Recurso 222/2022
Resolución 340/2022

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

Sevilla, 27 de junio de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADELANTA FIELD MARKETING** contra la resolución de adjudicación de 17 de mayo de 2022 del contrato denominado "Servicios relacionados con la internacionalización de empresas extranjeras andaluzas en China" (Expte. 2022-004), , convocado por la Agencia Andaluza de Promoción Exterior, S.A. (EXTENDA), ente adscrito a la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de enero de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento. El valor estimado del contrato asciende a 972.472,00 euros y entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la ahora recurrente.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

El 18 de mayo 2022 a la entidad recurrente le fue notificada la resolución de la adjudicación del contrato a la empresa MARLOCOR S.L. por un importe estimado máximo de 388.704 € (IVA no incluido).

SEGUNDO. El 8 de junio de 2022, la entidad recurrente presentó en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra la citada resolución de adjudicación del órgano de contratación.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, solicitándole informe al mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución, posteriormente lo solicitado fue recibido en este Órgano.

La Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones que considerasen oportunas, habiéndolas presentado la entidad MARLOCOR, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP.

Antes las dudas planteadas por la entidad que resultó adjudicataria, se ha verificado del Registro mercantil información sobre la vigencia del apoderamiento, resultando vigente el de la persona que interpone el recurso en nombre de la entidad recurrente.

TERCERO. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

Con carácter previo se ha de poner de relieve, que el órgano de contratación solicita la inadmisión del recurso por extemporaneidad. Señala que en el justificante de presentación del recurso consta que la presentación se realizó en el registro auxiliar de la DG de Tributos a las 10:00 h. del día 8 de junio de 2022, es decir, que *"el plazo para interponer el recurso que comenzó el miércoles 18 de mayo (día siguiente a la notificación y publicación de la adjudicación) venció el martes 7 de junio".*

La disposición adicional decimoquinta de la LCSP en su apartado 1 establece que *«Las notificaciones a las que se refiere la presente Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.*

Los plazos a contar desde la notificación se computarán desde la fecha de envío de la misma o del aviso de notificación, si fuera mediante comparecencia electrónica, siempre que el acto objeto de notificación se haya publicado el mismo día en el Perfil de contratante del órgano de contratación. En caso contrario los plazos se computarán desde la recepción de la notificación por el interesado.».

En el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida, la adjudicación no daba pie de recurso ni en la resolución ni en la notificación, sólo aparece en la publicación del anuncio de adjudicación. Es decir, sin indicación de si la resolución pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que proceden, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos.

Se han omitido alguno de los requisitos exigibles legalmente en las resoluciones dictadas en el seno del procedimiento en cuestión. En relación con la adjudicación, destaca, la ausencia de la expresión del régimen de los recursos aplicables. Dado que las resoluciones surten efectos a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido y alcance de la resolución, o al interponer el recurso, a los efectos de entender cumplida la obligación de notificar en plazo será suficiente que al menos contenga el texto íntegro de la resolución, siendo por tanto válidas. Por tanto, al haberse prescindido del pie de recurso en la resolución recurrida estamos ante un acto no viciado de anulabilidad, en tanto en cuanto, el acto no carece de uno de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin ni da lugar a la indefensión de los interesados (art. 48.2 Ley 39/2015).

Para analizar la controversia ha de acudirse al artículo 19.5 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (en adelante el Reglamento), que establece que «*Los actos notificados cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberán ser recurridos dentro de los plazos previstos en el apartado 2 del artículo 44 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y en el presente artículo (...).*

Por el contrario, si las notificaciones referidas a la exclusión de un licitador o a la adjudicación de un contrato, contravienen los requisitos del artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo se iniciará a contar desde el momento en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso».

Las referencias anteriores al artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deben entenderse realizadas al vigente artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015), conforme al cual *«Toda notificación (…) deberá contener el texto íntegro de la resolución, con indicación de si pone fin o no a la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente».*

Asimismo, el apartado tercero del citado artículo 40 de la Ley 39/2015, en consonancia con el mencionado artículo 19.5 del Reglamento, dispone que «*Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.».*

En definitiva, en el supuesto examinado, la comunicación de la adjudicación a la ahora recurrente, contraviene el citado artículo 40.2 de la Ley 39/2015, toda vez que no se le indica que las mismas ponen fin a la vía administrativa, la expresión del recurso que procede en vía judicial, el carácter potestativo del recurso especial y el órgano ante el cual cabe presentarlo. Así las cosas, ha de considerarse como *"dies a quo"* en el cómputo del plazo para su interposición, el día en que la persona interesada realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la notificación o interponga cualquier recurso, circunstancia que según

consta en el expediente, se produce en el momento de la interposición del recurso especial que se analiza, esto es, el 8 de junio de 2022.

No es posible estimar las alegaciones que realiza el órgano de contratación, anteriormente expuestas, por cuanto el contenido de dichas normas es claro y taxativo cuando señala que toda notificación *«deberá contener»*, expresión que no deja lugar a dudas.

El contenido del acuerdo de adjudicación y la notificación realizada a la entidad licitadora prescinde de esta información.

QUINTO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), de tal modo que de acuerdo con el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues éste expresa que lo tendrán siempre que "*se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos*".

SEXTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente alega que el órgano de contratación ha superado el límite de la discrecionalidad técnica, incurriendo en desviación de poder, a la hora de la valoración de las ofertas, en relación con los criterios de adjudicación mediante juicio de valor.

Sobre ello, hace especial hincapié en una cuestión, como sería el hecho de que la empresa adjudicataria tiene como Director General, a quien habría sido Director para China de EXTENDA, Agencia Andaluza de Promoción Exterior S.A. desde enero 2.002 hasta enero 2.022.

Para ello, aporta un indicio de prueba, como es la publicidad que daría un determinado perfil de una red social de carácter profesional. Alega que esto impide respetar los principios de igualdad, transparencia y libre competencia de artículo 132 de la LCSP. Señala que en la evaluación que se hace de su propuesta tan sólo se valora la oferta económica frente al adjudicatario que consigue la máxima puntuación en el sobre 2 y 3 (criterios de adjudicación mediante juicio de valor y mediante fórmulas). Alega que se desconoce la metodología propuesta en misiones comerciales, cuál es su desarrollo de oportunidades para el sector agroalimentario en China y de oportunidades en el sector de bienes de consumo. Alega igualmente que dado el largo periodo de vinculación profesional del adjudicatario con EXTENDA, existían condiciones especiales de compatibilidad que el órgano de contratación tuvo que tomar en consideración conforme al artículo 70 de la LCSP y no lo hizo.

2. Alegaciones del órgano de contratación

Alega que la recurrente no acredita cuál de las posibles infracciones se ha podido cometer, ni aporta ningún tipo de prueba de la misma.

Señala, sin mencionarlo, que el recurso carecería de fundamento, cuando expresa que el recurrente denuncia un exceso en la discrecionalidad técnica y la concurrencia de desviación de poder o arbitrariedad, o falta de motivación o bien el error manifiesto.

Afirma que ninguna relación tiene el motivo por el que no ha sido adjudicataria la entidad recurrente, (no ser merecedora de más puntuación) y que es lo que ha determinado que no tenga opciones para resultar adjudicataria, con el hecho de que la empresa que lo ha sido lleve más o menos tiempo siendo adjudicataria con anterioridad.

Respecto de la denuncia formulada, sobre la falta de motivación de la adjudicación, explica, la metodología propuesta por la empresa adjudicataria en misiones comerciales, es decir, cual es su desarrollo de oportunidades para el sector agroalimentario en China y de oportunidades en el sector del consumo, estima el órgano de contratación que el informe de evaluación técnica publicado, describe la oferta técnica presentada por las empresas y la valoración tenida en cuenta siguiendo tanto los criterios de adjudicación establecidos, como los baremos de valoración (Anexo XI del PCP), señalando que como puede comprobarse dan poco margen a la discrecionalidad, pues definen de una forma muy precisa cual es la puntuación a otorgar siguiendo unas valoraciones igualmente precisas.

Dice que en ningún momento cuestiona la valoración de cero puntos atribuida a su propuesta técnica, señalando que no menciona de forma expresa en ningún caso su disconformidad al respecto, ni hace ningún tipo de defensa de su oferta más allá de los argumentos ya mencionados sobre la empresa adjudicataria.

Asimismo señala que para que EXTENDA hubiera tomado las medidas que indica el artículo 70 de la LCSP, se deberían haber dado las circunstancias que dicho artículo menciona, es decir, que la empresa adjudicataria hubiera participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios de los contratos, o que hubiera asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación, todo lo cual no ha tenido lugar.

Por otro lado, afirma que durante la revisión que ha hecho EXTENDA del expediente para poder realizar el presente informe, se ha detectado un error en la puntuación de la oferta económica de la empresa recurrente, en la valoración de su oferta económica, es decir, no se ha tenido en cuenta en la aplicación de la fórmula la oferta más barata sino por equivocación la otra oferta, lo que ha llevado a que se le dé a la recurrente una mayor puntuación de la debida. Alega que, si no hubiera mediado la interposición del recurso y la consecuente paralización automática del procedimiento, EXTENDA habría dado a conocer la errata y habría pasado a corregir la puntuación.

SÉPTIMO. – Consideraciones del Tribunal.

1. Por un lado, como cuestión previa, si bien el recurso, en su fundamentación no realiza un análisis de la respuesta dada por el órgano de contratación en su informe de valoración, sí que puede extraerse el motivo de la impugnación, dado que denuncia la existencia de arbitrariedad, o falta de discrecionalidad técnica, (por lo difuso de la argumentación dada por el órgano de contratación). Estimamos, a la vista de la redacción de los pliegos, consentidos, que esta afirmación realizada por la entidad recurrente supone que, aunque parca y escueta, el recurso pueda considerarse fundado y permita a este Tribunal entrar en el fondo del asunto.

2. Por otro lado, pasamos a observar la fundamentación técnica realizada por el órgano de contratación a la vista de la redacción de los pliegos, no recurridos y consentidos.

Observamos que en el Anexo XI relativo a los criterios de adjudicación y baremos de valoración con relación a los criterios evaluables mediante juicio de valor, respecto de los cuales existe una horquilla de 0 a 45 puntos, uno de los criterios a tener en cuenta es la *"metodología"* evaluable desde 0 a 15 puntos. El mismo se define como *"Misiones Agrupadas Directas on line",* la cual consiste en que se incluya, al menos, *"definición del servicio, información necesaria a requerir de las empresas andaluzas/extranjeras, plazos de trabajo, informes que se proporcionarán a las empresas (con un índice mínimo de contenidos), números máximos y mínimos de participantes que contemplan, periodicidad de contacto y flujo de comunicaciones con las empresas, propuesta de seguimiento de las reuniones de las empresas andaluzas durante la celebración de la misión comercial. Se valorará la presentación de ejemplos prácticos que apoyen la metodología presentada para cada servicio".*

Podemos distinguir dentro del mismo 4 subcriterios cuya definición de los criterios para su puntuación es la siguiente:

"*1. 13-15 puntos (Muy Buena); se ha realizado una estructuración de contenidos con un nivel de detalle muy exhaustivo. Se puede seguir perfectamente la línea de trabajo que va a desarrollar la empresa. adjudicataria, ya que propone medidas de actuación precisas, bien definidas y de conformidad con la propuesta de servicios previstos en el pliego.*

2. 10-12 puntos: Buena; se ha realizado una estructuración de contenidos con un nivel de detalle exhaustivo. Se puede seguir la línea de trabajo que va a desarrollar la empresa adjudicataria, aunque, no alcanza, en comparación con el anterior, el nivel de precisión y definición en las medidas propuestas, de conformidad con la propuesta de servicios previstos en el pliego.

3. 5-9 puntos: Regular; se ha limitado a realizar una estructuración somera de contenidos con un nivel de detalle justo, y con escasa aportación en cuando a la metodología a seguir.

4. 0-4 puntos: Deficiente, por tratarse de una propuesta poco o nada detallada; se ha realizado una estructuración de contenidos con muy poco nivel de detalle o simplemente no se ha incluido la estructuración de contenidos".

El segundo de los criterios es el desarrollo de oportunidades para el sector agroalimentario donde se expresa que *"la licitadora deberá presentar un análisis del contexto económico del sector agroalimentario en China, de los canales de distribución y/o formas de acceso al mercado y de la demanda de dicho producto. Se solicita además una propuesta de 2 acciones de promoción a desarrollar en China para este sector. En el supuesto de que sean desarrolladas más de 2 acciones de promoción, sólo serán valoradas las 2 primeras".*

En el tercero de los criterios relativo al desarrollo de oportunidades para el sector de bienes de consumo, se expresa que "*la licitadora deberá presentar un análisis del contexto económico del sector de los bienes de consumo en China, de los canales de distribución y/o formas de acceso al mercado y de la demanda de dicho producto. Se solicita además una propuesta de 2 acciones de promoción a desarrollar en China para este sector. En el supuesto de que sean desarrolladas más de 2 acciones de promoción, sólo serán valoradas las 2 primeras".*

Podemos distinguir para estos dos criterios dentro del mismo 4 subcriterios cuya definición para su puntuación es la siguiente:

"De 0 a 15 puntos siguiendo la siguiente estructura:
13-15 puntos (Muy buena): se valorará si se ha justificado importancia del sector para Andalucía en China detalladamente, aportando información previa del mercado. Asimismo, se valorará si se han incluido y desarrollado de manera precisa las dos acciones de promoción a realizar relativas a este sector.
10-12 puntos (Buena): se valorará si se ha justificado la importancia del sector para Andalucía en China aportando información previa de mercado. Asimismo, se valorará si se han incluido y desarrollado las dos acciones de promoción a realizar relativas a este sector.
5-9 puntos (Regular): se valorará si se ha justificado la importancia del sector para Andalucía en China brevemente y de manera general, incluyendo las dos acciones de promoción relativas al sector a desarrollar en el mercado en cuestión, pero sin entrar en el detalle de las mismas.
0-4 puntos (Deficiente por estar poco o nada detallado): Se valorará si no justifican la importancia del sector para Andalucía en China y/o no incluye las dos acciones de promoción requeridas."

Partiendo de estos criterios, señalados en los pliegos, los cuáles al no haberse recurrido, se encuentran consentidos y ahora no cuestionables, ello supone que este Anexo XI constituya la premisa sobre la que se debe determinar si el informe de valoración de las ofertas se ha excedido de los límites de la discrecionalidad técnica, cuestión denunciada por la recurrente.

En este sentido interesa traer a colación la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 10 de Mayo de 2017 (rec. 2504/2015) que confirma una sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Afirmaba que la discrecionalidad técnica de la que, ciertamente, están dotados los órganos de contratación para resolver cuál es la oferta más ventajosa no ampara cualquier decisión que pretenda fundarse en ella ni se proyecta sobre todos los elementos en cuya virtud deba producirse la adjudicación. Señala que, por otro lado, que será determinante solamente en aquellos que, por su naturaleza, requieran un juicio propiamente técnico para el cual sean necesarios conocimientos especializados.

Insiste el Tribunal Supremo en que la discrecionalidad, incluida la discrecionalidad técnica, no equivale a arbitrariedad y en que pueden ser perfectamente cuestionadas las decisiones que la invoquen como todas las que supongan el ejercicio de cualquier potestad discrecional. Por lo tanto, confirma que son revisables los hechos determinantes de la decisión administrativa, además de que su ejercicio deba respetar los principios generales del Derecho, entre ellos el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Señala que es el control de la discrecionalidad técnica contractual, y que están en juego el principio de igualdad de oportunidad de los contratistas y la motivación de la adjudicación, así como los principios de eficiencia y eficacia, el Tribunal Supremo ha optado por una posición de equilibrio en que se reconoce la discrecionalidad técnica de la administración, pero bajo cargas de motivación, respeto a factores reglados y evitando la suplantación de criterio por los asesores externos.

Asimismo, es de reseñar la Sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo del 4 de diciembre de 2013 (rec. 1649/2010) donde se afirma sobre la discrecionalidad técnica de las mesas que debe partir de la obligación de la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos de concurrencia competitiva. Señala que los procedimientos de selección del contratista y adjudicación de los contratos del sector público hacen necesaria la realización de constataciones y calificaciones que, por requerir saberes especializados, son encuadrables en la denominada discrecionalidad técnica; lo cual justifica que deba ser la mesa de contratación el órgano a quien se asigna la valoración de las ofertas, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a fin de seleccionar la más idónea; y que todo ello determina, así mismo, que esa valoración de la mesa será la que constituirá el principal elemento de fundamentación de la

adjudicación que finalmente se decida. La mesa debe ser entendida como un órgano compuesto por personas que, al formar parte de la Administración, ofrecen unas garantías de objetividad e imparcialidad que no concurren en una entidad privada; unas garantías, además, que se ven reforzada por la posibilidad que tiene cualquier interesado de recusar a los miembros de ese órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. Esta debe consignar su propio juicio sobre cada uno de los criterios que según la ley o la convocatoria deban determinar la adjudicación y, más particularmente, debe expresar, las concretas razones que le llevan a considerar que tales criterios se individualizan o concurren en mayor medida en las ofertas que finalmente incluya en la propuesta de adjudicación que eleve al órgano de contratación.

A la vista de la valoración contenida en el informe de valoración técnica de 7 de abril de 2022, sobre las ofertas presentadas con relación al criterio cuya valoración se pone en entredicho, cumple mencionar que la indefinición del pliego de cláusulas (consentido por la entidad recurrente), del criterio "*metodología"*, supone una desventaja a efectos del control de los elementos reglados, dada la amplitud e imprecisión no deseable en la que está redactado el criterio ya citado. Por tanto, la controversia a resolver radica en si el órgano se ha excedido en el grado de discrecionalidad técnica al valorar dicho criterio, es decir, en la viabilidad de la valoración de determinados aspectos a la hora de enjuiciar los criterios sujetos a juicio de valor pese a no estar expresamente descritos en el pliego. Sobre esta cuestión se ha pronunciado este Tribunal en numerosas resoluciones, resultando de interés la doctrina sentada en la Resolución 317/2017, de 30 de junio de 2017, en la que nos pronunciábamos en los siguientes términos:

"(…) este Tribunal viene manteniendo que los criterios sujetos a juicio de valor, como el aquí examinado, suponen un margen de discrecionalidad técnica para el órgano evaluador que no puede ser absoluto, sino que ha de estar correctamente enmarcado en unos aspectos de valoración previamente definidos y en unas reglas que sirvan de pauta y límite al mismo tiempo para la ponderación o puntuación de las ofertas".

También hemos indicado al respecto en la Resolución 48/2016, de 25 de febrero, que: *"(…) los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor y sus coeficientes de ponderación deben establecerse con claridad en los pliegos de manera que sean conocidos por los licitadores, sin que puedan generar desigualdad y falta de transparencia en la presentación y posterior valoración de las ofertas. En definitiva, el grado de concreción exigible a los pliegos será aquel que permita a los licitadores efectuar sus ofertas conociendo de antemano cuáles van a ser los criterios que va a utilizar el órgano de contratación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, no permitiendo que dicho órgano goce de una absoluta libertad a la hora de ponderar las ofertas, sino propiciando que el mismo disponga de elementos, pautas y aspectos previamente definidos en los pliegos que enmarquen su posterior juicio técnico. Ello permitirá, de un lado, que los licitadores elaboren sus proposiciones de forma cabal con salvaguarda del principio de transparencia e igualdad de trato y de otro, que los órganos técnicos evaluadores respeten los límites de la discrecionalidad técnica en el ulterior proceso de valoración".*

Ahora bien, respetando estos límites, tampoco puede pretenderse que el margen de apreciación del órgano técnico quede reducido al absurdo, alterando la propia naturaleza del criterio de adjudicación. En tal sentido, ya indicábamos en la temprana Resolución 139/2014, de 23 de junio, que *"(...) si tuvieran que definirse siempre en los pliegos de modo pormenorizado los elementos a considerar en la valoración de un criterio o subcriterio de adjudicación de carácter no automático, el margen de apreciación discrecional del órgano técnico evaluador quedaría reducido al absurdo, y la naturaleza del criterio en sí resultaría alterada."* Y en igual sentido, la Resolución 42/2017, de 20 de enero, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, a propósito de la impugnación de un pliego por falta de precisión en los criterios sujetos a juicio de valor, señala que:

"Exigir una valoración más detallada supondría cambiar la naturaleza del criterio conduciendo a la negación de los criterios cuya estimación se funda en juicio de valor y convirtiéndolos prácticamente en criterios de valoración automática".

En definitiva, como señala la Resolución 1065/2016, de 16 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales "*La esencia de los criterios dependientes de un juicio de valor estriba precisamente en la existencia de una actividad subjetiva de quien realiza el análisis, actividad que no puede ser arbitraria, pero que tampoco puede ser matemática. (…) La admisión de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor lleva a reconocer conceptos cuya integración pueda hacerse por el órgano de contratación mediante una apreciación o valoración subjetiva de ahí que los conceptos empleados para su definición admitan un margen de valoración, sin que esta circunstancia pueda sobrepasar los límites advertidos de la discrecionalidad técnica".*

Veamos la valoración realizada por parte del órgano de contratación respecto de la entidad adjudicataria:

Respecto del primer criterio se expresa:

"La propuesta de metodología de una misión directa virtual es muy buena. A lo largo de la propuesta incluye los aspectos solicitados en la definición del servicio: información necesaria a requerir de las empresas andaluzas/extranjeras, plazos de trabajo, informes que se proporcionarán a las empresas (con un índice mínimo de contenidos), números máximos y mínimos de participantes que contemplan, periodicidad de contacto y flujo de comunicaciones con las empresas, propuesta de seguimiento de las reuniones de las empresas andaluzas durante la celebración de la misión comercial. Incluye ejemplos de acciones desarrolladas con anterioridad que apoyan la metodología presentada. Se echa en falta el contenido de los informes finales, salvo ese detalle, estarían contemplados todos los items solicitados.

La propuesta por tanto es muy buena; se ha realizado una estructuración de contenidos con un nivel de detalle muy exhaustivo. Se puede seguir perfectamente la línea de trabajo que va a desarrollar la empresa adjudicataria, ya que propone medidas de actuación precisas, bien definidas y de conformidad con la propuesta de servicios previstos en el pliego".

Puede considerarse que no se expresa una verdadera justificación, pues se limita a decir que los ítems son muy buenos sin que pueda deducirse el motivo de dicha calificación. Parece que la causa para otorgar los puntos es incluir únicamente información sobre los aspectos solicitados en la definición del servicio, pero no motiva por qué es muy buena. Más allá de una exhaustividad no explicada y necesaria que justifique por qué las medidas aportadas son las precisas cuando no resultaron anteriormente definidas pormenorizadamente en el PCAP. Tampoco se realiza una valoración para estimar que la propuesta es acorde con los servicios previstos en el pliego.

Respecto del segundo, el "*desarrollo de oportunidades para el sector del Agroalimentario*", se expresa:

"El licitador hace un análisis del contexto económico del sector agroalimentario muy bueno, teniendo en cuenta la evolución del mercado, de la población las tendencias de consumo y todos los aspectos económicos y sociales que hacen encajar la oferta andaluza en la demanda china. Presenta un gran nivel de detalle los canales de distribución. La demanda está también definida tanto a nivel general como algunos subproductos en particular.
Las dos acciones de promoción a desarrollar, una Promoción en Punto de Ventas y la participación en la feria SIAL China, están bien estructuradas y definidas.

La propuesta es muy buena, se ha justificado la importancia del sector para Andalucía en China detalladamente, aportando información previa del mercado. Asimismo, se valora que han incluido v desarrollado de manera precisa las dos acciones de promoción a realizar relativas a este sector".

A la vista de la argumentación dada, si se pone en relación con la valoración efectada a las otras entidades licitadoras no se puede conocer qué se ha valorado expresamente, más bien no se justifica porque le otorga casi el máximo de puntuación cuando se pone de relieve incluso una deficiencia. Es decir, sí se concreta un defecto, pero no los aciertos.

Por ello le otorga 14 puntos de 15 posibles.

Respecto del tercero, el "*desarrollo de oportunidades para el sector de bienes de consumo*", se expresa:

"La consultora hace un análisis del sector de bienes de consumo en China para después cruzar la demanda china de bienes de consumo con la oferta andaluza del sismo sector. Del estudio se deduce que podría haber oportunidades tanto en el sector de la moda como en el de cosmética. Al estar las exportaciones de moda prácticamente monopolizadas por el grupo Inditex, la consultora se concentra en las oportunidades que el subsector andaluz de cosmética puede tener en China, se echa en falta haber definido algún otro segmento dentro del sector que completara la oferta de bienes de consumo.

La propuesta de acciones de promoción se basa en una Jornada Técnica en origen para informar a las empresas y en una participación agrupada en una de las dos principales ferias, Cosmoprof Asia y China Beauty, ambas propuestas bien definidas y adaptadas a la situación del sector en Andalucía.

La propuesta es muy buena, se ha justificado la importancia del sector para Andalucía en China detalladamente, aportando información previa del mercado. Asimismo, se valora que han incluido y desarrollado de manera precisa las dos acciones de promoción a realizar relativas a este sector".

De los tres criterios valorados este es el único que estimamos que podría considerarse justificado y motivado. Por ello le otorga 13 puntos de 15 posibles.

La falta de motivación o coherencia respecto de los dos primeros criterios valorables mediante juicio de valor se pone más aún de relieve si se comprara con la valoración realizada respecto de la oferta de la recurrente para negarle cualquier puntuación. Respecto del primer criterio se señala:

"El licitador no incluye la información solicitada en el anexo XI del Pliego de Cláusulas Particulares. En su propuesta detalla una serie de servicios genéricos para acceder con éxito al mercado chino, pero que, aunque en la estructura siguen los apartados del citado anexo, en el fondo se corresponden con una serie de servicios orientados a la internacionalización de empresas en China en términos generales, no ajustándose a la organización y ejecución de una misión directa on line tal como se solicita en este punto. Por tanto, la propuesta metodológica no se ajusta al servicio objeto de valoración en este apartado según el Pliego de Condiciones Particulares que rige esta licitación.
La propuesta por tanto se considera deficiente, por tratarse de una propuesta poco o nada detallada; se ha realizado una estructuración de contenidos con muy poco nivel de detalle o simplemente no se ha incluido la estructuración de contenidos".

Respecto del segundo criterio se señala:
"*El licitador no realiza un análisis del sector agroalimentario en China. Incorpora en un mismo epígrafe los dos desarrollos de oportunidades que se recogen en el PCP y propone una serie de acciones que considera de utilidad*

para hacer negocios en China: sondeos y visión periférica. Búsqueda de contactos y proveedores, menciona la importancia de una estrategia digital y varios comentarios más que no se ajustan a lo requerido.
Sin embargo, el licitador no responde a los apartados que son susceptibles de valoración en este punto: no se justifica la importancia del sector para Andalucía en China, no se aporta información previa del mercado.
En cuanto a las dos acciones de promoción: lanzaderas digitales y políticas de innovación, se menciona como una idea, pero no se detalla cómo se instrumentará, a qué perfil de empresas iría dirigida, qué plazos precisa o qué conseguirían las empresas andaluzas del sector agroalimentario con este proyecto.
Como segunda acción de promoción proponen la identificación de empresas andaluzas con posibilidades de desarrollo en China, pero no la acción en sí que desarrollarían con esas empresas.
Aportan un ejemplo de propuesta de exportación de vinos que no es susceptible de valoración según lo establecido en los *pliegos que rigen la licitación.*
La propuesta se considera deficiente por estar poco o nada detallado: no justifican la importancia del sector para Andalucía en China y no incluye las dos acciones de promoción requeridas.

Respecto del tercer criterio se señala:

"La consultora presenta en el epígrafe anterior lo referente a ambos sectores. Los comentarios de este apartado son los mismos que para el anterior. La propuesta se considera deficiente por estar poco o nada detallado: no justifican la importancia del sector para Andalucía en China y no incluye las dos acciones de promoción requeridas.

Ni el peso ni el grado de los aspectos estaban expresamente descritos entre los parámetros exigidos dentro de los criterios de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor. Esto condicionaba a los técnicos, pues debían realizar un informe con mayor exhaustividad en la motivación, a la vista de unos criterios que no están en absoluto definidos, que permitieran reflejar respecto de lo ofertado los argumentos por los que son valorados. No es tarea de este Tribunal enjuiciar las ofertas, solo considerar si el juicio de valor llevado a cabo refleja un conocimiento al menos suficiente de las ofertas presentadas, y si de las mismas puede considerarse la existencia de una motivación que explique suficientemente la puntuación otorgada y dejada de otorgar. Ello no se infiere del acuerdo de adjudicación, pues no se conoce la motivación. Por ejemplo, el motivo para considerar que una oferta es buena, y por qué no lo es la de la entidad recurrente, más aún ante una horquilla tan amplia de asignación de puntos donde evidentemente la discrecionalidad técnica, en sentido estricto, no se manifiesta pues no existe un orden a la hora de valorar, ni se sigue una metodología explicada previamente, que determine cual ha sido el razonamiento del órgano de contratación, y que es lo que ha valorado de todas las ofertas por igual, sin que ello pueda implicar la creación de nuevos subcriterios. De la motivación no se demuestra un conocimiento técnico que justifique la existencia de esos criterios de valoración sujetos a juicio de valor, de tal modo, que, al no existir una motivación realmente técnica, habría sido incluso prescindible la configuración del pliego con 45 puntos otorgados de la forma que se manifiesta en el acuerdo de adjudicación. El simple hecho de señalar la bondad o deficiencia no soporta la puntuación otorgada, la cual no solo debe ser exhaustiva, sino que además debe apoyarse en justificaciones que sean aplicables a todas las entidades licitadoras sin que sufran discriminación. Asimismo, la igualdad de trato supone que esos criterios deben tener una relación o conexión directa con los publicados en el Anexo XI, sin que este momento, el de la valoración sea idóneo para introducir subcriterios peregrinos no conectados con los ya plasmados en el pliego. Todo ello hace que podamos concluir que concurre cierta arbitrariedad que excede de los límites de la discrecionalidad.

Entendemos que queda al margen de la cuestión que se analiza si tales parámetros debían o no estar especificados en el PPT puesto que la controversia no se plantea respecto del cumplimiento de las características técnicas solicitadas en el PPT, habida cuenta que no resulta aspecto controvertido el cumplimiento del pliego

técnico ni por parte de la recurrente ni por parte de la adjudicataria, lo que sí es que lo valorado debe tener relación directa con los criterios de adjudicación como se ha citado.

Como señalábamos en nuestra Resolución 321/2020, y trasladando sus argumentos, podemos concluir que en el presente expediente, existe una ausencia de justificación técnica en las puntuaciones dadas, que supera el límite de la discrecionalidad técnica. No se trata de una mera motivación insuficiente que, por la vía de anular la adjudicación, permitiera al órgano evaluador completar sus argumentos sin alterar la esencia de los mismos, ni las puntuaciones asignadas; en el supuesto enjuiciado, no se encuentra motivación alguna de los aspectos evaluables en el criterio más allá de la somera mención a considerar subjetivamente si es buena o no una oferta sin más, en base a motivos no configurados previamente de forma suficiente. La voluntad del órgano de contratación plasmada en los pliegos ha sido valorar más extremos en los que no se entra con exhaustividad, dada la amplitud de los mismos y la escasa concreción, y sin que resulte posible ahora construir ex novo, partiendo de unas puntuaciones preexistentes, el criterio técnico del órgano evaluador en la generalidad de los parámetros de evaluación del criterio.

Este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso.

El criterio expuesto ha sido, igualmente, asumido por este Tribunal en reiteradas Resoluciones. 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, hemos de concluir que la valoración técnica de las ofertas con arreglo al menos en dos de los criterios abordados, ha rebasado los límites de la discrecionalidad. En este sentido, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en supuestos como el aquí analizado, valga a título de ejemplo la Resolución 183/2017, de 19 de septiembre, "*Este proceder inadecuado de la Administración no puede subsanarse ahora por la vía de motivar y explicitar el criterio técnico en aquellas puntuaciones donde se ha omitido pues, como ya se ha señalado, se estaría dando la posibilidad de construir a posteriori un razonamiento técnico a partir de unas puntuaciones preexistentes, cuando en todo caso el proceso lógico debe ser el inverso*.".

Por tanto, no cabe la subsanación mediante una nueva evaluación de las ofertas, que respete los límites de la discrecionalidad técnica y contenga la motivación adecuada y suficiente, toda vez que ya se conocen y se han valorado las ofertas económicas de las entidades licitadoras, por lo que aquella nueva valoración supondría una infracción de lo establecido en los artículos 146.2 del LCSP y concordantes del RGLCAP.

En consecuencia, la estimación de este motivo del recurso, obliga a declarar la nulidad de todo el procedimiento de licitación tramitado con posterioridad a la aprobación de los pliegos y no solo del acuerdo de adjudicación, debiendo, en su caso, convocarse una nueva licitación con apertura de un nuevo plazo para la presentación de ofertas.

OCTAVO. Sobre la posibilidad de infracción del artículo 70 de la LCSP.

A mayor abundamiento, y dado que se aborda en el recurso, con relación al largo periodo de vinculación profesional de un directivo de dicha empresa que fue adjudicataria con EXTENDA, al parecer 20 años hasta enero de 2022 se denuncia que existían condiciones especiales de compatibilidad que el órgano de contratación tuvo que tomar en consideración conforme al artículo 70 de la LCSP y no lo hizo. Se trataría del señor Director General, que era al parecer Director para China de EXTENDA, Agencia Andaluza de Promoción Exterior S.A. desde enero 2.002 hasta enero 2.022.

Ha de señalarse que como indica el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 16/2019, corresponde al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar. Además, el conflicto de intereses, se señala que no puede presumirse toda vez que, en el específico supuesto de las Administraciones Públicas, la configuración del estatuto jurídico del personal al servicio de las mismas impide que pueda dudarse de forma apriorística de la licitud de su conducta, estando prohibida rigurosamente toda actuación que implique cualquier tipo de presión que pueda generar un conflicto de intereses.

No se ha probado que exista una participación en las especificaciones técnicas de los pliegos ex artículo 70 de la LCSP. Tampoco se advierte que se incurra en un supuesto de prohibición de contratar, es decir que se encuentre incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica que fue adjudicataria en alguno de los supuestos de incompatibilidad de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

No obstante, cumple advertir la existencia de recomendaciones no vinculantes en el ámbito europeo que proporcionan directrices a seguir en orden a la prevención, detección y gestión de los conflictos de intereses, como son las publicadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) en su documento *"Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía practica para los responsables de gestión."*.

Debe tenerse en cuenta las alegaciones en este sentido presentadas por la entidad adjudicataria.

En cualquier caso, dada la laxitud de la denuncia no puede este Tribunal pronunciarse al respecto, salvo mayor información, en su caso, para proceder conforme al artículo 132.3 de la LCSP.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **ADELANTA FIELD MARKETING** contra la resolución de adjudicación de 17 de mayo de 2022 del contrato denominado "Servicios relacionados con la internacionalización de empresas extranjeras andaluzas en China", (Expte. 2022-004), convocado por la Agencia Andaluza de Promoción Exterior S.A. (EXTENDA), ente adscrito a la Consejería de la

Presidencia, Administración Pública e Interior, anulando la licitación, de acuerdo con el fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente resolución.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo 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.