



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **22/2016**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de enero de 2016, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Cultura y Portavocía (por delegación de la Excm. Sra. Consejera), mediante oficio registrado el día 19 de noviembre de 2015, sobre resolución del contrato de suministro de vestuario deportivo, para los participantes de la Región de Murcia en los campeonatos de España por selecciones autonómicas en edad escolar (expte. **433/15**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Mediante Orden de 12 de diciembre de 2014, la Secretaria General de la entonces Consejería de Presidencia y Empleo, por delegación del Consejero, acordó iniciar la tramitación de un expediente para la contratación del suministro de vestuario deportivo con destino a la Dirección General de Juventud y Deportes para los participantes de la Región de Murcia en los Campeonatos de España por Selecciones Autonómicas en edad escolar.

SEGUNDO.- Previo informe de los diferentes servicios técnicos y jurídicos de la Consejería, el 5 de febrero de 2015 la referida Secretaria General, por delegación del Consejero, aprobó el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) que habría de regir la licitación. En su Anexo I, apartado K.2.B), amparándose en lo establecido en el artículo 77.1,e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011 (TRLCSF), se establece, como medio de acreditar la solvencia técnica, la presentación de muestras y descripciones de los productos a suministrar, así como la aportación de certificaciones del fabricante de los tejidos o confeccionista sobre la composición de los tejidos y su gramaje, según detalle que consta a los folios 192 y 193 del expediente objeto del presente Dictamen, bajo la sanción de exclusión de la licitación *"si la memoria descriptiva y/o las muestras presentadas no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en la presente licitación"*.

TERCERO.- En fecha 13 de febrero de 2015 se publicó en el Boletín Oficial de la Región de Murcia (BORM) anuncio para la contratación del citado suministro, mediante procedimiento abierto y utilización de varios criterios para su adjudicación.

CUARTO.- Presentadas las oportunas proposiciones, en fecha 4 de marzo de 2015 se constituyó la Mesa de Contratación para examinar la documentación administrativa aportada, haciéndose constar en el acta levantada al efecto, que examinadas las *"muestras y descripciones de los productos a suministrar, certificaciones del fabricante*

de los tejidos o confeccionistas sobre la composición de los tejidos y su gramaje y memoria descriptiva de los tipos de piezas incluidas en cada grupo, comprobándose por la Mesa de Contratación que cumplen los requisitos establecidos en el PCAP", a la vista de lo cual la Mesa acuerda admitir a las dos empresas licitadoras: -- y --.

QUINTO.- Con fecha 6 de marzo de 2015, la Mesa de Contratación fórmula propuesta de adjudicación del contrato a --, por ser la oferta económicamente más ventajosa, ya que en lo que respecta al otro criterio de adjudicación, plazo de entrega, ambas licitadoras habían obtenido la misma puntuación.

SEXTO.- Con fecha 27 de marzo de 2015, la Secretaria General de la Consejería de Presidencia y Empleo, por delegación del Consejero, dictó Orden adjudicando el contrato del referido suministro, de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de Contratación, a la mercantil --, lo que fue notificado a los licitadores mediante correos electrónicos enviados el día 30 de marzo de 2015.

En el apartado sexto de la citada Orden se hacía constar que *"contra la misma, podrá interponerse recurso especial en materia de contratación"*.

SÉPTIMO.- El día 31 de marzo de 2015 se procede a la formalización del contrato (folios 358 a 362 del expediente), lo que se publicita mediante anuncio que se inserta en el BORM de 16 de abril de 2015.

OCTAVO.- Por parte de la empresa --, mediante escrito registrado de entrada el 14 de abril de 2015, se anuncia la interposición de un recurso especial en materia de contratación contra la Orden de adjudicación, al tiempo que pide copia de la solicitud inicial presentada por la mercantil adjudicataria, así como contestación dada a ella por la Administración.

Por la Jefa del Servicio de Contratación de la Consejería de Presidencia y Empleo, se contesta a la recurrente mediante un escrito registrado de salida el día 14 de abril de 2015, al que acompaña una copia compulsada de la solicitud inicial presentada por la empresa adjudicataria, al tiempo que le indica que no hubo contestación a la misma, ya que el procedimiento a seguir es el que se contiene en los artículos 159 y siguientes del TRLCSP.

NOVENO.- El día 21 de abril de 2015 se dicta Orden por la que se procede a rectificar el error cometido en la Orden de adjudicación, al indicar como procedente el recurso especial en materia de contratación cuando, en realidad, el que cabía era, con carácter potestativo, el de reposición o directamente recurso contencioso-administrativo. Dicha Orden se notifica a los licitadores mediante sendos correos electrónicos de fecha 23 de abril de 2015.

DÉCIMO.- Mediante escrito de fecha 20 de mayo de 2015 (registro de entrada del siguiente día 22), X, en nombre y representación de la entidad --, interpuso recurso de reposición contra la Orden de adjudicación, indicando lo siguiente:

a) Que para valorar la solvencia técnica y profesional es necesario emplear medios técnicos o científicos, no

compartiendo lo previsto en el PCAP en lo que se refiere al sistema de calificación de la documentación contenida en el sobre núm. 1, pues considera que la Mesa, con el mero examen de la documentación presentada por los licitadores, no puede determinar si las muestras presentadas cumplen con las características técnicas exigidas en los pliegos, por lo que solicita se declare la nulidad del apartado 8.2 del PCAP, así como que se emita informe pericial científico sobre las muestras presentadas para comprobar si las mismas reúnen los caracteres técnicos requeridos en los pliegos.

b) Que aunque no ha podido examinar detenidamente las muestras presentadas por --, ya que le fue denegada la petición en que tal sentido formuló, ha tenido ocasión de ver fortuitamente el material ya recepcionado y entregado a algunos deportistas, comprobando que, en una primera impresión, no se corresponde con la calidad y con el tejido exigidos, por lo que considera que también está viciado de nulidad el acto por el que se calificaron las muestras.

Finaliza su escrito solicitando se tenga por formulado recurso de reposición contra la Orden de adjudicación, de 27 de marzo de 2015 y, acogiendo lo que en él se pone de manifiesto, se declare la nulidad o anulabilidad del proceso de contratación, dejando el mismo sin efecto.

En otrosí digo el reclamante solicita *"la suspensión de los actos de adjudicación impugnados hasta que el órgano competente para resolverlo decida sobre el fondo de la cuestión planteada"*.

UNDÉCIMO.- Mediante Orden de la Secretaria General de la Consejería de Presidencia y Empleo, emitida por delegación del Consejero, de fecha 29 de junio de 2015, se dispone *"suspender la tramitación del expediente de contratación 8/2014 'Suministro de vestuario deportivo con destino a la Dirección General de Juventud y Deportes para los participantes de la Región de Murcia en los campeonatos de España por selecciones autonómicas en edad escolar', y, por ende, la ejecución de la Orden del Consejero de Presidencia y Empleo de 27 de marzo de 2015, por la que se adjudica el identificado contrato, hasta que se resuelva el recurso de reposición interpuesto frente al referido acto de adjudicación"*.

DUODÉCIMO.- El Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia y Empleo, ante el contenido del recurso, solicita lo siguiente:

a) Que por el técnico que evaluó las muestras del sobre núm. 1, se indique si, a su juicio, hacen falta medios técnicos o científicos para concluir si las muestras cumplen o no con las especificaciones técnicas exigidas por el PCAP o si, por el contrario, resulta suficiente con el examen de las etiquetas textiles, así como de las certificaciones del fabricante sobre la composición del tejido y su gramaje.

El requerimiento se cumplimenta por el Vocal de la Mesa de Contratación, Jefe del Servicio de Deportes de la Dirección General de Juventud y Deportes, en el sentido de que *"el mero examen de la documentación anexa a las muestras presentadas, exigida y recogida en el apartado K.2.B del anexo I del PCAP, es más que suficiente para concluir si las muestras presentadas cumplen con las especificaciones técnicas y funcionales exigidas en el pliego, pues la razón de ser de esas certificaciones es autenticar que lo que se dice en ellas es cierto"*.

b) Que por los miembros de la Mesa de contratación se ratifique o no su conclusión de que las dos empresas que presentaron documentación acreditaron debidamente su solvencia técnica y profesional para ser admitidas como licitadoras.

En respuesta a lo solicitado se elabora un informe, de fecha 27 de julio de 2015, que firman cuatro de los seis componentes de la mesa, cuyo contenido figura a los folios 36 a 44, ambos inclusive, del expediente, en el que se recoge un exhaustivo análisis de las muestras y de las memorias descriptivas aportadas por ambos licitadores, señalando, en cada caso, las carencias o las desviaciones que se observan en relación con las exigidas en el pliego de prescripciones técnicas, concluyendo que a la vista de las muestras físicas y de la documentación aportada por cada una de las empresas licitadoras, ninguna de ellas es conforme con los medios de solvencia técnica o profesional exigidos en el PCAP.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 30 de julio de 2015 se dirige escrito a la empresa adjudicataria, --, concediéndole un trámite de vista y de audiencia de quince días hábiles para que pudiera alegar lo que estimase conveniente.

Mediante escrito de 15 de septiembre de 2015, x, en nombre y representación de dicha mercantil, formula las alegaciones que se recogen a los folios 54 a 56, ambos inclusive, del expediente, mediante las que, en síntesis, defiende el mantenimiento de los actos atacados por el recurrente, al considerar que los mismos son ajustados a Derecho.

DECIMOCUARTO.- El día 20 de octubre de 2015, el Servicio Jurídico de la Consejería repetidamente citada, emite un informe propuesta en el que señala que al haber quedado acreditado, mediante el informe evacuado por la Mesa de Contratación con fecha 27 de julio de 2015, que la empresa -- no cumplía con los requisitos de solvencia técnica o profesional exigidos en el Pliego, concurre el supuesto contemplado en el artículo 32.b) TRLCSP, que señala como causa de nulidad de derecho administrativo de los contratos, la falta de solvencia técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, por lo que concluye proponiendo la estimación del recurso de reposición interpuesto por --, contra la Orden del Consejero de Presidencia y Empleo, de 27 de marzo de 2015, por la que se adjudicaba el contrato de referencia.

En su último párrafo señala que, con carácter previo a la emisión de la Orden declarando tal nulidad, procede, de conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 12/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, recabar el Dictamen de este Órgano Consultivo, al haberse formulado oposición por el contratista.

DECIMOQUINTO.- Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 19 de noviembre de 2015, el Secretario General de la Consejería de Cultura y Portavocía (Departamento que, en virtud de lo establecido en el Decreto de la Presidencia núm. 18/2015, de 4 de julio, de reorganización de la Administración Regional, según redacción dada por el Decreto de la Presidencia n.º 33/2015, de 31 de julio, asumió las competencias en materia de deportes), solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente e índice de los documentos que lo conforman.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter con el que se invoca la emisión del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución para la declaración de nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación de un contrato y, por ende, de este mismo. Se esgrime como precepto legal que ampara la consulta el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece tal preceptividad en los supuestos de nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista.

Ante todo conviene aclarar que la nulidad a la que se refiere el citado precepto de la LCJ no es otra que la puede declararse con base a lo previsto en el artículo 34.1 TRLCSP, en relación con el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

SEGUNDA.- Naturaleza del escrito de petición de nulidad formulado por la mercantil licitadora.

A continuación resulta procedente analizar la naturaleza del escrito de petición de declaración de nulidad formulado por la licitadora --. La calificación que a dicho escrito le dan tanto la mercantil recurrente como la propia Administración, es la de recurso de reposición. Al respecto cabe plantearse dos cuestiones:

a) La primera se referiría a si resulta adecuado o no dicho recurso de reposición frente a la orden de adjudicación del contrato de referencia.

En cuanto a los recursos que proceden frente al acto de adjudicación el TRLCSP contiene una diferenciación, según se trate de procedimientos sujetos a regulación armonizada y los que no lo están, pues en el primer caso ha previsto un recurso especial en materia de contratación, frente a determinados actos, regulado en los artículos 40 y siguientes, respecto a los que ya no proceden los recursos administrativos ordinarios. Sin embargo, para los contratos que no estén sujetos a dicha regulación armonizada, como ocurre en el presente caso, el TRLCSP (artículo 40.5, segundo párrafo), establece que los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación podrán ser objeto de recurso, de conformidad con lo dispuesto en la LPAC.

Pues bien, entre los recursos ordinarios previstos en la LPAC se encuentra el potestativo de reposición (artículo 116), que se interpone frente a los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa, y que podrán ser recurridos ante el mismo órgano que los hubiera dictado o, por el contrario, ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el presente caso, concurriendo los requisitos de legitimación, tiempo y forma, se ha de concluir que el recurso de reposición interpuesto constituye un medio impugnatorio adecuado.

b) La segunda consistiría en determinar si mediante un recurso de reposición puede instarse la nulidad del acto de adjudicación.

El artículo 107.1 LPAC dispone con claridad que los recursos administrativos ordinarios (alzada y reposición) pueden fundarse en *"cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63"* de la misma. Además, su artículo 113.3 especifica que el recurso decidirá *"cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados"*, si bien la resolución *"será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial"*. Se trata, por tanto, de un procedimiento administrativo de *"plena jurisdicción"*, si utilizamos un símil procesal, para decidir sobre cualquier vicio jurídico, incluyendo la posible nulidad radical que pueda advertirse en el acto recurrido.

A partir de tales preceptos, y del hecho de que no exista norma jurídica ni doctrina jurisprudencial que establezca que, por alegarse o apreciarse de oficio en un procedimiento de recurso ordinario un motivo de nulidad radical, sea preceptivo el Dictamen (y menos aún, favorable) del Órgano Consultivo Superior competente, se concluye que, en el supuesto que nos ocupa, el Dictamen de este Consejo Jurídico no es preceptivo.

TERCERA.- Otras cuestiones que se suscitan en el expediente.

Aunque la no preceptividad de nuestro Dictamen dispensa de realizar observación alguna sobre el asunto sometido a nuestra consideración, el Consejo considera oportuno advertir a la Consejería consultante que con carácter previo a la resolución del recurso de reposición se debería conceder un trámite de audiencia a la mercantil reclamante, con el objeto de que pudiera conocer y alegar lo que a su derecho conviniese en relación con el informe de la Mesa de Contratación al que se hace referencia en el antecedente de hecho duodécimo, apartado b), del presente Dictamen, ya que el mismo constituye un nuevo elemento de juicio sobre el que, además, se basa la propuesta de resolución y, por lo tanto, no puede aplicársele la excepción a dicho trámite prevista en el artículo 112.3 LPAC.

Por otro lado también cabe, en relación con este informe, señalar que el instructor del procedimiento ha sido muy cuidadoso al proyectar el contenido del mismo sobre la propuesta de resolución, ya que con el fin de no agravar la situación inicial del recurrente, sólo ha considerado la parte del mismo que hace referencia a la empresa adjudicataria, de tal forma que no se vulnera el contenido del artículo 113.3 in fine LPAC. Ahora bien, si la Administración en algún momento quisiera o tuviera que hacer valer la falta de solvencia técnica y profesional de la licitadora recurrente, tendría que iniciar un procedimiento de revisión de oficio del acuerdo de la Mesa de Contratación adoptado el día 4 de marzo de 2015, por el que se declaraba que ambas empresas reunían los requisitos establecidos en el PCAP, lo que resultaría posible atendiendo a su carácter de trámite cualificado al determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento de adjudicación, en cuyo caso el Dictamen de este Órgano Consultivo sí resultaría preceptivo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- No procede emitir Dictamen por no resultar preceptivo según se indica en la Consideración Segunda. No obstante, si el órgano consultante lo estimase procedente cabría hacerlo con carácter facultativo, al amparo de lo previsto en el artículo 11 LCJ.

No obstante, V.E. resolverá.

