



Recurso nº 1713/2023

Resolución nº 147/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 08 de febrero de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. J. M. P. E., en representación de BLACK BULL LOGISTICS, S.L., contra los pliegos del procedimiento *“Acuerdo marco para el suministro de subsistencia a unidades de la Armada en el territorio nacional”*, con expediente 86/2023, convocado por la Dirección de Gestión Económica de la Jefatura de Apoyo Logístico de la Armada, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección de Gestión Económica de la Jefatura de Apoyo Logístico de la Armada convocó la licitación para la adjudicación *“Acuerdo marco para el suministro de subsistencia a unidades de la Armada en el territorio nacional”*, con expediente 86/2023, con tramitación por procedimiento abierto y sujeto a regulación armonizada.

Segundo. El recurrente interpuso en fecha 18 de agosto de 2023 un primer recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, publicados en fecha 29 y 31 de julio de 2023 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, si bien posteriormente, dado que el órgano de contratación acordó retirar los pliegos del expediente hasta que fueran publicados los definitivos, solicitó el archivo del mismo, dando lugar a nuestra Resolución 1176/2023, de 21 de septiembre de 2023.

Tercero. Con fecha 13 de diciembre de 2023 interpone el presente recurso especial en materia de contratación frente al anuncio de licitación rectificado y los pliegos rectificados del procedimiento de contratación anteriormente referenciado, publicados el día 28 de noviembre de 2023.



Cuarto. El órgano de contratación remitió a este Tribunal en fecha 22 de diciembre de 2023 el expediente administrativo, así como el informe previsto en el artículo 56.2 de 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).

Quinto. En fecha 28 de diciembre de 2023 se acordó por la Secretaria General de este Tribunal, actuando por delegación del mismo, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, sin que este afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para conocer del presente recurso a tenor de lo establecido en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. El objeto de recurso es el pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas de un Acuerdo Marco de suministro con valor estimado superior a cien mil euros, actuaciones susceptibles de recurso especial al amparo del artículo 44.1.a) y 2.a y 44.1.b) de la LCSP.

Tercero. El recurso se interpone por persona legitimada para ello de conformidad con el artículo 48 de la LCSP.

En efecto, como indica la recurrente, es su intención participar en el procedimiento de adjudicación del Acuerdo Marco, si bien entiende que ciertas cláusulas de ambos pliegos le impiden participar en la licitación en condiciones de igualdad, razón por la cual las impugna con el objeto de preservar sus derechos e intereses legítimos en el expediente.

Así, la regla general de que sólo los operadores que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos, encuentra su excepción en los casos en los que, como el que nos ocupa, se impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la



licitación en condiciones de igualdad, por lo que debemos entender que el recurrente goza de legitimación.

No puede compartirse la falta de legitimación manifestada por el órgano de contratación por la existencia del desistimiento del recurso especial previo, con independencia de que haya impugnado las mismas cuestiones. En primer lugar, porque fue el propio órgano de contratación quien resolvió retirar dichos pliegos hasta que fueran publicados los definitivos, dando un nuevo plazo de licitación – siendo esta la razón que motivó el desistimiento - y, en segundo lugar, porque el recurrente formuló desistimiento al procedimiento ya iniciado, pero no una renuncia o abandono de su derecho o pretensión, de manera que nada impide que pueda volverá plantear un nuevo recurso especial como el que ahora nos ocupa.

Cuarto. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo señalado en el artículo 50 de la LCSP.

Quinto. Los motivos de impugnación de los pliegos, de acuerdo con el recurso interpuesto, son los siguientes:

1. El régimen de subcontratación establecido en el PCAP del procedimiento en su CLÁUSULA 11 con remisión al APARTADO 22.2 DEL ANEXO I vulnera la regulación establecida al efecto en el artículo 215 de la LCSP, restringiendo de una parte la libre participación de licitadores en la licitación, e impidiendo de otra a los licitadores participar en condiciones de igualdad.
2. Total ausencia de justificación en los pliegos de la no división en lotes del Acuerdo Marco, restringiendo nuevamente, de una parte, la libre participación de licitadores en la licitación, e impidiendo, de otra, participar a los licitadores en condiciones de igualdad.
3. Los pliegos (PCAP y PPT) no contienen un desglose del presupuesto base de licitación detallado por partidas, impidiendo así a los potenciales licitadores que no sean el actual adjudicatario del EXPEDIENTE Nº 2019/185, habida cuenta de su experiencia acumulada en el período 2019-2023, confeccionar sus ofertas en condiciones de igualdad.
4. Tanto el PCAP como el PPT impugnados contienen referencias a productos de marcas concretas sin admitir equivalentes que respeten igualmente las especificaciones técnicas de aquéllos.



5. Incongruencia entre los criterios de adjudicación contenidos en el ANUNCIO DE LICITACIÓN RECTIFICADO publicado por última vez en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 28 de noviembre de 2023 a las 15:23 horas, y los contenidos en el APARTADO 11.1 DEL CCC DEL PCAP RECTIFICADO (ANEXO I. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO). Error en todo caso en la FÓRMULA DE APLICACIÓN para obtener la puntuación total de la oferta de cada licitador (V) establecida en dicho APARTADO 11.1 DEL CCC.

Procederemos a analizar por separado cada uno de ellos.

Sexto. Comenzando por el régimen de subcontratación y la invocada vulneración del artículo 215 de la LCSP.

1. La cláusula 11 del PCAP rectificado establece que:

“El apartado 22.2 del Anexo I determina la admisibilidad y aspectos específicos de la subcontratación. De admitirse, esta habrá de efectuarse conforme a las condiciones y requisitos establecidos en los artículos 215 de la LCSP y 61 de la LCSPDS, admitiendo subcontratación hasta el porcentaje máximo del importe de adjudicación de los CCBB en el AM, definido en el anterior apartado”.

Y ese apartado 22.2 del Anexo I del PCAP RECTIFICADO, o Cuadro de Características del Contrato, fija en el 95% (frente al 100% del PCAP ORIGINAL) el porcentaje de las prestaciones que pueden ser subcontratadas.

Entiende el recurrente que la citada cláusula vulnera la regulación establecida en el artículo 215 de la LCSP restringiendo la participación de licitadores e impidiendo que estos puedan participar en condiciones de igualdad.

En concreto, sostiene que ese porcentaje máximo del 95% de prestaciones susceptibles de subcontratación reservando un 5% a TAREAS CRÍTICAS NO SUBCONTRATABLES, que escuetamente se definen como *“las relacionadas con la gestión administrativa de pedidos de material y facturación, así como las funciones correspondientes a la supervisión de la correcta ejecución del Contrato”*, no cumple mínimamente con la exigencia de claridad exigible en los pliegos rectores de la licitación conforme al principio de igualdad, enfocada a garantizar la



conurrencia en el procedimiento y de forma asequible para los licitadores, pues éstos no son responsables de la ambigüedad en la configuración confusa de anuncios y pliegos.

Considera que confrontando el detalle de las prestaciones exigidas contractualmente desglosadas en el PPT, no es posible determinar qué tareas son susceptibles de subcontratación y cuáles son tareas críticas no subcontratables, pues prácticamente todas ellas, en su aplastante mayoría incompatible con el porcentaje del 95% teóricamente subcontratable, participan de un modo u otro de la naturaleza y categorización de tareas *“relacionadas con la gestión administrativa de pedidos de material y facturación, así como las funciones correspondientes a la supervisión de la correcta ejecución del Contrato”* que se postulan como prestaciones o tareas críticas no subcontratables.

A lo expuesto indica que la definición genérica y por tanto defectuosa e ineficaz la limitación o distinción de tareas subcontratables, y la falta de establecimiento de un régimen específico de solvencia por tarea a subcontratar que no sea el exigible al contratista principal hace que todo posible subcontratista deba cumplir íntegramente los mismos requisitos de solvencia técnica y económica del contratista principal, lo que a su juicio supone que se restrinja con ello la libre participación de licitadores en la licitación, toda vez que gran parte de las PYMES no podrá alcanzar en la práctica los mismos requisitos de solvencia técnica y económica que se exigen al contratista principal, y no será posible por ello contar con su participación en la confección de ofertas por parte de los licitadores que se postulan como contratistas principales. Y ello a su vez supone que se impida a los licitadores participar en condiciones de igualdad, como es el caso tanto de la empresa que represento como de otros posibles partícipes comprometidos en UTE junto a ella, en su caso, habida cuenta que la selección de posibles PYMES subcontratistas se limita extraordinariamente, y obliga al licitador que se postula como contratista principal a asumir de manera personal en su oferta la ejecución con medios propios de tareas que por especialización le resultarán extremadamente gravosas.

2. El órgano de contratación por su parte señala que la autorización de un elevado porcentaje de subcontratación no limita la concurrencia, sino al contrario. Señala que, si el recurrente hubiese solicitado acceso al expediente o simplemente hubiere planteado preguntas a la plataforma, en los términos del artículo 138 de la LCSP, habría podido comprobar que ese elevado porcentaje de subcontratación es correlativo a la no división en lotes del expediente,



ya que lo realmente relevante en el contrato es que haya una gestión y control centralizado de un expediente crítico para la Armada.

Así, refutando lo manifestado por el recurrente indica que en el Pliego se señalan las tareas críticas que en todo caso tienen que ser prestadas por el contratista principal, ya que son las realmente vitales para la Administración, mientras que el resto del contrato, aunque en un porcentaje elevado, son entregas de productos alimenticios, que a pesar de su innegable importancia, son suministros no especializados de productos consumibles, para los que este Órgano de Contratación no considera que sea necesario acreditar una especial solvencia.

Invoca igualmente nuestra Resolución 734/2020, en la que indicábamos que:

«De acuerdo con el artículo 215 de la LCSP la regla general es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero, contemplado en la letra d) del artículo 215.2 de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo supuesto, que es el que interesa a este recurso, el recogido en la letra e) del artículo 215.2 de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal. Además, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

(...) Las menciones que resultan del pliego, detallando las partes de la prestación que quedan limitadas a la subcontratación así como la calificación como tareas críticas o elementos esenciales del contrato lo que sería suficiente para cumplir la justificación reclamada por el artículo 215.2.e) de la LCSP, pero además debe considerarse el detalle de los informes al recurso aportados por el órgano de contratación que contribuyen a reforzar aquélla. Por el contrario, no se observa una declaración genérica o imprecisa de prestaciones o meros porcentajes de la obra completa, sino que se hace una descripción detallada diferenciada y precisa de los trabajos que se estiman principales en el marco de los límites de la discrecionalidad técnica que este Tribunal puede enjuiciar. No debe olvidarse que la



apreciación de lo que sean tareas críticas o trabajos especiales que deben de reservarse al contratista en la ejecución de un contrato cuando éste tiene por objeto prestaciones técnicas puede resultar del propio objeto de un contrato y ser evidentes para un perito o experto. Por esta razón, recordando que el Tribunal en la apreciación de los elementos técnicos que pueden concurrir en al enjuiciar la actuación de la Administración debe limitarse al análisis de los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuar los vicios del procedimiento, reprochen que no concurren en este caso.»

De acuerdo con todo lo anterior, concluye que se ha cumplido lo dispuesto en esta doctrina, señalando las partes críticas no susceptibles de subcontratación debidamente motivadas, como consecuencia de la experiencia en años de abastecimiento y al amparo de la discrecionalidad técnica que les ampara, permitiendo que puedan ser subcontratadas el resto de tareas menos vitales.

3. Este Tribunal comparte lo manifestado por el órgano de contratación, entendiendo que la descripción contenida en el apartado 22.2 del anexo I del PCAP es suficientemente detallada y precisa, dadas las prestaciones objeto del contrato y se encuentra amparada dentro de los límites de la discrecionalidad técnica que ampara al órgano de contratación.

En concreto, se establecen como tareas críticas no subcontratables *“las relacionadas con la gestión administrativa de pedidos de material y facturación, así como las funciones correspondientes a la supervisión de la correcta ejecución del Contrato”*. La lectura del pliego de prescripciones técnicas (PPT en adelante) permite concluir, sin excesivas dificultades, que la finalidad pretendida por el órgano de contratación no es otra que garantizar que la gestión administrativa y el control de la cadena logística sea efectivamente asumida por el contratista. La pretensión del recurrente, que exige una delimitación exacta de las tareas no subcontratables, resulta así ser innecesaria y puede añadirse que excesiva, en tanto no parece razonable pensar que los licitadores con aptitud para participar en el acuerdo marco no sean capaces de determinar que tareas resultan críticas a la vista de la finalidad que la Armada pretende satisfacer con aquel.



Cabe señalar, por otra parte, que el recurrente parece tener cabal conocimiento de las tareas críticas que conforman el objeto del contrato, cuando dice que “(...) *prácticamente todas ellas, en su aplastante mayoría incompatible con el porcentaje del 95% teóricamente subcontratable, participan de un modo u otro de la naturaleza y categorización de tareas “relacionadas con la gestión administrativa de pedidos de material y facturación, así como las funciones correspondientes a la supervisión de la correcta ejecución del Contrato” que se postulan como prestaciones o TAREAS CRÍTICAS NO SUBCONTRATABLES*”.

Procede, por lo tanto, rechazar la alegación.

Séptimo. Continuamos con el segundo de los motivos relativos a la no división en lotes del Acuerdo Marco.

1.- Considera el recurrente que la genérica remisión efectuada en el Apartado 1.2 del Anexo I del PCAP “*a lo establecido en el artículo 99.3 de la LCSP*” como única justificación de la no división en lotes no solo no se acoge concretamente a uno, otro, o ambos, de los motivos válidos que el precepto prevé, a) o b), sino que en todo caso incumpliría la requisitoria legal aun acogiendo a ambos, pues no consta ni en el PCAP ni en el PPT que el órgano de contratación solicitara informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente, si pretendía acogerse al motivo a) del artículo 99.3, o la debida justificación de los extremos a que se refiere el motivo b) del mismo precepto, si lo que pretendía era acogerse a tal motivo. PCAP y PPT simplemente omiten cualquier pronunciamiento sobre ello.

En concreto, señala que en el caso que nos ocupa, el ANEXO III del PPT, esto es, la RELACIÓN DE BUIS (BUQUES, UNIDADES E INSTALACIONES) PUNTOS DE ENTREGA”, lista en sus 8 páginas aproximadamente 400 puntos de entrega de suministros (productos de alimentación) repartidos por todo el territorio nacional, por lo que resultaba perentorio para la libre participación de los licitadores en la licitación en condiciones de igualdad conocer qué razones justificaran debidamente la no división en lotes, máxime cuando ni en el PCAP ni en el PPT tampoco se establecen tareas críticas que no pudieran ejecutarse por PYMES locales ni se otorga al Acuerdo Marco el carácter secreto o reservado o se prevé que su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado del artículo 215.1 y 2.d) de la LCSP.



En definitiva, entiende que la total ausencia de la debida justificación en el PCAP y en el PPT de la no división en lotes del Acuerdo Marco acarrea la nulidad de pleno derecho de los mismos, o cuando menos su anulabilidad y retroacción de actuaciones para su rectificación.

En apoyo de su pretensión invoca al efecto nuestra Resolución dictada en el recurso 857/2022, en el que indicábamos que *“Esta motivación ha de ser específica para cada contrato y no puede limitarse a la reproducción de lo que dice el precepto. En efecto, al igual que sucede con el artículo 99.3 de la LCSP, el deber de motivar debidamente no se cumple con la reproducción del precepto legal, sino que exige que se expongan cuáles son las concretas razones por las que la ejecución separada de las prestaciones objeto del contrato pueden suponer una merma de su calidad o dificultar su debida coordinación”*.

2. El órgano de contratación por su parte indica que resulta sorprendente que el recurrente no haga mención a la memoria justificativa de no división en lotes que consta en el Anexo I, confundiendo el breve cuadro resumen que a efectos clarificadores acompaña al Pliego con la propia memoria que, como no puede ser de otra manera, consta en el expediente.

3. Expuestas las posiciones de las partes, y para la adecuada resolución del motivo de impugnación, debemos comenzar por la cláusula 1 del PCAP, que se ocupa del objeto del acuerdo marco y necesidad administrativa a satisfacer, y en la que se indica sobre la división en lotes que *“Se incorporará al expediente justificación de la decisión de no dividir el objeto AM en lotes, en su caso, recogiénose así en el **apartado 1.2 del Anexo I**”*.

Y efectivamente, si acudimos al citado Anexo I (que figura en el expediente con el nombre MEMORIA NO LOTES), se indica que:

“Con este Acuerdo Marco se persigue facilitar la gestión del Servicio de Subsistencias de la Sección de Abastecimiento y Transportes de la SUBDAT, centralizando la adjudicación y descentralizando la ejecución mediante Contratos Basados. Además, con el uso del sistema de gestión EDI (Intercambio Electrónico de Datos), se dispone de una información centralizada que proporciona mayor transparencia en la gestión de los recursos y se facilita la gestión y el control efectuado por las Unidades mediante técnicas de comercio electrónico.

El carácter homogéneo de la relación de artículos de suministro y la división en lotes por familias de artículos generaría una gran complejidad en la gestión efectuada por la Unidades,

que podría redundar en una merma de la eficiencia del sistema. Así mismo, podría originar opciones poco atractivas al posible ofertante, tanto en alcance como en profundidad, dando lugar a una escasa concurrencia en determinados lotes incluso con resultado final de dejar lotes desiertos.

Teniendo en cuenta lo anterior, los problemas de gestión que se podrían plantear serían:

- Pérdida de beneficios asociados a economías de escala y dificultad en la consolidación de pedidos.*
- Necesidad por parte de la unidad peticionaria de coordinar las entregas en tiempo y lugar con diversos contratistas.*
- En las navegaciones de buques en territorio nacional, se exigiría un esfuerzo suplementario para coordinar con los contratistas asignados a cada escala.*
- La existencia de varios lotes y la necesidad de asignar un gestor a cada uno, implicaría un mayor esfuerzo o necesidad de personal adicional durante la ejecución del Acuerdo Marco.*
- Se necesitaría una sincronización más complicada, modificando el sistema EDI para lograr una eficiente asignación de pedidos entre los diferentes contratistas.*

Conclusiones

De acuerdo con el art. 99.3 b) de la Ley 9/2017 y el razonamiento anteriormente expuesto, se considera la no división en lotes del objeto del Acuerdo Marco como la opción más eficiente”.

Por lo tanto, se cumple lo dispuesto por el artículo 99.3 de la LCSP cuando dice que “[n]o obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”. No son acogibles los argumentos del recurrente en este punto, fundamentalmente porque no parece tomar en consideración la justificación del órgano de contratación en tanto se limita a invocar el Anexo 1.2 del PCAP (que recoge el cuadro de características), y en el que solo se consigna la no división en lotes. Por otro lado, los argumentos que emplea para defender la ilegalidad del PCAP en este punto no pueden sostenerse con una recta interpretación del referido artículo 99.3 de la LCSP: los

motivos válidos para la no división en lotes del contrato que se enuncian en él no son los únicos invocables (el precepto dice que “[e]n todo caso se consideran motivos válidos (...)”; el “(...) riesgo de restringir injustificadamente la competencia (...)” que justificaría que el órgano de contratación decidiera no dividir el objeto del contrato en lotes no requiere, como con evidente exceso pretende el recurrente, un informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; y por último, según ya hemos referido, la decisión sobre no dividir el contrato en lotes se encuentra adecuadamente justificada en el PCAP, aunque no en el lugar en el que el recurrente ha fijado su atención.

Por tanto, una vez examinado el Anexo I este Tribunal considera que se encuentra motivada adecuadamente por qué procede su no división en lotes y en consecuencia el motivo de impugnación debe ser desestimado.

Octavo. El siguiente motivo invocado es la falta en los pliegos (PCAP y PPT) de un desglose del presupuesto base de licitación detallado por partidas.

1. Señala por un lado que teniendo en cuenta el APARTADO B del CUADRO RESUMEN del PCAP donde se define el objeto contractual del Acuerdo Marco, y analizado el contenido del PPT, es obvio que nos encontramos ante un Acuerdo Marco cuyo contenido obligacional es de carácter complejo, requiriendo una amplia logística en todo el territorio nacional y la adscripción de profusos medios técnicos y humanos para atender un suministro de productos alimenticios de gran volumen, como muestra su valor estimado hasta 60.000.000 €.

Entiende por tanto que no es un contrato de suministro limitado a una entrega puntual de bienes, sino un complejo entramado de distribución para mínimo dos años de ejecución contractual por una elevada cuantía económica, y sin embargo en el PCAP no se desglosa de forma detallada el presupuesto base de licitación con arreglo a las exigencias del artículo 100 de la LCSP, aunque así se manifieste.

Considera que la mera cita de porcentajes estimados de COSTES DIRECTOS (83%), COSTES INDIRECTOS (8%) y BENEFICIO ASOCIADO (9%), no cumple con las exigencias del artículo 100 de la LCSP, impidiendo así a los potenciales licitadores que no sean el actual adjudicatario del EXPEDIENTE Nº 2019/185, habida cuenta de su experiencia acumulada en el período 2019-2023, confeccionar sus ofertas en condiciones de igualdad.

2. El órgano de contratación por su parte, al igual que hiciera en relación con el motivo anterior, indica que resulta chocante que el recurrente no haga la más mínima mención a la memoria económica que constan en el Anexo II, confundiendo el breve cuadro resumen que a efectos clarificadores acompaña al Pliego con la propia memoria que, como no puede ser de otra manera, consta en el expediente.

Considera igualmente que esta situación se habría evitado solicitando acceso al expediente o solicitando información adicional a través de la Plataforma, pero que no obstante están debidamente motivadas y acorde a derecho y que, como todos los expedientes que son autorizados por el Consejo de Ministros han sido además de informados favorablemente por Asesor Jurídico e Interventor, las dos memorias fueron revisadas nuevamente, junto con el resto de informes que componen el expediente por el Gabinete de la Secretaria de Estado de Defensa, añadiendo los informes de la Dirección general de racionalización y centralización de la Contratación en 24 de abril de 2023, la oficina presupuestaria el 30 de mayo de 2023, y del Programa de Modernización de la Contratación el 18 de abril de 2023, de la Subdirección General de Contratación en fecha 30 de mayo y de la Subdirección General de Gestión Económica en 17 de abril de 2023, todos ellos dados por buenos y autorizados por la Secretaria de Estado en fecha 12 de mayo de 2023.

3. Partiendo de cuanto acaba de exponerse, este Tribunal entiende nuevamente que asiste razón al órgano de contratación. En efecto, si acudimos a la cláusula 2 del PCAP que se ocupa del *“presupuesto de licitación y valor estimado del acuerdo marco”*, en ella se indica que:

“El valor estimado del AM, calculado de acuerdo con el artículo 101 de la LCSP y 6 de la LCSPDS, así como el presupuesto de licitación, serán los detallados expresamente en el apartado 4 del Anexo I.

Dichos importes constituyen una estimación de gasto en virtud de los Contratos Basados (en adelante CCBB) que se celebren en el presente AM, tanto en relación con el importe total como para cada una de las anualidades. El gasto real quedará limitado al que resulte de los precios ofertados por el adjudicatario y los servicios requeridos por la Administración, y prestados por aquel”.



Previsión que debe cohonestarse con lo dispuesto en el citado Anexo I al PCAP, apartado 4 se establece efectivamente un desglose del Presupuesto de licitación con referencia a porcentajes de costes directos, indirectos y beneficio asociado.

Sin embargo, tal y como indica el órgano de contratación, consta en la documentación del expediente el Anexo II (Memoria cálculo precio) donde se manifiesta que:

“El presupuesto base de licitación del expediente del encabezamiento, y su valor estimado, se han confeccionado sobre la base del consumo de artículos de consumo registrado según el volumen medio anual del Contrato de suministro abierto para buques, unidades e instalaciones de la Armada durante los años 2020, 2021 y 2022 (expediente número 2019/AR40U/00000185) y la estimación de suministros a buques, unidades e instalaciones de la Armada hasta la entrada en vigor del nuevo Acuerdo Marco. Esta tendencia de consumo ha sido creciente dado que el consumo de víveres en 2020 fue de 8.875.996,10 €, en 2021 de 10.913.175,47 € y en 2022 se prevé finalizar el año con un consumo de 13.033.987,56 €.

Además, para establecer el Valor Estimado se ha tenido en cuenta el IPC de los productos alimenticios en Septiembre de 2022 que se situó en el 13,481 % y el aumento del importe de la ración por la Secretaria de Estado de la Defensa en Boletín Oficial de Defensa del 3 de febrero de 2022.

Los precios tipo para la licitación, se han determinado empleando las siguientes fuentes de obtención:

- ☐ *Precios del anterior AM, tomados como referencia.*
- ☐ *Análisis de la consultora externa MERCA DINÁMICA S.A. sobre de precios de mercado.*
- ☐ *Informe de la Sección de Apoyo a Programas de la Dirección de Sostenimiento de la Jefatura de Apoyo logístico de la Armada.*
- ☐ *Informe del Servicio de Subsistencias de la Subdirección de Aprovisionamiento y Transportes de la Armada*
- ☐ *Prospección de mercado realizada a diversas empresas del sector y fuentes abiertas, entre la que se encuentran:*



o www.carrefour.es

o www.alcampo.es

o UCALSA, actual adjudicatario del AM 185-19.

o BLACKBULL, licitador del anterior Acuerdo Marco.

Para el cálculo de costes directos e indirectos se han tomado como referencia los ratios sectoriales del Banco de España”.

Por tanto, una vez examinado el Anexo II este Tribunal considera que el mismo respeta lo previsto en el artículo 100 de la LCSP y en consecuencia el motivo de impugnación debe ser desestimado.

Noveno. El penúltimo motivo del recurso se refiere a que tanto el PCAP como el PPT impugnados contienen referencias a productos de marcas concretas sin admitir equivalentes que respeten igualmente las especificaciones técnicas de aquéllos.

1. El recurrente pone de manifiesto que tanto PCAP como PPT contiene referencias a productos alimenticios de marcas concretas sin admitir equivalentes, dos en el caso del PCAP, veintiséis en el Anexo I del PPT relativo al catálogo de artículos y catorce en el Anexo II del PPT que se refiere a la especificación técnica de subsistencias, lo que a su juicio vulnera lo establecido en el artículo 126.6 de la LCSP, que indica que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente”.*

Considera por tanto que siendo productos los identificados en Pliegos por sus marcas susceptibles de definirse en genérico (como, por ejemplo, refresco de cola en lugar de COCA-COLA) o que pueden acompañarse de la mención de equivalencia, con la actuación del

órgano de contratación se restringe la competencia entre licitadores, que no pueden optar a ofertar productos equivalentes de otras marcas que redunden en beneficio de sus respectivas ofertas.

2. Señala el órgano de contratación que el apartado que se refiere a las marcas concretas es aquel que se valora mediante un juicio de valor, es decir, el que se denomina en el apartado 11.1 del Pliego *“Valoración de la calidad organoléptica del listado de artículos del Anexo VII del PPT, mediante un proceso de cata sensorial llevado a cabo por, al menos tres analistas.”*

Por su parte, indica que en el anexo VII del PPT se mencionan las concretas pruebas que debe de superar que producto ofertado. De esta manera, se establece para cada una de las familias de productos la manera en la que se realizará la cata.

Finalmente indica que del establecimiento de estas condiciones de valoración de las proposiciones mediante juicio de valor se deduce que cada licitador es libre de ofertar el producto que estime conveniente, habiendo elegido este órgano de contratación marcas líderes en sus sectores únicamente a efectos identificativos. Es palmario y evidente que la introducción de este complejo sistema de valoraciones y el establecimiento de una cata se produce porque la Administración no impone (ni puede imponer) el producto a suministrar al contratista, si no que usará este sistema para valorar y otorgar una puntuación a lo que se proponga, cuya identificación más demostrativa es a través de la marca más consumida en cada producto.

3. En relación con esta cuestión, es cierto que si se acude exclusivamente al listado recogido en el anexo 7 del PPT (*criterios objetivos del juicio de valor*), parecería que únicamente se admiten los productos relacionados en el mismo, los cuales se identifican por sus marcas. En efecto, se indica que *“Se procederá a la valoración de la calidad organoléptica del listado de artículos siguientes mediante un proceso de cata sensorial llevado a cabo por, al menos, tres analistas de los cuales al menos un analista no deberá tener relación orgánica o funcional con el Servicio de Subsistencias de la SUBDAT”*



NOC	DESCRIPCIÓN
332036956	CAFE SOLUBLE NESCAFE DESCAFEINADO 100 X 2 GRAMOS
332036955	COLA CAO SOBRES/ EQUIVALENTE PARA CELIACOS
15585309	COCA COLA LIGHT LATA 33 CL
10406397	COCA-COLA LATA 33 CL
131206498	COCA-COLA ZERO LATA 33CL
15507314	FANTA LIMON 33 CL
15507315	FANTA NARANJA 33 CL
332036336	CERVEZA ESTRELLA DE GALICIA LATA
332042664	CERVEZA MAHOU BARRIL 30 LITROS
332036335	CERVEZA MAHOU BOTELLIN
332132645	CERVEZA ESTRELLA DE GALICIA 1906 33 CL
332036333	CERVEZA SIN ALCOHOL ESTRELLA DE GALICIA BOTELLIN

Sin embargo, inmediatamente después, se indica que *“Se llevará a cabo el análisis sensorial describiendo y/o cuantificando la diferencia entre las distintas muestras de un mismo artículo para cada uno de los atributos definidos en el presente Anexo, asignando una puntuación global para cada artículo entre 0 y 1 puntos”*, de manera que resulta evidente que no se está imponiendo un único producto a suministrar, ya que en ese caso no tendría sentido la referencia a las *“distintas muestras de un mismo artículo”*, sino que se efectúa una relación a título ejemplificativo con las marcas más consumidas de dichos productos.

De hecho, como indica el órgano de contratación, si acudimos a las evaluaciones globales por productos contenidas en el citado anexo, y a título ejemplificativo, a la relativa a bebidas refrescantes, se comprueba como la referencia a las mismas es genérica (bebidas de cola, bebida de limón, bebida de naranja) y se establece unas complejas evaluaciones de aspecto, sabor y color para cada una de las muestras de los productos ofertados, lo que no tendría sentido alguno de imponerse un concreto producto como denuncia el recurrente.

Así las cosas, este motivo también debe decaer.

Décimo. Resta analizar por último la invocada entre los criterios de adjudicación contenidos en el anuncio de licitación rectificado y los contenidos en el apartado 11.1 CCC del PCAP

rectificado (Anexo I. Características del contrato), y en particular de la fórmula de aplicación para obtener la puntuación total de la oferta de cada licitador.

1. Señala el recurrente que la incongruencia que ahora se denuncia se advierte del simple cotejo de ambos documentos.

Así, indica que en el anuncio de licitación solamente se contemplan criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas Sin embargo, en el apartado 11.1 del CCC del PCAP rectificado (ANEXO I. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO) se contempla, además de los anteriores criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas y precediendo a éstos, un criterio cuantificable mediante un juicio de valor, para el cual incluso se establece fórmula y modo de acreditación mediante modelo anexo.

A ello añade que en cualquier caso, la fórmula de aplicación para obtener la puntuación total de la oferta de cada licitador ($V=P+TO+DO+ECO$) es errónea, pues de una parte no computaría la puntuación del criterio cuantificable mediante un juicio de valor, pero de otra parte ni siquiera estaría computando la puntuación de todos los criterios de adjudicación evaluables mediante aplicación de fórmulas al ignorar uno de los sumandos, en concreto el CRITERIO 2 PLAZO DE ENTREGA URGENTE (TU), que no aparece en la fórmula publicada.

Estos errores, que considera generadores de confusión insalvable para los licitadores invalidan a su juicio tanto del anuncio rectificado como del PCAP rectificado, bien sea por nulidad de pleno derecho o por anulabilidad simple y retroacción de actuaciones, habrán de ser objeto de la oportuna corrección para salvaguarda de los principios de concurrencia e igualdad entre licitadores, que una vez más no tienen el deber jurídico de soportarlos.

2. El órgano de contratación por su parte indica que en el apartado 11 del Pliego existe una separación entre criterios de valoración de las ofertas, diferenciando entre el bloque que se valorará mediante un juicio de valor y aquel que se valorará mediante la aplicación de criterios cuantificables automáticamente. Añade que por alguna razón, el recurrente no parece admitir que se puedan obtener 100 ($70+10+10+5+5$) puntos en los criterios cuantificables automáticamente y que a esa puntuación se le sumen los puntos dependientes del juicio de valor, que tal y como se dispone en el anexo VII del PPT al que se remite el propio PCAP, in fine: *“Una vez calculada la valoración total ponderada de los doce artículos listados para cada*

empresa licitadora, se calculará la puntuación final del criterio de juicio de valor según la fórmula indicada en el PCAP. La puntuación máxima de este criterio es de 10.”

3. Para resolver esta cuestión debemos indicar que si bien es cierto, como veremos, que existen algunas omisiones tanto en el anuncio de licitación como en el apartado 11 del PCP, las mismas en modo alguno determinan la existencia de una confusión insalvable para los licitadores, ya que puede solventarse fácilmente con el propio contenido de los pliegos, y ello sin perjuicio de la posibilidad de haber solicitado al órgano de contratación, a través de las figuras del acceso al expediente o la petición de información del artículo 138 de la LCSP.

En primer lugar, y por lo que se refiere a las diferencias entre el anuncio de licitación y el PCAP, es cierto que en el primero no se hace referencia a criterios evaluables mediante juicios de valor, sino únicamente a criterios evaluables mediante fórmula, mientras que el PCAP si contiene en la cláusula 11 todos ellos.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a la fórmula para obtener la puntuación total de la oferta de cada licitador, el apartado 11 PCP, después de indicar que existe una pluralidad de criterios de adjudicación, diferencia entre los cuantificables mediante un juicio de valor (los relativos a la valoración de la calidad de los artículos a la que nos hemos referido más arriba) de los cuantificables automáticamente (criterios de precio (P), plazo de entrega urgente (TU), plazo de entrega ordinario (TO), productos de denominación de origen (DO) o indicaciones geográficas protegidas y etiqueta ambiental (ECO) y respecto de estos últimos es cierto que, una vez relacionados los diferentes criterios, modos de acreditación y fórmula de los mismos, en la fórmula para obtener la puntuación total de la oferta de cada licitador (V) se omite la relativa al criterio de entrega urgente (TU), al indicar que $V=P + TO+DO+ECO$.

Sin embargo, entiende este Tribunal que las omisiones indicabas en modo alguno suponen la existencia de una confusión insalvable para los licitadores.

Es cierto que el poder adjudicador tiene una obligación de transparencia que implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que todos los licitadores puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de



que se trate. Y consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la verdadera voluntad del poder adjudicador mediante criterios interpretativos aplicados a cláusulas contradictorias o imprecisas, castigándole con una grave consecuencia (en este caso, la exclusión de su oferta) si no tiene éxito en la tarea o si la conclusión obtenida no es la misma que la sostenida por el órgano de contratación.

Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador, lo que sin duda ocurre en el presente caso, de manera que no se produce esa confusión insalvable esgrimida por el recurrente y el motivo debe igualmente decaer.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. J. M. P. E., en representación de BLACK BULL LOGISTICS, S.L., contra los pliegos del procedimiento *“Acuerdo marco para el suministro de subsistencia a unidades de la Armada en el territorio nacional”*, con expediente 86/2023, convocado por la Dirección de Gestión Económica de la Jefatura de Apoyo Logístico de la Armada

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta



notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES