



Erref / Ref: Recurso Especial de
Panificadora Gorbea S.L.U. contra la
adjudicación del suministro de pan a los
centros del IFBS.

Esp Zenb / N° exp: 2011/05- RE

RESOLUCION N° 5 / 2011

En Vitoria-Gasteiz, a 23 de diciembre de 2011

El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Alava, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Recurso Especial en materia de contratación N° 2011/05 RE, interpuesto por la empresa Panificadora Gorbea, S.L.U., contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social, de 11 de noviembre de 2011, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de productos de alimentación para centros dependientes del IFBS”.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTES D. F. J. G. A., en representación de Panificadora Gorbea, S.L.U. y como DEMANDADO INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL, siendo el órgano de contratación el Consejo de Administración del INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL (en adelante IFBS), (Expte. 1/11).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de diciembre de 2011 tuvo entrada en el Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales el Recurso Especial en materia de contratación contra la resolución antes mencionada interpuesto por D. F. J. G. A., en representación de Panificadora Gorbea, S.L.U.

SEGUNDO.- El día 13 de diciembre de 2011 se recibió el expediente administrativo en el Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales, acompañado del informe emitido por los técnicos del IFBS M. N. G. y E. S.



TERCERO.- Con fecha 14 de diciembre de 2011, por parte del Secretario del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales se dio traslado del Recurso Especial citado a los restantes licitantes admitidos a los efectos de que en el plazo de cinco días hábiles pudieran formular alegaciones, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el art. 46 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en la redacción dada por el RDL 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LCSP.

CUARTO.- En el plazo establecido al efecto para la presentación de alegaciones por parte del resto de empresas licitantes no se presentan.

QUINTO.- Es objeto del presente procedimiento la impugnación de la adjudicación a la empresa Okindegia Gozotegia El Talo, S.L. del lote I (pan) del contrato de “Suministro de productos de alimentación para los centros dependientes del IFBS”, aprobada por Acuerdo del Consejo de Administración de IFBS, de 11 de noviembre de 2011.

Sostiene la parte recurrente que la valoración de las ofertas realizada por la Mesa de Contratación no es ajustada a Derecho, al no haberse realizado de acuerdo a lo establecido expresamente en el Pliego.

Argumenta en tal sentido que:

1.- En el apartado de valoración de criterios evaluables mediante fórmulas “Unilateralmente, la Mesa de Contratación, tras valorar el informe del jefe de compras del IFBS y del responsable del taller de cocina de Indesa 2010 SL, acuerda con fecha 09/09/2011 alterar el parámetro de los plazos de entrega según las reglas siguientes:

- *En cada lote, se le otorgarán 10 puntos al menor plazo ofertado.*
- *Se valoran los plazos ordinarios, porque en ningún momento los pliegos recogen plazos urgentes, por lo que se entienden plazos ordinarios.*
- *Cuando se ofertan intervalos de tiempo, se establece valorar el plazo inferior para ser prestado el suministro.*
- *Ante la diversidad de plazos de entrega ofertados (minutos, horas, días) se establece como unidad de medida de plazo de entrega el intervalo de la hora. Es por ello que todos los plazos ofertados inferiores a una hora a efectos de valoración se considerarán como una hora.*

Del análisis de la alteración del criterio se desprenden las siguientes conclusiones:

- *La alteración se produce de forma interna, es decir en contra de las bases de licitación y sin mediar publicidad de la variación de criterio en la licitación.*
- *Se observa que se trata de un procedimiento interno que trata de unificar un mismo criterio para todos los productos de alimentación que forman el objeto de la licitación, sin tener en cuenta que el criterio en todo caso ha de establecerse de forma homogénea para cada grupo de licitación (ejemplo días: que no ha sido objeto de oferta en la licitación del pan).*



- *Alteración que agrava sus efectos cuando indiscriminadamente y sin motivación técnica alguna establece valorar el plazo inferior para ser prestado el servicio de suministro en el supuesto que se ofertan intervalos de tiempo.*

Si partimos de la base de que se trata de evaluar un criterio de adjudicación mediante una fórmula, es decir, de una manera objetiva; podemos deducir que de todo ello se deriva un perjuicio notable ya que, en contra del criterio establecido por las bases de licitación, sin mediar publicidad, y sin mediar justificación se altera un criterio objetivo ya enunciado por otro que iguala en puntuación a una empresa que puede suministrar en 10 ó 20 minutos, con otra que lo hace en 1 ó 2 horas.”

2.- En el apartado de valoración de criterios no evaluables mediante fórmulas, en cuanto a Funcionalidad

“Según las bases de licitación para su valoración se deberán indicar los aspectos relativos al formato de presentación de los productos y se valorará el mejor formato en que se presenta el producto y su facilidad de almacenaje y conservación.”

En ambos casos las empresas nos remitimos a la legislación aplicable, lo cual es una pura obviedad. Hay que tener en cuenta que los únicos elementos de valoración determinados en las bases son:

- los formatos de presentación de los productos, que son los mismos (tamaño, composición y peso por pieza suministrada)
- y su facilidad de almacenaje y conservación es la misma, debido a que son productos de consumo en el día de fabricación (el método de envasado y transporte es el mismo, y es el establecido por las Directrices Europeas y sus correspondientes adaptaciones de los Estados), basta remitirse a las memorias presentadas para ver que ambas empresas resaltan esa obviedad.

Por tanto, no se entiende la diferencia de puntuación existente en el informe entre ambas empresas y del análisis de la documentación aportada por ambas empresas, no se desprende ni se comprende la diferencia de valoración existente entre ambas empresas (7 puntos a la adjudicataria, 4 puntos a mi representada), ya que no podemos pensar que la obviedad, que no es otra consecuencia que el sometimiento a la normativa legal sobre envasado, de que el pan se envasa en frío haya servido para discernir la diferencia de puntuación, máxime cuando llevamos suministrando pan a esos centros durante 25 años.”

3.- En el apartado de valoración de criterios no evaluables mediante fórmulas, en cuanto a Presentación

“Según las bases de licitación para su valoración se deberá indicar el estado de los productos, su envasado, condiciones de transporte, etiquetado y forma de presentación de la fecha de caducidad; y se valorará el buen estado general de los productos, las mejores



condiciones en que se transportan, la claridad de etiquetado y la claridad de la fecha de caducidad.

Debemos tener en cuenta que las bases son de aplicación a la licitación de un conjunto de suministros y que por tanto la generalidad puede distorsionar los elementos propios de cada grupo de suministro. En este caso, suministro de pan diario, la fecha de caducidad es una obviedad que iguala cualquier oferta realizada simplemente por no ser apto para el consumo al día siguiente en ningún caso de las dos ofertas realizadas.

En función de las bases de licitación, los únicos elementos valorables son:

- El buen estado general de los productos: difícilmente evaluable en empresas que no han suministrado nunca pero entendible; y que del examen de la documentación aportada cuando menos, y teóricamente, se desprende que es el mismo para ambas.
- Las mejores condiciones en que se transporta: y dado que se trata de un producto de consumo diario y a tenor de las memorias presentadas se realiza con idénticos medios y forma de transporte.
- La claridad de etiquetado: siendo de igual naturaleza para ambas empresas, tal y como se desprende el análisis de las memorias presentadas.
- La claridad de la fecha de caducidad, obviedad ya reseñada, y siendo de igual naturaleza para ambas empresas, y que nuestra empresa cumple con todo su rigor por mandato legal.”

4.- En el apartado de valoración de criterios no evaluables mediante fórmulas, en cuanto a Calidad

“Según las bases de licitación para su valoración se deberá indicar en la memoria cuantos aspectos considere oportunos sobre la calidad y valor de mercado de los productos ofertados e indicará breve referencia de su calidad, y se valorará la calidad y el valor de mercado de los productos según criterios generales consumo, y en el caso de que la calidad no quede suficientemente acreditada por la oferta técnica se podrán solicitar muestras de los mismos.

Del análisis de la memoria presentada ya queda patente, en contra de la empresa que resulta adjudicataria, el valor de producto que nuestra empresa aporta a cada uno de ellos, estando todos nuestros procedimientos sometidos a auditorías de calidad y habiendo aportado los procedimientos que se recogen en el manual de APPCC para determinar los posibles peligros y medidas preventivas adoptadas en cada fase de producción.

Con independencia de que este criterio no sea suficiente y si nos basamos en los resultados de la calificación realizada en la cata de las muestras aportadas, se observa que el resultado es, cuando menos, similar ya que no queda ponderado en las bases de licitación la nota de regular, buena o muy buena, en base al punto de cocción analizado.



Y a tenor de esas calificaciones obtenidas se entiende menos la apreciación de que *en general se encuentran poco cocidas y con menos sabor que las otras dos ofertas...*

No se entiende:

- a qué otras dos ofertas se refiere, cuando solo existe una muestra válida para efectuar la comparación (ofertas admitidas a licitación 2)
- al grado de cocción, grado no determinado en la solicitud de la muestra, y que es muy subjetivo en función de parámetros propios de cada consumidor (por ejemplo la edad) y que nuestra empresa oferta en grados diferentes de cocción a solicitud expresa del consumidor final
- al sabor: no definiendo que parámetros entran en funcionamiento en el sabor (por ejemplo, nuestra empresa cumple con las Directivas Europeas sobre el grado de sal para prevención de enfermedades cardiovasculares, elemento que no se ha verificado en la muestra de la empresa adjudicataria)".

Como resumen de todo lo anterior, la recurrente solicita “que se proceda a la revisión del proceso de licitación mencionado, en lo referente al suministro de pan, y se apliquen los criterios de valoración establecidos en las bases de la misma.”

SEXTO.- En el informe emitido por los técnicos del IFBS se indica que uno de los cuatro licitadores presentados al lote 1 (pan) quedó eliminado del proceso por no subsanar defectos en la documentación administrativa requerida.

También se indica que, para acreditar la calidad de los productos ofertados, se remitió comunicación a las empresas que presentaban oferta para los lotes 1, 4, 7 y 8 para que presentaran las muestras de los artículos que se les señalaban. Dichas muestras debían presentarse el día 28 de junio de 2011 en el Taller Cocina de Indesa 2010 S.L.. Se informa a continuación de que la valoración realizada “*se concretó en la cata y calidad de la muestra del género, valorando las características o propiedades inherentes al producto alimenticio, aspectos como el sabor, olor, tacto, apariencia, presentación, textura, rendimiento, calidad primera, extra, etc.; y cualquier otro aspecto que sirva para valorarlo en su calidad*”. Como colofón, se afirma que el IFBS suscribe en su totalidad la valoración realizada por el responsable del taller de cocina y los jefes de cocina, “*puesto que son personal cualificado que diariamente realiza pedidos, recepciona la mercancía y manipula las materias primas, y especialmente conoce el grado de satisfacción de las personas usuarias de nuestros centros, y la calidad del pan que viene suministrando Panificadora Gorbea S.L.U.*”

De cara a rebatir los argumentos de la parte recurrente, el informe del IFBS, si bien en orden distinto al establecido en el recurso, arguye lo siguiente:



“En cuanto a los criterios evaluables a los que hace referencia el recurrente, no son unos criterios independientes, sino unos subcriterios establecidos para valorar la calidad de los productos ofertados. El Cuadro de Características establece que *se valorará la mejor presentación, calidad y funcionalidad de los productos a suministrar, sin perjuicio del obligado cumplimiento por las ofertas de los requisitos técnicos y condiciones mínimas establecidas al respecto en el pliego de condiciones técnicas*. A estos efectos, los licitadores deberán presentar, en todo caso, una memoria debidamente firmada por él mismo o por su representante, comprensiva de los aspectos técnicos de los productos ofertados, en la que se expresen los datos relativos a los siguientes subcriterios, en la cual se acreditará, al menos, el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, valorándose el mejor cumplimiento de los aspectos antes señalados y que en cada caso se señalan. Asimismo, la memoria irá acompañada de fotografías individuales de todos los artículos del lote de licitación al que se opte, indicando el código del artículo y del lote que se señala en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas.

El recurrente a este respecto señala que en las ofertas presentadas por él mismo y por la empresa resultante como adjudicataria se remiten a la legislación aplicable.

Pero el Pliego de Prescripciones Técnicas ya hace referencia a la legislación aplicable, por lo que se entiende que las ofertas debían presentar un valor añadido para ser valoradas, que en el caso de Panificadora Gorbea, Okindegi Gozotokia El Talo, S.L. y Artepan, S.A. entendemos son acordes las ofertas presentadas con las valoraciones realizadas.

Con fecha 6 de septiembre de 2011 se realizó en acto público la apertura de los sobres A. En dicho acto se informó a las empresas licitadoras presentes la puntuación obtenida en la valoración de los criterios no evaluables mediante fórmulas.

Señalar que el recurrente no estuvo presente en el acto de apertura y posteriormente, con fecha 26 de septiembre, se personó en las oficinas del IFBS solicitando las ofertas económicas del lote 1: pan.

Realizada la apertura se observó que Artepan, S.A. superaba la base de licitación en cuatro artículos, motivo por el que quedó excluido.

Asimismo se constató que las empresas licitadoras ofertaron diferentes unidades de medida en los plazos de entrega de los suministros: minutos, horas y días. Asimismo, alguna empresa licitadora diferenció entre pedidos urgentes y pedidos ordinarios.

También se constató que el pliego resultaba inconcreto a este respecto, ya que por un lado el Pliego de Prescripciones Técnicas establecía que la periodicidad y horario de los suministros dependería de las necesidades de cada centro y por otro lado se valoraba el plazo de entrega sin establecer una unidad de medida para ello (plazo ordinario-urgente, días hábiles-naturales, minutos-horas-días, etc.)



Es por ello por lo que se dio traslado al Jefe de Compras del IFBS y al Responsable del Taller Cocina Indesa 2010, S.L., para que informasen del funcionamiento real del servicio de reparto de productos de alimentación, del que se concluyó que el plazo de entrega no es un criterio determinante en este tipo de suministros.

Ante esta situación de inconcreción y entendiendo que no se podía dejar de puntuar un criterio de adjudicación recogido en los pliegos, ya que las empresas licitadoras habían valorado e incluido dicho criterio a la hora de presentar sus proposiciones, se optó por homogeneizar las proposiciones presentadas, de manera que fueran comparables, para así poder puntuar las mismas de acuerdo a lo indicado en los pliegos y no perjudicando a ninguna de las empresas licitadoras, estableciendo la siguiente regla:

- *En cada lote se le otorgarán 10 puntos al menor plazo ofertado.*
- *Se valoran los plazos ordinarios, porque en ningún momento los pliegos recogen plazos urgentes, por lo que se entiende plazos ordinarios.*
- *Ante la diversidad de plazo de entrega ofertados (minutos, horas, días) se establece como unidad de medida de plazo de entrega el intervalo de la hora. Es por ello por lo que todos los plazos ofertados inferiores a una hora a efectos de valoración se considerarán como una hora.*
- *Cuando se ofertan intervalos de tiempo, se establece valorar el plazo inferior para ser prestado el servicio de suministro.*

En el caso que nos ocupa, los plazos de entrega ofertados por Panificadora Gorbea, S.L.U. (10-20 minutos) y Okindegia Gozotokia El Talo, S.L. (1 hora para centros de Vitoria y 2 horas para los de fuera de Vitoria) fueron valorados con la máxima puntuación de 10 puntos.

Panificadora Gorbea, S.L.U. ofertó un intervalo de tiempo de difícil cumplimiento teniendo en cuenta por un lado, la localización de algunos de los centros objeto de suministro (Samaniego, Salvatierra, Amurrio, Llodio-Laudio,...) y por otro, que ha sido el suministrador de pan hasta la fecha, por lo que conoce las distancias a los centros y sobre todo el modo de funcionamiento de las entregas, y es conocedor de que *El pedido es único y uniforme por cada centro y se realiza al inicio del contrato, y después se van comunicando las modificaciones que se van produciendo. Las variaciones son pocas y espaciadas en el tiempo*, según informe de cocina y compras. Pero aún así, era la propuesta que menor plazo ofertaba, incluso comparándola con el resto de las ofertas de los otros lotes de la licitación y entre ellas las de las empresas que también han sido adjudicatarias hasta la fecha, por lo que el dato del plazo ofertado por Panificadora Gorbea destacaba entre el resto.

Por otro lado, Okindegia Gozotokia El Talo, S.L. ofertó un plazo de entrega razonable y viable.

Por todo lo anterior, la Mesa de Contratación acordó otorgar la máxima puntuación a las dos empresas licitadoras, con el fin de no perjudicar a ninguna de las partes.



A pesar de la mayor ponderación que tienen los criterios evaluables mediante fórmulas sobre los no evaluables mediante fórmulas (60 puntos sobre 40 puntos), y a pesar de que Panificadora Gorbea, S.L.U. ofertó un plazo de entrega y un precio inferior a Okindegia Gozotokia, S.L., la mayor calidad de esta última fue determinante para la adjudicación a su favor.”

SÉPTIMO.- Un vez relatados, en síntesis, los antecedentes fácticos de la presente cuestión objeto de recurso, resulta necesario analizar si el acto de adjudicación del presente contrato es ajustado o no a Derecho en base a los motivos expuestos por las partes, que se irán analizando en el orden en que aparecen en el escrito de la recurrente.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

I. El presente recurso, calificado por la sociedad recurrente como especial en materia de contratación, se interpone ante este Órgano que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 311.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y con el Decreto Foral del Consejo de Diputados 44/2010, de 28 de septiembre.

II. Se interpone contra la adjudicación, en el marco de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, del lote 1, pan, del contrato suministro de productos de alimentación para centros dependientes del Instituto Foral de Bienestar Social, convocado por un importe anual estimado de 664.091,79 €, comprensivo del suministro de los distintos lotes: 1. Pan; 2. Leche, 3. Huevos, 4. Preparados nutricionales, 5. Pescado fresco, 6. Frutas y hortalizas frescas, 7. Pescado congelado y 8. Verduras y Precocinados congelados.

III. El acto es recurrible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 310. 1 a) y 2 c) de la LCSP.

IV. El recurso se interpone por persona legitimada para ello, dentro de plazo toda vez que el acuerdo impugnado fue adoptado el 11-11-2011, notificado el día 18-11-2011, interpuesto el recurso, el 12-12-2011, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la primera fecha, de conformidad con el artículo 314. 2 LCSP. No ha presentado anuncio previo a la interposición del recurso sin que dicha circunstancia por razones de economías procesal pueda dar lugar a la retroacción de actuaciones.

V. El presente recurso plantea las cuestiones relativas a la apreciación en la valoración del criterio de tiempo de unas reglas de valoración no previstas en los pliegos de condiciones, así como en la inadecuada valoración de los criterios de calidad, presentación y funcionalidad.



VI. Respecto a la alegación de ilegalidad de establecimiento por la Mesa de Contratación de las reglas para valorar el plazo de entrega por establecer ante la diversidad de plazos de entrega ofertados (minutos, días, horas) como unidad de medida de plazo de entrega el intervalo de la hora, según informe de la Mesa de 9 de septiembre de 2011, asumido por el órgano de contratación al efectuar la adjudicación.

El Tribunal Supremo considera conforme a derecho la fijación de subcriterios de valoración, así como el establecimiento de baremos adoptados con posterioridad a la presentación de las ofertas (STS de 7-7-2011, R.6259) señalando que la revisión de esa evaluación solo podía aceptarse cuando no hubiera aplicado a todos los concursantes los mismos criterios o cuando esa evaluación no se ajustara a las bases del concurso, bien cuando existiera dolo, coacción o error manifiesto.(SSTS 18-7-2007, 18-7-2006; 11-12-1998, R. 10246, 14-7-2000, R. 7714 ,13-10-2004, R. 6563, y STC 39/1983,17-5 y ATC 274/1983, de 8-6). Según dicha jurisprudencia la formulación de criterios por la Comisión de Valoración con posterioridad a la apertura de los sobres, en principio, no tiene porqué suponer una irregularidad, salvo que se acredite su incidencia negativa en la valoración y que ésta hubiere resultado definitiva (STS 18-7-2006).

Dicha jurisprudencia señala que la invocación de existencia de irregularidades en la adopción de subcriterios hecha con el ánimo de favorecer a uno de los licitantes (por ajustarse aquéllos a la oferta presentada por la adjudicataria), con lo que ello supone de parcialidad por parte del órgano encargado de la valoración, debe ser acreditada por quien la alega, constituyendo en otro caso una mera insinuación carente de soporte argumentativo o probatorio, insuficiente, por tanto, para desvirtuar la presunción de objetividad e imparcialidad de la que goza la actuación de la Comisión de Valoración,

Citadas sentencias establecen, también, que el establecimiento de subcriterios o baremos después de abrir los sobres no justifica en sí ninguna irregularidad, sino que puede estimarse adecuado, pues sin ver el contenido de las ofertas ciertamente es difícil establecer unos criterios de evaluación, sin que por este mero hecho se pueda hablar de parcialidad en la actuación del órgano encargado de la valoración.

Y si esto es así en el caso de subcriterios o baremos, cuanto más será posible establecer reglas que adapten las ofertas presentadas a las características especiales del contrato para poder aplicarles un criterio de valoración.

En este sentido, las reglas se han establecido por la Mesa de Contratación con el propósito de alcanzar un valor único y homogéneo de plazo de entrega para cada oferta presentada, sin alterar ni el contenido ni la fórmula de valoración del criterio plazo establecidos en los pliegos.

Una vez fijadas se han aplicado a la totalidad de los lotes objeto de contratación ante el hecho de la diversidad de variables contenidas en las ofertas recibidas, teniendo en cuenta el informe emitido sobre los plazos de entrega por el Jefe de compras del IFBS y del responsable del taller de cocina de Indesa 2010 S.L. y se han aplicado sin discriminación



alguna a la totalidad de las ofertas presentadas en los diferentes lotes del contrato de suministro, observando -como no puede ser de otra manera- de forma escrupulosa el principio de igualdad, sin obedecer a propósitos espurios de favorecer a un o unos licitante/s y perjudicar a otro u otros.

Este Órgano no aprecia el menor indicio de arbitrariedad en la aplicación de las reglas establecidas para valorar el criterio de plazo de entrega, ni tampoco que su aplicación se realizara con el propósito de favorecer (a la vista de su oferta) a uno de los licitantes. De otro lado, resulta coherente lo significado acerca de que Panificadora Gorbea, S.L.U. ofertó un intervalo de tiempo (de 10 a 20 minutos) de difícil cumplimiento teniendo en cuenta la localización de algunos de los centros objeto de suministro (Samaniego, Salvatierra, Amurrio, Llodio-Laudio) frente al plazo más razonable y viable (1 hora) ofrecido por Okindegia Gozotokia El Talo, S.L..

Por ello, se otorga a los dos licitantes la puntuación máxima de 10 puntos al aplicar como unidad de medida de plazo de entrega el intervalo de una hora.

Tampoco se aprecia ninguna contradicción sustancial o manifiesta con las bases que rigen el contrato en el hecho de que, atendiendo a las características del concurso, algunos parámetros o elementos de la valoración que no pudieron preverse con toda la concreción o exactitud que sería deseable, se hayan completado o modulado en su contenido, cubriendo las lagunas o insuficiencias.

Nos hallamos ante la aplicación de una regla razonable y de aplicación universal a todos los lotes del contrato, sin que exista ninguna evidencia que nos permita deducir que el resultado que su aplicación pretendía era el de favorecer a determinados licitadores.

Por lo tanto, se desestima la petición del recurrente respecto a la revisión de dicha valoración.

VII. Por lo que se refiere a la valoración del resto de subcriterios, cuestionada por la parte reclamante en los apartados calidad, presentación y funcionalidad.

Se valorará la mejor presentación, calidad y funcionalidad de los productos a suministrar sin perjuicio del obligado cumplimiento por las ofertas de los requisitos y condiciones mínimas establecidas al respecto en el pliego de prescripciones técnicas.

A estos efectos, los licitadores deberán presentar, en todo caso, una memoria debidamente firmada por el mismo o por su representante, comprensiva de los aspectos técnicos de los productos ofertados, en la que se expresen los datos relativos a los siguientes subcriterios, en la cual se acreditará, al menos, el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas, valorándose el mejor cumplimiento de los aspectos antes señalados y que en cada caso se señalan. Asimismo la memoria irá acompañada de fotografías individuales de todos los artículos del lote de licitación al que se opte.



VII.1. Subcriterio de calidad

Se valorará la calidad y el valor de mercado del producto según mercado. En el caso de que la calidad de los productos no quede suficientemente acreditada mediante la oferta técnica, se podrán solicitar muestras a entregar en las dependencias del I.F.B.S. que se indiquen o inspeccionar los citados productos en los locales de almacenamiento de los ofertantes.

La discrecionalidad técnica es plenamente compatible con el control judicial sobre el cumplimiento de la norma constitucional proscriptiva de la interdicción de la arbitrariedad y con el desarrollo legal que define, como requisito de validez de la actuación administrativa, la existencia, suficiencia y razonabilidad de la motivación. En esta línea, la STS de 17-7-2001, expone que “el sistema de concurso como procedimiento de selección del contratista, que tiene como finalidad la elección entre varios licitadores, no del mejor postor desde el punto de vista económico, sino que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, ofrezca la proposición más favorable, ostentando a estos efectos la Administración, evitando el automatismo de la subasta, un conjunto de facultades discrecionales para la selección, que expresamente ha reconocido este Tribunal (STS de 18-5-1982, R.3969), por lo que esta discrecionalidad ha de ser apreciada teniendo en cuenta el concepto del interés público y la elección entre varias soluciones, (...) sometida al control jurisdiccional cuando esta elección se ha producido conculcando el interés público para cuya defensa fue concebida la discrecionalidad, pero nunca sustituyendo en ese juicio valorativo a la Administración en la determinación de los elementos de oportunidad y conveniencia tenidos en cuenta a la hora de decidir”.

La calidad se evalúa mediante un procedimiento en el que, en base a la apreciación de los materiales ofrecidos mediante muestras que permiten apreciar distintos aspectos del producto a suministrar, se decide la puntuación de conformidad con los apartados de los pliegos que rigen el procedimiento, por lo que el acto impugnado se ajusta a la legalidad. La discrecionalidad se ha utilizado con un fundamento razonable, ya que para valorar el subcriterio de calidad se solicitó la entrega de muestras del producto prevista en los pliegos. Para tal evaluación se requirió la presentación de muestras, (referidas a los lotes 1, 4, 7 y 8: pan; preparados nutricionales; pescado congelado y verduras y precocinados congelados) que fueron analizadas con la asistencia del responsable del taller de cocina y los jefes de cocina de residencias de personas mayores. La valoración se concretó en la cata del producto alimenticio en aspectos como el sabor, olor, tacto, apariencia, presentación, textura, rendimiento, calidad primera, extra, etc..

Respecto del lote 1, pan, se informa que las muestras ofrecidas por la recurrente, Panificadora Gorbea, se encuentran poco cocidas y con menos sabor que las otras dos ofertas, lo que es suficiente para justificar la valoración dada por este concepto a cada uno de los licitantes.

Por consiguiente la mayor valoración por mejor cocción y sabor del producto de la adjudicataria es conforme a derecho, sin que quepa sustituir dicho juicio valorativo del



órgano de valoración por el muy particular, además de interesado, del reclamante.

VII.2. Respetto de los subcriterios de valoración: Presentación y Funcionalidad

Presentación: memoria, envasado, transporte, etiquetado, fecha de caducidad.

Para la valoración de este subcriterio, el licitador deberá indicar en la memoria los aspectos relativos al formato de presentación de los productos de cada lote al que licite. Se valorará el mejor formato en que se presenta el producto y su facilidad de almacenaje y conservación.

Funcionalidad: memoria, formato de presentación

Se valorará el buen estado general de los productos, su correcto envasado, las mejores condiciones en que se transportan, la claridad del etiquetado y la claridad de la fecha de caducidad

Reiterada jurisprudencia reconoce expresamente la existencia de una cierta subjetividad a la hora de valorar, subjetividad que debe entenderse no en un sentido de libre elección de criterios personales o arbitrarios, sino en el sentido de que resulta obvio que algunos aspectos no pueden valorarse de una forma matemática, automática o perfecta, sino que implican inevitablemente un juicio de valor, una apreciación humana, racional o intelectual, suficientemente explicada o motivada. Por todo ello es preciso que asista a tal valoración una adecuada motivación.

La STC 34/1995, de 6-2, reconoce “ *la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de concretos conocimientos especializados requeridos, por la naturaleza de la actividad desplegada por los órganos administrativos* “ y continua: “ *la disconformidad con los criterios técnicos solo puede producirse cuando resulte manifiesta la arbitrariedad, la desviación de poder o la ausencia de justificación del criterio adoptado*” (FJ 4º).

La STS de 14-11-2006 entiende que concurre motivación suficiente cuando “ (...) se expone con *claridad las razones y motivos* que le conducen al fallo, y por tanto no se puede válidamente aducir falta de motivación, porque, bien no le gusten o bien no esté conforme, el recurrente (...)”; Por lo que no cabe confundir la discrepancia en cuanto a la valoración con la motivación de ésta. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia ordinaria han admitido la motivación por referencia a informes que forman parte de las actuaciones, tanto sea de manera expresa (con la incorporación formal del texto del informe en el cuerpo de la resolución), como, incluso, de manera presunta, es decir, a la vista del contenido material de la resolución (motivación in aliunde); esto es lo que sucede en el supuesto que nos ocupa al asumir el órgano de contratación las propuestas efectuadas por la Mesa en atención a los informes técnicos emitidos.



Según doctrina jurisprudencial la motivación será suficiente cuando permita conocer los criterios esenciales fundamentadores de la toma de decisión, es decir, la ratio decidendi, determinante del acto, sirviendo de instrumento necesario para acreditar su conformidad al ordenamiento jurídico aplicable y para facilitar a las partes la propia convicción o incorrección jurídica, a efectos de los posibles recursos tanto administrativos como jurisdiccionales.

Como señala la STS de 13-7- 1984: *«lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso, mientras que lo arbitrario, o no tiene motivación respetable sino pura y simplemente la conocida como “sit pro ratione voluntas”, o la que ofrece lo es tal que escudriñando en su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación su carácter realmente indefendible y su inautenticidad. Por ello el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación, porque si no hay motivación que la sostenga el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopte»*. En este punto interesa precisar que si bien la motivación puede ser sucinta, debe ser suficientemente indicativa de las razones por las que se adopta, al objeto de que el interesado pueda impugnarlas.

La Ley se remite a las valoraciones técnicas que ha de hacer la Administración sobre la base de conocimientos técnicos del servicio que se justifican en la propia razonabilidad de la decisión del órgano que realiza la calificación, ofreciendo una razonable ponderación de las propuestas realizadas en el correspondiente concurso. Y ponderar es determinar el valor de una proposición y asignar, a cada una de las mismas, un valor distinto en función de sus características —una vez examinadas y comparadas con detenimiento—, y de forma objetiva y razonada, considerando, imparcialmente, los aspectos contrapuestos de las ofertas. La ponderación es imprescindible en la aplicación de los criterios de valoración, pues determina, a la postre, el resultado de la adjudicación. En este sentido la Administración goza de presunción de razonabilidad y certeza en sus valoraciones siempre que estas se hallen suficientemente motivadas, dado que la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad.

La simple asignación a las ofertas de puntuaciones en cada subcriterio tras las referencias en el informe a la documentación presentada por los licitantes, referidas de modo individual y sin comparación entre unas y otras para ponderar los criterios de valoración, no es una motivación adecuada en el sentido expuesto por la jurisprudencia, ya que se trata de remisiones sin contenido alguno que permita especificar las razones por las que se atribuyen las concretas puntuaciones a los licitadores en los diversos criterios dependientes de un juicio de valor.

No es suficiente la mención a la mejor o peor estructuración del contenido de la memoria para por esa mención poder fundamentar diferencias de valoración, pues la mejor o peor estructuración no es un elemento a valorar, aunque sea un instrumento que ayude a realizar la valoración, sino la mejor presentación, calidad y funcionalidad de los elementos a suministrar.



Todos los licitadores han presentado las correspondientes fichas técnicas de los productos con inclusión de los datos oportunos, que presentan escasas diferencias entre unos y otros, aunque tampoco es un factor a valorar según el pliego de condiciones.

Tampoco se establece como criterio de valoración los medios materiales adscritos al contrato, elementos que se presentan como condiciones especiales de ejecución. Respecto de los personales el apartado Q del cuadro de características, se remite al apartado 9 del Pliego de prescripciones técnicas sobre persona encargada de la atención post venta.

La mayor o menor explicitación en relación con el envasado, etiquetado y transporte efectuada por la adjudicataria frente a la remisión por la recurrente a la normativa legal no es suficiente para fundamentar la valoración realizada porque, en definitiva, lo que dice el Real Decreto 1334/1999, de 31 de mayo, en su artículo 5 acerca de la información obligatoria del etiquetado es que contendrá las siguientes indicaciones: denominación de venta del producto, lista de ingredientes, la cantidad de determinados ingredientes o categoría de ingredientes, cantidad neta, fecha de duración mínima o fecha de caducidad; condiciones especiales de conservación y de utilización, modo de empleo cuando su indicación sea necesaria para un uso adecuado del producto alimenticio, identificación de la empresa (nombre, razón social, denominación del fabricante o envasador o de un vendedor establecido dentro de la UE, y, en todo caso, su domicilio, lote, lugar de procedencia u origen), así como las establecidas en el Anexo IV, sobre menciones adicionales obligatorias. En ambas propuestas el transporte se realizará en furgonetas, en cestos de plástico, siempre cumpliendo con la normativa vigente, por lo que detallar el contenido de la normativa o hacer una remisión y cita de la normativa legal aplicable no deja de ser lo mismo.

Las ventajas tienen que ser medidas, ponderadas y, sobre todo, puestas de manifiesto expresamente, sin que sean de recibo preferencias no justificadas ni razonadas (STS 5-2-1996, R. 893, STSJ País Vasco de 11-3-2005, R.525). Como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo es inadecuada a los fines de la valoración la remisión a: «examinada la documentación obtiene una valoración de...», En el informe de valoración no se dice eso pero es lo que se efectúa.

La motivación contenida respecto a dichos subcriterios de adjudicación en el informe técnico no se ajusta a las exigencias legales de dicha obligación, y nada tiene que ver con el margen de discrecionalidad del que gozan los poderes adjudicadores para la valoración de los criterios de adjudicación.

En estos subcriterios el informe se limita a relacionar las distintas ofertas, sin hacer valoración alguna de las mismas ni establecer orden de prelación ni señalar las razones por las que se considera la preferencia de una propuesta sobre otra por donde, de alguna manera, poder inferir las razones por las que se otorga la diferente valoración. En conclusión, la valoración de los subcriterios subjetivos de adjudicación, contenida en el expediente del contrato de suministro del lote 1 respecto de los criterios de presentación y funcionalidad no puede ser admitida, por la falta de la debida y explicitada ponderación en



su valoración.

En consonancia con todo lo anteriormente expuesto, se emite la siguiente,

RESOLUCIÓN

El Organo Administrativo Foral de Recursos Contractuales, en el Recurso Especial en materia de contratación N° 2011/05 RE, interpuesto por Panificadora Gorbea, S.L.U., contra el Acuerdo del Consejo de Administración del Instituto Foral de Bienestar Social, de 11 de noviembre de 2011, por el que se adjudica el contrato de “Suministro de productos de alimentación con destino a centros dependientes del IFBS”, resuelve:

1. Estimar parcialmente el recurso especial, interpuesto por Panificadora Gorbea, S.L.U., declarando disconforme a derecho la valoración respecto de los subcriterios de funcionalidad y presentación, desestimando su recurso frente a la valoración del criterio de plazo de entrega y del subcriterio de calidad.
2. Anular la adjudicación del lote I (pan) del contrato de suministro, ordenando que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a la realización de la valoración de los criterios de adjudicación no evaluables mediante fórmulas, de todas las ofertas válidas presentadas en dicho lote I. Dicha valoración ponderará razonada y motivadamente los subcriterios de adjudicación de funcionalidad y presentación.
3. Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público.
4. Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.
5. 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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

Contra la presente resolución podrá interponerse, a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de acuerdo con lo previsto en los artículos 8 y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.