamente admitida por este Tribunal en diversas resoluciones, pudiendo así destacar la Resolución nº 94/2013 de 6 de marzo o la nº 438/2013 de 10 de octubre.

Siendo esto así, es indudable que el examen efectuado por los técnicos del órgano de contratación es fundamento suficiente para, en su caso, acordar la exclusión de la muestra, siempre que dicho examen se haga dentro de los parámetros fijados en el PCAP y PPT que, como se ha dicho en diversas ocasiones por este Tribunal, constituye la Ley del Contrato. Y ello siempre que tanto el PCAP como el PPT hayan establecido con un grado suficiente de determinación cuáles son tales requisitos de solvencia, pues en otro caso, se estaría conculcando el principio de transparencia y libre concurrencia, tal y como resulta de la constante doctrina de este Tribunal, como la alegada por la recurrente.

Partiendo de lo anterior, debemos acudir por tanto a las cláusulas del PCAP y del PPT para comprobar si, efectivamente, se produjo dicha inconcreción y si la misma impidió al licitador conocer con exactitud cuáles eran los criterios objetivos que podrían dar lugar a la exclusión del licitador.

Ambas partes están de acuerdo en considerar que las instrucciones de confección de las muestras que debían aportarse se encontraban descritas en el Anexo 06 del PTM por remisión del PCAP y PPT. Igualmente, están de acuerdo en que las muestras fueron exhibidas y que el licitador tuvo acceso a las mismas.

Cuestiona la parte recurrente, aunque solo en el escrito presentado el 13 de junio de 2014, que los criterios contenidos en la cláusula 4.3.5.3 del PPT sean aplicables para determinar si las muestras eran admisibles o no, ya que dicha cláusula se refiere exclusivamente a la admisibilidad del producto entregado durante la ejecución del contrato. Al respecto, debe decirse que la muestra que se aporta en el concurso debe ser, lógicamente, la misma que se utilice después para la ejecución, luego en absoluto puede considerarse como absurdo o arbitrario el uso de los mismos criterios para la admisibilidad o rechazo de las muestras aportadas durante el concurso. Lo arbitrario habría sido utilizar criterios distintos para admitir las muestras y para admitir las prendas una vez confeccionadas. Además, la propia recurrente basa todas sus alegaciones en relación con el lote nº 6 en los criterios establecidos en dicha cláusula, de donde se deduce que en todo momento conocía que esos eran los criterios que se iban a aplicar, por lo que no cabe hablar en este caso de indefinición o concreción de los pliegos.

Sexto. La cuestión, por tanto, se centra en determinar si la muestra aportada por el licitador contenía defectos de los descritos en el citado apartado que resultaran determinantes de la exclusión del mismo.

La recurrente centra su primera alegación en considerar que las dimensiones y criterios que deben tenerse en cuenta a efectos de establecer la conformidad o no de la muestra son exclusivamente los descritos en el anexo 06 del PTM, sin que a este respecto puedan servir de base para la exclusión los errores dimensionales o de diseño que pudieran derivarse de la evaluación de la muestra exhibida en el concurso.

Pues bien, tal y como señala el órgano de contratación, tanto el PCAP como el PPT como el PTM se remiten a las muestras exhibidas en el concurso para definir con mayor precisión cuál era el diseño y medidas que debían tener las muestras que se presentaran.

Así, en el anexo 06 del PTM, al que se remiten tanto la cláusula 12 como la 19 del PCAP y la cláusula 1.6 del PPT se señala:

“A LOS EFECTOS DE TEJIDO, DISEÑO Y COLOR, LOS POSIBLES LICITADORES TENDRÁN A SU DISPOSICIÓN MUESTRAS DE LOS ARTÍCULOS EN EL NTV DE LA SECCIÓN DE LOGÍSTICA DE LA UME”.

Se ha argumentado por la recurrente que la muestra no señalaba cuál era la talla, lo que impedía conocer con exactitud las dimensiones que eran aplicables. Tal argumento, sin embargo, a juicio de este Tribunal, no debe ser admitido, pues la talla de la muestra se encuentra implícita en la cláusula 19 del PCAP donde se especificaba que las muestras a presentar debían ser de la talla L.

Por tanto, la muestra exhibida en el concurso formaba parte del pliego y sus características debían ser tenidas en cuenta por los posibles licitadores. En este punto, por tanto, debe darse la razón al órgano de contratación.

No obstante, lo cierto es que la existencia de errores o divergencias entre las muestras presentadas y las exigencias del PTM y de la muestra exhibida no deben dar lugar sin más a la exclusión, sino únicamente cuando se superen los márgenes de tolerancia establecidos en la cláusula 4.3.5.3 del PPT. Ha de estarse, por tanto, a lo señalado en dicha cláusula y al informe técnico obrante en el expediente para poder concluir si efectivamente se han superado los márgenes de tolerancia establecidos.

En la ya antedicha cláusula 4.3.5.3 se distinguían entre tres tipos de defectos: críticos, mayores y menores. La existencia de un solo defecto crítico en la muestra determina la exclusión sin más de la oferta. En el caso de defectos mayores serán tolerados hasta 3, mientras que en el caso de defectos menores serán tolerados hasta 9.

En el presente caso el informe técnico identifica dos defectos críticos, dos mayores y dos menores. Comenzaremos, por tanto, por el estudio de los defectos críticos.

El recurrente objeta que el defecto crítico señalado en el informe técnico en relación con la pieza lateral se encuentra localizado en la muestra exhibida, lo que, según antes se argumentó, no es óbice para que los mismos sean tenidos en cuenta. Tanto el PCAP como el PPT como el propio PTM establecen claramente que el diseño presentado por el licitador debía acomodarse a la muestra exhibida en el concurso. El licitador ha reconocido expresamente que tuvo acceso a la misma y pudo tomar cuantas medidas fueron necesarias y tampoco niega que tuvo la posibilidad de plantear las dudas pertinentes ante el órgano de contratación. Siendo esto así, es indudable que los defectos que supongan que la muestra presentada se separaba de la muestra exhibida

deben también ser tenidos en cuenta siempre que tales defectos hayan sido calificados de conformidad con los criterios establecidos en el pliego.

En el caso del defecto crítico relativo a la forma de las piezas laterales, el órgano de contratación reconoce que no son consecuencia de un defecto dimensional, sino de diseño. Así, la cláusula 4.3.5.3 del PPT en su primer apartado señala:

“El producto será reconocido para comprobar si presenta alguna de la siguientes no conformidades:

Confección:

El recurso no satisface las condiciones definidas en el PPT. Se separa de forma manifiesta del diseño reflejado en la muestra de concurso.

<u>CATEGORIAS Y NO CONFORMIDADES</u>	<u>METODO DE INSPECCION</u>	<u>Ac</u>	<u>Re</u>
--------------------------------------	-----------------------------	-----------	-----------

CRÍTICA	Visual	0	1
---------	--------	---	---

Es decir, del PCAP, PPT y PTM se deduce con claridad que el diseño de la prenda debía corresponderse con el de la muestra exhibida en el concurso y si se separa de forma manifiesta de dicha muestra el licitador podría resultar excluido del procedimiento. En definitiva, tenemos criterios diferentes, los dimensionales, donde existiría una cierta tolerancia con los márgenes establecidos en la citada cláusula, y los de confección, que resultan críticos.

Pues bien, en el presente caso nos encontramos con que la muestra aportada en el concurso no se ajusta visualmente a la muestra exhibida en el procedimiento, habiendo justificado el órgano de contratación en el informe técnico de qué forma los defectos apreciados afectan al diseño de conjunto de la prenda, por lo que la exclusión acordada debe considerarse suficientemente justificada y las alegaciones del demandante ser desestimadas en este punto.

Debe partirse de la reiterada doctrina de este Tribunal relativa a la discrecionalidad técnica de la Administración, puesta de manifiesto en resoluciones como la de 30 de marzo de 2012:

“Como hemos abundantemente reiterado, es de plena aplicación a los criterios evaluables en función de juicios de valor la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no puedan ser objeto de análisis por parte de este Tribunal, sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya recurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos casos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración”.

En cuanto al segundo defecto crítico, se trata de un defecto dimensional, que claramente superaba el margen de tolerancia establecido en 40 milímetros según el PPT en relación con la medida B establecida en el PTM, por lo que tampoco puede ser estimado el recurso en relación con esta cuestión. Según la doctrina antes señalada, la corrección de las mediciones efectuadas por el técnico, sólo pueden ser cuestionadas cuando se hubieran aplicado criterios de arbitrariedad o se hubiera incurrido en error material. Ha de destacarse que, ni ante el órgano de contratación durante el trámite de alegaciones, ni tampoco ante este Tribunal, ha solicitado el recurrente la repetición de las mediciones, ni ha aportado prueba alguna sobre la incorrección o el defecto aludido, por lo que no puede ser acogida la misma.

Séptimo. En relación con los dos defectos mayores, en el caso de la medida J, el PPT establece también con claridad que se considerará defecto mayor cualquier diferencia dimensional igual o superior a 20 milímetros y en el caso de la citada distancia la diferencia era de 20 milímetros. En cuanto a la medida F, tal y como antes se señaló, la medición efectuada por el técnico no puede considerarse arbitraria ni errónea, por lo que el defecto ha de ser calificado como mayor, a la vista de los márgenes de tolerancia establecidos en el PPT.

Finalmente, respecto de los dos defectos menores, relativos a la distancia entre bandas de pecho y el relativo a la transpirabilidad, respecto de este último es expresamente admitido por el recurrente y en relación con el primero, al tratarse de un requisito del

diseño de la muestra exhibida, según lo antes argumentado, también debía ser respetado por el interesado.

Octavo. Existiendo dos defectos críticos, dos mayores y dos menores a la vista de la cláusula 4.3.5.3 del PPT, la muestra no resulta conforme con el mismo y por lo tanto la exclusión del licitador es conforme a derecho, motivo por el cual el recurso debe ser desestimado en relación con el lote nº 6.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Desestimar el recurso formulado por D. S.R.A., en nombre y representación de MANUFACTURAS AURA, S.A., contra al acuerdo adoptado por el Coronel Jefe de la Sección de Asuntos Económicos de la Unidad Militar de Emergencias por el que se decide la no admisión de la oferta económica formulada por la recurrente en el expediente de contratación 7994/2013 (1/00/21/140012) iniciado para la adquisición de vestuario para la UME y, en concreto, en relación con el lote nº 6 (cortavientos).

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido 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 de 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.