



RE 159/2018

Acuerdo 64/2019, de 20 de mayo de 2019, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por doña M.N.G.D. en representación de la mercantil “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de transporte de comidas preparadas del Hospital “Obispo Polanco” al Hospital “San José” de Teruel», promovido por la Gerencia del Sector de Teruel del Servicio Aragonés de Salud.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 23 de agosto de 2018 se publicó, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (en adelante, PCSP), anuncio de licitación del procedimiento denominado «Servicios de transporte de muestras, ropa y comidas de los Centros del Sector de Teruel» (expediente de contratación nº P.A. 15/GST/18), promovido por el Servicio Aragonés de Salud, Gerencia del Sector de Teruel. En tal fecha se remitió dicho anuncio, al Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, DOUE), para su inserción en el mismo, la cual tuvo lugar el 28 de agosto de 2018. En ambos anuncios la fecha límite de presentación de ofertas se fijaba en el día 24 de octubre de 2018.

Con fechas 27 y 30 de agosto de 2018 se publicaron sendos anuncios de rectificación, en la PCSP y en el DOUE, en los que se corregía la fecha límite de presentación de ofertas, pasando a ser ésta la del 1 de octubre de 2018.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Se trataba de un contrato de servicios, licitado por procedimiento abierto, sujeto a regulación armonizada, con un solo criterio de adjudicación, el precio, y con un valor estimado de 666 198 euros.

El contrato estaba dividido en cuatro Lotes:

- Lote 1: Transporte de muestras y sangre desde los centros de Atención Primaria al Hospital “Obispo Polanco”.
- Lote 2: Transporte de muestras y sangre desde el Hospital “Obispo Polanco” a Centros de Zaragoza y otras provincias.
- Lote 3: Transporte de ropa desde los Centros de Teruel al Hospital “Miguel Servet” de Zaragoza y viceversa.
- Lote 4: Servicio de transporte de comidas preparadas del Hospital “Obispo Polanco” al Hospital “San José” de Teruel.

Segundo.- Con fecha 12 de septiembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D., en nombre y representación de “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a los Pliegos que rigen el contrato referido en el Antecedente anterior.

El recurso –al que, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 094/2018– aducía, en síntesis, lo siguiente:

- 1.º Existencia de contradicciones entre el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el procedimiento de licitación, en concreto:
 - Respecto a la naturaleza del contrato, y si el mismo está sujeto a regulación armonizada.
 - Duración, plazo de ejecución y posible prórroga del contrato.
 - Requisitos de solvencia técnica o económica.
 - Adscripción de medios como requisito de solvencia u obligatoriedad de los mismos al licitador propuesto como adjudicatario.
- 2.º Infracción del plazo mínimo de presentación de ofertas.



- 3.º Conculcación, asimismo, en el plazo de ejecución del contrato, por vulneración de los principios de seguridad jurídica, así como de riesgo y ventura del contratista.
- 4.º Vulneración, a su vez, de los artículos 122.2 –la recurrente indica los artículos 112.2 y 124 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)–. Entiende la recurrente que se han incluido en el Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) cláusulas que deberían haber estado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP).
- 5.º Quebrantamiento del artículo 100 de la LCSP, ya que no recogen el desglose de costes directos e indirectos ni tampoco desglose de costes salariales de mano de obra.
- 6.º Violación del artículo 87.b) de la LCSP al exigirse en los pliegos –como criterio de solvencia económica– la suscripción de un seguro de indemnización por riesgos profesionales superior a 500.000 euros.
- 7.º Contradicción entre la fórmula de valoración del Anexo XII del PCAP y los parámetros para determinar el carácter anormalmente bajo de la oferta.
- 8.º Infracción del artículo 149.2.a) de la LCSP al no tener en cuenta al conjunto de ofertas para el cálculo del umbral de anormalidad de las mismas.
- 9.º Vulneración del artículo 202 LCSP al no establecer ninguna condición especial de ejecución.
- 10.º Infracción de los artículos 192.1 y 192.2 de la LCSP al considerar las posibles penalidades por incumplimiento, desproporcionadas e incluso «no tipificadas».
- 11.º Incongruencia entre las tareas contempladas el PPT y el objeto del contrato.
- 12.º Conculcación de los principios de concurrencia e igualdad por determinadas prescripciones técnicas incluidas para el Lote 4, con cuyo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

establecimiento el órgano de contratación pretende favorecer al anterior contratista del servicio.

Por último, cabe destacar que la recurrente hace referencia a anteriores licitaciones del mismo servicio para hacer notar los cambios habidos respecto a los requerimientos que se establecen en los pliegos que recurre.

Por lo anteriormente expuesto, interesaba:

1. Que fueran anulados los pliegos.
2. Se aportasen al expediente, las características técnicas de los carros, donde venían recogidos sus pesos.
3. Que cualquier justificación que se realizase en el informe al recurso que contradiga o cuestione lo expuesto en su recurso (incluidas posibles motivaciones distintas a las que son alegadas), fueran justificadas documentalmente y sin la omisión de ningún aspecto, solicitando en ese caso, que se abriera el periodo de prueba estipulado de diez días.

Como medida cautelar, solicitaba la suspensión del procedimiento, con el fin de que se preservase el secreto de las proposiciones presentadas, en tanto no fuera resuelto el recurso.

Tercero.- Con fecha 13 de septiembre de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, que remitió el expediente de contratación el día 17 de septiembre de 2018, a través del Registro de este órgano, junto con el informe sobre el mismo. El mencionado informe se allanaba respecto a los motivos: 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del recurso interpuesto –según el orden indicado en el Antecedente anterior–, sin perjuicio de rebatir el resto de los motivos invocados.

Cuarto.- Con fecha 19 de septiembre de 2018, se publicó en la PCSP anuncio de desistimiento del procedimiento de licitación. En la resolución de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

desistimiento, recibida en este Tribunal el día 27 de septiembre de 2018, se reconocía la existencia de ciertos errores en la confección de los pliegos y se indicaba, asimismo, la futura convocatoria de un nuevo expediente.

Quinto.- Mediante el Acuerdo de este Tribunal 96/2018, de 28 de septiembre, fue resuelto el citado recurso especial nº 094/2018, inadmitiéndolo por pérdida sobrevenida de su objeto. De dicho Acuerdo se dio traslado a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, que recibió la notificación correspondiente el día 4 de octubre de 2018.

Sexto.- Con fecha 28 de septiembre de 2018 se publicó, en la PCSP, anuncio de licitación del procedimiento al que se alude en el encabezamiento del presente Acuerdo (expediente de contratación nº P.A. 18/GST/18). El anuncio fijaba como fecha límite de presentación de ofertas, el día 16 de octubre de 2018.

Se trata de un contrato de servicios, no sujeto a regulación armonizada, con varios criterios de adjudicación y un valor estimado de 152 000 euros, y que coincide con el Lote nº 4 de la anterior licitación, según se detalla en el Antecedente primero.

Séptimo.- Con fecha 16 de octubre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D. en nombre y representación de “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a los Pliegos que rigen el contrato de referencia. A dicho recurso, en atención a su orden de llegada, le fue asignado el número 123/2018.

Octavo.- Mediante el Acuerdo de este Tribunal 111/2018, de 14 de noviembre, fue resuelto el citado recurso especial nº 123/2018 –previa la presentación por la recurrente de escrito en cuya virtud desistía del mismo– en tal sentido,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

aceptando su desistimiento y declarando concluso el procedimiento. De dicho Acuerdo se dio traslado a los diversos interesados en el procedimiento; entre ellos, a “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, que recibió la notificación correspondiente el día 15 de noviembre de 2018.

Noveno.- Con fecha 27 de diciembre de 2018 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, nuevo recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D., en nombre y representación de “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a la adjudicación del contrato de referencia.

El recurso aduce –en síntesis– lo siguiente:

- 1.º Incumplimiento por la empresa adjudicataria de la solvencia económica y financiera exigida en el nuevo PCAP, ya que entiende que carece del seguro de indemnización por riesgos profesionales exigido por su Anexo V.
- 2.º Falta de motivación en el acto de adjudicación, así como en la notificación de la misma, incumpliendo así el órgano de contratación –a su juicio– la obligación que sobre él pesa de motivar suficientemente dicha actuación y habiéndole causado indefensión al no permitirle el acceso a la oferta de la empresa adjudicataria para conocer los términos de la misma.
- 3.º Configuración en el PCAP de determinados criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa (al igual que con ocasión del citado recurso especial 094/2018), el cual sostiene que no le resulta firme tras poner de manifiesto su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha dado lugar a la sustanciación del Procedimiento Ordinario 426/2018 por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (acompañando copia del Decreto de admisión a trámite del correspondiente recurso judicial).
- 4.º Modo en que tales criterios se han aplicado; en particular, postula:



- sólo ha obtenido puntuación la proposición de la empresa a la postre adjudicataria, mientras que las ofertas de las otras dos licitadoras no han conseguido ningún punto de los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa;
 - sin embargo, tal ponderación no se ajusta a lo regulado en el pliego en tanto que no consta en dicha oferta, entre otras cuestiones, ni la capacidad ni la plataforma elevadora de que disponen los vehículos incluidos en ella.
- 5.º El diseño del pliego, tanto en lo referente a los requisitos de solvencia como a los criterios de adjudicación, no se compadece con la Guía sobre Contratación Pública y Transparencia.
- 6.º La valoración de dichos criterios se produjo por una persona que no forma parte de la Mesa de contratación; a ello se une que no se ha tenido acceso a la oferta de la adjudicataria ni al acta de la sesión en que dicha Mesa trató la ponderación del Sobre “Dos” de las ofertas.

Por lo recién expuesto, la actora –textualmente– interesa:

*«**Primero.-** Se me facilite por parte de tribunal acceso al expediente completo donde aparezca toda la documentación de los licitadores, tanto documentación administrativa, como ofertas y documentos aportados.*

Segundo.-** Solicito que cualquier justificación que se realice en el informe al recurso que contradiga o cuestione lo expuesto en el recurso (Incluidas posibles motivaciones distintas a las aquí alegadas), sea justificada documentalmente y sin la omisión de ningún aspecto, **SOLICITANDO EN ESE CASO QUE SE NOS ABRA EI PERIODO DE PRUEBA DE DIEZ DÍAS.

***Tercero.-** Se compruebe que a fecha de adjudicación, la adjudicataria GIFRUTA disponía del Seguro de Responsabilidad Civil por riesgos profesionales exigido como criterio de solvencia y aceptado por ella al no haber recurrido los pliegos, para en caso contrario excluirla por carecer de la solvencia mínima exigida.*



Cuarto.- *Se excluya a la licitadora GIFRUTA por haber presentado en el sobre 2 oferta y documentación distinta de la exigida "4 vehículos en vez de 2" lo que ha podido influir en la valoración de las ofertas o al menos impide su correcta valoración.*

Subsidiariamente *para el caso de no ser excluida la actual adjudicataria:*

- ≅ se retrotraigan las actuaciones al momento procedimental oportuno para que se proceda a valorar solo los criterios estipulados y con los límites estipulados (Dos vehículos, plataformas de entre 650 y 1.000 kilos...).*
- ≅ se proceda a valorar lo ofertado por el resto de licitadores.*
- ≅ se determine si los criterios junto con su aplicación es conforme a los principios de la contratación o en caso contrario se anule la adjudicación realizada con los efectos oportunos».*

Décimo.- Con fecha 28 de diciembre de 2018, se dio traslado del recurso al órgano de contratación, que remitió el expediente de contratación el día 8 de enero de 2019, a través del Registro de este órgano, junto con el informe sobre el mismo. Parte de los archivos obrantes en dicho expediente debieron ser reenviados el día 14 de enero siguiente al contener una denominación inadecuada. El mencionado informe rebate los argumentos de la recurrente.

Undécimo.- Durante el trámite de audiencia conferido al resto de interesados, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, no ha sido recibida ninguna alegación.

Duodécimo.- Mediante Resolución nº 4/2019, de fecha 20 de marzo, de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en atención del interés manifestado en ese sentido por la recurrente, se autorizó a ésta la vista de determinada documentación obrante expediente de contratación cuya consulta no había sido procurada por el órgano de contratación (exclusivamente toda la relativa a los vehículos incluidos en la proposición



presentada por la empresa adjudicataria, contenida en el Sobre “Dos” de la misma), todo ello en aras de garantizar debidamente su derecho a la defensa.

Decimotercero.- Por la Secretaría del Tribunal, previa consulta a la representante legal de la recurrente y en cumplimiento de la Resolución aludida en el antecedente anterior, se fijó el pasado 5 de abril de 2019 como fecha para tomar vista de dicha documentación en la sede del Tribunal, señalándole asimismo que el plazo para, en su caso, ampliar y completar el recurso ya interpuesto finalizaba el quinto día hábil siguiente a esa fecha, de conformidad con el artículo 29.3 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 (en adelante, RPERMC).

Decimocuarto.- Llegada la fecha fijada para tomar vista del expediente, se personó en la sede de este Tribunal la representante legal de la recurrente a fin de verificar el mencionado trámite, de lo cual se dejó constancia mediante la oportuna diligencia de comparecencia.

Decimoquinto.- Con fecha 10 de abril de 2019 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, la ampliación del recurso especial en materia de contratación interpuesto por doña M.N.G.D. a que se alude en el Antecedente noveno, en nombre y representación de “TEMPO EXPRÉS, S.L.”.

El recurso una vez completado, tras reiterarse en la argumentación del presentado inicialmente, aduce –en síntesis– lo siguiente (se continúa la numeración de los motivos esgrimidos a partir de la establecida en dicho Antecedente noveno):

7.º Incumplimiento por la empresa adjudicataria de la solvencia económica y financiera exigida en el PCAP, ya que entiende que la póliza del seguro de



indemnización por riesgos profesionales aportada al efecto –a su juicio– no cubre la actividad de transporte.

- 8.º Falta de capacidad de obrar por la empresa adjudicataria, extremo que se deduce –en opinión de la actora– de que su objeto social no incluye la actividad de transporte, así como de no estar dada de alta en el epígrafe correspondiente del Impuesto sobre Actividades Económicas, entre otras cuestiones.
- 9.º Omisión por la empresa adjudicataria de la presentación del compromiso de adscripción de medios.
- 10.º Incumplimiento por la empresa adjudicataria de la solvencia técnica exigida en el PCAP, ya que entiende que los certificados y documentación aportada para su acreditación obedecen a contratos de suministros, que no de servicios, así como las cuantías reflejadas no alcanzan el umbral regulado en el artículo 11.4.b) del Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- 11.º Modo en que los criterios de adjudicación sujetos a evaluación previa se han aplicado; en particular, cuestiona:
 - el otorgamiento de puntuación por los criterios “Vehículo frigorífico”, “Plataforma elevadora” y “Superficie de la carga” cuando, por un lado, no se concretan –de los cuatro vehículos ofrecidos– cuáles son los que se valoran y, por otro, uno de ellos figura a nombre de otra empresa y otro no tiene como destino el servicio público sino particular;
 - como denominador común, defiende que no están acreditadas ni la superficie de carga ni la capacidad de las plataformas elevadoras de ningún vehículo.

Por lo recién expuesto, la actora –textual y nuevamente– interesa:



«Primero.- Se declare que la adjudicataria no disponía de las Solvencias exigidas para licitar, por cualquiera de las causas aquí puestas de manifiesto en el presente escrito y previstas en los pliegos o por la acumulación de ellas y en consecuencia se excluya a la mercantil GIFRUTA de la licitación con los efectos legales inherentes a dicha exclusión.

Segundo.- Se declare que la adjudicataria no acreditó adecuadamente su capacidad de obrar, ya que el objeto social del registro de licitadores aportado para su acreditación no comprende la actividad objeto de este contrato y en consecuencia se excluya a la mercantil GIFRUTA de la licitación con los efectos legales inherentes a dicha exclusión.

Tercero.- Subsidiariamente se retrotraigan las actuaciones al momento previo de valoración, para que:

- 1- *Se determine la imposibilidad de valorar el criterio 2 para la empresa adjudicataria, por haber aportado más vehículos a valorar de los solicitados sin especificar cuáles son los adscritos al servicio.*
- 2- *En caso de no atender a lo anterior, se vuelva a valorar a la ahora adjudicataria, atendiendo estrictamente a los criterios especificados y valorando exclusivamente lo realmente acreditado documentalmente».*

Decimosexto.- Con fecha 12 de abril de 2019 se dio traslado del recurso, una vez completado, al órgano de contratación que remitió nuevo informe sobre el mismo el 16 de abril siguiente.

Decimoséptimo.- Igualmente, el día 12 de abril de 2019, se dio traslado a los interesados en el procedimiento de recurso tras su completación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, tal y como se prevé en el artículo 52.3 de la LCSP. Durante dicho plazo se han recibido alegaciones de la adjudicataria del contrato –“GIFRUTA, S.L.”– en fecha 25 de abril de 2019, previa su presentación ante la



Oficina de Correos de Teruel el día 17 de abril de 2019, postulándose dicha mercantil en contra de la estimación del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de “TEMPO EXPRÉS, S.L.” para interponer recurso especial y su representación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado, que el recurso se ha interpuesto frente a la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 60 000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para su resolución, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en adelante, LMMCSPA), y va dirigido contra el acto de adjudicación del contrato, actuación susceptible de recurso especial, de acuerdo con el artículo 44.2.c) de la LCSP.

El recurso se ha planteado en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Antes de cualquier consideración acerca del fondo del asunto, habida cuenta de que los pliegos que rigen la licitación se encuentran *sub iudice*, es preciso detenerse a estudiar si cabe apreciar situación de litispendencia sobre el recurso contra la resolución de adjudicación del presente procedimiento de contratación, ante la existencia de un procedimiento judicial iniciado por la propia entidad recurrente y que podría afectar a la adjudicación



del referido contrato, lo que determinaría su inadmisión.

A este respecto, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en Resoluciones como la 536/2013, de 22 de noviembre, la 797/2016, de 7 de octubre, o la más reciente 723/2018, de 27 de julio, con cita más o menos explícita del instituto procesal de la litispendencia, ha venido a fijar regla contraria a admitir la simultaneidad del recurso especial en materia de contratación con la sustanciación de un recurso contencioso-administrativo frente a idéntico procedimiento de contratación; así en la última de dichas Resoluciones el TACRC afirma lo siguiente:

«(...) En efecto, el recurrente tras interponer el recurso contra la adjudicación, por ser nulos los pliegos manifiesta que él mismo impugnó los Pliegos ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, por lo que debe suspenderse la tramitación de este proceso hasta que el Juzgado de lo Contencioso-administrativo se pronuncie y dicte sentencia firme. Lo cierto es que una vez dicte sentencia pronunciándose sobre la causa de nulidad que se vuelve a invocar ahora, tampoco procedería por este Tribunal tramitar el recurso pues: o bien se habrían anulado los pliegos y quedaría sin objeto el presente recurso o bien se habría confirmado su legalidad, por lo que se produciría el efecto de cosa juzgada y por tanto no podría este Tribunal revisar pretensiones y cuestiones jurídicas resueltas ya por un órgano judicial.

(...)

Con independencia de la finalidad con la que se ha interpuesto este recurso, la solución que merece es su inadmisión sin poder entrar en el fondo del asunto ni en los motivos de nulidad invocados, debido a que no cabe admitir la simultaneidad del recurso especial en materia de contratación con la tramitación de un recurso contencioso-administrativo en el que se diluciden idénticas causas de nulidad respecto de un mismo procedimiento de licitación y entre las mismas partes.

Los interesados pueden optar entre interponer el recurso especial regulado por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la normativa de contratos del Sector Público en los casos para los que está previsto o bien interponer directamente el recurso contencioso administrativo contra los actos que agoten la vía administrativa (como son todos los dictados por el órgano de contratación), pero en caso de optar por el recurso contencioso administrativo no es posible posteriormente someter la misma impugnación por medio de un recurso especial, pues el recurso especial es previo al contencioso administrativo, no pudiendo este Tribunal entrar a conocer de la misma cuestión que está simultáneamente sometida al conocimiento del órgano jurisdiccional competente.

No constituye ninguna excepción a la improcedencia de simultanear ambos recursos, el administrativo especial y el judicial, el hecho de recurrirse formalmente actos administrativos distintos, dictados en el ámbito del mismo procedimiento administrativo, como ocurre en el presente caso: en el proceso judicial se impugnan los pliegos y en el recurso administrativo especial se impugna la adjudicación, si bien el fundamento del recurso se refiere al contenido de los Pliegos simultáneamente recurridos en vía jurisdiccional, por lo que la causa de nulidad o infracción del ordenamiento jurídico que se denuncia en ambos casos es coincidente y ello por las siguientes razones lógicas: porque de lo contrario se incurriría en el peligro de obtener resoluciones contradictorias, y en segundo lugar, porque el resultado que podría producirse es el de invertir la regla elemental de que son los órganos jurisdiccionales quienes revisan las resoluciones de este Tribunal, lo que conduce a la conclusión de que no cabe tramitar el recurso especial sobre pretensiones y cuestiones controvertidas que han sido sometidas ya a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ha de añadirse que la conclusión sobre la inadmisión a la que se ha llegado por este Tribunal no puede variar por el hecho de que el recurrente haya añadido en el recurso especial una segunda causa de nulidad, posterior a la aprobación de los Pliegos y ajena a su contenido y por tanto no contenida inicialmente en el recurso contencioso-administrativo.

En efecto, según el recurrente los Pliegos incurren en vicios de nulidad por



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

razones vinculadas con el plazo máximo de duración y su prórroga obligatoria para el concesionario y las inversiones a realizar por el concesionario. La nulidad de los pliegos conllevaría lógicamente la de todas las actuaciones posteriores del procedimiento de licitación. Esta impugnación es común vía contenciosa y en el presente recurso especial. Pero, en segundo lugar, también invoca una causa que califica de nulidad de pleno derecho afirmando que la clasificación de las ofertas y el requerimiento de documentación previo a la adjudicación, al haber sido realizada por la mesa de contratación en lugar de por el órgano de contratación conlleva que la adjudicación ulterior se haya dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido con vulneración del artículo 151.1 del TRLCSP aplicable a la licitación. Sin entrar a valorar el significado de que la Ley 9/2017 en su artículo 150.1 atribuya dichas actuaciones procedimentales, en la actualidad, de forma indiferente tanto a la mesa de contratación como al órgano de contratación, y sin ponderar la gravedad y tipo de la incompetencia de un órgano administrativo para que su intervención equivalga o conlleve la grave consecuencia de la inexistencia de un procedimiento administrativo, lo cierto es que tampoco corresponde que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo de esta causa de nulidad, pues la elección inicial de la vía contencioso-administrativa (en lugar de la vía del recurso especial en materia de contratación) por el recurrente al impugnar la nulidad de los pliegos determina que proceda seguir impugnando en dicha vía contencioso-administrativa las actuaciones posteriores o los actos administrativos que se dicten posteriormente si concurren causas nuevas de infracción del ordenamiento jurídico mediante la correspondiente ampliación del recurso contencioso-administrativo, pues en otro caso se dividiría la continencia de la causa que necesariamente implica la necesidad de guardar una unidad jurídica, en todos los procesos judiciales en los que media un mismo juez una acción principal y unas mismas partes procesales.

En este sentido, la seguridad jurídica requiere que en cualquier proceso declarativo deba concluir necesariamente con una sola resolución en la que se



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

comprendan todas las cuestiones controvertidas actuales entre las partes respecto de una misma relación jurídica o un mismo objeto del proceso».

Y concluye dicho Tribunal su razonamiento con la invocación de los artículos 34 y 36 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJ), que regulan acumulación y la ampliación del recurso contencioso-administrativo, respectivamente, como opciones legales que puede ejercer el recurrente –dentro del procedimiento judicial por él instado– en garantía de su derecho a la defensa en el supuesto allí analizado.

Pues bien, este Tribunal considera que tal doctrina –asumida, por cierto, por otros órganos de resolución de recursos contractuales (v.gr. el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 282/2018, de 16 de octubre)–, llevada hasta ese extremo, no se compadece bien con el derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como ha sido configurado –en su vertiente de acceso a la justicia– por la jurisprudencia constitucional en desarrollo del artículo 24 de nuestra Carta Magna. Cabe así citar –entre otras– la Sentencia 106/2013, de 6 de mayo, del Tribunal Constitucional (rec. amparo nº 8996/2010), en la que éste otorgó el amparo a la recurrente: *«Del examen de las resoluciones impugnadas se desprende que los órganos judiciales han realizado una interpretación de la ley procesal, principalmente de los artículos mencionados, que, superando su tenor literal, han impedido a la parte recurrente obtener una resolución de fondo sobre determinadas pretensiones. El art. 400 LEC se refiere nítidamente a la carga que pesa sobre el demandante de alegar todos los “hechos, fundamentos y títulos jurídicos” en los que pueda basar “lo que se pida” en la demanda, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. Esta carga que el legislador ha impuesto al demandante, es aplicable, en virtud del art. 406.4 LEC, también al demandado que ejercita una reconvención. En este mismo*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sentido, el art. 222.2 LEC, en cuyo tenor también basan los órganos judiciales su decisión de sobreseimiento, dispone que la cosa juzgada alcanza a las pretensiones ejercitadas en la demanda y en la reconvenición.

En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales, han aplicado ambos preceptos al demandado que, allanándose a la demanda, no optó por reconvenir. Como antes se adelantó, no corresponde a este Tribunal determinar cuál debe ser la interpretación de los artículos mencionados, sino, en su caso, censurar la efectuada por los Tribunales de justicia si lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva. Y como contraria a tal derecho debemos de calificar la interpretación llevada a cabo en las resoluciones impugnadas, puesto que, realizando una lectura más allá del tenor literal de los artículos antes citados, han impedido al demandante de amparo la obtención de una resolución de fondo sobre sus pretensiones, al considerar que en el primer pleito no debió allanarse sino plantear las oportunas excepciones materiales o, en su caso, debería haber ejercitado la reconvenición y en ella, en aplicación de lo establecido en el art. 400 LEC, haber planteado todas acciones relativas al negocio jurídico que había celebrado con el demandante.

Tal interpretación –además de perjudicar notablemente al demandado que tendría la obligación legal, bajo la amenaza de la preclusión de sus acciones, de reconvenir en el plazo de contestación de la demanda, viendo así reducido el plazo de prescripción o caducidad de sus acciones– contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvenición. No podemos olvidar que nuestra legislación procesal al regular la reconvenición en el art. 406 LEC, dispone que el demandado “podrá” por medio de reconvenición formular las pretensiones que crea le competen respecto del demandante; es decir, la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvenición es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación



contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica».

Extrapolando esta doctrina a la jurisdicción contencioso-administrativa, los artículos 35 y 36 de la LJ inciden –en el sentido recién apuntado que remarca el Tribunal Constitucional– en el carácter potestativo para el recurrente, aun por mucho que se trate de la parte actora, tanto de la acumulación como de la ampliación en vía judicial. Así las cosas, en el caso aquí analizado, de estarse a la solución dada por el TACRC se estaría imponiendo a aquella el deber de instar la acumulación o la ampliación del contencioso-administrativo cuando su ejercicio –*ex lege*– se configura como un derecho procesal, vulnerándose de esta manera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en el sentido vedado por la Sentencia recién citada.

Ahora bien, ello no obsta la apreciación de litispendencia para los motivos 3º y 5º de los enumerados en el Antecedente noveno, en cuya virtud la recurrente cuestiona –directa y abiertamente– el tenor del pliego que ella misma ha impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa; de ahí que este Tribunal no pueda pronunciarse sobre los mismos, al pender resolución judicial al respecto, pero sí acerca de los restantes. Y en función del sentido de ésta, el resultado final será la anulación de los pliegos (en cuyo caso quedarían viciados igualmente todos los actos posteriores del procedimiento que se rigen por ellos, incluida la adjudicación, privando de objeto al presente recurso) o bien la adveración de su legalidad, por lo que –aun surtiendo efecto de cosa juzgada cuanto se haya razonado por el órgano jurisdiccional a propósito del tenor de los pliegos– ello no impediría a este Tribunal, por mor además del efecto útil del recurso especial en materia de contratación, revisar la actuación del órgano de contratación en la aplicación de dichos pliegos, aspecto –asimismo– principal



del presente recurso especial.

Y esta solución ha sido admitida y avalada en la reciente Sentencia de 12 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Procedimiento Ordinario 26/2017, Sección 1ª), órgano jurisdiccional ante el que, precisamente, se ha sustanciado el recurso a que se alude en el Antecedente noveno y del que pende dicho procedimiento. Pues bien, aquella se dicta a consecuencia de la interposición de recurso contencioso-administrativo frente al Acuerdo 120/2016, de 7 de diciembre, de este Tribunal administrativo, por el que se resolvía –en sentido estimatorio– el recurso especial interpuesto por “CENTRO DE DIAGNÓSTICO GRANADA, S.A.” contra la adjudicación de un contrato derivado del «Acuerdo marco de homologación de servicios para la prestación sanitaria concertada de procedimientos diagnósticos en instalaciones fijas y móviles de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por la Gerencia del Sector de Alcañiz del Servicio Aragonés de Salud y que tenía por objeto la realización de resonancias magnéticas en instalaciones móviles (Lote 15 del Acuerdo); frente a la Resolución de la Dirección de dicha Gerencia dictada en ejecución del anterior; y frente al Acuerdo 16/2017, de 20 de febrero, de este Tribunal administrativo, por el que se inadmitía el recurso especial interpuesto por “ALLIANCE DIAGNÓSTICOS, S.L.” contra la nueva adjudicación del meritado contrato, dictada a resultas de aquél.

Así las cosas, la estimación –en parte– del recurso contencioso-administrativo por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón radica, justamente, en que el referido Acuerdo 16/2017 inadmitió el recurso especial, sin llegar a pronunciarse sobre el fondo del asunto, y por ello lo anula, con el alcance a que se hace mérito en el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia. En dicho Fundamento –textualmente– se razona lo siguiente: *«El TACPA considera que una vez que el recurrente interpuso este recurso contencioso administrativo contra la inicial*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

anulación, el Tribunal especial por su carácter de prejudicial y preferente a las actuaciones de carácter jurisdiccional ha perdido competencia para enjuiciar el acuerdo por el que se ejecuta la inicial decisión anulatoria.

Es evidente que la jurisdicción contenciosa administrativa es prevalente sobre cualquier decisión de un tribunal administrativo, de forma y manera que una vez iniciado un proceso judicial, el tribunal administrativo pierde todo tipo de competencia sobre la conformidad o no a derecho del acto sometido al control judicial. Pero no parece ser éste el caso, pues el acuerdo sometido a su control, no es el acto inicialmente recurrido en vía judicial, sino la ejecución de éste y por tanto perfectamente pudo el TACPA, resolver la conformidad a derecho del acuerdo de ejecución, sin inmiscuirse en las labores de este Tribunal, pues lo que se solicita es determinar si la Administración ha ejecutado correctamente la anterior anulación y en cualquier caso contra la decisión del TACPA, cualquiera que fuera, a su vez, podía el recurrente, recurrir nuevamente a este Tribunal judicial, ampliando el recurso inicial. Por todo lo razonado no aprecia la Sala la interferencia a la que se hace indicación en la Resolución del TACPA, para no entrar a conocer de la reclamación que se instaba.

Esta decisión de este se acuerda, en el claro entendimiento de que en ese momento no se había recurrido en vía judicial, el acuerdo del Hospital de Alcañiz que ejecutaba la decisión del TACPA, y se anula –es evidente– sin que deba ahora el TACPA, resolver el recurso especial, pues este ha quedado sin contenido, dado que en esta Sentencia este Tribunal ya ha declarado que el acuerdo es conforme a derecho».

En consecuencia, cabe inadmitir todas aquellas cuestiones que –estrictamente– versen acerca de la conformidad a Derecho de los pliegos, al concurrir para ellas la situación de litispendencia, habiendo de pronunciarse este Tribunal sobre las demás.



TERCERO.- En lo concerniente a los motivos sobre el fondo del recurso, el primero de ellos –por razones sistemáticas– ha de referirse a la situación de indefensión en que –a juicio de la recurrente– se le ha colocado, al no haber podido acceder al contenido del Sobre “Dos” de la proposición de la adjudicataria, todo lo cual considera que ha podido causarle indefensión.

Este Tribunal quiere detenerse en este punto para recordar la esencial y crucial obligación que pesa sobre el órgano de contratación al objeto de facilitar el acceso al expediente de contratación a los interesados que lo soliciten, así como de ponerlo de manifiesto con el único límite de la confidencialidad, ex artículo 52 de la LCSP (apartados 1º y 2º), con carácter previo a la interposición del recurso especial, obligación que no cabe residenciar directa y exclusivamente en este Tribunal, por mucho que la solicitud de la actora no estuviese bien formulada al interesar copia de toda la oferta de su competidora –en vez de acceso a la misma–, la cual debió ser contestada por el órgano de contratación y reconducida en los términos previstos en el artículo 53.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), por su más que evidente conexión con el artículo 155.2 de la LCSP, de cara a garantizar su derecho a la defensa. Y ello, como ya tuvo ocasión de afirmar este Tribunal administrativo en su Acuerdo 103/2018, de 26 de octubre, a este respecto, porque: *«(n)o hay que olvidar que el derecho a la defensa de los licitadores mediante el suministro de información suficiente para el eventual recurso se afirma en las Sentencias del Tribunal General de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2011, que resuelven los asuntos T-461/08 y T-298/09 (Evropaïki Dynamiki/Comisión)»*. Por tanto, no es aceptable –ni admisible– la postura del órgano de contratación que, en su informe al recurso, tras reconocer que eludió responder la solicitud de la ahora recurrente, parece justificar tal omisión en que *«entiende que no se puede entregar copia de las ofertas. Se le debería haber respondido que el*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

expediente está a su disposición para su examen, tal como establece el artículo 52 de la Ley de contratos (acceso al expediente).

A pesar de ello no se le produce "completa y total indefensión" como afirma, ya que en ningún momento ha solicitado la puesta a disposición del expediente».

Así las cosas, la falta de acceso a la meritada documentación ha tenido que ser enmendada por la actuación de este Tribunal, ex artículo 52.3 de la LCSP, que ha consistido en el otorgamiento a la recurrente de trámite de vista y consulta de aquellos documentos de los interesó obtener copia del órgano de contratación –mediante correo electrónico dirigido a éste el día 15 de diciembre de 2018– (toda la relativa a los vehículo incluidos en el Sobre “Dos” del adjudicatario), al objeto de completar el presente recurso especial. Es decir, la parte actora, al amparo de lo establecido en el artículo 29.3 del RPERMC, ha podido acceder a dicha información y conocer cuantos datos podían haber sido relevantes para ejercer su derecho a la defensa, cuestión esta de la mayor trascendencia como revela el Fundamento de Derecho siguiente.

Todo ello conduce a concluir que, en el presente procedimiento de recurso especial, no se ha conculcado tal derecho ni se le ha generado indefensión pues, cabe insistir, que ha sido subsanada merced a la puesta a disposición del expediente en favor de la recurrente y, a resultas de lo anterior, ésta vino a completar el recurso especial inicialmente interpuesto por ella, al amparo del meritado artículo 52.3 de la LCSP; y todo ello con independencia de que el órgano de contratación no procurase el acceso al expediente de contratación para la interesada por cuanto, según se ha expuesto, tal conducta –de no haber sido enmendada por la de este Tribunal– hubiese resultado atentatoria contra el derecho a la defensa de la recurrente.

En consecuencia, procede rechazar empero este motivo del recurso.



CUARTO.- El siguiente motivo sobre el fondo que corresponde analizar, como resultado directo de la completación del recurso –pues el motivo enumerado en undécimo lugar dentro del Antecedente decimoquinto trae causa inmediata de la consulta por la actora del expediente de contratación en sede de este Tribunal administrativo–, lo constituye la concreta valoración efectuada de la proposición de la adjudicataria respecto a los criterios sujetos a evaluación previa.

En particular, la recurrente –tras reseñar que las proposiciones distintas de la de la adjudicataria (incluida la suya propia) fueron valoradas con cero puntos– procede al análisis de todos y cada uno de los cuatro vehículos que se contienen en el Sobre “Dos”, al no haberse especificado en qué orden debían ser considerados; así, de la consulta de dicha documentación en sede de este Tribunal expone:

«1- TE-0051-F (PEGASO). Tiene la ITV DESFAVORABLE y la documentación solo es válida si la ITV está en vigor (No debió valorarse nada de este vehículo)

= 0 puntos en total

1.1 Frigorífico: SI

1.2 Plataforma: (No acredita capacidad de elevación)

1.3 Superficie: NO ACREDITA

1.4 TITULAR: PIQUER VILLALVA (NO SE ACREDITA LA DISPOSICIÓN DE ESTE VEHÍCULO)

2- TE-7084-F (MAN) = 2 puntos en total

2.1 Frigorífico: SI

2.2 Plataforma: (No acredita capacidad de elevación)

2.3 Superficie: NO ACREDITA

2.4 TITULAR: GIFRUTA

3- TE-6865-H (IVECO)= 0 puntos en total

3.1 Frigorífico: NO (Desmontaron equipo de frio el 03-03-2012) clasificación Camión isoterma) lo indica al final de la documentación ITV del vehículo



3.2 *Plataforma: (No acredita capacidad de elevación)*

3.3 *Superficie: NO ACREDITA*

3.4 *TITULAR: GIFRUTA*

4- *Z-2846-AW (RENAULT) = 0 puntos en total, en el mejor de los casos 2 por frigorífico.*

4.1 *Frigorífico: SI*

4.2 *Plataforma: (No acredita capacidad de elevación) la publicidad de una plataforma no se puede en ningún caso considerar un documento acreditativo, pero es que ni siquiera es la misma (La que lleva es RZ-10-135T), la publicidad es relativa a la Z-10-135 (Sin la R y sin la T)*

4.3 *Superficie: NO ACREDITA*

4.4 *TITULAR: GIFRUTA*

4.5 *DESTINO: PARTICULAR (Pasó a servicio particular el 4-10-2001) así lo indica en la documentación ITV, sin que conste posteriormente un nuevo cambio a servicio público, el resto de documentación SOLO ES VÁLIDO SI ACOMPAÑA ITV EN VIGOR, y solo está en vigor para SERVICIO PARTICULAR) = 0 puntos en total*

Veamos las acreditaciones de GIFRUTA para CADA UNO DE LOS CRITERIOS:

Criterio 3 Superficie de la carga (Superior a 7 metros cuadrados), por mucho empeño que se puso en ello, en ningún documento aparece NINGUNA REFERENCIA a la superficie de ninguno de los vehículos presentados (Pese a no haber adscrito ninguno y haber plasmado que utilizarían cualquiera en vez de los que debieron adscribir), por lo que en concordancia y para la igualdad entre licitadores, al no haber acreditación documental, la valoración debió de ser "0 puntos" cuando en realidad le adjudicaron el máximo posible "4 puntos".

Criterio 1: Vehículo frigorífico: de los 4 presentados, dos no se pueden tener en cuenta para nada, el primero por estar a nombre de otra empresa y no haber acreditado la disponibilidad de GIFRUTA sobre él y otro por no tener la ITV en vigor con la documentación presentada.



De los otros 2 vehículos, uno tiene desinstalado el frío desde 2001, por lo que solo acreditan documentalmente la disposición de un solo vehículo con esta característica. La valoración debió de ser 0 puntos, cuando en realidad le adjudicaron el máximo posible "4 puntos".

Criterio 2 plataforma elevadora: de los 4 presentados, dos no se pueden tener en cuenta para nada, el primero por estar a nombre de otra empresa y no haber acreditado la disponibilidad de GIFRUTA sobre él y otro por no tener la ITV en vigor, según la documentación presentada.

De los otros 2 vehículos que se pueden valorar, no acredita documentalmente la capacidad de elevación de las plataformas instaladas, por lo que la valoración debió de ser: 0 puntos, cuando en realidad le adjudicaron el máximo posible "4 puntos".

A mayor abundamiento se intenta acreditar la capacidad de elevación de una de las plataformas instaladas, mediante la aportación de una fotocopia de un documento informativo no contractual, que ni siquiera coincide exactamente con el modelo montado en el vehículo, con lo que sumado a la falta de acreditación de la disponibilidad de ese vehículo impide totalmente su valoración.

Una vez expuesto que "2 puntos" es la máxima valoración que pudo haber alcanzado la adjudicataria en este criterio, quedaría por determinar si es acorde a la igualdad entre licitadores esa valoración, al permitir a una empresa presentar para su valoración 4 vehículos sin adscribir ninguno de ellos, cuando se solicitaban 2, en detrimento de los licitadores que presentan 2, cumpliendo con lo exigido en pliegos».

Y concluye su exposición la actora afirmando que «(l)a igualdad de trato impide determinar una vez abierto el sobre dos, cuáles de los 4 vehículos se valorarán y cuáles no, impidiendo con ello la valoración de su oferta y por lo tanto, se entiende que debió valorarse en "0 puntos" la totalidad de estos criterios o en caso contrario excluirle de la licitación».



El órgano de contratación, a su vez, defiende su actuación en el informe al recurso; así, refiere que la adjudicataria «(...) ha presentado cuatro vehículos y el informe se realizó con los vehículos Z-2846-AW y T-7084-F.

Sobre la superficie de la caja de carga se acredita con la documentación presentada haciendo la operación de multiplicar el ancho por el largo y restando un porcentaje en concepto de cabina, espacio entre cabina y carga, ancho de las paredes de la caja de carga, etc, que ni de lejos llega a alcanzar el 40% de la superficie calculada.

Vehículo Z- 2846-AW:

Frigorífico: Si

Plataforma: La ficha técnica dice que puede cargar hasta 1000. La denomina publicidad para querer invalidar lo que es ficha técnica. Las letras significan que son diferentes series del mismo modelo, donde no varían ni el peso ni la superficie de la plataforma.

*Medidas: Anchura: 2,16 x Longitud 6,40 = 13,82 (Superficie total)
13,82*0,60 = 8,29 (Superficie carga).*

En cuanto al destino particular que dice, si bien figura en la documentación del vehículo, en la tarjeta de transporte figura como "servicio público".

Vehículo TE-7084-F:

Frigorífico: sí Plataforma:

*Medidas: Anchura: 2,45 x Longitud 7,20 = 17,64*0,60= 10,585.*

Vemos que los dos vehículos cumplen: Frigorífico: Sí, por lo tanto se le dan 4 puntos.

Plataforma: En el criterio no son excluyentes los dos ítem, por lo que se ha valorado, por un lado 1 pto., y por otro 3 ptos.

Superficie: acreditada con las medidas de los vehículos».

Expuesto el objeto de controversia, cabe acudir a la regulación de los criterios sujetos a juicio de valor contenida en el Anexo XI del PCAP, cuyo tenor literal es el siguiente:



«ANEXO XI

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS SUJETOS A EVALUACIÓN PREVIA
(SOBRE DOS)

Justificación con documentación acreditativa de cada uno de los puntos

1.- Vehículo frigorífico	Uno de los vehículos: 2 P. los dos vehículos: 4 P.	Hasta 4 puntos
2.- Plataforma elevadora:		
De 700 a 800 Kg	1 vehículo: 1 P. 2 vehículos: 2 P.	Hasta 2 puntos
De 800 a 1.000 kg.	1 vehículo: 3 P. 2 vehículos 4 P.	Hasta 4 puntos
3.- Superficie de la caja de carga (Superior a 7 metros cuadrados)	uno de los vehículos 2 P. los dos vehículos 4 P.	Hasta 4 puntos
4.- Vehículo en función de su potencial contaminante según la clasificación de la Dirección General de Tráfico:		
B: Vehículo de transporte de mercancías tanto de gasolina como de diésel matriculados a partir de 2005. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 3 y en diésel la Euro 4 y 5.	Uno de los vehículos 0,5 P. los dos vehículos 1 P.	Hasta 1 punto
C: Vehículo de transporte de mercancías, tanto de gasolina como de diésel.matriculados a partir de 2014. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 4, 5 y 6 y en diésel la Euro 6	Uno de los vehículos 1 P los dos vehículos 2 P.	Hasta 2 puntos
Eco: Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículos como vehículo híbrido enchufable con autonomía <40km, vehículo híbrido no enchufable (HEV), vehículo propulsado por gas natural, vehículo propulsado por gas natural (GNC y GNL) o gas licuado del petróleo (GLP).	Uno de los vehículos 1,5 P. los dos vehículos 3 P	Hasta 3 puntos
Cero emisiones: Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículos de la DGT como vehículo eléctrico de batería (BEV), vehículo eléctrico de autonomía extendida (REEV), vehículo eléctrico híbrido enchufable (PHEV) con una autonomía mínima de 40 kilómetros o vehículo de pila de combustible	Uno de los vehículos 2 P. los dos vehículos 4 P.	Hasta 4 puntos
Total puntos		24 puntos



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- Comité de Expertos: (Composición).*
- Organismo Técnico especializado: (Nombre)».*

El informe técnico emitido, a requerimiento de la Mesa de contratación, al objeto de ponderación del contenido de los Sobres “Dos” de los licitadores, cuyo acceso sí fue procurado a la recurrente por el órgano de contratación y que la Mesa hizo suyo en sesión de fecha 27 de noviembre de 2018, a la que –por cierto– asistió la representante legal de la misma, en lo que se refiere a la proposición de la adjudicataria es del tenor literal siguiente:

«(...)

LICITADOR: GIFRUTA S.L.U.

CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN SUBJETIVOS A EVALUACIÓN PREVIA (SOBRE DOS)

Justificación con documentación acreditativa de cada uno de los puntos

1.- Vehículo frigorífico (hasta 4 puntos -0, 2, 4-) Uno de los vehículos 2 puntos Los dos vehículos 4 puntos	4
2.- Plataforma elevadora (hasta 6 puntos) Plataforma que soporte de 700 a 800 Kg Uno de los vehículos 1 punto Los dos vehículos 2 puntos	1
Plataforma que soporte de 800 a 1.000 kg. Uno de los vehículos 3 puntos Los dos vehículos 4 puntos	3
3.- Superficie de la caja de carga (Superior a 7 metros cuadrados) (hasta 4 puntos -0, 2, 4-) Uno de los vehículos 2 puntos Los dos vehículos 4 puntos	4



<p>4.- Vehículo en función de su potencial contaminante según la clasificación de la Dirección General de Tráfico:</p> <p>B: Vehículo de transporte de mercancías tanto de gasolina como de diésel matriculados a partir de 2005. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 3 y en diésel la Euro 4 y 5. Uno de los vehículos 0,5 punto Los dos vehículos 1 punto</p> <p>C: Vehículo de transporte de mercancías, tanto de gasolina como de diésel.matriculados a partir de 2014. Por tanto, los de gasolina deben cumplir la norma Euro 4, 5 y 6 y en diésel la Euro 6 Uno de los vehículos 1 punto Los dos vehículos 2 puntos</p> <p>Eco: Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículos como vehículo híbrido enchufable con autonomía <40km, vehículo híbrido no enchufable (HEV), vehículo propulsado por gas natural, vehículo propulsado por gas natural (GNC y GNL) o gas licuado del petróleo (GLP). Uno de los vehículos 1,5 puntos Los dos vehículos 3 puntos</p> <p>Cero emisiones: Vehículo de transporte de mercancías clasificado en el Registro de Vehículos de la DGT como vehículo eléctrico de batería (BEV), vehículo eléctrico de autonomía extendida (REEV), vehículo eléctrico híbrido enchufable (PHEV) con una autonomía mínima de 40 kilómetros o vehículo de pila de combustible Uno de los vehículos 2 puntos Los dos vehículos 4 puntos</p>	0
TOTAL	12

Observaciones: *Presenta cuatro vehículos con capacidad adecuada para realizar el servicio, todos los vehículos son frigorífico y tienen instalada plataforma elevadora. En tres de los vehículos no contempla la carga de las plataformas».*

Una vez cotejado el expediente de contratación, se comprueba que de la documentación aportada por la adjudicataria (en particular, las tarjetas de inspección técnica de los vehículos), y al margen de cualquier otra consideración, al contrario de lo que afirma dicha empresa en sus alegaciones al recurso, no existe base alguna que sustente que se haya otorgado una puntuación superior a cero puntos en su oferta a razón del criterio `plataforma elevadora´ por cuanto, ni en dichas tarjetas ni en ningún otro documento, se especifica la capacidad de la respectiva plataforma elevadora; en efecto, en las referidas tarjetas únicamente se alude a la marca y modelo de plataforma a cuya instalación se autoriza en cada vehículo pero, en ningún caso, se alude a su capacidad. Sólo se acompaña una ficha de características técnicas de la que parece ser una de las plataformas autorizadas para su instalación en uno de los vehículos; ahora bien, tampoco pudo ser tenida en cuenta al no venir redactada en castellano (sino en inglés) pues ello contraviene el último párrafo de la



cláusula 2.2.5, que prevé que *«toda la documentación deberá presentarse redactada en castellano. Las traducciones deberán hacerse en forma oficial»*.

Y tal actuación, que resulta sorprendente pues en las observaciones del informe extractado se constata que sólo se ha aportado –por la adjudicataria– justificante de la carga de la plataforma de uno solo de los vehículos pese a que, seguidamente, postula que sean valorados dos (con 1 y 3 puntos) y que luego –inopinadamente– asumió la Mesa de contratación lo cual no puede hallar encaje en la discrecionalidad técnica, puesto que –como se afirma en el Acuerdo 18/2018, de 11 de abril, de este Tribunal– *«el respeto a los principios de igualdad de trato y de transparencia constituye un límite infranqueable a la misma, sin excepción»*.

«La discrecionalidad técnica –según nuestro Acuerdo 23/2011, de 3 de octubre (en criterio reiterado en Acuerdos posteriores como el 34/2015, de 18 de marzo, o el 18/2017, de 24 de febrero)– no puede servir, amparar, ni ocultar, una contratación directa en clara vulneración de los principios de concurrencia y eficiencia en la gestión de los fondos públicos, amén de resultar ajena a lo que es una actuación conforme al derecho a una buena administración». Por ello, como ya se sostuvo en el Acuerdo 34/2013, de 5 julio, los informes de valoración han de contener las razones por las que determinadas condiciones de los criterios de adjudicación son tomadas en consideración o no se aceptan y valoran, pues lo contrario no puede ser admitido resultando imposible de revisar.

Indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2014 (recurso casación 1375/2013), que el Informe técnico debe cumplir con las siguientes exigencias:

- a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico;



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico y;
- c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Es decir, debe documentarse cómo, por quién y cuándo se realiza la valoración técnica del criterio, pues sin estas explicaciones no existe presunción de acierto sobre la valoración técnica.

La actividad discrecional de la Administración no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder, sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de informes previos que la norma jurídica de aplicación determine, e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue.

Si no se cumplen esos cánones, los Tribunales de Justicia, así como los órganos de recursos contractuales, pueden entrar a controlar la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de esa actuación a los fines que la justifican, que no son otros que los del interés general (ex artículo 106.1 CE). Lo contrario, bajo la presunción de acierto de esa discrecionalidad técnica, puede conducir a la generación de espacios administrativos inmunes al control, lo que quiebra los más elementales principios de tutela efectiva en un Estado de Derecho.

Sentado lo anterior, respecto a la argumentación tanto del órgano de contratación como de la mercantil adjudicataria relativa a la corrección en la conducta de aquél en lo concerniente a la forma de valorar los aspectos técnicos de ésta, la recurrente viene a impugnar –motivadamente, por las razones ya expuestas situación– tal ponderación de los criterios sujetos a evaluación previa, dado que considera que se ha producido en contravención del principio de igualdad de trato; cabe recordar que precisamente el alcance de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

la regla de *lex inter partes* de los pliegos supone que sus previsiones obliguen tanto a los licitadores como a la Administración contratante, de acuerdo con los artículos 122, 123, 124 y 139 de la LCSP (Acuerdos de este Tribunal 153/2016, de 26 de octubre, 36/2017, de 21 de marzo, y 57/2017, de 3 de mayo, entre otros, además del ya citado 18/2018), y ello pese a haberse impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa por cuanto que, en tanto que actos administrativos, dichos pliegos se presumen válidos (artículo 39.1 LPAC), producen efectos desde la fecha en que se publican de conformidad con la normativa sobre contratación pública (artículo 45.1.b) LPAC] y son *«inmediatamente ejecutivos»* (artículos 38 y 98.1 de la LPAC), ya que no hay constancia de que se haya dictado, por el órgano jurisdiccional, medida cautelar alguna por la que su eficacia haya sido suspendida.

Por ello, no resulta admisible que la ponderación de los criterios sujetos a juicio de valor, tal y como se contemplan en el pliego (descendiendo al caso concreto, al no identificarse –en el informe de valoración transcrito– los dos vehículos que se tienen en cuenta para la evaluación sino que es en el informe a la completación del recurso cuando son identificados, ni contenerse en aquél los cálculos que sí se recogen en éste tendentes a obtener la superficie de la caja de carga), se haya producido sin soporte ni base documental suficiente pues, conforme al también extractado Anexo XI del PCAP, para la ponderación de cualquier criterio de los allí enumerados era precisa la *«justificación con documentación acreditativa de cada uno de los puntos»*, regla que ha sido quebrantada en el presente supuesto.

Así, este Tribunal concluye que ello además determina la vulneración de los principios de igualdad y de no discriminación, provocada por la actuación del órgano de contratación en la valoración técnica de las ofertas, al no ajustarse a los parámetros por él mismo fijados para la valoración de los criterios sujetos a



evaluación previa, de ahí que proceda acoger este motivo de impugnación que esgrime la empresa recurrente.

Ahora bien, no es posible atender su pretensión de retrotraer las actuaciones al momento de valoración de las ofertas, habida cuenta de que, al conocerse el contenido de la oferta económica que se incluía en el Sobre "Tres" tanto de la empresa clasificada en primer lugar como de la recurrente, queda imposibilitada tal retroacción, y debe anularse, por tanto, la licitación.

El artículo 146.2 de la LCSP establece la obligación de que la evaluación de las ofertas conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realice tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia. Esta valoración de las ofertas se desarrolla, en consecuencia, en dos fases; primero los criterios sujetos a juicio de valor y después los criterios evaluables de forma automática. Así, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, dedicado a la presentación de documentación relativa a los criterios de adjudicación ponderables en función de un juicio de valor, establece que *«la documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos»*. Y ello responde a la necesidad de observar el principio de igualdad de trato entre los licitadores.

La situación de desigualdad entre los licitadores se produce cuando el órgano de contratación, en el momento de evaluar los criterios basados en juicio de valor, tiene conocimiento previo de la oferta de algún licitador respecto de los elementos evaluables mediante la aplicación de fórmulas.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Considera este Tribunal administrativo, que la consecuencia derivada de esta actuación, en la que se aprecia un quebrantamiento del deber esencial de secreto de las proposiciones económicas al conocerse la oferta económica de la adjudicataria, no puede implicar dejar subsistentes los trámites celebrados con anterioridad; sino la anulación de todo el procedimiento de adjudicación del contrato.

Así lo ha establecido también el TACRC, y es constante su doctrina en el sentido de que el conocimiento de la documentación relativa a los criterios de adjudicación que se aplican mediante fórmulas, previo a la valoración de los criterios de adjudicación que dependen de juicio de valor, puede afectar al resultado de la licitación, al crear una situación de desigualdad entre los licitadores.

Cabe citar, a modo de ejemplo, sus Resoluciones 146/2011, de 25 de mayo, 266/2012, de 28 de noviembre, y 553/2014, de 18 de julio. En concreto, en la Resolución 266/2012, en un supuesto en el que la Mesa de contratación ya había procedido a abrir el Sobre "Tres" de los licitadores que no resultaron excluidos en la fase anterior (la de valoración de la documentación del Sobre "Dos"), llega a la conclusión de que en tales condiciones no cabe otra alternativa que anular el procedimiento de licitación, debiendo convocar uno nuevo en el que todos los licitadores dispongan de igual trato en el examen y valoración de sus proposiciones. En dicha Resolución, cuyos términos hace suyos este Tribunal, se afirma que *«esto es así porque si se valorasen ahora las ofertas técnicas de criterios sujetos a valoración mediante juicio de valor de la recurrente y del resto de empresas anteriormente excluidas, y se abriesen los sobres nº 3 de esos licitadores, la Comisión Asesora efectuaría la valoración de estas ofertas conociendo ya las proposiciones de evaluación automática formuladas por los otros licitadores que no fueron excluidos, incluso la*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

puntuación obtenida por éstos en cada fase, infringiéndose así los principios de igualdad de trato y no discriminación consagrados en el TRLCSP».

En consecuencia, procede anular la adjudicación y retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior a la presentación de proposiciones, debiendo convocar nueva licitación.

QUINTO- A la vista de lo recién expuesto, no cabe examinar el resto de motivos esgrimidos por la recurrente, en cuanto que la actuación precedente es la convocatoria de una nueva licitación.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por “TEMPO EXPRÉS, S.L.”, frente a la adjudicación frente a la adjudicación del procedimiento de licitación denominado «Servicio de transporte de comidas preparadas del Hospital “Obispo Polanco” al Hospital “San José” de Teruel», convocado por la Gerencia del Sector de Teruel del Servicio Aragonés de Salud y, en consecuencia, anular el acto de adjudicación del contrato, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la presentación de proposiciones, debiendo convocar una nueva licitación.



SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO.- La Gerencia del Sector de Teruel del Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

CUARTO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.