



Recursos nº 351/2011, 009/2012 y 011/2012
Resolución nº 049/2012

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

En Madrid, a 9 de febrero de 2012.

VISTOS los recursos acumulados interpuestos por D. D.P.B.B, en representación de JOSE MIGUEL POVEDA S.A., de D. R.Q.L en representación de ALONSO HIPERCAS S.A., así como por D. J.L.V.E en representación de SERFAST CATERING INSTITUCIONAL S.L., contra el acuerdo de adjudicación dictado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en 20 de diciembre de 2011, en relación con el procedimiento abierto para la contratación del “Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales excepto en Centros de Internamiento de extranjeros” (Expediente 002/12/CO/05),este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La División de Coordinación Económica y Técnica (Cuerpo Nacional de Policía) convocó, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado de fecha 11 de agosto de 2011 y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 10 de agosto, licitación para la adjudicación por procedimiento abierto del contrato de suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales excepto en Centros de Internamiento de extranjeros, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, por un valor estimado de 9.999.999,99 euros, en la que, entre otras, presentaron oferta las empresas ahora recurrentes.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en el Real Decreto

817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la anterior y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, acordándose, en su momento, por la mesa de contratación de la División de Coordinación Económica y Técnica (Cuerpo Nacional de Policía) la exclusión de las empresas licitadoras ahora recurrentes al entender que sus ofertas presentaban defectos críticos.

Tercero. Contra dicha resolución, la mercantil SERFAST CATERING INSTITUCIONAL, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación, que fue tramitado ante este Tribunal con el número 250/2011, cuyo recurso vino a ser finalmente desestimado mediante resolución 282/2011, de 16 de noviembre.

Cuarto. El 20 de diciembre de 2011, el Secretario de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior dictó resolución por la que se adjudicaba el contrato a la mercantil ALBIE S.A., declarando la exclusión de los restantes licitadores, cuya resolución fue notificada a las ahora recurrentes el 23 de diciembre de 2011.

Quinto. La mercantil JOSE POVEDA S.A. interpuso contra dicha resolución recurso especial en materia de contratación el 30 de diciembre de 2011, al que se asignó el número 351/2011. El 9 de diciembre de 2012 hizo lo propio la mercantil ALONSO HIPERCAS S.A., cuyo recurso se sustanció bajo el número 9/2012, mientras que el 11 de enero de 2012 se presentó idéntico recurso por SERFAST CATERING INSTITUCIONAL, S.L., tramitado bajo el número 11/2012.

Sexto. Con fecha 11 de enero de 2012 el Tribunal acordó, en el marco del recurso 351/2011, mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal dio traslado de cada uno de los tales recursos a las restantes licitadoras, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo

hecho uso de este derecho la empresa Albie, S.A respecto de los expedientes 351/2011 y 9 y 11/2012, así como la empresa Alonso Hipercas respecto de los expedientes 351/2011 y 11/2012.

Octavo. Este Tribunal acordó, el 25 de enero de 2012, practicar, al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, la práctica de prueba consistente en *“recabar de la ENAC la remisión a este Tribunal de certificación expedida por la misma en la que se haga constar si AENOR está acreditada por ENAC para realizar los siguientes ensayos: Cálculo de la humedad por desecación a 102º C. Cálculo de la grasa por método soxhlet. Cálculo de proteínas por método Kjelhal. Cálculo de las cenizas por calcinación a 550º.”* Dicho acuerdo fue trasladado a ENAC ese mismo día, siendo igualmente notificado a las recurrentes y a las restantes licitadoras.

Noveno.- El 26 de enero de 2012 ENAC remitió a este Tribunal certificado por el que expresaba que “la empresa Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) no está acreditada para los ensayos” antes referidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aplicable al procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación en virtud del artículo 316.1 de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público, este Tribunal ha dispuesto la acumulación de los procedimientos de recurso números 351/2011, 9/2011 y 11/2011 por guardar entre sí identidad sustancial e íntima conexión, en tanto todos ellos tienen por objeto la resolución de adjudicación dictado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en 20 de diciembre de 2011, en relación con el procedimiento abierto para la contratación del “Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales excepto en Centros de Internamiento de extranjeros” (Expediente

002/12/CO/05), cuya resolución dispone la exclusión de las mercantiles en cada caso recurrentes.

Segundo. Corresponde a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 41.1 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al estar integrada la citada Secretaría de Estado en el ámbito de la Administración General del Estado.

Tercero. Debe entenderse que los recursos acumulados han sido interpuestos por persona legitimada al efecto, de acuerdo con el artículo 42 del citado Texto Refundido, y dentro del plazo legalmente establecido, al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución en cada caso recurrida y dicha interposición más de los quince días hábiles a que se alude en el artículo 44.2 el mismo texto legal.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la afirmación de que ha sido interpuesto contra acto susceptible de impugnación por dicho cauce, atendido lo dispuesto en el artículo 40 del referido texto legal.

Quinto. Como ya se ha dicho en los antecedentes de hecho de esta resolución, este Tribunal ya tuvo ocasión, en el recurso 250/2011, de pronunciarse sobre la exclusión de uno de los licitadores y ahora, nuevamente, recurrentes, a saber, SERFAST CATERING INSTITUCIONAL, S.L., mediante resolución de fecha 16 de noviembre de 2011, en cuyos fundamentos sexto y séptimo se afirmaba:

“Sexto. En primer lugar, alega el recurrente que en la valoración de las ofertas técnicas se ha infringido la cláusula 5 del pliego de de prescripciones técnicas, sobre la base de que falta el estudio de idoneidad que debería haberse elaborado por la Administración, que el laboratorio AENOR no está acreditado por ENAC para realizar ensayos con los parámetros previstos en el pliego y, por último que AENOR ha extralimitado su función al realizar los análisis, función que sólo correspondería a la mesa de contratación.

La cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas establece: “La Administración realizará, por medios de técnicos en la materia un estudio de idoneidad de las fichas técnicas y muestras presentadas por cada licitador pudiendo basarse al realizar el estudio

del contenido de las fichas técnicas presentadas o bien en el análisis de las muestras por un laboratorio de la Comunidad de Madrid acreditado por ENAC”.

Como ponen de manifiesto, tanto el órgano de contratación en su informe como la empresa ALBIE, S.A., ni el pliego de cláusulas administrativas particulares ni el de prescripciones técnicas imponen a la mesa de contratación un método de acreditación concreta sino que le reconocen discrecionalidad para optar entre requerir o no análisis de las muestras, elegir el laboratorio dentro de los parámetros definidos en el pliego y la acreditación de éste.

Dentro de este ámbito de discrecionalidad la mesa de contratación decidió que el estudio técnico de idoneidad se basara en un estudio de muestras realizado por un laboratorio independiente, como es AENOR, acreditado por ENAC según consta en la documentación obrante en el expediente administrativo, sin que esto suponga que el correspondiente informe técnico haya sido elaborado por dicho laboratorio sino por la mesa con base en los análisis realizados por aquél.

Consecuentemente, esta alegación no puede ser estimada.

Séptimo. *Alega la recurrente que las muestras comprendidas en su oferta han sido erróneamente valoradas, considerando que se encuentran dentro de los parámetros definidos en el pliego.*

Este Tribunal viene considerando de plena aplicación a esta alegación la doctrina reiteradamente sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a 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 efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración.

Por lo que al caso objeto del presente recurso se refiere, debe entenderse de aplicación efectiva dicha doctrina. En consecuencia, no apreciándose que concurra infracción del ordenamiento jurídico en ninguno de sus aspectos formales ni la existencia de aplicación arbitraria o errónea de los criterios, no cabe sino que este Tribunal lejos de desvirtuar el resultado de la valoración efectuada, la confirme en todos sus términos.”

Sobre estas bases, la citada resolución de 16 de noviembre de 2011 desestimaba el recurso en aquella ocasión interpuesto.

Quinto. Dicho pronunciamiento constituye, a todas luces, un evidente precedente administrativo que, si bien no vincula irrevocablemente la voluntad de este Tribunal, hace, no obstante, exigible la expresa y adecuada motivación de la discrepancia en cualquier resolución que, eventualmente, se aparte del criterio en él expresado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En todos y cada uno de los recursos objeto de esta resolución las distintas recurrentes han abundado en la cuestión, ya planteada en el previo recurso 250/2011, de la eventual falta de acreditación de AENOR para la realización de los análisis cuyos resultados han determinado, de acuerdo con lo dispuesto en la antes citada cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas, la exclusión de las ofertas por ellas presentadas y, subsiguientemente, la adjudicación objeto de impugnación.

Si bien en su momento dicho alegato fue desestimado en la referida resolución de 16 de noviembre de 2011, y ello con el fundamento y motivación antes reproducido, a saber, que *“ni el pliego de cláusulas administrativas particulares ni el de prescripciones técnicas imponen a la mesa de contratación un método de acreditación concreta sino que le reconocen discrecionalidad para optar entre requerir o no análisis de las muestras, elegir*

el laboratorio dentro de los parámetros definidos en el pliego y la acreditación de éste”, no es menos cierto que las nuevas alegaciones formuladas y la documentación aportada en los recursos cuya resolución ahora se aborda hicieron surgir en este Tribunal (sin que fuera dable resolverlas concluyentemente a la vista de los elementos de juicio puestos a su disposición) nuevas dudas acerca de sí, realmente, el laboratorio a tal fin elegido por el órgano de contratación contaba, efectivamente, con la debida acreditación para la realización de los análisis que sirvieron de base a la valoración de las distintas ofertas presentadas, lo que llevo a acordar la práctica de la prueba referida en el antecedente de hecho octavo.

Practicada, tal y como allí se relata, la oportuna diligencia de prueba al amparo del artículo 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de ella ha resultado concluyentemente acreditado que dicho laboratorio no cuenta con la debida acreditación para la realización de las específicas pruebas y análisis practicados con ocasión del expediente de contratación objeto de este recurso, en términos que llevan a concluir que la valoración de las ofertas y, por ende, la adjudicación del contrato se ha realizado en términos incompatibles con la concreta exigencia de la tantas veces referida cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas.

Esta circunstancia, que obviamente no pudo ser tenida en cuenta en la resolución del recurso 250/2011, obliga a este Tribunal a cambiar el sentido de la resolución entonces adoptada, estimando los recursos interpuestos y anulando la resolución de adjudicación recurrida, con retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas técnicas presentadas, a fin de que por el órgano de contratación se lleve nuevamente ésta a efecto en términos ajustados a las previsiones resultantes de los pliegos de aplicación y, en particular, a lo dispuesto en la referida cláusula 5 del pliego de prescripciones técnicas.

Y ello sin perjuicio de destacar que a este Tribunal no se le escapa que, en el concreto caso del recurso 11/2012, interpuesto por SERFAST CATERING INSTITUCIONAL, S.L., concurriría, en circunstancias ordinarias, causa bastante para su inadmisión, toda vez

que, habiendo interpuesto oportunamente dicha actora el recurso 250/2011 contra el acuerdo de exclusión en su momento adoptado por la Mesa de Contratación, tal recurso vino a ser desestimado por la ya meritada resolución 282/2011, de 16 de noviembre. En efecto, como quiera que tal resolución ha devenido firme y consentida, y causa estado, en lo que a la recurrente atañe, por mor del principio general de irrevocabilidad de las resoluciones de este Tribunal (consagrado entonces en el artículo 319 de la Ley de Contratos del Sector Público y hoy en el artículo 49 del Texto Refundido), sería dable, tal y como ya se ha afirmado en diversas ocasiones (verbigracia, en la resolución 109/2011) declarar su inadmisión al amparo de lo que usualmente, si bien con cierta impropiedad así advertida por el Tribunal Supremo (entre otras, en las sentencias de 10 de enero de 2001, 26 de abril de 2004 y 11 de octubre de 2004, todas ellas relativas a materia económico-administrativa, pero, en todo caso, trasladables a este ámbito), se ha dado en llamar "cosa juzgada administrativa". No obstante, habiéndose decretado su acumulación a los recursos interpuestos por otros licitadores, que no están incursos en causa de inadmisión y deben, como se ha expuesto, ser estimados, parece razonable hacer también extensivo dicho fallo al referido recurso 11/2012, atendido que, como es obvio, la mercantil en este caso recurrente no se vería, en ningún caso, sustraída de los efectos derivados de tal estimación.

Sexto.- La estimación así acordada dispensa a este Tribunal de analizar las restantes alegaciones de los recurrentes, tendentes a denunciar la existencia de ciertos vicios, eventualmente determinantes susceptibles de determinar su exclusión, en la oferta de la adjudicataria. No puede, en este sentido, obviarse que, como ya ha señalado este Tribunal en diversas ocasiones y, en particular, en la resolución 269/2011, *“existe un límite a nuestra competencia respecto de las pretensiones articuladas por los reclamantes que piden que este Tribunal declare la adjudicación del contrato a su favor. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y*

del Procedimiento Administrativo Común, de modo que de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, en este caso de la entidad contratante, única a la que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992)". Habiendo acordado la retroacción de las actuaciones a la fase de valoración de las ofertas, debe este Tribunal respetar en su integridad, sin prejuzgar su ejercicio, las competencias que a tal fin corresponden al órgano de contratación, ante quien, en su caso y por los cauces que resulten oportunos, podrán los licitadores ahora recurrentes hacer valer tales alegatos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar los recursos acumulados interpuestos por D. D.P.B.B, en representación de JOSE MIGUEL POVEDA S.A., de D. R.Q.L en representación de ALONSO HIPERCAS S.A., así como por D. J.L.V.E en representación de SERFAST CATERING INSTITUCIONAL S.L., contra el acuerdo de adjudicación dictado por la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior en 20 de diciembre de 2011, en relación con el procedimiento abierto para la contratación del "Suministro de raciones alimenticias con destino a personas detenidas en Centros Policiales excepto en Centros de Internamiento de extranjeros" (Expediente 002/12/CO/05), anulando la resolución recurrida y ordenando la retroacción de actuaciones a la fase de valoración de las ofertas técnicas presentadas, a fin de que por el órgano de contratación se lleve nuevamente esta a efecto en términos ajustados a las previsiones resultantes de los pliegos de aplicación.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del citado Texto.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.