

Recurso 260/2016**Resolución 300/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 18 de noviembre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLATAFORMA FEMAR, S.L.** contra la resolución, de 31 de agosto de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se adjudican, entre otros, los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15 del contrato “Suministro de productos alimenticios – víveres para los Complejos Educativos Blanco White y Pino Montano y la Residencia de Cazalla de la Sierra, desde el 1 de julio de 2016 a 30 de junio de 2017” (Expte. 2016/00119), este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 30 de abril de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el anuncio fue



publicado el 20 de mayo de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 122 y el 28 de abril de 2016, en el perfil de contratante de la Diputación de Sevilla.

El valor estimado del contrato asciende a 372.254,05 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento, se encontraba la ahora recurrente.

TERCERO. Tras el examen y evaluación de las ofertas, el 31 de agosto de 2016 la Presidencia de la Diputación de Sevilla dictó resolución de adjudicación del contrato, que fue remitida por fax a los licitadores el 1 de septiembre de 2016.

CUARTO. El 19 de septiembre de 2016, la entidad PLATAFORMA FEMAR, S.L. presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15 del contrato.

El 21 de octubre de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal oficio de la Diputación de Sevilla remitiendo el recurso interpuesto y adjuntando el expediente de contratación y el informe sobre el recurso con las alegaciones oportunas sobre el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 2 de noviembre de 2016, este Tribunal dictó resolución acordando



el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto de los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15 del contrato.

SEXTO. Mediante escritos de 3 de noviembre de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado la entidad ANTONIO TOBAJAS, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF), en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido dictado por el órgano de contratación de una Diputación Provincial de Andalucía, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, el 26 de septiembre de 2012, entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Sevilla, de conformidad con lo estipulado en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción anterior al Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal como órgano colegiado y se modifica su Decreto de creación.



SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Debe analizarse ahora si el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación en los términos previstos en el artículo 40 del TRLCSP.

El recurso se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende ser concertado por una Administración Pública. Por tanto, es procedente el recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP establece que *“el procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

En el supuesto analizado, la resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 1 de septiembre de 2016 y el recurso especial fue presentado en el Registro del órgano de contratación el 19 de octubre de 2016, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita la nulidad de la licitación respecto a los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15 y subsidiariamente, la anulación de la adjudicación respecto del lote 8 -a fin de que se acuerde la exclusión de la adjudicataria- y de los lotes 2, 3, 7, 9 y 12, para que se proceda a una nueva valoración de las ofertas presentadas



en los mismos.

Su pretensión principal es que se anule la licitación respecto a los lotes antes citados, dado el modo arbitrario en que se ha llevado a cabo la valoración de las ofertas con arreglo a los criterios dependientes de un juicio de valor.

Al respecto, el apartado 10 del Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) establece los criterios de adjudicación, asignando 550 puntos a la oferta económica y 450 puntos a las características técnicas.

La impugnación se centra en este último criterio de adjudicación, que viene regulado en el PCAP del modo siguiente:

*«b) Características técnicas: valoración de **450 puntos**.*

Para la valoración de las características técnicas, los licitadores deberán aportar una memoria que contendrá lo siguiente (...)

Evaluación: se otorgará una determinada puntuación por cada subcriterio indicado a continuación, valorándose el nivel de información aportada y evidencia objetiva de cada propuesta, así como su grado de satisfacción, en su caso, mediante la obtención de un porcentaje concreto dentro del rango de puntuación correspondiente. Posteriormente, en función del porcentaje (%) obtenido según grado de conformidad de la propuesta y satisfacción del usuario, se aplicará dicho porcentaje a los puntos asignados a cada criterio/subcriterio, obteniéndose la puntuación pertinente de la propuesta técnica. Asimismo, en caso de utilización de fórmulas objetivas, será de aplicación: $P_o = P_c \times (PTVa/PTMe)$, o indistintamente, $P_o = P_c (PTMe/PTVa)$, según los casos.

Características y calidades, y otros aspectos técnicos de la licitación

B.1.-Técnicas/Calidades óptimas: máximo de un 20%, es decir, de 0 a 225 puntos (Marca reconocido prestigio, clase/categoría, pesos, procedencia, etc)

B.2.-Funcionales/Estéticas idóneas: máximo de un 20%, es decir, de 0 a 225 puntos (Formato, tamaño, envasado/etiquetado, satisfacción usuarios, etc) (...)»



Alega la recurrente que el PCAP no ha concretado la totalidad de los subcriterios a aplicar, al prever el “etc”, ni las reglas de ponderación de los mismos. Asimismo, respecto a la valoración de las ofertas sostiene que, aun cuando la doctrina comunitaria admite que se pueda limitar la información de los licitadores en cuanto a la ponderación de los subcriterios y/o al método de valoración a emplear, ello no puede significar que tal ponderación o método no exista.

Alega que el órgano encargado de valorar las ofertas sí debe conocer cuáles son los subcriterios de adjudicación, así como su ponderación y el método de valoración a aplicar, si bien ninguno de estos datos se recoge en el informe técnico ni en ningún otro documento del expediente. Ello supone, a juicio de la recurrente, que o bien no existe documento que refleje tales aspectos -lo que evidenciaría una valoración arbitraria de las ofertas-, o bien tal documento no se encuentra integrado en el expediente -lo que determinaría una absoluta falta de motivación en la valoración de las ofertas que impide la interposición de un recurso fundado-.

De otra parte, el informe al recurso señala que se ha seguido el método de valoración previsto en el PCAP –que no ha sido impugnado- y que dicho método es el mismo que se ha utilizado en los lotes adjudicados a la recurrente. Además, señala que la valoración técnica engloba una diversidad de aspectos que no pueden relacionarse y cuantificarse pormenorizadamente en un pliego, quedando reservados al momento de examen de las muestras, donde los Intendentes de los centros educativos expresan su valoración, concedores del grado de aceptación por parte de la población a la que van destinados los alimentos y basándose en experiencias previas de consumo.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes respecto a la pretensión principal de nulidad de la licitación, procedemos a su examen.

En primer lugar, la recurrente articula un motivo de nulidad del procedimiento



de adjudicación basado en la concreción del PCAP que no define la totalidad de los subcriterios a aplicar -pues utiliza el término “etc”-, ni sus reglas de ponderación.

La nulidad de la licitación por este motivo no puede prosperar, toda vez que los términos del pliego eran claros en los aspectos que ahora se impugnan. Siendo ello así, la recurrente debió impugnar el PCAP si consideraba que los criterios técnicos de adjudicación carecían de la concreción o definición necesarias, en lugar de licitar y aceptar incondicionalmente sus cláusulas, las cuales han devenido firmes.

En tal sentido, la Resolución de este Tribunal 422/2015, de 10 de diciembre, señala que *“(...) si la redacción del pliego es clara e indubitada de modo que la ilegalidad del criterio resulta apreciable tras la mera lectura de aquel sin tener que esperar al posterior acto de valoración de las ofertas, la invocación de dicha ilegalidad debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.”*

En el mismo sentido, la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, declaró que *“el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).*

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión(...)

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el



proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio (...)”

Es más, el criterio expuesto es el mismo que, a *sensu contrario*, puede extraerse de la Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

En definitiva, de la citada sentencia cabe deducir que si las condiciones de la licitación están suficientemente claras en los pliegos -como acontece en el supuesto aquí examinado-, estos no pueden impugnarse en un recurso contra un acto posterior como es la adjudicación.

Por tanto, no puede declararse la nulidad del PCAP y de la licitación con motivo de la presente impugnación de la adjudicación.

Visto lo anterior, procede analizar ahora el otro motivo de nulidad de la licitación esgrimido por la recurrente, que se funda en la arbitrariedad de la valoración de las ofertas al no recoger el informe técnico los subcriterios técnicos de adjudicación, su ponderación ni el método de valoración.

Como ya hemos señalado, el criterio de adjudicación «*Características técnicas*» ponderado en el PCAP con un máximo de 450 puntos se divide en dos subcriterios:

«*B.1.-Técnicas/Calidades óptimas: máximo de un 20%, es decir, de 0 a 225 puntos*»



(Marca reconocido prestigio, clase/categoría, pesos, procedencia, etc)

B.2.-Funcionales/Estéticas idóneas: máximo de un 20%, es decir, de 0 a 225 puntos (Formato, tamaño, envasado/etiquetado, satisfacción usuarios, etc) »

Por otro lado, consta en el expediente un “*acta de valoración*” de 30 de junio de 2016 suscrita por el equipo técnico de evaluación de las ofertas donde se indica lo siguiente: «*Reunido el equipo técnico de evaluación en dos sesiones, primera el día 24 de junio en el Cortijo de Cuarto, y otra segunda el día 27 de junio en el C.E. Blanco White, con objeto de valorar las muestras presentadas por los licitadores admitidos al proceso, se obtienen distintas puntuaciones por cada uno de los artículos/lotés presentados en base a la aplicación de los criterios/subcriterios recogidos en las Instrucciones y en los pliegos reguladores, tal como se recoge en el ANEXO A: EVALUACIÓN TÉCNICA DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS POR LOTES, el cual se acompaña a este informe.*»

Este Anexo A contiene una relación de los lotes de la contratación (17 en total) y de las empresas licitadoras, haciendo mención únicamente a la puntuación total de las ofertas en el criterio técnico. Así pues, a diferencia de lo previsto en el PCAP -que desglosa el criterio en dos subcriterios ponderados cada uno con un máximo de 225 puntos, atendiendo a unos determinados aspectos de valoración-, el Anexo A solo contiene la asignación directa de puntos totales a las ofertas en el criterio, sin mención alguna a subcriterios ni a la puntuación que correspondería conforme a los mismos, y sin la más mínima motivación o justificación de los puntos asignados.

Por citar un ejemplo, la única valoración técnica de la oferta de la recurrente en los lotes a que licitó es que recibió 450 puntos en el lote 1, 222 en el lote 2, 221 en el lote 3 y así sucesivamente.

En el expediente remitido a este Tribunal no existe ningún otro documento en el que conste la justificación técnica de las puntuaciones expresadas en el Anexo A, el cual obedece más a un anexo resumen de puntuaciones que a un informe técnico de evaluación de las ofertas.



Tal valoración supone, pues, una clara infracción del PCAP que, al definir el criterio técnico, establece dos subcriterios ponderados individualmente con un máximo de 225 puntos y prevé unos aspectos a considerar en la valoración de las ofertas con arreglo a cada subcriterio.

Asimismo, el razonamiento técnico para llegar a las puntuaciones globales reflejadas en el Anexo A no se ha exteriorizado en documento alguno, por lo que de haber existido aquel ha quedado en el ámbito interno de sus autores. En consecuencia, no se trata solo de una motivación insuficiente del informe técnico que posteriormente se traslade a la resolución de adjudicación e infrinja el artículo 151.4 del TRLCSP, sino que existe una carencia absoluta de justificación técnica en las puntuaciones que supera ampliamente el límite de lo discrecional para alcanzar el de lo arbitrario.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Septiembre de 2014 (Recurso Casación 1375/2013) para que la discrecionalidad pueda ser controlada jurisdiccionalmente y se respete la interdicción de la arbitrariedad, se exige la oportuna motivación, siendo insuficiente la mera asignación de puntuaciones sin fundamentación alguna. Asimismo, la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de julio de 1984 manifiesta que *“(...) lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro ratione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación”*

El Tribunal Constitucional también ha abordado la cuestión y en su Sentencia 325/1994, de 12 de diciembre, ha precisado que *«la arbitrariedad implica la carencia de fundamento alguno de razón o de experiencia, convirtiendo en*



caprichoso el comportamiento humano, cuyas pautas han de ser la racionalidad, la coherencia y la objetividad».

El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal. Así, en la Resolución 418/2015, de 17 de diciembre, se señalaba que «(...) la *Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido reiterando que la motivación de la decisión de adjudicación de un contrato constituye un elemento esencial para evitar la arbitrariedad, al tiempo que permite a los demás interesados conocer los argumentos utilizados por el órgano de contratación para, en su caso, impugnar la adjudicación. La motivación es una garantía que, en caso de ser contravenida, generaría indefensión.*»

En definitiva, pues, la motivación es un elemento esencial para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad y pueda conocerse el proceso lógico seguido por la Administración en la valoración de las ofertas. En el supuesto analizado, tal proceso lógico no se ha expresado por escrito, ni se ha exteriorizado por lo que no es conocido más que por sus autores, sin que pueda ahora subsanarse esa ausencia total de motivación puesto que ello supondría construir *ex novo* un juicio o razonamiento técnico partiendo de unas puntuaciones ya existentes, cuando debe ser justo lo contrario, es decir, la puntuación de una oferta debe ser siempre el resultado de su previa valoración con arreglo a los criterios de adjudicación.

Además, el propio informe al recurso revela que la valoración técnica ha tomado en consideración aspectos no relacionados en el PCAP que han quedado reservados al momento de examen de las muestras, lo que evidencia que en las puntuaciones asignadas a las ofertas han pesado factores no definidos en los pliegos. Ello supone una clara infracción del principio de transparencia exigible en el proceso y determina una flagrante vulneración del de igualdad de trato, pues este último principio solo puede ser respetado cuando las condiciones de la licitación están claras, son conocidas por los licitadores en el momento de elaborar sus ofertas y respetadas por el poder adjudicador a la hora de valorar



las mismas. Como señala la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2004 (Sentencia Succhi Di Frutta), «*El principio de igualdad de trato entre los licitadores, que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.*

(...) Por lo que respecta al principio de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora.»

A la vista de cuanto se ha expuesto, hemos de concluir que la valoración técnica de las ofertas con arreglo al criterio del PCAP «*características técnicas*» ha rebasado los límites de la discrecionalidad, incurriendo en arbitrariedad. No obstante, este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse por la vía de una nueva evaluación de las ofertas que respete las previsiones del pliego y los principios expuestos, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de los licitadores, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 150 del TRLCSP y concordantes del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo.

En consecuencia, procede estimar la pretensión principal de la recurrente, debiendo anularse todo el proceso de licitación y en su caso, convocarse uno nuevo en el que los licitadores dispongan de igual trato. Asimismo, aun cuando las circunstancias expuestas en esta resolución concurren en todos los lotes de la licitación, el principio de congruencia (artículo 47.2 del TRLCSP) y la prohibición de *reformatio in peius* (artículo 113.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), impiden extender los efectos de la anulación aquí declarada a los lotes no afectados por el recurso.

Finalmente, hemos de señalar que la estimación de la pretensión principal impide y hace innecesario el examen de los restantes motivos del recurso donde



la pretensión de la recurrente se articula con carácter subsidiario o accesorio para el solo supuesto de desestimación de la pretensión principal.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **PLATAFORMA FEMAR, S.L.** contra la resolución, de 31 de agosto de 2016, de la Diputación de Sevilla por la que se adjudican, entre otros, los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15 del contrato “Suministro de productos alimenticios – víveres para los Complejos Educativos Blanco White y Pino Montano y la Residencia de Cazalla de la Sierra, desde el 1 de julio de 2016 a 30 de junio de 2017” (Expte. 2016/00119), y en consecuencia anular la licitación conforme ha quedado expuesto en el fundamento de derecho sexto de la presente Resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento cuyo mantenimiento fue adoptado por este Tribunal en Resolución de 2 de noviembre de 2016, respecto de los lotes los lotes 1, 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 15.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su



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.

