

**Recurso 135/2012.
Resolución 6/2013.**

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

Sevilla, 21 de enero de 2013.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DUJONKA, S.L.** contra la resolución de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, de 29 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de menús elaborados mediante la modalidad de línea fría con destino al personal que presta servicios en los Dispositivos de Cuidados Críticos y Urgencias de los Distritos Sanitarios de Jaén, Jaén Norte y Jaén Nordeste y a los usuarios de la Unidad de Rehabilitación de Área de Salud Mental de Jaén”, Expte: P.A. 244/2012, este Tribunal, en el día de la fecha, ha dictado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de la licitación del contrato denominado “Suministro de menús elaborados mediante la modalidad de línea fría con destino al personal que presta servicios en los Dispositivos de Cuidados Críticos y Urgencias de los Distritos Sanitarios de Jaén, Jaén Norte y Jaén Nordeste y a los usuarios de la

Unidad de Rehabilitación de Área de Salud Mental de Jaén”, siendo entidad adjudicadora el Servicio Andaluz de Salud – Complejo Hospitalario de Jaén. Asimismo, el día 26 de julio de 2012, el citado anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 178 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 3.244.000 euros.

SEGUNDO. Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento de adjudicación del contrato se encontraba la recurrente, que fue admitida a la licitación tras el examen de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos.

TERCERO. En la sesión de la mesa de contratación, de 26 de octubre de 2012, se comunicó en acto público el resultado de la valoración de las ofertas admitidas con arreglo a los criterios de adjudicación evaluables mediante un juicio de valor, procediéndose a continuación a la apertura de los sobres que contenían, respectivamente, la documentación económica y la documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática. Asimismo, se dio lectura a las proposiciones económicas de las empresas licitadoras, siendo el precio unitario ofertado por la recurrente de 6,74 euros.

En la sesión de la mesa de contratación, de 8 de noviembre de 2012, tras analizar el baremo efectuado por la Comisión Técnica designada al efecto donde se cuantificó el resultado de todos los criterios de adjudicación, se acordó proponer la adjudicación del contrato a la empresa ALBIE, S.A por haber obtenido la mayor puntuación. En concreto, la adjudicataria recibió un total de 89,91 puntos y la recurrente, 87 puntos.

CUARTO. El 29 de noviembre de 2012, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de Jaén dictó resolución de adjudicación del contrato a ALBIE,

S.A. La citada resolución fue remitida al recurrente el 30 de noviembre de 2012, según la fecha que consta en el registro de salida del Complejo Hospitalario, y se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el mismo día 30 de noviembre.

QUINTO. El 13 y 14 de diciembre de 2012, respectivamente, tuvieron entrada en el Registro del órgano de contratación el anuncio de recurso especial en materia de contratación y el escrito de interposición del citado recurso.

El 20 de diciembre de 2012, se recibió en este Tribunal escrito del Director Económico Administrativo del Complejo Hospitalario de Jaén dando traslado del informe emitido por el órgano de contratación y de la relación de licitadores con sus datos de contacto para notificaciones. Asimismo, en el citado escrito se indicaba que el expediente de contratación había sido remitido mediante empresa de mensajería.

El 26 de diciembre de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de interposición a todos los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas efectuado la empresa ALBIE, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 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.

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. 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 recurso especial se ha interpuesto contra el acto de adjudicación de un contrato de suministro de tracto sucesivo por precio unitario conforme a lo dispuesto en el artículo 9.3 a) del TRLCSP, que pretende concertar una Administración Pública, y que está sujeto a regulación armonizada, siendo su valor estimado de 3.244.000 euros.

Por consiguiente, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo establecido en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 c), cuyo tenor es el siguiente: <<1. *Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:*

a) *Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada. (...)*

2. *Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:*

a) (...)

b) (...)

c) *Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores. >>*

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 aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4(…)”*

Asimismo, el artículo 44.3 del citado texto legal dispone que *“La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso”*

En el supuesto examinado, la resolución de adjudicación del contrato fue remitida al recurrente el 30 de noviembre de 2012, según la fecha que consta en el registro de salida del Complejo Hospitalario, y se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el mismo día 30 de noviembre. Por consiguiente, al haberse presentado el escrito de recurso en el registro del órgano de contratación el 14 de diciembre de 2012, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes señalado.

Asimismo, consta que el recurrente presentó el anuncio previo del recurso en el registro del órgano contratación el día 13 de diciembre de 2012. En consecuencia, se ha dado también cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 44.1 del TRLCSP conforme al cual *“Todo aquel que se proponga interponer recurso contra alguno de los actos indicados en el artículo 40.1 y 2 deberá anunciarlo previamente mediante escrito especificando el acto del procedimiento que vaya a ser objeto del mismo, presentado ante el órgano de contratación en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición del recuso.”*

QUINTO. Procede, pues, analizar ahora la cuestión de fondo suscitada. **El recurso** se sustenta en los argumentos siguientes:

1. Se ha producido error en la valoración de la oferta técnica, pues se ha otorgado 0 puntos a la recurrente en el criterio de adjudicación “acreditación de la calidad por entidad reconocida ENAC”, cuando a la licitación se aportó la siguiente documentación:

- Resolución por la que se autoriza la ampliación de instalaciones y convalidación de la industria de referencia, con el número de Registro Sanitario 26.0007183/SE.
- Certificado de la inscripción en el registro de Industria Agroalimentarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- Certificado emitido por LGAI TECHNOLOGICAL CENTER S.A. con certificación ENAC.
- Certificado de sistema de gestión de calidad a favor de Serenissima Ristorazione S.P.A.
- Certificado de que el sistema de gestión medioambiental es conforme a la normativa UNI EN ISO 14001:2004.
- Certificado de que Serenissima Ristorazione, S.P.A. ha implementado y mantiene un sistema de gestión medioambiental.
- Certificado emitido de conformidad con el Reglamento Técnico acredita RT-12.
- Certificado de que Serenissima Ristorazione S.P.A. ha implementado y mantiene un sistema de gestión de la seguridad y salud.
- Certificado de que el sistema de gestión de seguridad alimenticia de Serenissima Ristorazione S.P.A. es conforme a la norma UNI EN ISO 22000:2005.
- Certificado de producto de Serenissima Ristorazione S.P.A. acreditando que la trazabilidad de las comidas es conforme con la norma UNI EN ISO 22005:2008.

- Certificado del Organismo Red Trabajo Ético.
- Certificado de CSQA en el que se indica que el sistema de gestión de calidad de Serenissima Ristorazione S.P.A es conforme con la norma UNI 10854: 1999.
- Declaración responsable de la política medioambiental llevada a cabo por la empresa.
- Certificado del Director de FREMAP S.L.U. en el que se indica que la recurrente tiene suscrito contrato de prestación de servicio de prevención ajeno.
- Declaración responsable de que la recurrente pertenece al grupo empresarial integrado por Serenissima Ristorazione S.P.A y Serenísima Iberia, S.L.

2. El criterio de adjudicación cuya valoración, en cuanto a la oferta de la recurrente, es objeto de impugnación tiene una ponderación máxima de 8 puntos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, entendiéndose DUJONKA, S.L que debía haber obtenido entre 8 puntos como máximo y 5 como mínimo, por lo que la puntuación final oscilaría entre 92 y 95 puntos, superando en ambos casos la puntuación recibida por la adjudicataria. En consecuencia, solicita que se le otorgue la puntuación que le corresponde y se proceda a adjudicarle el contrato.

Por su parte, **el órgano de contratación**, en el informe sobre el recurso, manifiesta lo siguiente:

1. En la baremación del criterio “Acreditación de la calidad por parte de entidad externa acreditada ante la ENAC”, la Comisión Técnica acordó no otorgar puntuación por este concepto a la recurrente con base en las razones del informe técnico emitido el 31 de octubre de 2012.

2. El 17 de diciembre de 2012, la Comisión Técnica se ratifica en su anterior actuación indicando lo siguiente:

- Se acordó valorar las acreditaciones relativas a centros de elaboración de comidas y no a servicios administrativos. Tampoco se acordó valorar las acreditaciones a empresas que prestaran servicios a las licitadoras.
- La certificación en calidad con arreglo a la norma ISO 9001:2008 no se valoró a ningún licitador al ser de carácter general y no establecer criterios de calidad específica para seguridad alimentaria. Sí se valoró el certificado de calidad emitido con arreglo a la norma UNE EN ISO 22000, al ser específico de seguridad alimentaria y que sólo aportó la empresa licitadora Serunion S.A.
- Si se siguiera un criterio menos restrictivo, se admitiría la valoración solicitada por DUJONKA, S.L., pero también se admitirían al resto de las empresas licitadoras por lo que el resultado no cambiaría la adjudicación.

3. Los documentos aportados por la recurrente a nombre de Serenissima Ristorazione S.P.A. no pueden admitirse por las siguientes razones:

- Dicha sociedad no es la empresa que licita.
- Los centros de restauración que figuran en los certificados no corresponden al centro de restauración ofertado por la empresa DUJONKA, S.L. que está localizado en Dos Hermanas (Sevilla).
- Dichos certificados no están acreditados por la ENAC.

Finalmente, **la empresa ALBIE, S.A.**, adjudicataria del contrato en cuestión, manifiesta lo siguiente en **su escrito de alegaciones**:

- Si la mesa de contratación hubiera decidido valorar los certificados presentados por la recurrente, también debería haber tomado en consideración los presentados por ALBIE, S.A. al referirse a los mismos extremos y tener una validez equivalente.
- Si la mesa hubiera valorado los certificados de ambas empresas licitadoras, la oferta de ALBIE, S.A. hubiera seguido resultando la más ventajosa económicamente.

Una vez expuestos los argumentos de las partes, procede entrar a analizar la cuestión de fondo del recurso que se circunscribe a la valoración de la oferta de la recurrente en un criterio de adjudicación evaluable automáticamente que se fija en **el apartado 13 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares** (en adelante, PCAP), y cuyo tenor es el siguiente: <<Acreditación calidad por parte de entidad externa acreditada ante la ENAC. Ponderación: 8 puntos como máximo.

Fórmula y ponderación en caso de evaluación automática:

- 1. Haber obtenido y estar vigente acreditación en el ámbito de las comidas preparadas: 5 puntos.*
- 2. Haber obtenido y estar vigente acreditación en calidad en el ámbito de: a) el medio ambiente, b) la responsabilidad social ó c) la prevención de riesgos y la seguridad: 2 puntos por cada acreditación (máximo 3 puntos).>>*

Asimismo, en el apartado 6.4.1 del PCAP se indica que el sobre nº4 contendrá la “documentación técnica para su valoración conforme a criterios de evaluación automática” y el apartado 6.4.2 señala que “*El licitador deberá presentar la siguiente documentación técnica en el sobre número 4: 1. **Acreditación en calidad.** De acuerdo con lo indicado en el criterio de adjudicación nº3 del PCAP, los licitadores aportarán el título o fotocopia compulsada del mismo o certificado expedido por la entidad acreditadora de que se ha obtenido*”

Con relación a estos apartados del pliego deben efectuarse, con carácter previo, dos consideraciones:

Primera. En el contrato de suministro a que se refiere el recurso, la exigencia de certificados que acrediten la calidad debía haberse establecido como requisito de solvencia técnica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 77.1 e) del

TRLCSP. En este sentido, la Resolución de este Tribunal 1/2013, de 11 de enero, ya indicaba que este criterio viene siendo mantenido por los distintos órganos consultivos y resolutorios en materia de contratación. En concreto, señalaba lo siguiente: << *la Resolución 40/2011, de 14 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid manifiesta que “ (...) la exigencia de la acreditación de calidad por las empresas licitadoras es un requisito de solvencia y no de adjudicación. En efecto, el mismo Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 56/2004, indica que “Lo que sí deben diferenciarse, como hacía nuestro citado informe de 2 de marzo de 1998, es la calidad o su mejora, de los medios de aseguramiento de la calidad, ya que los primeros pueden figurar, conforme a lo indicado, como criterios de adjudicación y los segundos como elementos de solvencia según las Directivas comunitarias (hoy artículo 98.2, letras b) y c), de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004)”. De manera que si, como hemos indicado, la mejora de los medios de calidad sí puede ser objeto de baremación como criterio de adjudicación, como acabamos de indicar para el caso del equipo técnico adscrito a la obra, no ocurre lo mismo con los certificados de calidad que constituyen medios de acreditación o aseguramiento de tal calidad y que por lo tanto deben insertarse en la apreciación de la solvencia.” >>*

Hecha esta consideración y en la medida que el error apreciado en el pliego no constituye vicio determinante de nulidad, ni tal extremo ha sido objeto de impugnación en el recurso interpuesto, se ha de mantener el contenido del PCAP respecto del criterio de adjudicación discutido.

Segunda. El criterio “Acreditación de la calidad por parte de entidad externa acreditada ante la ENAC” se establece en el apartado 13 del cuadro resumen del pliego como un criterio evaluable automáticamente. El artículo 150.2 del TRLCSP, para definir tales criterios, utiliza expresiones tales como “criterios que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación

de las fórmulas establecidas en los pliegos” o “criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas”, en contraposición a “los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor”.

La ley ha querido dar preponderancia a los primeros dado su carácter eminentemente objetivo y automático, en el que la puntuación se obtiene directamente de la fórmula fijada en el pliego y no de la realización de un juicio de valor que opera en el ámbito de la discrecionalidad administrativa. En definitiva, con los criterios de carácter automático, no cabe discrecionalidad técnica, ni el órgano encargado de su valoración tiene que adoptar ningún tipo de acuerdo o decisión sobre lo que ha de ser o no objeto de valoración, pues basta con aplicar la fórmula o asignar los puntos en función de lo que se indique en el pliego.

Si para la valoración de un criterio de carácter automático se requiere que el órgano encargado de ello adopte acuerdos previos para discernir lo que debe puntuarse y lo que no, el criterio pierde ese carácter automático y entraría dentro de la otra categoría de criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor.

SEXTO. En el supuesto examinado, el criterio discutido se configura en el pliego como automático, pero en su valoración posterior la comisión técnica ha tenido que adoptar acuerdos o utilizar parámetros que no estaban definidos en el pliego y aún cuando los mismos sean totalmente acertados, no pueden tener cabida en la valoración de un criterio de tal naturaleza, donde sólo el pliego puede establecer a priori la fórmula o señalar claramente lo que es objeto de valoración, sin que quepa dejar tal extremo a indicaciones posteriores del órgano evaluador. En definitiva, no es posible integrar en el curso del procedimiento a través de la valoración del criterio, lo que debió definir de antemano el pliego con toda claridad.

Pues bien, en tales circunstancias, como quiera que el criterio de adjudicación “acreditación de la calidad por parte de entidad externa acreditada ante la ENAC” es de evaluación automática, habrá que estar al tenor literal de la fórmula descrita en el pliego para, en este sentido, asignar puntuación a los certificados de calidad expedidos por entidades externas acreditadas ante la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) en los ámbitos de comidas preparadas, medio ambiente, responsabilidad social y prevención de riesgos y seguridad, sin discernir, dentro de estos ámbitos, los certificados que son o no objeto de valoración, pues, dado el carácter del criterio, donde el pliego no distingue, tampoco puede hacerlo el órgano encargado de la valoración.

Al hilo de lo expuesto, el informe remitido a este Tribunal por el órgano de contratación manifiesta que si se siguiera un criterio menos restrictivo que el empleado por la comisión técnica durante el proceso de evaluación de las ofertas, habría que admitir la valoración solicitada por la recurrente, pero también se admitiría al resto de licitadores, lo que no cambiaría el resultado de la adjudicación.

En definitiva, el órgano de contratación viene a indicar que el criterio de valoración seguido por la comisión técnica ha sido el mismo para todos los licitadores, por lo que un criterio más amplio beneficiaría igualmente a todos y no alteraría la adjudicación. Pues bien, no cabe invocar la igualdad en la ilegalidad, principio reiteradamente esgrimido por el Tribunal Constitucional (SSTC 43/1982, 62/1987, 40/1989, 21/1992 Y 186/2000, entre otras), es decir, si no fue correcta la actuación de la Comisión al fijar directrices de valoración que no se indicaban en el pliego, dicha actuación no se salva o convalida por el hecho de que se haya aplicado el criterio a todos por igual.

Por otro lado, la afirmación del órgano de contratación de que una nueva valoración del criterio no alteraría el resultado de la adjudicación tampoco puede asumirse como irrefutable sin antes haber efectuado la revisión de la

documentación aportada por las distintas empresas en cuanto al criterio discutido. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la mayoría de licitadores obtienen 0 puntos en este criterio, pero esto no significa que, en la nueva valoración a realizar, vayan a obtener todos más puntuación en idéntica proporción.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que se refiere a los certificados aportados por la recurrente a nombre de Serenissima Ristorazione, S.P.A., los mismos no pueden ser objeto de valoración con arreglo al criterio expuesto por este Tribunal pues, aún perteneciendo ambas entidades al mismo grupo empresarial, ha de darse la razón al órgano de contratación en cuanto a que no son certificados a nombre de la empresa licitadora y si bien la solvencia se puede integrar con medios de otras entidades pertenecientes al mismo grupo (artículo 67.3 del TRLCSP), no ocurre lo mismo cuando se trata de valoración de las ofertas concretas presentadas en la licitación con arreglo a los criterios de adjudicación. Además, aunque así fuera, tampoco acredita el recurrente tener efectivamente a su disposición los medios de aquella sociedad necesarios para la ejecución del contrato, como también exige el artículo 67.3 del TRLCSP.

Asimismo, no es posible estimar la pretensión del recurrente en cuanto a que se le otorgue la puntuación que le corresponde y se le adjudique el contrato, pues tal competencia sólo corresponde al órgano de contratación, si es que a ello hubiere lugar como consecuencia del contenido de la presente resolución. Así lo se prevé en el artículo 47.2 segundo párrafo del TRLCSP.

En consecuencia, sólo procede estimar parcialmente el recurso interpuesto y anular la resolución de adjudicación, con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo a los criterios de adjudicación de carácter automático, a fin de que se proceda a una nueva evaluación de aquéllas conforme al criterio “Acreditación de la calidad por parte de entidad externa acreditada ante la

ENAC”, siguiendo para ello la literalidad de las indicaciones del pliego en los ámbitos en él recogidos, sin establecer discernimiento alguno en cuanto a lo que puede ser o no objeto de valoración, con tal que los certificados cumplan los requerimientos generales del pliego.

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

RESUELVE

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DUJONKA, S.L.** contra la resolución de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de Jaén perteneciente al Servicio Andaluz de Salud, de 29 de noviembre de 2012, por la que se adjudica el contrato denominado “Suministro de menús elaborados mediante la modalidad de línea fría con destino al personal que presta servicios en los Dispositivos de Cuidados Críticos y Urgencias de los Distritos Sanitarios de Jaén, Jaén Norte y Jaén Nordeste y a los usuarios de la Unidad de Rehabilitación de Área de Salud Mental de Jaén” y en consecuencia, anular el acto impugnado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a la emisión del informe técnico sobre valoración de las ofertas con arreglo al criterio “Acreditación de la calidad por parte de entidad externa acreditada ante la ENAC”, a fin de que se proceda a una nueva valoración en los términos expresados en 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 prevista en el artículo 45 del TRLCSP.

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.

LA PRESIDENTA