



Recurso nº 1085/2015

Resolución nº 1085/2015

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

En Madrid, a 27 de noviembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.Q.L., obrando en nombre y representación de la entidad mercantil ALONSO HIPERCAS, S.A., contra la resolución de adjudicación del contrato de “*Suministro de lotes-obsequio de Navidad para el personal de Mutual Midat Cyclops*”, (expediente MCSS N°1) de 28 de septiembre de 2015 de la Dirección General de la Mutua Midat Cyclops, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El anuncio de licitación del contrato de suministro de lotes-obsequio de Navidad para el personal de Mutual Midat Cyclops se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 6 de junio de 2015 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 2 de junio, momento en el que se pone a disposición de los licitadores el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas.

Segundo. A la licitación concurren hasta un total de cinco licitadores que presentaron ofertas en tiempo y en forma. Entre ellos se encontraba la mercantil recurrente.

Tercero. Tras la apertura de las ofertas técnicas verificada en la sesión de la mesa de contratación de 31 de julio de 2015 se acordó excluir a dos de las empresas que habían presentado solicitud por no cumplir los requisitos establecidos en el pliego, continuando la licitación con la recurrente, con GRUPO DISBER SIGLO XXI S.A. y con SUPERMERCADOS LLOBET S.A. A continuación, la Mesa acuerda proceder a la cata de los productos descritos en el pliego que debían ser objeto de ella. El resultado de dicha cata se refleja en la correspondiente acta. En ese mismo acto se encarga al Departamento de



Compras de la entidad la elaboración de un informe técnico sobre el conjunto de los productos ofertados por cada licitador.

Cuarto. La Mesa vuelve a reunirse el 1 de septiembre de 2015 con el fin de analizar el informe que ya había sido emitido por el órgano técnico y en el que se establecía la siguiente puntuación:

- ALONSO HIPERCAS, S.A.: 50,70 puntos
- GRUPO DISBER SIGLO XXI S.A.: 49,50 puntos
- SUPERMERCADOS LLOBET S.A.: 50,60 puntos

El citado informe, emitido el 19 de agosto, es asumido en su integridad por la Mesa de contratación.

Quinto. La apertura de las ofertas económicas tuvo lugar el 2 de septiembre de 2015. El día 3 de septiembre la recurrente envió a la Mesa un escrito solicitando la siguiente información:

“a) Informes completos y el desglose pormenorizado de las valoraciones de los aspectos técnicos subjetivos, realizados por el comité técnico competente, según el punto 11.2.1-2.- del pliego de condiciones particulares del expediente que ahora nos ocupa.

b) Metodología empleada para la realización de las pruebas, en el supuesto de que esta no esté indicada en los informes.

c) Se nos facilitara la composición de los miembros del comité de expertos encargado de realizar las valoraciones de los aspectos técnicos subjetivos y su cualificación profesional.

d) Se nos informara de cómo y cuándo se ha realizado la apertura del sobre N° 2, oferta técnica cuya ponderación depende de un juicio de valor.”

El 4 de septiembre de 2015 la Mesa contestó indicando que el contrato se hallaba pendiente de adjudicación y que cuando la misma tuviese lugar se notificaría el resultado a los licitadores, notificación que comprendería la información solicitada.



Con su resultado de la valoración económica se vuelve a reunir la Mesa el 15 de septiembre constatando que la oferta económicamente más ventajosa es la de SUPERMERCADOS LLOBET S.A. y proponiendo la adjudicación a la misma. La adjudicación fue notificada a la recurrente el 28 de septiembre.

Sexto. El 19 de octubre de 2015 tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el presente recurso especial en materia de contratación. Concedido plazo para alegaciones a los interesados no consta que se hayan presentado.

Séptimo. Tratándose el acto recurrido de la adjudicación del contrato, se ha producido por ministerio de la Ley la suspensión del procedimiento de contratación. Con fecha 5 de noviembre de 2015 la Secretaria del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por delegación del mismo, acuerda mantener dicha suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. El acto recurrido, la adjudicación del contrato, es susceptible de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. La recurrente goza de legitimación al ser titular de derechos o intereses legítimos que pueden ser afectados por la resolución recurrida, al tratarse de un licitador.

Cuarto. Se han cumplido los requisitos de tiempo y forma exigidos por la ley.



Quinto. En cuanto a los argumentos del recurso, la recurrente señala en primer lugar que, a pesar de su petición de información, en la resolución de adjudicación no se le ha facilitado dicha información. De este modo afirma que no ha tenido conocimiento del desglose de la puntuación derivada de la aplicación de los elementos que en el pliego están sujetos a juicio de valor, de modo que no se han valorado separadamente los puntos señalados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, convirtiendo la valoración en arbitraria.

En segundo lugar la recurrente indica que no se le ha proporcionado información sobre el procedimiento interno de valoración, haciendo caer dicha valoración en arbitrariedad.

En tercer lugar, dice que no se le ha facilitado información sobre la composición del Comité de Expertos encargado de realizar las valoraciones. Señala a este respecto que a la vista de la información de que dispone es claro que las personas que han realizado la cata no cumplen las condiciones de la Orden EDU/2001/2010, de 13 de julio, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Procesos y Calidad en la Industria Alimentaria, que entiende aplicable al caso. Añade también que realmente se ha producido una vulneración del apartado 2 del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que exige que cuando se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos. Señala el recurrente que nunca se constituyó este órgano.

En cuarto lugar expone el recurso que no hay constancia de que el acto de apertura del sobre 2 se hiciese en acto público, reiterando que no se dio traslado de la documentación a ningún comité técnico, sino que fue la propia mesa la que procedió a la revisión de la documentación, a la cata, y a la decisión de exclusión de otros licitadores.



Todo ello evidenciaría, a juicio de la recurrente, que concurre un elemento de arbitrariedad o error patente en el procedimiento a la hora de tramitar el expediente y de valorar las propuestas técnicas, elemento que automáticamente excluye la aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica de la Administración.

Sexto. El órgano de contratación contesta en su informe a cada una de las cuestiones planteadas por la recurrente. Diferencia dos cuestiones, la propuesta de prestación del suministro y la calidad y presentación del suministro.

Señala en primer lugar que en el pliego se dejaba constancia de los diversos aspectos que de forma global se tendrían en cuenta respecto de cada propuesta de prestación del suministro, habiéndose realizado una valoración globalizada, penalizando con 0.5 puntos cada uno de los aspectos diferenciadores de las mismas, aspectos que en el caso de la recurrente han sido los siguientes:

- No disponer de gestor de cuenta personal (- 0,5 puntos)
- Limitar el tiempo de reclamación a máximo 10 días de la fecha de entrega del lote (- 0,5 puntos)
- No mejorar el plazo de reposición en caso de incidencias (- 0,5 puntos)

Señala el órgano de contratación que teniendo en cuenta la limitación del plazo de reclamación, que haría inviable la misma en la práctica, hubiera incluso procedido la exclusión del licitador pero que, en cualquier caso, la valoración efectuada no parece irrazonable, teniendo en cuenta los defectos observados en la oferta.

Respecto de la calidad y presentación del suministro indica que no es posible parametrizar cada uno de los productos incluidos en el lote, dado que es imposible determinar a priori qué composición concreta tendrán y qué otras características diferenciadoras serán ofrecidas por cada licitador. Añade que siempre se ha seguido el mismo criterio para valorar los distintos productos, esto es, que la puntuación máxima corresponde a quien ha ofrecido la mayor calidad en su producto.



Considera también el órgano de contratación que es paradójico que se plantee esta cuestión con los ejemplos que pone, pues el presunto trato discriminatorio habría tenido lugar, en igual medida, tanto frente a la recurrente como frente a la entidad que ha resultado propuesta como adjudicataria, no variando el resultado de la licitación la estimación de su argumento.

Nos recuerda también el órgano de contratación que el pliego de condiciones alude a la gama de productos presentados, a sus fichas técnicas y, en su caso, la cata del producto para determinar la valoración y que no se entiende la insistencia en la valoración del producto –el queso- de un licitador que no es el adjudicatario.

Por lo que hace a la metodología de la cata señala que la misma se deduce del Informe Técnico de la cata que fue facilitado por la Mutua a la recurrente, explicando la razón de la atribución de puntos en determinados productos. Nos recuerda también la necesidad de aplicar la doctrina de la discrecionalidad técnica a este caso.

En relación con la necesidad del Comité de Expertos señala el informe que dicha previsión no le es aplicable de acuerdo con la normativa vigente al no tratarse de una Administración Pública.

Por último, respecto de la apertura del sobre nº 2 expone el órgano de contratación que ningún efecto anulatorio puede tener esta circunstancia toda vez que la valoración de las ofertas técnicas de los licitadores tuvo lugar con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas, teniendo lugar, incluso, la lectura del informe técnico de valoración de las ofertas técnicas presentadas cuya valoración depende de un juicio de valor y de las puntuaciones obtenidas por los licitadores en dichos aspectos al inicio de la apertura pública de los sobres nº 3 (ofertas económicas).

Séptimo. Teniendo en cuenta las alegaciones de las partes procede analizar en primer lugar la alegación relativa a la corrección de la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor efectuada por la recurrida, concepto que abarcaría la primera y la segunda alegación de la recurrente. Para ello debemos comenzar señalando que el pliego rector de la licitación señala a este respecto, en su cláusula 11.2.1-2 lo siguiente:



“VALORACIÓN DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS SUBJETIVOS: 60 puntos.

La puntuación de los aspectos técnicos subjetivos vendrá determinada por las propuestas de prestación del suministro aportadas en relación a los siguientes criterios:

Se valorará:

2.1 - Propuesta de la prestación del suministro se le asignará una puntuación entre 0 y 6 puntos.

Método de valoración: Se valorarán los medios materiales, logísticos y humanos asignados a la ejecución del contrato, así como el plan de prestación del suministro, el servicio de atención al cliente y la reposición de los productos en caso de incidencias.

2.2 – Calidad y presentación del suministro se le asignará una puntuación entre 0 y 54 puntos.

Método de valoración: Se valorará cada uno de los productos que integran el lote, otorgando una puntuación en función del peso específico en la composición del lote y las características técnicas que se especifican en cada uno de ellos. La puntuación vendrá determinada en función de su calidad, pudiendo presentar productos de superior calidad a la exigida, peso o volumen en el caso de cava, vino o ginebra, siempre que el mismo se incremente, como mínimo, en un 25% del solicitado inicialmente para cada producto y presentación en base a la gama de productos presentados, sus fichas técnicas y, en su caso, la cata del producto, y, tal como se indica en la tabla anexa, siempre que cumplan con los requisitos mínimos indicados”

En la mencionada tabla anexa se indica la puntuación máxima ofertada a cada producto.

Por su parte, el informe de valoración técnica contiene un análisis individualizado de los aspectos derivados de la propuesta de la prestación del suministro indicando las deficiencias imputables a cada licitador de los admitidos. Señala el informe lo siguiente:

“En relación a los medios materiales logísticos y humanos, todas tienen capacidad para ejecutar el suministro que nos ocupa. En relación al “Plan de prestación del servicio y



transporte", todos los proveedores ofrecen transporte propio y agencias. Tanto Grupo Disber como Supermercados Llobet ofrecen un gestor personal de nuestra cuenta.

En el apartado de "Servicio de atención al cliente y la reposición de los productos en caso de incidencias", Grupo Disber indica que las reclamaciones relativas al jamón las realiza directamente el fabricante del mismo, por lo que a nuestro parecer la gestión de incidencias no la realizan de forma integral. Alonso Hipercas tan sólo da un plazo de reclamación en los 10 días posteriores a la entrega del lote, lo que estimamos un plazo insuficiente. Por su parte, Supermercados Llobet mejora las condiciones del pliego, ofreciendo la reposición de productos en 24 horas."

A la vista de esta explicación parece razonable la ponderación realizada por el órgano de contratación puesto que se han tenido en cuenta los aspectos delimitados previamente en el pliego y además se ha dado un trato equivalente a las posibles deficiencias en la oferta. Ningún error o elemento de arbitrariedad se observa en este punto.

Por lo que hace a la calidad y presentación del suministro, el informe técnico establece, no sólo la puntuación obtenida por cada licitador en cada producto, sino también una descripción de las razones por las que se procede a asignar dicha puntuación en cada caso. En efecto, señala el informe a este respecto lo siguiente:

"En cuatro productos ofertan la misma marca (salchichón, torta de Agramunt, lenguas de gato y panettone), y en el jamón todos los licitadores ofrecen una calidad equiparable.

Las diferencias las encontramos en los siguientes productos:

- ✓ La puntuación del lomo viene determinada por la cata del producto. Tanto Alonso Hipercas como el Grupo Disber, obtienen la mejor puntuación, quedando en tercer lugar Supermercados Llobet, tal como se indica en el Acta, que acompaña al presente informe.*
- ✓ La puntuación del queso viene determinada por la cata del producto., que determina que en primer lugar se encuentre el presentado por Alonso Hipercas, en segundo lugar se encuentra el ofertado por Supermercados Llobet y el tercer lugar es para el Grupo Disber.*



- ✓ *En el cava Grupo Disber oferta el cava Juvé Camps Reserva de la Familia, que tiene una mayor valoración en el mercado, tanto a nivel económico como calidad, que el cava Gran Reserva Sumarroca 2010 y Cavas Hill Vintage, presentados respectivamente por Alonso Hipercas y Supermercados Llobet.*
- ✓ *El vino tinto presentado por Supermecados Lobet, Casa Vella d'Espiells de Juvé Camps, tiene una mayor valoración en el mercado, tanto a nivel económico como calidad, que el Chateldon, ofertados por los otros dos licitadores.*
- ✓ *El vino blanco presentado por Alonso Hipercas y Supermecados Lobet, Mascun y Laus respectivamente, tienen características y precios similares en el mercado, siendo inferior el ofertado por Grupo Disber, Viñas del Vero.*
- ✓ *En la ginebra destaca Alonso Hipercas que presenta una ginebra con 5 destilaciones, y Grupo Disber y Supermercados Llobet ofertan ginebras de 4 destilaciones.*
- ✓ *En el turrón de jijona el que presenta mayor porcentaje de almendra es el Grupo Disber, 72%, y el resto de licitadores ofrece productos con un 70%.*
- ✓ *En el turrón de chocolate presentan el mismo producto, Picó Trufado calidad suprema, Grupo Disber y Supermercados Llobet que a nuestro juicio supera el presentado por Alonso Hipercas, turrón de trufa La Fama (2a marca de Sanchis Mira, la 1a Antiu Xixona)..*

Embalaje

En relación al embalaje, ambas presentaciones se estiman buenas por igual.”

Es decir, que el órgano de contratación ha expuesto de manera individualizada y, a juicio de este Tribunal, completa, las razones por las que se ha valorado cada producto de una manera determinada. El procedimiento seguido es claro, sin que pueda admitirse que la valoración deba abarcar un desglose absoluto de los criterios que sirven para valorar la oferta del licitador, porque ello equivaldría a convertir el criterio subjetivo en un criterio automático o en una mera fórmula. Por el contrario, la esencia de los criterios sujetos a 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.



Por tanto, tampoco en este caso podemos decir que la valoración sea irrazonable o arbitraria. Por el contrario, la misma está basada en criterios homogéneos y fácilmente comprensibles, sin que pueda aceptarse la opinión subjetiva del recurrente respecto de determinados productos y sin que quepa aceptar la falta de claridad de la valoración. Por todo ello, teniendo en cuenta que, conforme a la Jurisprudencia (por ejemplo STS de 27 de junio de 2012) y a nuestra propia doctrina (Resoluciones 408/2015, 257/2015 y otras muchas) la discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración solo se puede desvirtuar por desviación de poder, arbitrariedad, ausencia de toda justificación o patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega, el presente motivo debe desestimarse.

Octavo. En su tercer argumento la recurrente ha expuesto dos cosas. En primer lugar afirma que las personas que han realizado la valoración no cumplen las condiciones establecidas por la Orden EDU/2001/2010, de 13 de julio, por la que se establece el currículo del ciclo formativo de Grado Superior correspondiente al título de Técnico Superior en Procesos y Calidad en la Industria Alimentaria, lo que supone la nulidad de la valoración.

Esta norma, según expone en su artículo 1 tiene por objeto determinar el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior en Procesos y Calidad en la Industria Alimentaria establecido en el Real Decreto 451/2010, de 16 de abril. A su vez, esta segunda norma establece en sus artículos 4 y 5 la competencia general y las competencias profesionales de quienes hayan superado esta formación, sin que en ella se establezca reserva profesional alguna para el ejercicio de actividades de cata puramente privadas. Por esta razón no puede decirse que las personas que hayan realizado la cata lo hayan hecho incumpliendo las normas antes citadas.

Por otro lado, asiste la razón al órgano de contratación cuando manifiesta que la prueba o cata de determinados productos excede en el presente caso del ámbito de las actividades profesionales, siendo razonable que dicha labor haya sido realizada por personas que tengan el mismo perfil que los destinatarios de los productos a valorar.



A continuación indica la recurrente que no se ha constituido Comité de Expertos en este caso, lo que vicia de nulidad la resolución basada en la valoración de criterios sujetos a juicios de valor.

No podemos estar de acuerdo con esta alegación. Es evidente que conforme al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social forman parte del sector público y ostentan la condición de poderes adjudicadores, pero no Administraciones Públicas. Como consecuencia de ello, el régimen jurídico de la contratación varía en buena medida en lo que hace al procedimiento de selección del contratista. Por esta razón, el artículo 189 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público indica que los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas aplicarán, para la adjudicación de sus contratos, las normas de la sección 1ª del capítulo II del Título I del Libro III del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La primera de sus normas es el artículo 190 que señala:

“La adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada se regirá por las normas establecidas en el Capítulo anterior con las siguientes adaptaciones:

a) No serán de aplicación las normas establecidas en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 150 sobre intervención del comité de expertos para la valoración de criterios subjetivos...”

El tenor de la norma es lo suficientemente claro y contundente. Las normas contenidas en el artículo 25 del Real Decreto 817/2009 sobre el comité de expertos, no son de aplicación en el presente caso. Tal circunstancia ha sido ratificada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus Informes 34/2011 y 3/2010.

En consecuencia el presente motivo de recurso también ha de ser desestimado.

Noveno. Como último motivo de su recurso expone el recurrente que no hay constancia de que la apertura del sobre 2 se hiciese en acto público. Entiende la recurrente que la



obligatoriedad de tal acto público deriva de la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009.

De la documentación obrante en el expediente de contratación, y particularmente del Acta de la Mesa de contratación de 31 de julio y 1 de septiembre de 2.015, se observa que no se celebró tal acto público.

La primera cuestión que merece la pena analizar en este punto es la relativa a la aplicabilidad del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 a los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas en lo que hace a la necesidad de existencia de acto público para la apertura de las proposiciones técnicas. Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Dictamen de la Abogacía General del Estado de 31 de julio de 2009 (A.G. Entes Públicos 105/09) en el que de una manera cristalina se concluye la aplicación del artículo 27 del Real Decreto 817/2009 también a los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas. Y ello con base en los razonamientos que seguidamente se exponen *in extenso*:

“1.º Si bien es cierto que el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP encomienda al reglamento la determinación de los supuestos y condiciones en los que haya de hacerse pública la evaluación previa de los criterios subjetivos, supuesto regulado en el artículo 30.3 del Reglamento y distinto del acto de apertura de la documentación subjetiva previsto en el artículo 27 de dicha norma reglamentaria, en su inciso final también encomienda al desarrollo reglamentario la determinación de «la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esa valoración separada», siendo así que la exigencia de apertura en acto público de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetiva no deja de ser una medida adoptada por el legislador para posibilitar, con las mayores garantías de transparencia y publicidad, que la valoración de los criterios subjetivos se efectúe de forma separada y previa a la de los criterios de adjudicación automáticos, como exige en su primer inciso el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP. En definitiva, cabe entender que el artículo 27 del Real Decreto 817/2009 desarrolla, conforme al mandato contenido en el inciso final del párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP, la exigencia que en dicho párrafo se establece respecto a la valoración previa y separada de los criterios de adjudicación subjetivos.



2.º Con independencia de lo anterior, debe tenerse presente que el artículo 174.1.a) de la LCSP impone la aplicación de las normas de la Ley a la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores, sin más excepciones que las que en dicho apartado del precepto se mencionan, de forma que, en lo que aquí interesa, el artículo 174.1.a) sólo excepciona la aplicación de las normas relativas a la intervención del comité de expertos para la valoración de los criterios de adjudicación subjetivos, de donde se desprende el sometimiento de los poderes adjudicadores al resto de los preceptos de la Ley y, consiguientemente, a los de sus normas de desarrollo.

En consecuencia, sólo los preceptos del artículo 134.2, párrafo segundo, de la LCSP y los que, en desarrollo del mismo, se refieran en el Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 al comité de expertos, han de considerarse no aplicables a los poderes adjudicadores.

3.º Es también cierto que la redacción del Capítulo IV del Real Decreto 817/2009 parece, por la terminología y los conceptos empleados, específicamente referida a las Administraciones Públicas. Pero no cabe entender por ello que todos sus preceptos se apliquen única y exclusivamente a éstas, y no al resto de los poderes adjudicadores. El empleo de términos y conceptos específicamente asociados a las Administraciones Públicas responde a la circunstancia de que son ellas, por tradición y por importancia cuantitativa, los principales destinatarios de las normas de contratación pública. Pero la redacción empleada en el Real Decreto 817/2009 no permite desatender el mandato legal del artículo 134.2. párrafo tercero, de la Ley, que exige un desarrollo reglamentario que, salvo en lo relativo a las normas del comité de expertos que en dicho precepto se contempla, han de resultar aplicables a los contratos armonizados de todos los poderes adjudicadores, de acuerdo con lo dispuesto en el propio artículo 174.1. a) de la Ley.

En este sentido, resulta significativo que el Preámbulo del Real Decreto 817/2009 mencione, entre los aspectos regulados en el mismo, que la valoración de los criterios de apreciación subjetiva, especialmente cuando deba hacerse a través del comité de expertos u organismo independiente a que se refiere el artículo 134.2 de la Ley de Contratos del Sector Público». Queda patente con dicha redacción que el contenido del Capítulo IV del Reglamento excede de la mera regulación de los comités de expertos (exclusivos de las Administraciones Públicas), para extenderse a aspectos generales relacionados con la



valoración de los criterios de adjudicación subjetivos (aplicables, en los aspectos mencionados en el párrafo tercero del artículo 134.2 de la LCSP, a todos los poderes adjudicadores).

4.º Por último, la adecuada protección de los principios consagrados en el artículo 1 de la LCSP (art. 1 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo) aconseja la solución que aquí se sostiene, máxime cuando la Ley consagra el principio de transparencia en la adjudicación de los contratos no armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas [art. 175. a) de la LCSP], e incluso en la adjudicación de los contratos que celebren los poderes no adjudicadores (art. 176.1 de la LCSP). Si el principio de transparencia se exige en la LCSP incluso en esos supuestos, con mayor motivo habrá de exigirse en un ámbito, como es el de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores, que queda sometido con mayor intensidad a las normas sobre contratación pública.

En consideración a todo lo expuesto, debe considerarse que el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, que impone la celebración de un acto público para la apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos, resulta aplicable en la adjudicación de los contratos armonizados que celebren los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, sin perjuicio de las matizaciones que seguidamente se exponen.

CUARTO. La sujeción de los poderes adjudicadores al artículo 27 del Real Decreto 817/2009 encuentra ciertas peculiaridades vinculadas a la naturaleza jurídico-privada de dichos entes y a la regulación que, en función de dicha naturaleza, establece la LCSP.

Así, en primer lugar, dado que la constitución de mesas de contratación no resulta preceptiva en la adjudicación de los contratos celebrados por los poderes adjudicadores (art. 295 de la LCSP), es evidente que tampoco puede exigirse su existencia para el acto público del artículo 27 del Real Decreto 817/2009. Deberá estarse en este punto a los que cada poder adjudicador establezca en sus pliegos.

En segundo lugar, al declarar el artículo 174.1. a) de la LCSP que no resultan aplicables a la adjudicación de los contratos armonizados de los poderes adjudicadores las



normas sobre examen de proposiciones del artículo 144 de la LCSP, ha de reconocerse también cierta flexibilidad a los poderes adjudicadores en la articulación, dentro de la referida fase de examen de las proposiciones, del acto público del artículo 27 del Real Decreto 817/2009, pudiendo establecer las matizaciones que estimen pertinentes siempre que se recojan, con carácter previo y de forma general y objetiva, en los correspondientes pliegos; es por ello por lo que dichos poderes adjudicadores no han de verse necesariamente constreñidos por el plazo que establece el citado precepto reglamentario.

En definitiva, partiendo de la necesaria exigencia de un acto público para el examen de la documentación relativa a los criterios subjetivos (exigencia ineludible derivada del artículo 27 del Real Decreto 817/2009) los pliegos que aprueben los poderes adjudicadores pueden establecer, en los aspectos indicados, las peculiaridades que consideren oportunas.

La posibilidad de celebrar, por razones prácticas u operativas, el acto público de apertura de la documentación relativa a los criterios de adjudicación subjetivos el mismo día previsto para el examen de la documentación administrativa (una vez finalizado el examen de ésta), se supedita a la circunstancia de que toda la documentación administrativa examinada sea correcta, de forma que no resulte preciso conferir trámite de subsanación, a resultas del cual determinados licitadores puedan quedar excluidos.

En cuanto a la forma de dar publicidad previa al acto público de apertura previsto en el artículo 27 del Real Decreto 817/2009, a falta de indicación expresa en el mismo cabe admitir, al efecto, la inclusión del correspondiente anuncio en el perfil de contratante del poder adjudicador.

Por último, cabe añadir que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 817/2009, el artículo 27 sólo será aplicable a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor del propio Real Decreto (a partir del 15 de junio de 2009), entendiéndose que los expedientes han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.”



La conclusión es perfectamente clara y este Tribunal la asume en su integridad, el acto público es necesario también en estos casos. Lógicamente esta conclusión implica saber cuál es la consecuencia de la omisión de este requisito de celebración del acto público.

Sobre esta cuestión se pronunció este Tribunal en nuestra resolución 385/2013, de 19 de septiembre en la que se analizaba un supuesto en que sólo uno de los licitadores había dejado de ser notificado del acto público de apertura del sobre correspondiente a criterios sujetos a un juicio de valor. La resolución del Tribunal fue confirmatoria de la validez de la actuación del contratante en aquel caso.

Por el contrario, en los supuestos en que se ha omitido completamente la celebración del acto público en el sobre relativo a criterios evaluables mediante fórmulas, este Tribunal considera que estamos ante un vicio *a radice* e insubsanable, por lo que procede anular la licitación. Así lo dijimos en la resolución 588/2015 y en la más reciente 702/2015, de 24 de julio.

En el presente caso, como es sabido, la omisión se ha verificado con respecto del acto de apertura del sobre correspondiente a criterios sujetos a un juicio de valor, si bien no es que se haya omitido la citación de algún licitador aislado, sino que se ha omitido íntegramente la celebración del acto.

En nuestra resolución 385/2013 dejamos claro que las razones que impulsan al legislador a exigir este acto público son, por un lado, permitir a los licitadores comprobar la integridad de los sobres presentados por cada uno de ellos hasta el momento de su apertura en dicho acto, descartando así toda posible sospecha de “manipulación” de los mismos por parte de la Administración contratante, con lo que supondría uno de los medios arbitrados para garantizar el cumplimiento de la regla básica del carácter secreto de las proposiciones hasta el momento de la apertura de los sobres (artículo 145 del TRLCSP), y por otro lado, permitir dar a conocer a las empresas licitadoras, de manera simultánea, inmediatamente después de la propia apertura de los sobres, cuál ha sido la oferta propuesta por cada una de ellas. A ello hay que añadir que, en el caso del sobre correspondiente a criterios sujetos a un juicio de valor es imprescindible, de conformidad con el artículo 150.2 del Texto Refundido de la



Ley de Contratos del Sector Público, que su valoración se realice con anterioridad a la apertura de las ofertas económicas.

Sentadas estas tres premisas y partiendo del carácter necesario del trámite de acto público de apertura de las ofertas técnicas, cuya ausencia implica una omisión procedimental, la determinación de si la omisión de dicho acto determina la nulidad radical (como en el caso de la omisión del acto público en el caso del sobre económico) o se trata de una irregularidad no invalidante (como en el caso de la falta de citación a un licitador en el sobre técnico) exige que valoremos si existe una merma de las garantías jurídicas que el tan meritado acto público preserva.

Pues bien, nuestra respuesta debe ser la misma que mantuvimos en la resolución 588/2015, de 19 de junio y en la más reciente 702/2015, de 24 de julio, es decir, la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida y, con ella, de la licitación. Las razones son las mismas que entonces señalamos, pues si bien no se trata de la apertura del sobre económico sino del técnico, los argumentos que entonces empleamos sirven perfectamente para ambos actos. Señalamos entonces que el artículo 160.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público exige la celebración del acto de apertura de las proposiciones de modo público, con la posible asistencia de los licitadores. Declara este precepto lo siguiente:

“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 146, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición. Posteriormente procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario, y sin perjuicio de la intervención del comité de expertos o del organismo técnico especializado a los que hace referencia el artículo 150.2 en los casos previstos en el mismo, cuya evaluación de los criterios que exijan un juicio de valor vinculará a aquél a efectos de formular la propuesta. La apertura de las proposiciones deberá efectuarse en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas. En todo caso, la apertura de la oferta económica se realizará en acto público, salvo cuando se prevea que en la licitación puedan emplearse medios electrónicos.” En este mismo sentido se pronuncia el artículo 22.1 del Real Decreto



817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, que al enumerar las funciones de la Mesa de contratación, incluye, entre las mismas, la de abrir las proposiciones presentadas dando a conocer su contenido en acto público y el tan citado artículo 27 de la misma norma.

Es indudable que aunque la ley no lo diga expresamente, dentro del concepto de proposiciones de los interesados ha de incluirse tanto la parte económica como la técnica de la oferta. Por tanto, la normativa exige la celebración pública del acto, cosa que no se ha hecho en el presente caso.

En cuanto a los efectos de este vicio procedimental en el caso que ahora analizamos, recordemos una vez más que el órgano de contratación no ha practicado acto público alguno. Esta circunstancia implica que la existencia de un procedimiento de custodia de las ofertas, la presencia de un asesor jurídico o económico o la posibilidad de acceder a posteriori a la documentación del expediente de contratación no sustituye la garantía que la presencia de los licitadores representa en el seno del acto de apertura de los sobres. En efecto, cuando el legislador exige que este acto se celebre de manera pública no lo hace por capricho, sino por una razón muy clara, garantizar la transparencia y la legalidad del procedimiento. Si la mera existencia de un procedimiento de custodia de las ofertas o la simple presencia de funcionarios cualificados hubiera sido considerada suficiente por el legislador a los efectos de garantizar el principio de transparencia de las licitaciones públicas, en modo alguno hubiera sido necesario exigir la celebración del acto público. El legislador español exige algo más, una garantía jurídica reforzada que incrementa la transparencia y la seguridad jurídica en un trámite que, de esta manera, solo puede calificarse como esencial en el seno del procedimiento de contratación.

En segundo lugar, la anterior idea queda adverada por un sencillo razonamiento: si este Tribunal declarase que la omisión de este requisito no tiene virtualidad anulatoria, bien porque había garantías suficientes o bien porque el recurrente nada ha afirmado sobre la posible incorrección padecida en el acto de apertura de los sobres, estaríamos otorgando una patente de corso a los órganos de contratación del sector público para omitir este trámite. Esta consecuencia dista mucho de ser la querida por el legislador, que a juicio de este Tribunal ha configurado esta condición de publicidad del acto, no solo como un



elemento esencial del procedimiento de licitación, sino incluso como un principio fundamental de la contratación pública.

En tercer lugar, hay que recordar que las normas jurídicas pueden ser objeto de interpretación, pero que esta interpretación debe quedar limitada, conforme al Código Civil, tanto por el tenor de la norma como por su sentido y finalidad. Si el tenor de la norma es claro, como ocurre en el presente caso, y además su sentido y finalidad también lo son, cualquier acto que fuere contrario a la norma imperativa daría lugar a la nulidad del acto, puesto que implicaría una contravención jurídicamente reprochable.

En el presente caso, es cierto que el recurrente nada ha afirmado sobre la posible incorrección del acto de apertura del sobre técnico. Difícilmente hubiera podido hacerlo cuando no estuvo presente, hurtándole de este modo una garantía que el legislador ha considerado esencial.

En definitiva, hemos declarado que la omisión de este trámite supone una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido al efecto, como consecuencia de la omisión de un trámite esencial del mismo. Sin duda, desde antiguo, la omisión de un trámite esencial se ha identificado con la omisión del procedimiento legalmente establecido (STS de 31 de marzo de 1999). Las circunstancias que determinan que la omisión de un trámite pueda ser calificada como esencial y, por lo tanto, causa de nulidad de pleno derecho, son dos: que el defecto procedimental haga que el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y que dé lugar a indefensión. La concurrencia del primero de los requisitos es clara porque mediante la omisión del carácter público del acto se hace imposible cumplir la finalidad que la norma exige, cual es que el acto se dicte con pleno respeto al principio de transparencia. La indefensión también es clara, pues el licitador no puede defenderse de una actuación irregular y opaca de la administración, precisamente por consecuencia de esa opacidad.

Por otro lado, este carácter de trámite esencial ha sido declarado de actos como la información pública o el trámite de audiencia (por ejemplo, en la STS de 29 de septiembre de 2011), trámites ambos que son exigidos normativamente en determinados casos y que tienen por finalidad última la participación de los administrados en el quehacer de la



Administración. Por esta misma razón debe predicarse también del carácter público del acto de apertura de los sobres que contienen las ofertas económicas.

La conclusión a la que hemos llegado debe suponer necesariamente la nulidad de pleno derecho del acto impugnado, la adjudicación del contrato.

En cuanto a los efectos de esta declaración de nulidad ha señalado este Tribunal en multitud de casos que al haberse incurrido en el reseñado vicio de nulidad de pleno derecho, dicha nulidad se traslada a todo el procedimiento de licitación, dada la esencialidad del vicio advertido. Otra solución resulta inadecuada jurídicamente, pues habiéndose procedido ya a la apertura de las proposiciones de los licitadores resultaría imposible efectuar una nueva apertura y una nueva valoración de conformidad con lo establecido en el artículo 150 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tal motivo, resulta procedente anular el procedimiento de licitación.

Por lo expuesto,

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. R.Q.L., obrando en nombre y representación de la entidad mercantil ALONSO HIPERCAS, S.A., contra la resolución de adjudicación del contrato de *“Suministro de lotes-obsequio de Navidad para el personal de Mutua Midat Cyclops”*, (expediente MCSS N°1) de 28 de septiembre de 2015 de la Dirección General de la Mutua Midat Cyclops, anulando íntegramente el procedimiento de licitación.

Segundo. Levantar la medida cautelar automática de suspensión del procedimiento de contratación.

Tercero. Declarar que no aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recursos 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 el artículo 11.1.f) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa