

Recurso 44/2012
Resolución 38/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, a 12 de abril de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por NESTLÉ HEALTHCARE NUTRITION, S.A. contra la resolución de 2 de febrero de 2012, de la Diputada Delegada de Economía de la Excma. Diputación Provincial de Granada, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de Víveres con destino a la cocina de los centros sociales de Armilla dependientes de la Diputación de Granada para los años 2012-2013” (Expte: SU 9/11), este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 17 de octubre de 2011, se publicó en el DOUE , el 29 de octubre de 2011 en el BOE y el 2 de noviembre de 2011 en el BOP, anuncio de la Excma. Diputación Provincial de Granada, para la licitación pública del contrato de suministro denominado ““Suministro de Víveres con destino a la cocina de los centros sociales de Armilla dependientes de la Diputación de Granada para los años 2012-2013” (Expte: SU 9/11). El citado anuncio de licitación fue publicado en el perfil de contratante de la Excma. Diputación Provincial de Granada, el 18 de octubre de 2011.

SEGUNDO: La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), 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.

TERCERO: En el citado procedimiento de adjudicación presentaron oferta entre otras empresas, la recurrente, respecto a lote nº 8 referido a productos dietéticos. La mesa de contratación, el día 30 de diciembre de 2011 y previa valoración de las proposiciones de las empresas admitidas a la licitación, propuso adjudicar el citado lote nº 8 a la empresa VEGENAT S.A.

La Diputada Delegada de Economía de la Excma. Diputación Provincial de Granada acordó, a la vista de dicha propuesta, dictar resolución de adjudicación del lote nº 8 a la citada empresa el 2 de febrero de 2012. Dicha resolución se notificó por correo certificado con acuse de recibo a la empresa recurrente y demás licitadores.

CUARTO: El 6 de marzo de 2012, tuvo entrada en el Registro General de Diputación Provincial de Granada recurso especial en materia de contratación interpuesto por NESTLE HEALTHCARE NUTRITION, S.A. contra la citada resolución.

QUINTO: El órgano de contratación remitió a este Tribunal, el 22 de marzo de 2012, el citado recurso junto al expediente de contratación, su informe respecto al recurso y una relación de las empresas licitadoras con indicación de los domicilios a efectos de notificaciones.

SEXTO: Por la Secretaría del Tribunal, el 29 de marzo se dio traslado del escrito de interposición a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para alegaciones, habiendo presentado las mismas la empresa VEGENAT S.A..

SEPTIMO: En el escrito de interposición del recurso se solicitó la suspensión del procedimiento de adjudicación. En virtud de resolución de 6 de marzo de 2012, el órgano de contratación resuelve suspender la tramitación del expediente de contratación al amparo del artículo 315 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La primera cuestión a atender es la competencia de este Tribunal para resolver el presente recurso especial en materia de contratación.

El artículo 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP en adelante), establece en relación al órgano competente, en el ámbito de las Corporaciones Locales, para resolver los recursos especiales en materia de contratación que *“la competencia será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito”*.

El Decreto 332/2011, de 2 de noviembre de 2011, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su artículo 10 establece que las entidades locales andaluzas podrán crear órganos propios especializados e independientes para resolver dichos recursos o bien, atribuir dicha

competencia al Tribunal Administrativo, mediante convenio suscrito con la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

Con fecha de 22 de marzo de 2012, el Presidente de la Diputación de Granada remite escrito solicitando la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa NESTLÉ HEALTHCARE NUTRITION, S.A. contra el acto de adjudicación del Lote 8 del contrato de “Suministro de víveres con destino a la cocina de los centros sociales de Armilla dependientes de la Diputación de Granada para los años 2012-2013”.

Puesto que la Diputación Provincial de Granada no tiene aún suscrito convenio con la persona titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública a efectos de atribuir la competencia para resolver dichos recursos, mediante Resolución de 28 de marzo de 2012, la Consejera de Hacienda y Administración Pública autoriza a este Tribunal para la resolución del citado recurso a la vista de la solicitud de la Excm. Diputación Provincial de Granada.

En este orden de cosas, la suspensión del expediente de contratación que acordó el órgano de contratación, debía haber sido acordada por este Tribunal como órgano competente para resolver el recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 46 de TRLCSP; sin embargo, este vicio de incompetencia queda enervado por la suspensión automática derivada del artículo 45 del TRLCSP al ser el objeto del recurso la adjudicación contrato

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

TERCERO: El recurso ha sido anunciado e interpuesto en plazo de conformidad con lo establecido en el artículo 44 apartados 1 y 2 del TRLCSP.

CUARTO: Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, es susceptible de recurso en esta vía.

El acto recurrido, como se ha indicado, es la resolución del órgano de contratación por la que se adjudica dicho contrato a la empresa VEGENAT S.A.

El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada siendo el presupuesto de licitación de 1.360.127,14 €.

En consecuencia, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del citado artículo 40 del TRLCSP.

QUINTO. El recurrente basa su recurso en dos motivos, por un lado, la incorrecta adjudicación del lote nº 8 a la empresa VEGENAT S.A. al presentar un producto que no reunía las prescripciones técnicas dispuestas en las bases de la contratación y por otro lado, la incorrecta valoración del criterio de adjudicación *mejoras*.

Respecto al primer motivo, el recurrente alega que uno de los productos ofertados en el lote nº 8 no reúne las especificaciones técnicas establecidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT, en adelante), al no ser un producto instantáneo como exige el mismo y en consecuencia incumple también la obligación de ofertar la totalidad de los productos que componen cada lote, como exigen los pliegos.

Para atender a tal alegación hay que analizar en primer lugar el contenido de los pliegos y a la luz de los mismos analizar la oferta presentada por la empresa adjudicataria.

La cláusula 2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) que rige dicha contratación dispone que *“el objeto del contrato es la prestación del suministro que se indica en el apartado A del Anexo I del presente pliego. Las especificaciones técnicas del objeto del contrato se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas.”*

En el apartado A del Anexo I del PCAP se prevé que “los servicios objeto de esta contratación podrán ser ofertados por lotes”.

El lote nº 8 al que concurrió el recurrente y que es el objeto del recurso, estaba constituido, según el PPT por:

“ 8/01/001.- Menú triturado instantáneo, mecánicamente blando, en polvo, de alto valor nutricional. Composición:**PESCADO, CARNE y VERDURAS**, solos o mezclados en variedad superior a 7.

8/01/002.- **Papilla cereales** instantánea con miel para adultos de alto valor nutricional.

8/01/003.- **Compota de frutas instantánea** adaptada para adultos, apta para diabéticos sabor **FRUTAS**”

La recurrente alega que el producto de la empresa VEGENAT, S.A. -que ofertó respecto al tercero de los artículos de dicho lote nº 8: “fruta en escamas deshidratada, sin azúcar, con lo que es apta para diabéticos”- no se adecua a lo exigido en el PPT por no tratarse de un producto instantáneo ya que, según se indica en la oferta, dicho producto requiere “poner en un recipiente la cantidad a utilizar. Añadir agua fría y dejar en reposo”. Por tanto, al necesitar ser manipulado el producto y dejarlo en remojo, deja de ser instantáneo.

Dicha cuestión fue objeto de consulta por parte del órgano de contratación al Administrador de Centro Sociales de la Excma. Diputación Provincial de Granada, el cual, en su informe de 15 de marzo de 2012, concluye que: “En relación con el lote nº 8 01/003. COMPOTA DE FRUTAS INSTANTÁNEA, los productos ofertados por las empresas VEGENAT y NESTLÉ cumplen con las especificaciones descritas en el pliego de prescripciones técnicas, en cuanto a que ambas se preparan de igual forma, añadiendo líquido al producto, formando compota”.

Así, la compota de frutas Instantánea presentada por NESTLÉ tiene el siguiente modo de preparación: “añadir lentamente 35 g de producto (3 ó 4 cucharadas soperas rasas) en 140 ml de agua o zumo (3/4 vaso) mientras se remueve hasta su total disolución y esperar un minuto antes de servir”.

Por su parte, la pera con escamas ofrecida por VEGENAT requiere como modo de empleo: “preparar en un recipiente la cantidad de pera a utilizar, añadir por Kg 4 L de agua fría y dejar en reposo. Escurrir y utilizar como producto fresco. Añadir directamente en productos líquidos.” Concluyendo, por tanto, que el método de preparación de ambos productos es similar, cumpliendo ambos con las especificaciones técnicas del PPT.

Este Tribunal ha mantenido en resoluciones anteriores (así la 24/2012 y 31/2012), recogiendo la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo en cuanto a la discrecionalidad técnica de la Administración -así se cita la Sentencia de 23 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8550) que alude, a su vez, a la doctrina del Tribunal Constitucional-, que lo que no pueden hacer los Tribunales de Justicia es sustituir en las valoraciones técnicas a los órganos administrativos calificadores.

Así ocurre, según dicha sentencia, en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte a cuestiones de legalidad.

Asimismo, la doctrina de la discrecionalidad técnica ha sido asumida plenamente por los distintos Tribunales Administrativos de Contratos Públicos, así entre otras, la reciente Resolución 33/2012 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Por tanto, existiendo un informe técnico en el que consta que el producto en cuestión ofertado por la empresa adjudicataria reúne las especificaciones técnicas exigidas en el PPT, este Tribunal da por válida dicha afirmación, en la medida, además, que queda perfectamente acreditada.

Por esta razón, no puede estimarse la segunda alegación del recurrente referida a que la empresa adjudicataria incumple el PPT al no haber ofertado la totalidad de los artículos de cada lote, como establece la cláusula 1.1.4 del mismo al indicar que: *“Las ofertas de artículos serán por productos o artículos unitarios, agrupados por lotes que serán indivisibles, y que estarán formados por todos los artículos contenidos en el mismo, según el correspondiente anexo. No se admitirán ofertas que liciten sobre lotes incompletos o sobre determinados artículos que no conformen el lote completo”*. Si se estima que el producto ofertado por VEGENAT S.A. al apartado 8/1/003 del lote nº 8 cumple con las especificaciones técnicas del PPT, su oferta fue al lote completo y no parcial, como alega el recurrente.

SEXTO.- El segundo fundamento del recurso se basa en la incorrecta valoración del criterio relativo a las mejoras.

El Anexo I del PCAP, en el apartado K, recoge entre los criterios de adjudicación valorados mediante juicios de valor:

“A) Criterio Calidad: valoración de aquella calidad que se encuentre por encima de las características mínimas exigidas en el Pliego de Prescripciones.....40 puntos.

B) Mejoras: En el plazo de entrega y método de distribución.....10 puntos”

La Comisión técnica valoró los criterios dependientes de un juicio de valor de las ofertas presentadas por VEGENAT y NESTLÉ del siguiente modo:

- En cuanto al criterio de CALIDAD a ambas las valora en los 40 puntos máximos.

- En cuanto al criterio de MEJORAS, valora:
 - NESTLÉ : 5 puntos, “ofrece línea de atención personalizada”
 - VEGENAT: 10 PUNTOS “ofrece línea de atención personalizada, hace referencia a la atención de urgencias, y mejoras al pliego de prescripciones técnicas”

Respecto a las mejoras al PPT ofrecidas por VEGENAT S.A., informa el Administrador de Centro Sociales de la Excm. Diputación Provincial de Granada, en informe de 3 de marzo de 2012, que “en cuanto a las mejoras al Pliego de Prescripciones Técnicas, Vegenat ofrece fruta triturada envasada y con las mismas características de **apta para diabéticos** exigidas y que evitarían la manipulación del producto por parte del personal de cocina y asistencial, con lo cual el usuario siempre tomaría la cantidad necesaria.

Por su parte, Nestlé ofrece como mejoras cursos específicos para el personal médico lo cual excede del ámbito puramente alimentario por lo que no fue objeto de valoración por la Comisión”.

El recurrente alega que se valoraron a la empresa adjudicataria mejoras que no estaban previstas en el PCAP, ya que éste contemplaba sólo las mejoras relativas al plazo de entrega y método de distribución y la mejora relativa a “*fruta triturada envasada*”, no encaja en ninguna de las citadas mejoras previstas.

Como ya señaló este Tribunal en su resolución 10/2012, es doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (entre otras muchas, la sentencia de 24 de enero de 2008, dictada en el asunto 532/06), que el principio de igualdad de trato comporta una obligación de transparencia y exige que los potenciales licitadores conozcan, en el momento de preparar sus ofertas, todos los factores que la entidad adjudicadora tomará en consideración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa y la importancia relativa de los mismos. Por consiguiente, una entidad adjudicadora no puede aplicar criterios que no haya puesto previamente en conocimiento de los licitadores.

Este criterio es también recogido en diversas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, citando, entre otras, las recientes resoluciones 284/2011, de 23 de noviembre de 2011, y 301/2011, de 7 de diciembre de 2011.

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 59/2009, de 26 de febrero, considera que: *“es legalmente admisible la presentación de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias por parte del contratista.*

Para poder ser valoradas con el fin de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, es necesario que los pliegos de cláusulas establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato”.

A la luz de esta doctrina, en el supuesto analizado es claro que se han infringido los principios de igualdad y transparencia a la hora de valorar el criterio relativo a *“las mejoras al pliego de prescripciones técnicas”* pues dicho criterio no estaba previsto como mejora en el PCAP. De este modo, se efectúa la valoración partiendo de criterios desconocidos por los licitadores a la hora de preparar sus ofertas. Esta infracción en el procedimiento de valoración, obliga a estimar el recurso en este extremo y a anular la resolución de adjudicación por tal circunstancia, debiendo el órgano de contratación proceder a la valoración de las mejoras de la empresa VEGENAT S.A., sin consideración de la mejora al pliego de prescripciones técnicas, al no venir definida ésta en el PCAP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en el día de la fecha,

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por NESTLÉ HEALTHCARE NUTRITION, S.A. contra la resolución, de 2 de febrero de 2012, de la Diputada Delegada de Economía de la Excm. Diputación Provincial de Granada, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de Víveres con destino a la cocina de los centros sociales de Armilla dependientes de la Diputación de Granada para los años 2012-2013” (Expte: SU 9/11).

En consecuencia, procede anular la resolución impugnada y acordar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe técnico sobre los criterios valorados mediante un juicio de valor, a fin de que se proceda a una nueva valoración de las mejoras ofertadas en los términos expuestos, quedando, no obstante, subsistentes los actos y trámites cuya validez y/o permanencia no se ven afectadas por la presente resolución

SGUNDO.- Levantar la suspensión del procedimiento derivada de la interposición del recurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

TERCERO.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición del 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.

LA PRESIDENTA