



Roj: **STSJ PV 1781/2014 - ECLI:ES:TSJPV:2014:1781**

Id Cendoj: **48020330012014100234**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2014**

Nº de Recurso: **582/2012**

Nº de Resolución: **313/2014**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE ANTONIO GONZALEZ SAIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO 582/2012**

**DE Ordinario**

**SENTENCIA NÚMERO 313/2014**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D<sup>a</sup>. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintisiete de junio de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 582/2012 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna: DESESTIMACIÓN PRESUNTA DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CONTRA EL ACUERDO DE CONTRATACIÓN DE 17-2-2012 DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, POR LA QUE SE LE EXCLUYE LA PROPOSICIÓN DE LA MERCANTIL COMERCIAL AIBAK TRS, S.L. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL ACUERDO MARCO PARA EL SUMINISTRO DE COMIDAS PREPARADAS, MATERIAS PRIMAS Y SERVICIOS AFINES PARA CENTROS PÚBLICOS DEPENDIENTES DEL DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN, UNIVERSIDADES E INVESTIGACIÓN (EXPEDIENTE AMH/1/01).=.

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : COMERCIAL AIBAK TRS, S.L., representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. MARÍA ÁLVAREZ DE AMÉZAGA y dirigida por el Letrado D. MARTÍN EGUÍA BARRIO.

- **DEMANDADA** : ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ.

**ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** El día 19-6-2012 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que D<sup>a</sup>. MARÍA ÁLVAREZ DE AMÉZAGA, actuando en nombre y representación de COMERCIAL AIBAK TRS, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso especial en materia de contratación presentado frente al acuerdo dictado el 17 de febrero de 2012 por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco por la que se excluye a la actora del procedimiento para la consecución del acuerdo marco para el suministro de comidas preparadas, materias primas y servicios afines para centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación (EXPEDIENTE AMH/1/01); quedando registrado dicho recurso con el número 582/2012.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ella expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estimen íntegramente sus pretensiones.

**TERCERO .-** En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestime el recurso en todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a la parte actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de 18-11-2013 se fijó como cuantía del presente recurso la de indeterminada.

**QUINTO .-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SEXTO.-** Por resolución de fecha 19-6-2014 se señaló el pasado día 26-6-2014 para la votación y fallo del presente recurso.

**SÉPTIMO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna la desestimación presunta del recurso especial en materia de contratación presentado frente al acuerdo dictado el 17 de febrero de 2012 por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco por la que se excluye a la actora del procedimiento para la consecución del acuerdo marco para el suministro de comidas preparadas, materias primas y servicios afines para centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación ( EXPT. AMH/1/01).

**SEGUNDO.-** Tal y como la recurrente expresamente reconoce el presente recurso se encuentra decisivamente vinculado con los acumulados 579 y 858, idénticos son los motivos e idénticas son las pretensiones, de hecho se promovió la acumulación por tal causa.

Esta situación impone que este recurso deba necesariamente, ante la ausencia de elementos que permitan otra solución, desestimarse por las mismas razones que las recogidas en la Sentencia dictada en los acumulados a que hemos hecho mención y cuyo contenido pasamos a recordar:

"El recurso contencioso-administrativo se ha fundado en los motivos siguientes:

- 1.- La vulneración del procedimiento de contratación establecido por la LCSP y por los pliegos de ese expediente. Elaboración "ad hoc" del informe de auditoría, posterior al informe de la Comisión de Valoración de 5-6-2011. Disconformidad de las puntuaciones otorgadas por el supuesto informe de auditoría con el informe del responsable de régimen interior.
- 2.- La vulneración del principio de transparencia. Omisión en el PCAP (puntos 18 y 19) de las reglas de valoración de los criterios de adjudicación.
- 3.- La arbitrariedad en la valoración de la capacidad técnica de la recurrente. Error en la valoración de las condiciones higiénico-sanitarias ofrecidas por la recurrente.
- 4.- La constitución del órgano de contratación con un técnico que tenía una relación de dependencia funcional y jerárquica con una de las licitadoras y adjudicatarias del contrato.

La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se opuso a la estimación del recurso contencioso en razón a lo siguiente:

- 1.- El cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia y discrecionalidad técnica.
- 2.- Exclusión motivada de la recurrente previa subsanación de los defectos del acuerdo de 16-6-2011 de la Mesa de Contratación, observados por la resolución 1/2012 de 27-1-2012 del OARC. Auditoría higiénico-sanitaria: valoración negativa de las instalaciones de la recurrente. Evidencias objetivas. Cumplimiento del PCAP .



3.- La no concurrencia de causa de recusación en el miembro del Equipo Auditor señalado por la recurrente. Alegación extemporánea y no acreditada.

4.- Desviación procesal : incongruencia de las pretensiones deducidas en demanda con las planteadas en el recurso administrativo.

La codemandada, AUZO LAGUN S. COOP. se opuso a la estimación del recurso por los motivos siguientes :

1.- Desviación procesal: pretensión declarativa no planteada en la vía administrativa.

2.- La actuación del Equipo Auditor, Comité de Expertos y Mesa de Contratación con arreglo al procedimiento de contratación establecido por los PCAP (cláusula 18).

3.- La regulación de los criterios sujetos a juicios de valor (cláusula 12 del PCAP) y del procedimiento de auditoría higiénico-sanitaria (Anexo IX PCT).

4.- La valoración motivada de las condiciones técnicas de la proposición presentada por la recurrente.

5.- La improcedencia y falta de justificación de la causa de recusación de un miembro del Equipo Auditor alegada por la recurrente.

SEGUNDO.- La recurrente ha solicitado en demanda la anulación de los actos recurridos y que la sentencia "reconozca que mi mandante cumple con las cualidades y capacidades técnicas necesarias para obtener la homologación preceptiva previa para concurrir en la adjudicación de los distintos lotes que conforman el expediente de contratación".

Ese suplico no comporta desviación procesal o introducción de una pretensión nueva no formulada en el recurso administrativo sino la solicitud de una medida de restablecimiento de la situación jurídica de la recurrente que esta parte considera alterada por el acuerdo de exclusión previa del expediente de contratación y que sin alterar la causa de pedir puede hacerse en demanda al amparo del artículo 31-2 de la Ley Jurisdiccional .

Cosa distinta es que esa pretensión fuese improcedente por exceder su estimación los límites del control jurisdiccional de las potestades discrecionales de la Administración Pública. Pero formulada en aquellos términos no es más que el reverso del acuerdo de exclusión de la recurrente en la fase de homologación de las capacidades técnicas de los licitadores.

TERCERO.- Los motivos en que se funda el recurso contencioso no pueden sustentarse en las actuaciones del expediente administrativo y tampoco en las pruebas practicadas en este proceso.

De las primeras la parte hace una interpretación, y no lectura, que no se ajusta a las remitidas por la Administración a esta Sala, de las que prescinde casi prácticamente, salvo en la reseña de antecedentes, al punto de no señalar los folios del expediente que dejen constancia de sus afirmaciones, juicios de intenciones o descalificación sobre la actuación de la contratante.

Así, no puede tan siquiera suponerse la elaboración ad hoc del informe del Equipo Auditor, fechado el 6-6-2011 y que obra a los folios 338-347 del expediente por el hecho de que sea posterior al informe (de 5-6-2011) de la Comisión de Evaluación, porque tal posposición lejos de ser ilógica como resalta la recurrente es coherente con lo siguiente:

a) la composición común de ambos órganos

b) el informe de 5-6-2011 fija el marco o criterios de los tres miembros del Equipo Auditor aplicados o que debieron aplicarse en el informe de 6-6- 2011 del auditor jefe, teniendo así el segundo un carácter complementario del primero y no de motivación "in allunde".

Las pruebas practicadas en el procedimiento conducen igualmente a una valoración negativa sobre las opiniones técnicas de la recurrente sobre las condiciones de solvencia o capacidad, en particular la higiénico-sanitaria que determinaron su exclusión del expediente de contratación.

Ese parte alude en el fundamento tercero de la demanda a un informe pericial "ad hoc", post-acuerdo de 16-6-2011 de la Mesa de Contratación cuyas conclusiones desvirtúan las expuestas por el Comité de Evaluación. Pero no sabemos a qué informe se refiere la parte ya que no señala las actuaciones del expediente administrativo a las que, en su caso, fue incorporado y tampoco expone sus valoraciones sino que se remite, sin más a él.

En todo caso, el antedicho informe no ha sido traído a este proceso , y sometido a la contradicción de las demandadas, mediante la proposición de prueba pertinente ( artículos 265-1-4 ª, 336 y concordantes de la LEC ) con lo cual sobra cualquier otra consideración sobre el mismo.



CUARTO.- La recurrente ha desarrollado su argumentación sobre las infracciones del procedimiento establecido por los pliegos, del principio de transparencia y la insuficiente motivación de la resolución que determinó su exclusión del expediente en la fase previa de valoración de las propuestas sin atenerse al texto de los informes de los distintos órganos que han intervenido en el procedimiento y a su particular motivación en cuanto a la capacidad técnica de aquella parte.

Por el contrario, las actuaciones de los órganos técnicos de asesoramiento de la Administración contratante, fragmentadas o eludidas por la recurrente, desmienten los reproches de esta sobre la vulneración del procedimiento de contratación y de sus principios esenciales (igualdad, transparencia), actuación arbitraria o no motivada de la Mesa y órgano de contratación.

A las valoraciones o juicios de la recurrente se oponen las siguientes actuaciones del expediente de contratación en la fase de valoración previa de la capacidad técnica de los licitadores y que en lo que respecta a la no superación del test higiénico-sanitario, causa de la exclusión de la recurrente se resumen en:

- a) Informe de 1-6-2011 "de no conformidades y observaciones" del auditor-jefe (folios 348-354).
- b) Informe "Aibak" de 6-6-2011, del mismo miembro del Equipo Auditor.
- c) Informe de 8-6-2001 del mismo auditor sobre "valoración total Acuerdo Marco ....." (folios 405-410).
- d) Informe de 10-6-2011 del Comité de Expertos titulado "de valoración auditorías higiénico-sanitarias-calidad" (folios 411-412) que da por bueno los informes precedentes del Equipo Auditor.

Esas actuaciones (idem, folios 90-170 y 652 y siguientes del expediente) constatan de forma clara, concluyente y coincidente y en base a los datos objetivos resultantes de las comprobaciones realizadas "in situ" el 11-5-2011 por el Equipo Auditor el incumplimiento de los requerimientos higiénico-sanitarios, sin contradicción seria y fundada de la recurrente que ha confiado la suerte de su recurso a valoraciones subjetivas cuando no puramente especulativas o a errores simplemente nominales (valores numéricos) en el sistema de puntuación, intrascendentes dado el resultado "negativo" de la valoración de la tecnología y capacidad adecuadas para garantizar la seguridad alimentaria. Y es que, en efecto, la recurrente además de no haber alcanzado la punta mínima de 2.100 puntos en más de cinco apartados obtuvo 0 puntos lo que según los criterios de valoración numérica recogidos en el documento que obra a los folios 657-658 del expediente determinaba la no homologación de la oferta, mejor dicho, de la empresa licitadora.

QUINTO.- A la vista de las actuaciones referidas en el anterior no puede compartirse la alegación de la recurrente de que la auditoría higiénico-sanitaria no se hubiese practicado con arreglo a lo dispuesto por el apartado 18 del PCAP (funciones del Equipo Auditor) y por el Anexo IX del PCT, en cuyo punto 4 se expone el programa o protocolo de actuación, con la especificación de los criterios o método de valoración folios 178 y siguientes del expediente).

En ese punto las alegaciones de la recurrente pueden calificarse de gratuitas y prejuiciosas porque además de no ajustarse al modus operandi y contenido de los informes del Equipo Auditor remiten a "episodios" circunstanciales o anecdóticos, sin trascendencia a los fundamentos y resultados de la valoración y no concretan en qué apartados del programa y por razón de qué actuaciones u omisiones de aquel órgano se produjeron las infracciones imputadas.

SEXTO.- La recurrente también discute la validez de los pliegos de cláusulas de la contratación por indeterminación de los criterios de valoración o puntuación de las ofertas y de valoración de las capacidades higiénico-sanitarias.

El planteamiento de ese motivo es incongruente con el objeto del recurso especial desestimado por la Administración demandada, previo a este procedimiento y, por lo tanto, con el objeto de este último ya que dicho recurso no se ha interpuesto contra los pliegos reguladores de la licitación tal como prevé el artículo 37-2 de la Ley 30/2007 de contratos del sector público y dentro del plazo establecido por esa norma sino que se ha contraído al acuerdo de exclusión del procedimiento selectivo.

Además, y por lo que respecta a la "Auditoría higiénico-sanitaria, de calidad y medio ambiente ....." en el anexo IV del PCT (folios 178 y siguientes del expediente) se regula el programa o protocolo de actuación, incluyendo el método y criterios de puntuación aplicados a la recurrente con el resultado negativo no desvirtuado por esa parte.

Asimismo, el apartado 12 b) del PCAP, titulado "criterios de valoración de ofertas económicamente más ventajosas" (folios 222-223) detalla los factores dependientes de juicios de valor y sus respectivas puntuaciones.



SÉPTIMO.- Hay que desestimar también la causa de recusación planteada por la recurrente respecto a uno de los miembros del Equipo Auditor y ya no solo porque se haya planteado de forma extemporánea, esto es, en el procedimiento de recurso y no antes en el de contratación ( artículo 29-1 Ley 30/1992 ) sino porque la recurrente ni tan siquiera propuso la prueba idónea para acreditar la circunstancia de dependencia funcional y orgánica alegada con amparo en el artículo 28-2 e) de la Ley 30/1992 .

Se trata, así, de un juicio de parte tan apodíctico como los que en general sostienen la alegación de las infracciones de infracción de procedimiento y sustantivas, examinadas en los fundamentos precedentes".

**TERCERO.-** De acuerdo con los arts. 86 y 139 de la LJ las costas procesales se imponen a la demandante y se dará recurso de Casación frente a esta Sentencia.

Ante lo expuesto la Sala

## FALLA

**Que debemos desestimar y desestimamos el recurso formulado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. MARÍA ÁLVAREZ DE AMÉZAGA, actuando en nombre y representación de COMERCIAL AIBAK TRS, S.L., contra la desestimación presunta del recurso especial en materia de contratación presentado frente al acuerdo dictado el 17 de febrero de 2012 por el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco por la que se excluye a la actora del procedimiento para la consecución del acuerdo marco para el suministro de comidas preparadas, materias primas y servicios afines para centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Universidades e Investigación (EXPEDIENTE AMH/1/01) y, en consecuencia, confirmamos la actuación impugnada.**

**Las costas procesales se imponen a la parte actora.**

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **DIEZ DÍAS**, contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos y previa consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0582 12, de un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Il<sup>mo</sup>. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe en Bilbao, a 27 de junio de 2014.